

VNIVERSITAT (â©) Facultat de Dret
E VALÈNCIA

Dret del Treball i de la Seguretat Social

TESIS DOCTORAL

LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE
COORDINACIÓN:

*Puntos críticos de la ley aplicable a la relación de
afiliación*



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA POLÍTICA
Y CRIMINOLOGÍA (RD 99/2011)

ENERO DE 2021

ÁNGELA MARTÍN-POZUELO LÓPEZ
BAJO LA DIRECCIÓN DE LA DRA. EVA LÓPEZ TERRADA

AGRADECIMIENTOS¹

En primer lugar, debo agradecer a mi directora y mentora, la Dra. Eva López Terrada. Son muchos los motivos por los que podría darte las gracias, comenzando por abrirme las puertas al mundo investigador allá por el año 2016. Desde el principio tuve claro que eras una gran profesora, para pronto darme cuenta de tu enorme valía como investigadora. Tras este periplo de altos y bajos en el que siempre he podido contar contigo, en lo bueno y lo menos bueno, puedo decir que, además de todo ello, eres una excelente directora y, lo que es más importante, una magnífica persona. En definitiva, un modelo a seguir dentro y fuera del campo académico. Muchas gracias por tus consejos, por tu tiempo y por acompañarme en este camino que, sin duda, volvería a recorrer contigo.

En segundo lugar, debo agradecer a las profesoras Dra. Olga Fotinopoulou Basurko (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea) y Dra. Dolores Carrascosa Bermejo (Universidad Pontificia de Comillas y Universidad Complutense de Madrid), por su ayuda inestimable durante todo el periodo predoctoral. Gracias por su disposición, tiempo y generosidad que han nutrido una parte relevante de mi trabajo.

Troisièmement, je tiens tout particulièrement à remercier M. Jean-Philippe Lhernould (Université de Poitiers) et Mme Barbara Palli (Université de Lorraine). Merci pour leur gentillesse, leur disponibilité et leur aide précieuse lors de mon séjour de recherches auprès de l'Institut François Génys (Faculté de droit de Nancy), qui, grâce à eux, a été très fructueux et agréable.

En cuarto lugar, no puedo olvidar a mi familia, que siempre me ha apoyado y, a veces, incluso “soportado”, en los momentos más difíciles. En especial, quiero agradecer a mi madre, por ser el faro que siempre ilumina mi camino (aunque a veces no se lo demuestre) y un ejemplo de fortaleza ante la adversidad.

En quinto lugar, también me gustaría agradecer a mis amigas, algunas por estar a mi lado a lo largo de toda mi vida, acompañándome; y otras por haber llegado un poco más tarde, pero para quedarse y compartir momentos inolvidables.

And finally, thank you very much Costa for being by my side in the worst moments, even in the distance, for helping me in so many ways that I cannot even list them and, especially, for giving me the best gift(s) ever.

¹ Tesis doctoral elaborada con la financiación de una ayuda predoctoral del subprograma “Atracció de Talent” de la Universitat de València – Estudi General.

*A mi abuelo,
mi gran maestro*

*[...]
Volverás a mi huerto y a mi higuera:
por los altos andamios de las flores
pajareará tu alma colmenera
de angelicales ceras y labores.
Volverás al arrullo de las rejas
de los enamorados labradores.
[...]"*

Elegía, Miguel Hernández

ÍNDICE DE CONTENIDO

LISTADO DE ABREVIATURAS PRINCIPALES	VIII
SUMMARY OF THE RESEARCH.....	1
INTRODUCCIÓN.....	5
1. EL PROGRESIVO AVANCE DE LAS RELACIONALES LABORALES INTERNACIONALES	5
1.1. El fenómeno de la globalización	7
1.2. La libre circulación y residencia en la Unión Europea.....	13
1.2.A. <i>De la Comunidad Económica Europea a la Unión Europea: la evolución de la libre circulación en el Derecho originario</i>	14
1.2.B. <i>Breve introducción a la regulación del derecho a la libre circulación en el Derecho derivado</i>	18
1.2.B.a. La libre circulación de personas: la Directiva 2004/38	19
1.2.B.b. La libre circulación de trabajadores: el Reglamento 492/2011	22
3. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN.....	24
4. METODOLOGÍA	28

PARTE PRIMERA

PUNTOS CRÍTICOS GENERALES DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COORDINACIÓN

CAPÍTULO I. EL COMPLEJO ENTRAMADO NORMATIVO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL	33
I.1. NORMATIVA PROCEDENTE DE LA UNIÓN EUROPEA	34
I.1.1. Derecho originario.....	39
I.1.2. Derecho derivado.....	40
I.2. NORMATIVA INTERNACIONAL	43
I.2.1. Acuerdos de cooperación y asociación suscritos por la Comunidad Europea	44
I.2.2. Convenios internacionales.....	45
I.2.2.A. <i>Convenios multilaterales</i>	45
I.2.2.B. <i>Convenios bilaterales</i>	51
I.3. NORMATIVA NACIONAL: EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL	58
I.3.1. La aplicación de la Seguridad Social española a los extranjeros en España ...	58
I.3.2. La extensión de la Seguridad Social española en el extranjero	59

CAPÍTULO II. LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN..... 63

II.1. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL	63
II.1.1. El derecho a la libre circulación como eje territorial	63
II.1.2. La extensión “extraterritorial” de las normas de coordinación	69
II.2. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL	76
II.2.1. Los requisitos subjetivos generales de la coordinación comunitaria	78
II.2.1.A. <i>El requisito de la transnacionalidad de la situación como punto de partida</i>	78
II.2.1.B. <i>El requisito central de aseguramiento</i>	80
II.2.1.C. <i>El diluido requisito de la nacionalidad</i>	80
II.2.1.C.a. Los sujetos incluidos expresamente en el Reglamento 883/2004.....	81
II.2.1.C.b. La inclusión indirecta de los nacionales de terceros Estados	81
II.2.2. El caso particular de los familiares y supérstites.....	85
II.2.2.A. <i>Problemas derivados de la falta de definición comunitaria de la noción de miembro de la familia: el “cónyuge” en matrimonios entre personas del mismo sexo</i>	86
II.3. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL	91
II.4. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL	100
II.4.1. El régimen transitorio.....	101

CAPÍTULO III. LA TORTUOSA RELACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN CON LAS NORMAS INTERNACIONALES..... 107

III.1. RELACIÓN CON CONVENIOS INTERNACIONALES SUSCRITOS CON OTROS ESTADOS MIEMBROS	109
III.1.1. Relación con convenios preexistentes a los Reglamentos de coordinación	110
III.1.1.A. <i>El principio general de sustitución y sus excepciones</i>	110
III.1.1.A.a. Las excepciones explícitas en los textos reglamentarios.....	110
III.1.1.A.b. La excepción jurisprudencial al principio general de sustitución: la doctrina Rönfeldt.....	114
III.1.1.A.c. Un problema común: la determinación de la mayor favorabilidad de las normas internacionales.....	123
III.1.1.B. <i>La extensión del ámbito de aplicación personal de estos convenios</i>	129
III.1.1.C. <i>El régimen aplicable a los convenios multilaterales</i>	130
III.1.2. Relación con convenios posteriores a los Reglamentos de coordinación...	131
III.2. RELACIÓN CON CONVENIOS INTERNACIONALES SUSCRITOS CON TERCEROS ESTADOS	133

PARTE SEGUNDA

PUNTOS CRÍTICOS ESPECÍFICOS DE LAS NORMAS DE CONFLICTO COMUNITARIAS: PRESENTE Y FUTURO

CAPÍTULO IV. LOS PILARES DEL MODELO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN 143

IV.1. LA PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD 143

IV.1.1. La polémica propuesta de reforma del principio de igualdad de trato150

IV.1.1.A. El contexto político, económico y social de la Propuesta151

IV.1.1.B. La jurisprudencia comunitaria base de la Propuesta153

IV.1.1.C. El contenido de la pretendida reforma del artículo 4 del Reglamento de base y sus principales críticas.....157

IV.1.1.D. El contenido del Acuerdo provisional sobre esta reforma.....162

IV.1.1.E. Valoración crítica.....164

IV.2. EL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN DE INGRESOS, HECHOS O ACONTECIMIENTOS..... 167

IV.3. LOS PRINCIPIOS VINCULADOS ESPECÍFICAMENTE CON PRESTACIONES: LOS PRINCIPIOS DE EXPORTACIÓN Y NO ACUMULACIÓN DE PRESTACIONES 170

IV.3.1. El principio de exportación171

IV.3.2. El principio de no acumulación de prestaciones173

IV.4. EL PRINCIPIO INSTRUMENTAL DE LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA 175

IV.5. EL PRINCIPIO DE UNICIDAD DE LEY APLICABLE 181

IV.5.1. Introducción al sistema de normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación187

CAPÍTULO V. EL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS EFECTOS SOBRE EL SISTEMA CLÁSICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 193

V.1. LA CARACTERIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 193

V.2. LA CARACTERIZACIÓN DE LA COORDINACIÓN COMUNITARIA..... 195

V.2.1. Nociones básicas sobre el sistema de DIPr.....197

V.2.2. El sistema particular de las normas de coordinación comunitarias202

V.2.2.A. La ley aplicable como centro de imputación de competencia203

V.2.2.B. El recurso a las normas de derecho internacional autónomo para la determinación de la competencia judicial internacional: el caso español.....213

V.2.2.B.a. Reclamaciones contra entidades españolas 214

V.2.2.B.b. Reclamaciones contra entidades extranjeras218

V.2.2.C. Las normas comunitarias de conflicto: ¿ante un conflicto de leyes sui generis o un conflicto de autoridades?.....220

CAPÍTULO VI. LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL TÍTULO II DEL REGLAMENTO 883/2004 A EXAMEN	227
VI.1. NOCIONES ELEMENTALES SOBRE EL SISTEMA DE NORMAS DE CONFLICTO PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE A LA RELACIÓN DE AFILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA.....	227
VI.1.1. Sistemática general de las normas de conflicto del Título II del Reglamento 883/2004	228
VI.1.2. Conceptos clave para la correcta aplicación de las normas de conflicto....	229
<i>VI.1.2.A. El concepto de “trabajador por cuenta ajena” en la coordinación comunitaria.....</i>	<i>229</i>
<i>VI.1.2.B. La determinación del “lugar de ejercicio” de una actividad</i>	<i>232</i>
<i>VI.1.2.C. La definición de “sede de la actividad económica” o “domicilio social” en los Reglamentos de coordinación</i>	<i>234</i>
<i>VI.1.2.D. La determinación de la “residencia” a efectos de la coordinación comunitaria.....</i>	<i>239</i>
VI.2. LA <i>LEX LOCI LABORIS</i> COMO SOLUCIÓN PRINCIPAL AL CONFLICTO DE LEYES	242
VI.3. LAS NORMAS DE CONFLICTO PARTICULARES A CONSECUENCIA DE LA ESPECIAL NATURALEZA DE LOS EMPLEADORES: TRABAJADORES DE ENTES PÚBLICOS U ORGANISMOS INTERNACIONALES	247
VI.4. LAS NORMAS DE CONFLICTO PARA TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN LUGARES CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES	252
VI.4.1. Trabajadores del mar	253
VI.4.2. Tripulación de vuelo o de cabina en el transporte aéreo	259
VI.5. LAS NORMAS DE CONFLICTO ESPECIALES PARA TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN MÁS DE UN ESTADO MIEMBRO	264
VI.5.1. Carácter temporal de la concurrencia prestacional: el desplazamiento de trabajadores	265
<i>VI.5.1.A. El poliédrico supuesto de hecho del desplazamiento de trabajadores</i>	<i>269</i>
VI.5.1.A.a. El requisito orgánico.....	269
VI.5.1.A.b. El requisito organizativo.....	275
VI.5.1.A.c. El triple requisito temporal	278
<i>VI.5.1.B. Las formalidades del desplazamiento de trabajadores: la emisión de los certificados A1</i>	<i>284</i>
VI.5.1.B.a. El debate sobre el valor de los certificados A1 en el desplazamiento de trabajadores	290
VI.5.2. Carácter permanente de la concurrencia prestacional: el artículo 13 del Reglamento 883/2004	311
<i>VI.5.2.A. El supuesto de hecho del artículo 13.1 del Reglamento 883/2004 ...</i>	<i>316</i>

VI.5.2.B. <i>Las conexiones seleccionadas en la norma de conflicto del artículo 13.1 del Reglamentos 883/2004</i>	319
VI.5.2.B.a. Los conceptos básicos necesarios para su aplicación.....	319
VI.5.2.B.b. La puesta en práctica de las normas de conflicto del artículo 13.1 del Reglamento 883/2004.....	321
VI.5.2.B.c. El procedimiento de aplicación del artículo 13 del Reglamento 883/2004.....	326
VI.5.2.C. <i>La difusa línea entre el desplazamiento y la actividad en varios Estados miembros</i>	327
VI.5.2.C.a. El contenido del Acuerdo provisional de 2019 sobre las normas de conflicto del artículo 13 del Reglamento de base	331
VI.5.2.D. <i>La concurrencia de actividades de diferente naturaleza en varios Estados miembros en los Reglamentos de coordinación</i>	336
VI.6. LA REGLA SUBSIDIARIA DEL SISTEMA: LA <i>LEX LOCI DOMICILII</i>	340
VI.6.1. La evolución de la <i>lex loci domicilii</i> : del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004	340
VI.6.2. La configuración de la <i>lex loci domicilii</i> como regla supletoria del sistema...	343
VI.6.3. Reflexiones conclusivas	351
VI.7. ASPECTOS ADICIONALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE	357
VI.7.1. Normas transitorias en materia de ley aplicable: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004	358
VI.7.2. Determinación provisional de la ley aplicable.....	362
VI.7.1. Cuestiones prácticas relativas a las obligaciones empresariales.....	366
VI.7.2. El seguro voluntario o facultativo continuado en las normas de coordinación.....	366
VI.7.3. La cláusula de escape del sistema comunitario de normas de conflicto: los acuerdos del artículo 16 del Reglamento 883/2004.....	369

CAPÍTULO VII. NUEVOS RETOS DE LAS NORMAS DE CONFLICTO COMUNITARIAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TELETRABAJO TRANSNACIONAL..... 375

VII.1. LAS NUEVAS REALIDADES A LAS QUE SE ENFRENTA LA COORDINACIÓN COMUNITARIA.....	375
VII.2. LA COORDINACIÓN COMUNITARIA ANTE ESTAS NUEVAS REALIDADES: EL CASO DE LOS “ <i>MINI-JOBS</i> ”	379
VII.2.1. La labor interpretativa del TJUE: ¿reticente a una interpretación dinámica?	379
VII.2.2. Las soluciones alternativas ante esta nueva realidad.....	380
VII.3. EL TELETRABAJO COMO RETO INMINENTE DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN: INTRODUCCIÓN GENERAL A ESTE FENÓMENO	387
VII.3.1. Los orígenes y evolución del teletrabajo	388

VII.3.2. Los elementos configuradores del teletrabajo	390
VII.3.3. Las modalidades de teletrabajo	394
<i>VII.3.3.A. Las modalidades de teletrabajo en función del territorio de ejecución</i>	395
<i>VII.3.3.B. Las modalidades de teletrabajo en función del elemento espacial.</i> ..	397
<i>VII.3.3.C. Las modalidades de teletrabajo en función del elemento tecnológico</i>	399
<i>VII.3.3.D. Las modalidades de teletrabajo en función del elemento cuantitativo</i>	402
VII.3.4. La carencia de un marco normativo específico para el teletrabajo transnacional	403
<i>VII.3.4.A. El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET)</i>	403
<i>VII.3.4.B. La ausencia de normativa internacional para el teletrabajo</i>	405
<i>VII.3.4.C. La (des)regulación española</i>	407
VII.4. EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN PARA LA INTRINCADA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL TELETRABAJO TRANSNACIONAL	410
VII.4.1. El teletrabajo como prestación realizada en un único Estado	413
<i>VII.4.1.A. El teletrabajo transnacional y la determinación de la lex loci laboris</i>	413
VII.4.1.A.a. El modelo del Reglamento Bruselas I bis.....	416
VII.4.1.A.b. La extrapolación del modelo del Reglamento Bruselas I bis a las normas comunitarias de coordinación	423
VII.4.1.A.c. La puesta en práctica de la propuesta interpretativa	428
<i>VII.4.1.B. El teletrabajo como elemento disruptivo del carácter territorial de la prestación de servicios</i>	432
VII.4.1.B.a. La alteración del lugar de prestación de servicios por la naturaleza del teletrabajo	432
VII.4.1.B.b. El teletrabajo como una prestación de servicios no territorial	435
VII.4.2. Teletrabajo transnacional, ¿prestación de servicios en más de un Estado? ...	437
VII.4.3. Propuestas de adaptación para el teletrabajo: el modelo de los foros especiales del Reglamento Roma I	439
<i>VII.4.3.A. La determinación de la lex loci laboris en el teletrabajo transnacional</i>	442
<i>VII.4.3.B. El criterio subsidiario de la ley del país de contratación</i>	444
<i>VII.4.3.C. La cláusula de escape: la determinación de los vínculos más estrechos</i>	445
VII.4.3.C.a. Aproximación a la tributación de las rentas del teletrabajo	446
VII.4.3.C.b. Consecuencias de la aplicación de la doctrina Schlekcker al teletrabajo	458

VII.4.4. Necesidad de una regla de conflicto específica para el teletrabajo: entre la <i>lex loci domicilii</i> y la ley de la sede empresarial.....	459
VII.4.4.A. <i>Una propuesta integradora: la positivización de los vínculos más estrechos como criterio de conexión para el teletrabajo en materia de Seguridad Social</i>	463
VII.5. LA HEGEMONÍA DE LA <i>LEX LOCI LABORIS</i> , ¿EN CRISIS?	470
CONCLUSIONS	475
1. GENERAL CRITICAL ISSUES OF THE COORDINATION REGULATIONS	476
2. SPECIFIC CRITICAL ISSUES OF THE DETERMINATION OF THE APPLICABLE LEGISLATION IN MATTERS OF AFFILIATION	478
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	493
1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	493
2. FUENTES DOCUMENTALES	525
ANEXOS	533
ANEXO I. ÍNDICE DE TABLAS, GRÁFICOS Y CUADROS UTILIZADOS	535
ANEXO II. RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN	537
ANEXO III. CONCLUSIONES	539
1. Puntos críticos generales de los Reglamentos de coordinación.....	540
2. Puntos críticos específicos de la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación.....	542

LISTADO DE ABREVIATURAS PRINCIPALES

Abreviatura	Referencia completa
Acuerdo CE-Suiza	Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999
Acuerdo sobre el EEE	Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 mayo de 1992
ALE	Autoridad Laboral Europea
AMET	Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CACSS	Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social
CASSTM	Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes
CCSS	Comité Consultivo de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
C(C)DI	Convenio(s) de doble imposición
CE	Comunidad Europea o Constitución Española, según el contexto
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CMISS	Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social
CSE	Carta Social Europea (1961)
DGT	Dirección General de Tributos
DIPr	Derecho Internacional Privado
Directiva 2004/38	Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos, de Naciones Unidas, de 10 de diciembre 1948
EEE	Espacio Económico Europeo
EM/EEMM	Estado(s) miembro(s)
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT(s)	Empresa(s) de Trabajo Temporal
F(F)D	Fundamento(s) de Derecho
<i>Ibíd.</i>	<i>Ibídem</i>
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
LOE	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
MAC	Método Abierto de Coordinación
MCOCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (versión actualizada en 2017)
NTIC	Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación
Núm.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
Orden de 1982	Orden de 27 de enero de 1982, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas

Orden TAS/2865/2003	Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social
PEDS	Pilar Europeo de Derechos Sociales
PENC	Prestaciones especiales en metálico no contributivas
p./pp.	Página(s)
Recomendación de 8 de noviembre de 2019	Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (2019/C 387/01)
Rec.	Recurso
Reglamento Bruselas I	Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
Reglamento Bruselas I bis o RBI bis	Reglamento UE/1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
Reglamento Roma I o RRI	Reglamento CE/593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
Reglamento 1408/71	Reglamento CEE/1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad
Reglamento 2019/1149	Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) núm. 883/2004, (UE) núm. 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344
Reglamento 3/58	Règlement n° 3 du Conseil de la C.E.E., du 25 septembre 1958, concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants
Reglamento 4/58	Règlement n° 4 du Conseil, du 25 septembre 1958, fixant les modalités d'application et complétant les dispositions du Règlement n° 3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants

Reglamento 465/2012	Reglamento (UE) núm. 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004
Reglamento 574/72	Reglamento CEE/574/72 del Consejo de 21 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento CEE/1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad
Reglamento 647/2005	Reglamento (CE) núm. 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, por el que se modifican el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71
Reglamento 883/2004 o Reglamento de base	Reglamento CE/883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social
Reglamento 987/2009 o Reglamento de aplicación	Reglamento CE/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
RUP	Regiones ultraperiféricas
ss.	Siguientes
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE o Tribunal comunitario	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE o Tribunal europeo o Tribunal de Justicia o	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Luxemburgo	
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
<i>Vid.</i>	<i>Vide</i>
VV. AA.	Varios Autores

SUMMARY OF THE RESEARCH²

The doctoral thesis focuses on the determination of the national Social Security legislation applicable. This subject matter is the third pillar of the regulation of international employment relationships - along with international jurisdiction and applicable law matters with respect to employment contracts - and is a key element in business decision-making. Yet, this issue is poorly studied within the legal doctrine.

The EU Regulations on Social Security Coordination (Regulations 883/2004 and 987/2009) are of crucial importance in this area due to the high mobility within the European Union and the special status that European law has. These Regulations are becoming more and more important as the number of migrant persons increases. Undoubtedly, this is the right time to study these Regulations: not only their practical relevance is growing on and on, but also the current ordinary legislative procedure with the aim to change their dispositions - which started in December 2016 - is still ongoing. In other words, these Regulations might be said to be at a watershed.

The main purpose of this thesis is to analyse these Regulations comprehensively in order to identify and try to solve - where possible - their critical issues when it comes to determine the applicable legislation to employees for social security affiliation purposes. To do so, the structure of the thesis is divided into two parts. In the first part, the **general** critical issues of the EU Regulations will be addressed, that is: the regulatory framework on Social Security matters, the scope of application of the EU Regulations and the complex interaction between these Regulations and the remaining international laws on Social Security. In the second part, the **specific** critical issues of conflict rules in Regulations on Social Security will be analysed, that is: the way the system of conflict rules works in the EU Social Security field, the conflict rules laid down essentially in Title II of Regulation 883/2004 and the upcoming challenges that the latter rules are facing due to the new labour and migration patterns (particularly, *mini-jobs* and teleworking).

² Traducción en castellano disponible en el Anexo II.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN³

1. El progresivo avance de las relaciones laborales internacionales

1. Los efectos de la migración en las relaciones laborales. Los movimientos poblacionales no son un fenómeno novedoso, pues a lo largo de la historia se han producido importantes desplazamientos colectivos que han servido de impulso al desarrollo cultural y, en general, al progreso de la humanidad⁴.

Estos desplazamientos poblacionales han dado lugar a la aparición de relaciones jurídicas con un componente de extranjería, cuyo régimen requiere de una regulación específica. Esta especialidad también se ha trasladado al ámbito de las relaciones laborales, dando origen a las comúnmente denominadas “relaciones laborales internacionales”, entendiendo por tales aquellas relaciones laborales que presentan algún elemento de extranjería, ya sea por el lugar donde el trabajador desempeña su trabajo, ya sea por la nacionalidad o el domicilio del trabajador o de la empresa empleadora. Ahora bien, ¿estas relaciones laborales son cuantitativamente importantes?

2. Los datos sobre la migración. En la actualidad, los movimientos de personas en busca de empleo o que se desplazan por motivo de su empleo de unos países a otros se ha convertido en un hecho totalmente habitual. Así lo confirma la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”), en sus estimaciones mundiales sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes⁵. En este estudio se estimó que, en el año 2017, existían 164 millones de trabajadores migrantes⁶, alcanzando el 4’7 por ciento del total de trabajadores. Esto supone un incremento del nueve por ciento de los trabajadores migrantes en los últimos cuatro años. Del total de ellos, el 23’9 por ciento se concentra en Europa (con exclusión de la parte oriental), y otro 23 por ciento en América del Norte.

En sentido análogo, la movilidad en el territorio de la Unión Europea (UE) no ha dejado de crecer en los últimos años⁷, en atención a los datos facilitados por la Comisión Europea, en su último informe anual sobre movilidad laboral intra-UE (2020), publicado

³ La presente tesis doctoral se ha finalizado en enero del año 2021, por lo que se ha partido de la normativa vigente en ese momento, y de la doctrina y la jurisprudencia recaída en las distintas materias tratadas hasta esa fecha.

⁴ MARÍN SALAMERO, M. (Coord.), *Globalización y movimientos migratorios*, UOC, 1ª Edición, Barcelona, 2015, p. 17.

⁵ OIT, *Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes* (año de referencia 2017), Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad de la OIT y Departamento de Estadística de la OIT, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_652030.pdf

⁶ Entendiendo por tales a los migrantes internacionales con empleo o en busca activa de este en el país de residencia.

⁷ Antes de la irrupción de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

en enero de 2021⁸. Este informe señala que, en el año 2019, se contabilizaron 17'9 millones de migrantes de todas las edades en el seno de la Unión, lo que supone un incremento del 1'2 % respecto de los 17'5 millones del año 2018, continuando el crecimiento de los años anteriores, aunque de manera más suave (el crecimiento se ha ralentizado pasando del 5 % por ciento en 2017, al 3'4 % en 2018 y al 1'2 % en 2019). Del total de migrantes, 13 millones se encontraban en edad de trabajar (entre 20-64 años), de los cuales, 9'9 millones eran trabajadores empleados o en busca activa de empleo (esto es, migrantes activos). El número de trabajadores desplazados se estima en 3'06 millones, frente a los 1'9 millones del año 2018 y de los 1'6 millones del año 2017.

Por si estos datos no fueran suficientemente ilustrativos, resulta especialmente interesante analizar la posición del Estado español en el panorama migratorio. Por un lado, España⁹ es, junto a Alemania, Reino Unido¹⁰, Italia y Francia, uno de los cinco Estados con mayor número de migrantes europeos residiendo en su territorio¹¹. En el año 2019, más de 1'4 millones de ciudadanos de la UE y 16.000 ciudadanos de la EFTA en edad de trabajar, residían en España. La gran mayoría de estos migrantes provenían de Rumanía (44 %), país seguido, muy de lejos, por Italia y Bulgaria (sobre un 10 % cada uno) y, en menor medida, por Reino Unido (sobre el 8 %) y Portugal (casi un 6 %). Por otro lado, España también es un importante país emisor de migrantes a otros países. Así, en el mismo año, 446.000 españoles en edad de trabajar se marcharon a otros países de la UE y 65.000 a países de la EFTA, siendo los principales receptores Reino Unido (134.000) y Alemania (120.000), seguidos de Francia (64.000) y Suiza (63.000).

3. Las causas tras la consolidación de los movimientos migratorios. Las causas del progresivo aumento de las relaciones laborales con elementos de internacionalidad son diversas. Sin embargo, debido a su indudable importancia, destacan especialmente dos factores: a nivel mundial, el conocido fenómeno de la globalización; y, a nivel europeo, el reconocimiento del derecho a la libre circulación y residencia en la Unión Europea en el territorio comunitario (arts. 20.2.a y 21 del TFUE¹²).

⁸ FRIES-TERSCH, E., JONES, M., y SIÖLAND, L., *2020 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility*, European Commission, Social Europe, enero 2021. Tanto este informe como sus principales conclusiones pueden consultarse en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&furtherNews=yes&newsId=9877>

⁹ En este periodo, el Estado español fue uno de los que mostraron un mayor incremento en el número de migrantes europeos activos en su territorio (7'7 %), lo que se interpretó como un posible indicio de que estaba recuperando su importancia como país de destino tras el periodo de recesión.

¹⁰ Datos previos a la salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, el pasado 31 de enero de 2020.

¹¹ Estos cinco países acumulan el 72 % del total de migrantes europeos.

¹² *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (en adelante, "TFUE").

Más recientemente, la situación de crisis económica y financiera, iniciada en el año 2008, que ha azotado la práctica totalidad de países desarrollados ha propiciado que muchos ciudadanos de la UE hayan decidido marcharse fuera de las fronteras nacionales hacia otros Estados miembros, ya sea para trabajar o para buscar trabajo. Esta situación ha sufrido un drástico cambio en el año 2020, debido a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19. No obstante, estamos ante un fenómeno coyuntural cuyo efecto en el ámbito de las relaciones laborales no ha sido tan drástico debido al importante papel de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, “NTIC”), que han posibilitado la prestación en remoto de muchas actividades. En cualquier caso, una vez superada la crisis sanitaria, que constituye el reto inmediato, nos enfrentaremos a una nueva crisis, esta vez económica, como avanzan las previsiones¹³, con un alcance todavía desconocido y variable entre los diferentes países del mundo. Debido a ello, es altamente probable que los movimientos migratorios físicos incrementen de nuevo y puede que, incluso, se potencien más en busca de mejores oportunidades laborales.

Por ello, para poder comprender mejor la situación actual del movimiento del capital humano, es necesario analizar los dos principales fenómenos que han contribuido al auge de las relaciones laborales internacionales y cómo los mismos han afectado a los movimientos migratorios en general, y a los mercados de trabajo en particular.

1.1. El fenómeno de la globalización

4. La interconexión como centro de la globalización. El fenómeno de la globalización¹⁴ ha sido ampliamente estudiado por la doctrina científica desde diferentes puntos de vista (económico, social, cultural, etc.), al tratarse de un “*fenómeno complejo, multifacético y dinámico*”¹⁵. Concretamente, la globalización ha supuesto la supresión de

¹³ Pueden consultarse las Perspectivas de la Economía Mundial, elaboradas por el Fondo Monetario Internacional (FMI), de octubre de 2020, disponibles en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020>

¹⁴ Término popularizado en la década de los noventa (MARTÍN-CABELLO, A., “Sobre los orígenes del proceso de globalización”, *Methados Revista de Ciencias Sociales*, núm. 1, 2013, pp. 7-20 –8–).

Como una aproximación general al concepto, la globalización podría definirse como el conjunto de cambios que se han producido en el marco de las relaciones económicas y sociales a nivel internacional y que han repercutido enormemente en la dimensión nacional (RUESGA, S. M. y J. DA SILVA BICHARA, “Globalización, relaciones laborales y migración. conceptos básicos y aspectos teóricos”, *Revista económica de Castilla-La Mancha*, núm. 10, 2007, pp. 129-161 (134)). De otro modo, podría definirse la globalización, desde su perspectiva económica, como la interdependencia cada vez mayor del conjunto de países como consecuencia del incremento del volumen y variedad de transacciones, tanto de bienes como de servicios, acompañado de una difusión muy rápida de la tecnología (CALVO BERNARDINO, A., “La política económica de la Unión Europea y la globalización”, en OREJA AGUIRRE, M. (Dir.), *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2002, pp. 257-265 –257–).

¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Globalización y relaciones laborales”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, núm. 3, 2008, pp. 202-209 (203).

los obstáculos a la circulación internacional del capital¹⁶, la información, las comunicaciones y la transferencia de la tecnología, entre otros. Como consecuencia de ello se ha producido una interconexión de las economías nacionales que ha dado como resultado un elevado grado de interdependencia entre las mismas¹⁷, interconexión que ha provocado, irremediablemente, una importante pérdida de soberanía por parte de los denominados “Estado-nación”¹⁸.

Tal y como señala la mayoría de la doctrina, la globalización no constituye un fenómeno reciente, a pesar de la creciente importancia y notoriedad adquirida en los últimos años. No obstante, hay discrepancias en cuanto al momento exacto en el que debe situarse el inicio de este fenómeno¹⁹. En cualquier caso, ya se considere que la globalización comenzó hace miles de años, o, contrariamente, que es un fenómeno del siglo pasado, lo cierto es que hay coincidencia en afirmar que la intensidad de la interdependencia de las economías nacionales entre sí nunca había sido tan importante como en la actualidad²⁰, lo que las hace muy vulnerables ante decisiones externas a sus propias fronteras²¹. Esta mayor interdependencia ha sido consecuencia de diversos factores como el perfeccionamiento de las telecomunicaciones, el abaratamiento y la mejora de los medios de transporte internacionales y la cada vez mayor presencia de sociedades multinacionales²².

¹⁶ PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2002, versión electrónica (p. 1/30).

¹⁷ EDITORIAL, “Panorama de la globalización y el papel de los estados-nación en las relaciones laborales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 20, 2002, pp. 5-9 (5).

¹⁸ ROMAGNOLI, U., “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pp. 9-19 (10). En igual sentido, LÓPEZ TERRADA, E., “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español”, en ATIENZA NAVARRO, M. L., EVANGELIO LLORCA, R., MAS BADÍA, M. D., y MONTES RODRÍGUEZ, M. P. (Coords.), *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, Servicio de Publicaciones de la Universitat de València, 1ª Edición, Valencia, 2009, pp. 539-543 (540).

¹⁹ Existen cuatro grandes posturas al respecto: 1) una primera tesis sitúa el inicio de la globalización con las primeras civilizaciones humanas varios miles de años atrás; 2) otra lo sitúa con la modernidad europea y los primeros imperios coloniales ultramarinos; 3) una tercera tesis considera que la globalización se inició en el siglo XIX con la mejora de los transportes y las comunicaciones que favorecieron una mayor integración de las economías nacionales entre sí; y, por último, 4) la tesis que sitúa más tarde el nacimiento de este fenómeno, considera que es en la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la expansión del sistema capitalista a escala mundial, cuando surge verdaderamente la globalización. *Vid.* MARTÍN-CABELLO, A., “Sobre los orígenes del proceso de globalización”, *op. cit.*

²⁰ Hay autores que consideran que la mayor intensidad actual viene marcada, fundamentalmente, por la consolidación del mercado financiero a nivel mundial como consecuencia de la desregulación llevada a cabo en este ámbito. *Vid.* PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica...”, *op. cit.* (p.4/30); y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. 1, 2000, pp. 107-117 (108).

²¹ Sirva por todos, EDITORIAL, “Panorama de la globalización...”, *op. cit.*

²² LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs.), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Cinca, 1ª Edición, Madrid, 2010, p. 379.

5. Las fronteras migratorias como barreras a la globalización. Así, la globalización ha contribuido a que las fronteras nacionales cada vez estén más difuminadas²³ en muchos aspectos, tales como los flujos de capital, de información, servicios, etc. Sin embargo, en el ámbito de los flujos migratorios, las fronteras nacionales no se han difuminado tanto en algunos países, como los Estados de la Europa occidental o Estados Unidos, países que han hecho uso de su potestad de controlar sus propias fronteras²⁴. No cabe olvidar que en el plano internacional no existe, por el momento, un verdadero derecho internacional “a emigrar” hacia otro país, estando limitado el acceso a los distintos Estados por las normas internas de cada uno de ellos (política de inmigración, extranjería y laboral), como expresión de su poder soberano (esto es así salvo excepciones, como en el caso de la UE, donde sí existe un derecho a la libre circulación de personas en su seno)²⁵.

En el ámbito de la libertad de movimiento de personas, la globalización siempre ha evolucionado a un ritmo más lento que en otros ámbitos (productivo, comercial, transferencia tecnológica y movimiento internacional de capitales)²⁶, de ahí su calificación como un fenómeno asimétrico²⁷.

6. El impacto desigual en los diferentes países del mundo. Asimismo, se hace referencia a la asimetría de este fenómeno por el hecho de que su impacto ha sido muy diferente en las distintas sociedades mundiales²⁸, especialmente si comparamos los efectos sobre los países desarrollados frente a los países en vías de desarrollo, así como los efectos tan dispares que ha tenido dentro de este último grupo de Estados²⁹. En este sentido, la globalización ha aumentado la brecha existente entre unos países y otros en

²³ De hecho, algunos autores definen la globalización, a grandes rasgos, como “supresión de las fronteras geopolíticas”. En este sentido, *vid.* VALDUEZA BLANCO, M. D., “Capítulo II. La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2010, pp. 55-122 (57).

²⁴ MARÍN SALAMERO, M (Coord.), *Globalización y movimientos migratorios*, *op. cit.*, p. 44. En igual sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009, versión electrónica (p. 1/13).

²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios...”, *op. cit.* (p. 3/13).

²⁶ MAYOS SOLSONA, G., “Aspectos de la nueva globalización”, *Prisma Social*, núm. 6, 2011, versión electrónica, pp. 30 y 34.

²⁷ En este sentido, LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs.), *Relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 380. Igualmente, GONZALO GONZÁLEZ, B., “Globalización económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2000, versión electrónica (p. 2/12).

²⁸ RUESGA, S. M. y DA SILVA BICHARA, J., “Globalización, relaciones laborales y migración...”, *op. cit.* (135).

²⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid, 2018, p. 28.

términos de riqueza, consumo y comercio, lo cual, a su vez, ha impulsado el crecimiento de los movimientos migratorios³⁰. Las motivaciones de estas migraciones son variadas, pero la mayoría de ellas son debidas a las mejores condiciones de vida y oportunidades laborales de los países de destino³¹. Además, los cambios en la estructura sectorial de las diferentes sociedades nacionales, tanto desde el punto de vista de la producción, como del consumo, así como la innovación tecnológica (en comunicaciones y transporte, especialmente) y la promoción del conocimiento humano, han impulsado los desplazamientos internacionales de trabajadores³².

7. El impacto en la esfera laboral y de Seguridad Social. Este fenómeno ha tenido un elevadísimo impacto en muchos aspectos, incluyendo, por supuesto, el mundo laboral en general y las relaciones laborales en particular³³. Así, la globalización ha afectado tanto al tamaño de las empresas y a los sistemas de producción³⁴, como a las condiciones en las que se desarrollan los diferentes trabajos y los perfiles de trabajadores necesarios en la actualidad (en gran medida, por el avance tecnológico)³⁵.

Pese a lo anterior, parece que hasta bien entrado el siglo XX, este fenómeno no había despertado gran interés entre los *iustlaboralistas*³⁶. Ello puede deberse al hecho de que los mercados de trabajo han mantenido un fuerte carácter estatal, dadas las particularidades de cada uno de ellos en atención a multitud de factores como la diferente demografía, cultura y la situación político-económica, entre otros³⁷. Sin embargo, aunque los mercados de trabajo continúen manteniendo su carácter eminentemente estatal (parte de la doctrina continúa viendo a los Estados como los únicos “*verdaderos mercados laborales integrados*”³⁸), lo cierto es que no son ajenos a los efectos de la globalización,

³⁰ MARÍN SALAMERO, M. (Coord.), *Globalización y movimientos migratorios*, *op. cit.*, p. 37.

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios...”, *op. cit.* (p. 2/13).

³² RUESGA, S. M. y J. DA SILVA BICHARA, “Globalización, relaciones laborales y migración...”, *op. cit.* (136, 139 y 149).

³³ DURÁN LÓPEZ, F., “Globalización y relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1998, pp. 689-888 (869).

³⁴ MEDINA CASTILLO, J. E., *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, Comares, 1ª Edición, Granada, 1999, p. 139.

³⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Globalización y relaciones laborales”, *op. cit.* (204); y DURÁN LÓPEZ, F., “Globalización y relaciones laborales”, *op. cit.* (872-873).

³⁶ ROMAGNOLI, U., “Globalización y Derecho del Trabajo”, *op. cit.* (11).

³⁷ LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs.), *Relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 380.

³⁸ PALAO MORENO, G., “Las normas del derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, núm. 5, 2005, pp. 309-334 (311).

más aún si tenemos en cuenta la progresiva pérdida de poder de los Estados individuales también en este aspecto³⁹.

No puede obviarse, tal y como recuerda parte de la doctrina, que el Derecho del Trabajo no nació como un instrumento de política económica, sino, principalmente, como un instrumento de mediación en los conflictos originados en el ámbito del trabajo asalariado y la integración social⁴⁰. Como consecuencia de la globalización, esos “conflictos” o situaciones de los que el Derecho del Trabajo debe ocuparse han evolucionado. Así, debe hacerse frente al incremento de la desigualdad de ingresos, los altos niveles de desempleo⁴¹ y la precarización laboral⁴² (como consecuencia, entre otros factores, de la competitividad internacional en materia laboral entre los distintos países⁴³), como algunos de los principales efectos perniciosos de la globalización en esta materia⁴⁴.

Igualmente, es evidente que los avances tecnológicos han modificado en gran medida la prestación de servicios (por ejemplo, con la aparición del denominado “teletrabajo”⁴⁵), al igual que también es evidente que el incremento continuado de los desplazamientos migratorios de unos países a otros ha afectado notablemente a los mercados de trabajo nacionales⁴⁶. De hecho, algunos países desarrollados han tenido que hacer frente a un incremento considerable del número de trabajadores potenciales, algunos con características profesionales muy diferentes a las de los trabajadores nacionales. La inexistencia de una regulación internacional sobre la inmigración y las políticas nacionales cada vez más restrictivas en este punto, si bien no han conseguido frenar los movimientos migratorios, han provocado un incremento de la migración irregular, con las inevitables consecuencias negativas que de ello se derivan (entre otras, la explotación laboral)⁴⁷. Además, como consecuencia de la situación de crisis económica

³⁹ PALAO MORENO, G., “Las normas del derecho internacional privado...”, *op. cit.* (311); y PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica...”, *op. cit.* (p. 6/30).

⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”, *Relaciones laborales*, núm. 15-16, 2001, versión electrónica (p. 32/45).

⁴¹ GIL Y GIL, J. L., “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2014, versión electrónica (p. 1/36).

⁴² GONZALO GONZÁLEZ, B., “Globalización económica y Seguridad Social...”, *op. cit.* (p. 2/12).

⁴³ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *op. cit.* (107 y 110-111).

⁴⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios...”, *op. cit.* (p. 1/13). En términos similares, MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo...”, *op. cit.* (p. 20/45).

⁴⁵ PALAO MORENO, G., “Las normas del derecho internacional privado...”, *op. cit.* (311); y PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica...”, *op. cit.* (p. 9/30).

⁴⁶ PALAO MORENO, G., “Las normas del derecho internacional privado...”, *op. cit.* (311). En el mismo sentido, PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica...”, *op. cit.* (p. 11/30); y NAHAS, T. C., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo, 1ª Edición, Albacete, 2016, pp. 84-85.

⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios...”, *op. cit.* (p. 3/13).

y financiera de los últimos años, muchos países (entre ellos, los europeos), han tratado de frenar este fenómeno migratorio penalizando, aún más, la inmigración de tipo irregular⁴⁸.

Asimismo, la globalización ha impulsado la creación de sociedades multinacionales (consideradas como nuevos actores en el desarrollo y conformación del denominado “*mercado internacional de trabajo*”⁴⁹), con presencia en diversos países, cuya estructura, visión y cultura interna han afectado al modo de entender el mercado de trabajo y las relaciones laborales tradicionales. De hecho, parte de la doctrina ha entendido que la fase de “mundialización de la economía” se ha caracterizado por la concentración económica en unas pocas empresas transnacionales siendo estas, por tanto, fundamentales para la producción mercantil a nivel mundial⁵⁰.

En definitiva, puede concluirse que la globalización ha supuesto todo un reto para la actual regulación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de un mercado carácter estatal, especialmente por las presiones a las que se han visto sometidos los reguladores nacionales desde el punto de vista de la competitividad internacional, para relajar la política social nacional⁵¹. En este sentido, parte de la doctrina considera que el denominado “Estado Social” o “Estado de Bienestar” se encuentra en crisis, precisamente, por la pérdida de la soberanía estatal en este punto (política social), consecuencia de la globalización. Así, ya desde inicios del siglo XXI, se hablaba de un retroceso de la Seguridad Social en toda Europa⁵² (especialmente en materia de desempleo, sanidad y jubilación), como consecuencia de las políticas de contención del gasto público llevadas a cabo desde inicios de este siglo⁵³ (y que continúan en la actualidad, con un carácter más restrictivo), basándose en la (para algunos autores, supuesta) imposibilidad de su financiación, así como las exigencias derivadas de la competencia internacional⁵⁴.

No obstante, tal y como ha venido entendiendo otra parte de la doctrina, la globalización no debe entenderse como una “imposición” que, irremediamente, debe tener como consecuencia directa una pérdida de derechos por parte de los trabajadores, sino que debe entenderse la misma como un “proceso” ante el cual los Estados deben

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios...” (p. 1/13).

⁴⁹ PALAO MORENO, G., “Las normas del derecho internacional privado...”, *op. cit.* (311).

⁵⁰ MEDINA CASTILLO, J. E., *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, *op. cit.*, p. 138. Sobre el papel decisivo de las multinacionales en la integración mundial del comercio, *vid.* LÓPEZ TERRADA, E., “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español”, *op. cit.* (540).

⁵¹ GIL Y GIL, J. L., “Globalización y empleo...”, *op. cit.* (p. 1/36). En este mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *op. cit.* (111).

⁵² GONZALO GONZÁLEZ, B., “Globalización económica y Seguridad Social...”, *op. cit.* (pp. 1 y 7/12).

⁵³ PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica...”, *op. cit.* (p. 12/30).

⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo...”, *op. cit.* (p. 20/45).

adoptar una determinada posición en aras de mantener la protección de estos derechos ante unas circunstancias que se han visto modificadas⁵⁵. En esta misma línea, se ha señalado la necesidad de aprovechar las ventajas de la globalización, tratando de combatir sus desventajas (entre ellas, el *dumping* social⁵⁶ o la rebaja de derechos sociales), lo que no puede hacerse eficazmente si no es a escala global⁵⁷.

Ante la ausencia de una solución conjunta a nivel internacional y la imposibilidad de poder solventar estos problemas desde el plano meramente nacional, un intento de solución ha venido dado por los procesos de integración regional (como la Unión Europea), si bien, circunscritos únicamente a una sola región, creando “*mercados regionales de trabajo integrados*”⁵⁸.

1.2. La libre circulación y residencia en la Unión Europea

8. Centrándonos en el ámbito europeo, donde la integración ha sido mucho más intensa, considero necesario analizar brevemente la paulatina evolución del derecho subjetivo⁵⁹ a la libre circulación de personas, tanto desde el punto de vista del Derecho originario o primario, como del Derecho derivado o secundario⁶⁰.

⁵⁵ PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica...”, *op. cit.* (p. 4/30). Sobre la consideración de la naturaleza de “proceso” y no de “imposición” de la globalización, *vid.* MARTÍNEZ, D. y VEGA RUIZ, M. L., *La globalización gobernada. Estado, sociedad y mercado en el siglo XXI*, Tecnos, 1ª Edición, Madrid, 2001, p. 141.

⁵⁶ El *dumping* social, aunque es un término muy utilizado en la práctica, no cuenta con una definición unívoca. Desde una perspectiva amplia, y a los efectos de este trabajo, podrían incluirse dentro de esta expresión, entre otras situaciones, el desplazamiento de trabajadores desde países con menores costes laborales y/o sociales hacia países con costes superiores, así como la devaluación nacional de las condiciones laborales y/o sociales para ganar competitividad internacional. Sobre las diferentes concepciones de este término, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y *dumping* social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 37-70 (39, nota al pie 9), y doctrina que ahí se cita; y NAHAS, T. C., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado...*, *op. cit.*, p. 108 (nota al pie 180).

⁵⁷ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *Globalización, migraciones y expatriación...*, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸ PALAO MORENO, G., “Las normas del derecho internacional privado...”, *op. cit.* (313 y 314).

⁵⁹ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2012, pp. 161-186 (161).

⁶⁰ La denominación de Derecho “primario” se otorga por ser Derecho creado directamente por los Estados miembro de la UE, y Derecho “originario” por ser este el Derecho del que deriva la creación y aplicación del Derecho procedente de instituciones comunitarias (de ahí la consideración de “derivado”), y adoptado en aplicación de los Tratados (de ahí la consideración de “secundario”). *Vid.* BARRERO ORTEGA, A., LÓPEZ BASAGUREN, A. y ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., “Tema 1. El Derecho primario”, en LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Vol. II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2016, p. 25.

1.2.A. De la Comunidad Económica Europea a la Unión Europea: la evolución de la libre circulación en el Derecho originario

9. Los orígenes de la actual UE: la CECA. Como es de sobra conocido, la actual Unión Europea nació con el objetivo principal de lograr la paz mundial a través de la unión de los países europeos que, históricamente, habían estado enfrentados y cuya rivalidad derivó en un terrible suceso para toda la humanidad: la Segunda Guerra Mundial⁶¹. El primer paso en este esperanzador camino comenzó con la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante, “CECA”), en el año 1951 (en vigor desde el 23 de julio de 1952), con la participación de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

10. El paso de la CECA a la CEE. Posteriormente, en el año 1957, se creó la Comunidad Económica Europea (en lo sucesivo, “CEE”), mediante la firma del Tratado de Roma (en vigor desde el 1 de enero de 1958), por parte de los mismos países, con el objetivo de establecer un “mercado común”. Este mercado común se basaba en “cuatro libertades”, siendo estas: la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales (todas ellas desde un punto de vista eminentemente económico)⁶².

En los artículos 48 a 50 del Tratado constitutivo de la CEE se reconocía la libre circulación de personas en el seno de la Comunidad, con prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad. Esta libertad facultaba a sus titulares a (art. 48 del Tratado de Roma): responder a ofertas efectivas de trabajo; desplazarse libremente para ello dentro del territorio de los Estados miembros; residir en uno de los Estados miembros para ejercer en él un empleo; y permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (todo ello de conformidad con los reglamentos de aplicación).

Sin embargo, dicha regulación hacía referencia expresa a “la libre circulación de trabajadores” (debe entenderse, por cuenta ajena), no de personas en general. Por su parte, en los artículos 52 a 58 se regulaba la libertad de establecimiento que resultaba de aplicación a los trabajadores por cuenta propia. Por ello, en este primer momento, la

⁶¹ Ampliamente, sobre los diferentes motivos que dieron lugar al inicio del proceso de integración europea, *vid.* NAHAS, T. C., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado...*, *op. cit.*, pp. 39-41. También puede consultarse un detallado repaso a la evolución de este proceso en las pp. 39-62.

⁶² MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (Coord.), *Esquemas de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Tomo XIII, Valencia, 2010 (p. 41) y GOERLICH PESET, J. M. (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia: un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social España, 1ª Edición, Madrid, 2011, p. 19.

libertad de circulación era muy limitada al beneficiar únicamente a las “personas” en el sentido puramente productivo del término (trabajadores por cuenta propia y ajena)⁶³.

Ya en este Tratado de 1957, se incorporó un artículo (el número 51) referente a la adopción de las medidas necesarias en materia de Seguridad Social para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores mediante la creación de un sistema que pudiera garantizar a los trabajadores migrantes y sus familiares, fundamentalmente: la acumulación de periodos trabajados para adquirir, conservar y calcular las prestaciones sociales; y el pago de las prestaciones de los residentes en un Estado miembro. Poco tiempo después se aprobaron las primeras normas de Derecho derivado en la materia, los Reglamentos 3/58⁶⁴ y 4/58⁶⁵ –posteriormente sustituidas por otros reglamentos–, todo ello con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a los desplazamientos de los trabajadores dentro de la UE⁶⁶.

11. La creación de la UE. En la década de los años noventa, con el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992 (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993), se creó la Unión Europea (UE)⁶⁷, formada por tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial en materia penal⁶⁸. En este momento se instaura el “mercado único”, poniendo en marcha el proceso de integración política (unión económica y monetaria) y el establecimiento de la ciudadanía europea (que se añade a la ciudadanía nacional)⁶⁹. Además, la hasta ahora CEE se convirtió en la Comunidad Europea (CE).

⁶³ MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (Coord.), *Esquemas de Derecho Social de la Unión Europea*, op. cit. (41 y 42).

⁶⁴ No disponible en castellano. Versión en francés: *Règlement n° 3 du Conseil de la C.E.E., du 25 septembre 1958, concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (J.O. 30, du 16 décembre 1958, p. 561 et s.)*.

⁶⁵ No disponible en castellano. Versión en francés: *Règlement n° 4 du Conseil, du 25 septembre 1958, fixant les modalités d'application et complétant les dispositions du Règlement n° 3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (J.O. 30, du 16 décembre 1958, p. 597 et s.)*.

⁶⁶ CORREA CARRASCO, M., “El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 13-65 (43), disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>; y LÓPEZ TERRADA, E. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “La reciente propuesta de reforma de los reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017, pp. 112-141 (114).

⁶⁷ A pesar de la creación de la Unión Europea y el abandono de la denominación “Comunidad Europea”, en la presente tesis se va a utilizar la nomenclatura ampliamente arraigada que utiliza el calificativo “comunitaria/o” para hacer referencia también a normas, textos o sentencias procedentes de las instituciones de la Unión Europea.

⁶⁸ Precisiones acerca del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Axy0026>.

⁶⁹ Precisiones acerca del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Axy0026>

Los cinco objetivos perseguidos esencialmente con el Tratado de Maastricht eran los siguientes: 1) refuerzo de la legitimidad democrática de las instituciones; 2) mejora de la eficacia de las instituciones; 3) instauración de una unión económica y monetaria; 4) desarrollo de la dimensión social de la Comunidad; y 5) institución de una política exterior y de seguridad común⁷⁰.

Dentro del estatus de la ciudadanía europea se incorporó el derecho a la libre circulación y residencia en la Unión Europea, derecho que, ahora sí, se extiende a todas las personas (ciudadanos europeos), y no únicamente a los trabajadores (por cuenta propia o ajena)⁷¹. Así, mediante este Tratado se crea la “ciudadanía de la Unión”. En el anterior artículo 17 TCE, actual artículo 20 del TFUE, se recoge el estatus de ciudadano europeo como aquel que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro, añadiéndose esta ciudadanía a la nacional (no la sustituye). De este modo, en la actualidad, entre los derechos reconocidos a los ciudadanos europeos se encuentra el de “*circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*” (art. 20.2.a del TFUE), “*con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación*” (art. 21.1 del TFUE –anterior art. 18 del TCE–).

Por su parte, la libre circulación de trabajadores en la Unión se desarrolla en los artículos 45 a 48 del TFUE. Concretamente, en el artículo 45.1 del TFUE se señala que “*quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión*”. Es importante destacar que esta disposición goza de eficacia directa, esto es, los eventuales interesados pueden invocarla directamente ante los órganos judiciales nacionales de cualquier Estado miembro (STJCE⁷² de 4 de diciembre de 1974 –C-41/74, asunto *Van Duyn*-)⁷³.

Igualmente, es necesario poner de relieve que, mediante el Tratado de Ámsterdam (1997), se concedieron importantes derechos de movilidad a los nacionales de terceros países titulares de un derecho de residencia legal⁷⁴, garantizando la ausencia de controles de personas, con independencia de su nacionalidad, en las fronteras interiores de la Unión (actual art. 77.1.a del TFUE, antiguo art. 62 del TCE).

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (Coord.), *Esquemas de Derecho Social de la Unión Europea*, *op. cit.* (41 y 42).

⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), predecesor del actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

⁷³ Por todos, DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, *op. cit.* (163); y ROJO TORRECILLA, E., “Capítulo 18. Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de establecimiento”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 507-532 (512-513).

⁷⁴ MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (Coord.), *Esquemas de Derecho Social de la Unión Europea*, *op. cit.* (42).

12. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Finalmente, para concluir con la regulación del derecho a la libre circulación en el Derecho originario, es fundamental indicar que con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)⁷⁵, proclamada en diciembre del año 2000 en Niza, se elevó este derecho a la categoría de fundamental. Por un lado, en el artículo 45.1 de la CDFUE se reconoce como derecho fundamental el derecho de todo ciudadano (trabajador o no) “a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”; y, por otro lado, en el artículo 15.2 de la CDFUE se recoge que “todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro” (si bien, esta categoría de derecho fundamental ya se la había otorgado el TJCE en su sentencia de 15 de diciembre de 1995 –C-415/93, asunto *Unión royale belge des sociétés de football association ASBL y otros*–)⁷⁶. No obstante, no es hasta el Tratado de Lisboa (2007) –mediante el que se confiere a la CDFUE el mismo valor jurídico que a los Tratados–, cuando los principios, derechos y libertades en ella recogidos adquieren valor jurídico vinculante para las instituciones y organismos públicos de los Estados miembros y de la UE (incluyendo jueces y tribunales)⁷⁷.

13. La importancia de la calificación como derecho fundamental. Una de las principales consecuencias que se derivan de esta calificación es que, como norma general, se prohíben las restricciones al ejercicio del derecho a la libre circulación⁷⁸. El TJUE ha entendido que una restricción es toda aquella medida que prohíba, obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de un derecho fundamental, a pesar de que se trate de disposiciones que se apliquen por igual a nacionales y no nacionales de un determinado Estado⁷⁹.

⁷⁵ Texto que “marca el carácter más humanitario que, a lo largo de los años, se ha intentado imprimir al bloque inicialmente económico [...] que evidencia una preocupación social que debe impregnar un sistema democrático”. NAHAS, T. C., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado...*, op. cit., p. 106.

⁷⁶ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, op. cit. (163).

⁷⁷ Por todos, VALDUEZA BLANCO, M. D., “Capítulo II. La protección social...”, op. cit. (56); DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, op. cit. (163); y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Capítulo 2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 53-76 (65).

⁷⁸ El concepto de “restricción” a estos efectos es una noción esencialmente jurisprudencial. Vid. GOERLICH PESET, J.M. (Dir.). *Libertades económicas mercado de trabajo y derecho de la competencia: un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*. Madrid. Consejo Económico y Social España. 2011, p. 23.

⁷⁹ SSTJCE de 30 noviembre de 1995 (C-55/94, asunto *Gebhard*, apartados 35 a 37) y de 11 julio de 2002 (C-294/2000, asunto *Gräbner*, apartado 39). Vid. GOERLICH PESET, J. M. (Dir.), *Libertades económicas...*, op. cit., p. 23.

No obstante, la calificación del derecho a la libre circulación como fundamental no implica que este sea incondicional, tal y como lo reconoce el artículo 21.1 del TFUE, al supeditar tal derecho al cumplimiento de las limitaciones y condiciones fijadas en el Tratado y el resto de disposiciones para su aplicación⁸⁰. Este derecho, como fundamental, puede ser objeto de dos tipos de limitaciones⁸¹. Por un lado, se permite la existencia de restricciones con amparo legal (si bien, deberán interpretarse de manera estricta, respetando los límites impuestos por el Derecho de la UE y el principio de proporcionalidad⁸²). Por otro lado, se permiten limitaciones que, aun no teniendo amparo normativo expreso, superen el denominado “juicio de proporcionalidad” en su triple perspectiva: 1) finalidad legítima; 2) justificación objetiva; y 3) proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que se haga uso de los medios necesarios y adecuados para la finalidad perseguida⁸³.

1.2.B. Breve introducción a la regulación del derecho a la libre circulación en el Derecho derivado

14. La distinción entre las dos vertientes de la libre circulación. El Derecho derivado que recoge el régimen jurídico actual de la libertad de circulación y residencia de las personas en el seno de la UE está formado, fundamentalmente, por la Directiva 2004/38⁸⁴, en vigor desde el día 30 de abril de 2004, con un plazo de transposición de dos años⁸⁵. Por su parte, el derecho a la libre circulación para el colectivo específico de los trabajadores se desarrolla en el *Reglamento 492/2011, de 5 de abril, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión* (en adelante, “Reglamento 492/2011”).

⁸⁰ Así lo ha indicado el Tribunal de Luxemburgo en numerosas sentencias como, por ejemplo, en la STJUE de 19 de septiembre de 2013 (C-140/12, asunto *Brey*, apartado 46).

⁸¹ GOERLICH PESET, J. M. (Dir.), *Libertades económicas...*, *op. cit.*, p. 23.

⁸² STJUE asunto *Brey*, apartado 70, entre otras.

⁸³ En este sentido, en el ámbito de la libertad de circulación de trabajadores, SSTJCE de 17 de marzo de 2005 (C-109/04, asunto *Kranemann*, apartado 33) y de 11 de enero de 2007 (C-208/05, asunto *ITC*, apartado 37); y, más recientemente, SSTJUE de 16 de abril de 2013 (C-202/11, asunto *Anton Las y PSA Antwerp NV*, apartado 23) y de 5 de noviembre de 2014 (C-103/13, asunto *Snezhana Somova*, apartado 46).

⁸⁴ *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril* (en vigor desde el día 30 de abril de 2004, con un plazo de transposición de dos años), *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* (en lo sucesivo, “Directiva 2004/38”).

⁸⁵ La transposición de esta Directiva ha sido calificada de “tardía e incompleta” en muchos Estados miembros, dando lugar a diversos procedimientos de infracción por incumplimiento. En el ordenamiento jurídico español, esta transposición se realizó a través el *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*, implementación que ha sido considerada “insuficiente” y “parcial”. Sobre esta cuestión, GARCÍA COSO, E., “Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familias en España: retrospectiva y retos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 291-312.

1.2.B.a. La libre circulación de personas: la Directiva 2004/38

15. Ámbito territorial y subjetivo. El ámbito territorial de la Directiva 2004/38 se extiende al territorio de los Estados miembros de la UE⁸⁶, a los países del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y a Suiza⁸⁷. En cuanto a su ámbito subjetivo, esta norma resulta de aplicación a cualquier ciudadano de la UE que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad y a los miembros de su familia⁸⁸ que lo acompañen o se reúnan con él (arts. 1 y 3 de la Directiva 2004/38).

16. Ámbito objetivo. Por último, dentro del ámbito objetivo de esta norma europea, en los artículos 6 a 15 de la Directiva 2004/38 se regula el derecho de residencia de los nacionales de un Estado miembro (y los miembros de su familia) en otro Estado miembro distinto, estableciendo un régimen gradual de acceso a la misma. Así, se diferencian tres escenarios diferentes, en función de la duración de la residencia (cada uno de los cuales otorga unos derechos sociales distintos, aumentando gradualmente de un escenario a otro⁸⁹): a) residencia por un periodo de hasta tres meses; b) residencia no permanente por un periodo superior a tres meses; y c) residencia permanente (normalmente, a partir de los cinco años de residencia)⁹⁰.

⁸⁶ Conviene precisar que esta libertad de circulación, reconocida en el Derecho originario, no se aplica en determinados territorios de conformidad con lo dispuesto en el art. 355 TFUE. Así, por ejemplo, no resultaría de aplicación en las islas Feroe, islas del Canal e isla de Man, entre otros. A este respecto, *vid.* DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, *op. cit.* (pp. 169-170).

⁸⁷ MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (Coord.), *Esquemas de Derecho Social de la Unión Europea*, *op. cit.* (45).

⁸⁸ Se entiende por “miembro de la familia” a las siguientes personas (art. 2.2 Directiva 2004/38): a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la UE haya celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro (en el caso de que el ordenamiento jurídico del Estado miembro de acogida otorgue a estas uniones un trato equivalente a los matrimonios); c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); y d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).

No obstante lo anterior, en el propio texto de la norma se indica que también se facilitará la entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, “*de conformidad con su legislación nacional*”, de determinadas personas no incluidas en el listado anterior, concretamente (art. 3.2 Directiva 2004/38): a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que en el país de procedencia esté a cargo o viva con el ciudadano de la UE beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; y b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

⁸⁹ A este sistema se ha denominado “enfoque gradual” o “*incremental approach*”, término acuñado por Barnard, en el año 2005. *Vid.* PÉREZ DEL PRADO, D., “Ciudadanía europea, derechos de libre circulación e igualdad de trato y protección social: tensiones en época de crisis. A propósito de la STJUE de 11 de noviembre de 2014 (Caso Dano)”, *Información Laboral*, núm. 12, 2014, versión electrónica (p. 3/8).

⁹⁰ Mención específica requieren en este punto los ciudadanos en búsqueda activa de empleo. El TJUE ha considerado esta situación inherente al principio de libre circulación de trabajadores y el principio de igualdad de trato (SSTJUE de 26 de febrero de 1991 –C-292/89, asunto *Antonissen*- y de 23 de marzo de

En el primer escenario, los ciudadanos de la UE tienen derecho de residencia sin más condición o formalidad que la de poseer un documento de identidad o pasaporte válidos. Sin embargo, esta libertad de residencia tiene una importante limitación, recogida en el artículo 14.1 de la Directiva 2004/38: este derecho de residencia podrá ser disfrutado por los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias *“mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida”*.

En este mismo sentido se pronuncia la excepción recogida en el artículo 24.2 de la citada Directiva⁹¹. En el primer apartado del artículo 24 de esta norma se recoge el principio de igualdad de trato entre ciudadanos de la UE, residan en el Estado miembro que residan, si cumplen lo dispuesto en la Directiva 2004/38. Sin embargo, en el segundo párrafo de ese mismo artículo se recoge una importante excepción a este principio al señalar que, *“durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14”* (periodo de búsqueda activa de empleo con posibilidades reales de contratación), *“el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”*⁹².

2004 –C-138/02, asunto *Collins-*). Por esa vinculación con importantes principios de la Unión, la Directiva 2004/38 recoge, en su artículo 14.4 (de conformidad con lo dispuesto en su considerando 16), la prohibición de expulsión contra ciudadanos de la UE o sus familiares si *“b) los ciudadanos de la Unión entraron en el territorio del Estado miembro de acogida para buscar trabajo [...] mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados”* (salvo por razones de orden público o seguridad pública), sin que se haya establecido un periodo concreto para ello (se ha entendido que tres meses son insuficientes y seis suficientes, aunque el plazo que se fije deberá ser flexible y poder extenderse más allá en función de la situación particular del interesado –SSTJCE de 26 de febrero de 1991, C-292/89, asunto *Antonissen*, apartado 21; de 20 de febrero de 1997, C-344/95, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartados 17 y 18; y STJUE de 17 de diciembre de 2020 –C-710/19, asunto *G.M.A.*, apartados 40-41 y 51–). En cualquier caso, la imposibilidad de expulsión no implica el acceso a la asistencia social del Estado de acogida en virtud del principio de igualdad de trato. *Vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgto CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Actum Social*, Francis Lefebvre, 2017, pp. 29-46 (30-31); y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social: ¿sufrir la UE de aporofobia?”, en MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cinca, 1ª Edición, Madrid, 2018, pp. 505-533 (513-515).

⁹¹ Excepción que parte de la doctrina ha considerado una forma de acentuar, aún más, la vertiente económica sobre la social en la construcción europea. Así se ha manifestado GARCÍA ROMERO, B., “Libre circulación de trabajadores, derecho de residencia en concepto de escolarización de los menores a cargo de trabajador migrante desempleado e igualdad de trato en materia de prestaciones de asistencia social”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020, versión electrónica, p. 10, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-0000001076

⁹² A pesar de las limitaciones que posibilitan los artículos 14.1 y 24.2 de la Directiva 2004/38 a los diferentes Estados miembros, en la norma de trasposición española (RD 240/2007) no se han incorporado, lo que conduciría a la inaplicación de las citadas limitaciones en España (mayor favorabilidad de la norma nacional

Por su parte, en el segundo escenario, el derecho de residencia está condicionado al cumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el artículo 7 de la Directiva 2004/38⁹³ (basta cumplir uno de ellos)⁹⁴:

- Ser trabajador (por cuenta propia o ajena) en el Estado miembro de acogida (o mantener la condición de tales, en los supuestos recogidos en el apartado 3 de este artículo –entre otros, personas inscritas como desempleadas tras la pérdida involuntaria de empleo en el Estado de acogida⁹⁵–);
- Disponer de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como disponer de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado;
- Cursar estudios en dicho Estado, disponiendo de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos y con recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida;
- Ser miembro de la familia que acompaña o va a unirse a un ciudadano de la UE que cumple alguno de los requisitos anteriores.

Salvo en los casos de trabajadores activos (o de personas que mantienen este estatuto, así como los miembros de sus familias), se exige un requisito indispensable: disponer de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida (junto con el requisito de disponer de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado).

Por lo tanto, evitar que los ciudadanos europeos migrantes económicamente inactivos se conviertan en una “*carga excesiva para la asistencia social del Estado*”

frente a la norma comunitaria). En esta línea, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Libre circulación de ciudadanos comunitarios...”, *op. cit.* (519-520).

⁹³ Debe matizarse que los condicionantes recogidos en la Directiva únicamente suponen un régimen mínimo que los Estados miembros no pueden empeorar, pero sí mejorar. De hecho, España había hecho uso de esta facultad y, hasta el año 2012, regía un modelo “incondicional” de residencia en el Estado español para los ciudadanos europeos. Sin embargo, mediante la aprobación del *Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, se añadió el requisito de la suficiencia económica recogido en la propia Directiva comunitaria (Disposición Final Quinta). Sobre este cambio normativo, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *La Ley Unión Europea*, núm. 22, 2015, versión electrónica (p. 3/17); SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y., “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE”, *La Ley Unión Europea*, núm. 32, 2015, versión electrónica (p. 8/30); y GARCÍA COSO, E., “Quince años de movilidad...”, *op. cit.* (296-297).

⁹⁴ La comprobación del cumplimiento de estos requisitos no puede realizarse de manera sistemática, sino únicamente cuando existan dudas razonables en cuanto a su cumplimiento por parte de un ciudadano de la UE o de los miembros de su familia (art. 14.2 Directiva 2004/38).

⁹⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* la STJUE de 11 abril de 2019 (C- 483/17, asunto *Tarola*), comentada en la nota al pie 549.

miembro de acogida” es uno de los pilares sobre los que se asienta el modelo de acceso gradual a la residencia legal en la Directiva 2004/38 (considerando 10).

Por último, la residencia permanente (art. 16 Directiva 2004/38), con carácter general (y salvo las excepciones recogidas en el artículo 17 de la Directiva citada), se adquiere tras un periodo continuado de residencia legal de cinco años en el Estado miembro de acogida (también aplicable a los miembros de la familia que hayan residido legalmente durante ese periodo con el ciudadano de la UE). En estos casos, la igualdad de trato debe ser completa⁹⁶. Este derecho de residencia permanente únicamente se perdería en caso de ausencia del Estado miembro de acogida durante más de dos años consecutivos.

17. La libre circulación como derecho fundamental y sus limitaciones. Como se ha tenido ocasión de indicar, el derecho a la libre circulación en el seno de la Unión ha sido catalogado como fundamental. Pues bien, las limitaciones contenidas en la Directiva 2004/38 pueden entenderse como restricciones al derecho fundamental a la libre circulación con amparo legal, y, por tanto, deberían interpretarse de manera estricta⁹⁷.

1.2.B.b. La libre circulación de trabajadores: el Reglamento 492/2011

18. El punto de partida: artículo 45 del TFUE. El artículo 45 TFUE recoge la “*abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*”. Este derecho ha sido desarrollado en el Reglamento 492/2011, si bien deben tenerse en cuenta algunas cuestiones incluidas en la *Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales*⁹⁸; y en la *Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores*⁹⁹.

19. Contenido esencial del artículo 45 del TFUE. Dentro del contenido esencial de esta prohibición de discriminación de los trabajadores por razón de su nacionalidad,

⁹⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea...”, *op. cit.* (30).

⁹⁷ SUÁREZ CORUJO, B., “Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre circulación de los pobres (trabajadores). A propósito de la STJUE 15 de septiembre de 2015, Alimanovic”, *Información Laboral*, núm. 1, 2016, versión electrónica (p. 5/7).

⁹⁸ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, *op. cit.* (161-163).

⁹⁹ Sobre esta norma, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 395-417 (415-417); y ROJO TORRECILLA, E., “Capítulo 18. Libertad de circulación de trabajadores...”, *op. cit.* (517-519).

desarrollado en el Reglamento 492/2011, se encuentran englobados los siguientes derechos¹⁰⁰: 1) derecho a beneficiarse de las mismas prioridades en el acceso a los empleos que los nacionales del Estado miembro de acogida (art. 1.2 del Reglamento 492/2011); 2) derecho a la igualdad de trato en materia de condiciones de empleo y de trabajo (art. 7.1 del Reglamento 492/2011); 3) derecho a la igualdad de trato a la hora de beneficiarse de ventajas fiscales y sociales (art. 7.2 del Reglamento 492/2011)¹⁰¹; 4) derecho a la igualdad de trato en materia de afiliación a organizaciones sindicales y ejercicio de derechos sindicales (art. 8.1 Reglamento 492/2011); y 5) derecho a que sus hijos sean admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en igualdad de condiciones, si esos hijos residen en el Estado miembro de acogida (art. 10 Reglamento del 492/2011).

20. La indefinición del concepto de trabajador. A pesar de las importantes implicaciones que conlleva este derecho, la normativa comunitaria no determina el concepto de “trabajador” a estos efectos, tarea que ha realizado el TJUE. En este sentido, el Tribunal de Justicia ya ha señalado en diversas ocasiones que “*el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate*” (STJCE de 12 de mayo de 1998 –C-85/96, asunto *Martínez Sala*, apartado 31–).

Sin perjuicio de la definición empleada en el ámbito de la coordinación comunitaria –que se analizará más adelante–, en la esfera del artículo 45 del TFUE y, consiguientemente, del Reglamento 1612/68 (cuya regulación se encuentra actualmente en el Reglamento 492/2011), el concepto de trabajador es un concepto comunitario, interpretado en sentido amplio (en cuanto define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental)¹⁰². Sin ánimo de ahondar en esta cuestión, puede decirse, a grandes rasgos, que este concepto incluye a las personas que se encuentran prestando servicios en un sentido laboral¹⁰³. Asimismo, quienes se desplazan en busca de empleo de un Estado

¹⁰⁰ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, *op. cit.* (170-173).

¹⁰¹ Estas disposiciones son especialmente importantes respecto de prestaciones excluidas del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación, pues ello no implica que no pueda resultar de aplicación este otro precepto. Así, el artículo 36.2 del Reglamento 492/2011 señala que este “*no afectará a las disposiciones adoptadas de conformidad con el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”. No obstante, este tema, pese a su interés, excede del objeto de la presente tesis doctoral.

¹⁰² SSTJCE de 3 de julio de 1986 (66/85, asunto *Lawrie-Blum*, apartado 16); de 21 de junio de 1988 (197/86, asunto *Brown*, apartado 21); de 26 de febrero de 1992 (C-3/90, asunto *Bernini*, apartado 14); de 6 de noviembre de 2003 (C-413/01, asunto *Ninni-Orasche*, apartado 23); y SSTJUE de 21 de febrero de 2013 (C-46/12, asunto *L.N.*, apartado 39); de 19 de junio de 2014 (C-507/12, asunto *Saint Prix*, apartado 33); y de 17 de diciembre de 2020 (C-710/19, asunto *G.M.A.*, apartado 24).

¹⁰³ PENNING, F., *European Social Security Law*, Intersentia, 6ª Edición, Cambridge, 2015, pp. 149-151. Concretamente, el Tribunal de Justicia, en el citado asunto *Martínez Sala* (apartado 32), ha reconocido esta categoría a “*la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Una vez concluida la relación laboral el*

miembro a otro también ostentan la cualidad de “trabajadores” a estos efectos (por todas, SSTJCE de 26 febrero de 1991 –C-292/89, asunto *Antonissen*, apartado 21–, y de 12 de mayo de 1998 –C-85/96, asunto *Martínez Sala*, apartado 32–; y STJUE de 17 de diciembre de 2020 –C-710/19, asunto *G.M.A.*, apartado 24–)¹⁰⁴.

Sin embargo, en este último caso, los demandantes de empleo incluidos dentro del concepto de “trabajador comunitario” no adquieren todos los derechos inherentes a tal condición, sino que solo se benefician del principio de igualdad de trato en cuanto al acceso al mercado de trabajo, pero no así respecto de las ventajas sociales y fiscales a las que hace referencia el Reglamento 492/2011 (STJUE de 23 de marzo de 2004 –C-138/02, asunto *Collins*, apartado 31–, entre otras)¹⁰⁵.

3. La importancia creciente de los Reglamentos de coordinación

21. Las cuestiones jurídicas emanadas del elemento extranjero en las relaciones laborales. Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que cada vez existen más personas potencialmente incluidas en el ámbito de aplicación de las normas reguladoras de las relaciones laborales internacionales. En la actualidad, existen numerosas normas con proyección supranacional e internacional que tratan de solventar algunas de las principales cuestiones surgidas como consecuencia de la movilidad del factor trabajo más allá de las fronteras nacionales.

Estas relaciones suscitan tres cuestiones jurídicas de índole internacional relevantes, no siempre de fácil resolución: 1) la determinación de la competencia judicial internacional; 2) la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo; y 3) la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social.

22. La determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social: los Reglamentos de coordinación. El objeto de estudio de la presente tesis doctoral se centra en la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, área menos explorada por la doctrina científica, a pesar de constituir el tercer pilar de la regulación

interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador” (en sentido idéntico, por todas, SSTJUE de 13 de diciembre de 2012 –C-379/11, asunto *Caves Krier Frères*, apartado 26– y de 19 de junio de 2014 –C-507/12, asunto *Saint Prix*, apartado 35–). Sobre el concepto de trabajador en detalle, véase MARTÍNEZ MORENO, C., “El concepto de trabajador”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, op. cit., pp. 201-220.

¹⁰⁴ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, op. cit. (168).

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Libre circulación de trabajadores en la UE: implicaciones en materia laboral”, Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo, Módulo Jean Monnet (p. 29/156), disponible en http://jeanmonnet.webs.uvigo.es/docs/2016/sesion_2.pdf

de las relaciones laborales internacionales y ser un elemento clave en la toma de decisiones empresariales de índole laboral.

A causa de la elevada movilidad en el seno de la Unión y la posición que el Derecho europeo ostenta para los países integrantes de la misma, es especialmente relevante la regulación contenida en los Reglamentos de coordinación (actualmente, los Reglamentos 883/2004¹⁰⁶ y 987/2009¹⁰⁷) que, si bien siempre han sido una herramienta fundamental, han ido adquiriendo mayor relevancia paulatinamente.

A este respecto, debe fijarse como punto de partida la vinculación del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de la UE con el modelo comunitario de coordinación en materia de Seguridad Social. Esta vinculación tiene su origen en el hecho de que este modelo de coordinación nace con el objetivo de favorecer una verdadera libertad de circulación y residencia en el seno de la UE, eliminando, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas para los ciudadanos de la Unión derivadas de abandonar su país de origen para trabajar o buscar trabajo en otro Estado miembro. La importancia de las implicaciones en materia social para el desarrollo de la libre circulación fue detectada tempranamente por el legislador comunitario, de ahí que unos de los primeros textos de Derecho derivado aprobados fueran destinados, precisamente, a este particular (los citados Reglamentos 3/58 y 4/58). Estos textos siguen manteniendo toda su importancia hoy en día, incluso más, si tenemos en cuenta los datos expuestos. Según estas cifras, España es un importante foco de movilidad en el ámbito de la Unión, lo que hace que sus instituciones se enfrenten habitualmente a la difícil tarea de aplicar los Reglamentos de coordinación. Estas normas, que como se verá, no afectan a la normativa interna de Seguridad Social, tienen importantes consecuencias para los interesados.

La actualidad del tema objeto de estudio es mayor si se tiene en consideración el procedimiento de reforma actualmente abierto en torno a estos Reglamentos, que hace especialmente oportuno su análisis en el momento actual, a la vista de la evolución de la Propuesta de la Comisión Europea, de diciembre de 2016 (COM (2016) 815 final)¹⁰⁸, que

¹⁰⁶ *Reglamento CE/883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social* (en lo sucesivo, “Reglamento 883/2004” o “Reglamento de base”).

¹⁰⁷ *Reglamento CE/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* (en adelante, “Reglamento 987/2009” o “Reglamento de aplicación”).

¹⁰⁸ *Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004* (en lo sucesivo, “Propuesta de actualización”, “Propuesta de reforma” o, simplemente, “Propuesta”), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016PC0815>

ha dado lugar al Acuerdo provisional, alcanzado en marzo de 2019, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea¹⁰⁹.

23. El insuficiente estudio de estos Reglamentos. Pese a la relevancia de la Seguridad Social en el plano de las relaciones laborales internacionales y, especialmente, en el seno del territorio comunitario, las normas de coordinación han pasado bastante desapercibidas para la mayor parte de la doctrina científica. En España, encontramos excelentes estudios realizados por un reducido número de autores que, normalmente, participan en instituciones o proyectos de escala europea. Sin embargo, al margen de estas contribuciones, la doctrina española no ha explorado en gran medida estas significativas y complejas normas. Tanto es así que se ha llegado a afirmar que esta normativa “*sigue viviendo en los guetos*” cuando, en realidad, debería declararse “*especie protegida, creándose una reserva natural para su desarrollo futuro*”¹¹⁰.

La mayoría de los estudios realizados en esta materia (posiblemente debido a la complejidad y tecnicidad de la misma, así como su conexión con el Derecho Internacional Privado), acomete el análisis de cuestiones parciales y, normalmente, de naturaleza descriptiva, para la comprensión de los textos y la jurisprudencia que los interpreta. Reconociendo la indudable necesidad de tales estudios y la utilidad de su lectura, considero necesario realizar un estudio omnicomprendivo y en profundidad de una de las principales cuestiones en materia de Seguridad Social: la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación.

A este respecto, conviene señalar en este momento que la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social ha presentado, tradicionalmente, dos tipos de problemas fundamentales: 1) determinar el sistema de Seguridad Social en el que el trabajador debe afiliarse y, en su caso, cotizar (relación de afiliación-cotización); y, 2) determinar el sistema de Seguridad Social al que el trabajador puede dirigirse a efectos del reconocimiento y cálculo de las eventuales prestaciones (relación de protección)¹¹¹.

Desde el punto de vista empresarial, resulta fundamental la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación. Es importante conocer con antelación y con la suficiente seguridad jurídica, qué ley resultará de aplicación en caso de contratación o movilidad de un trabajador, pues la diferencia en costes sociales entre unos países y otros

¹⁰⁹ Acuerdo provisional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2019, sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Documento 7698/19 ADD 1 REV 1 (en adelante, “Acuerdo provisional”), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf>

¹¹⁰ Si bien, respecto a la normativa precedente a la actualmente vigente, GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, 2006, pp. 51-62 (51).

¹¹¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, op. cit., pp. 100-107 y doctrina clásica ahí citada.

puede ser muy elevada¹¹²; tanto que puede conducir a la no contratación o movilidad de un determinado trabajador por este motivo. Esta problemática acontece con frecuencia dentro de multitud de empresas, no estando concentrada exclusivamente –aunque sí mayoritariamente– en grandes sociedades de capital.

24. Las normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación como objeto de estudio. El objeto de esta tesis es, pues, estudiar las normas de conflicto incorporadas en los Reglamentos de coordinación respecto de la relación de afiliación de los trabajadores por cuenta ajena (por ser una tesis en el ámbito del Derecho del Trabajo), para tratar de identificar sus principales puntos críticos en la actualidad y, en la medida de lo posible, aportar soluciones. Esta tarea pasa, necesariamente, por el conocimiento de la evolución de estas normas, de marcado carácter político a nivel supranacional.

Con esta finalidad, se ha decidido estructurar la tesis doctoral en dos partes: la primera, relativa a los puntos críticos generales de las normas comunitarias de coordinación; y la segunda, a los puntos críticos específicos de sus normas de conflicto.

Para poder lograr con éxito el propósito de esta tesis, considero imprescindible abordar, primeramente, el primer punto crítico al que los operadores jurídicos deben enfrentarse cuando se encuentran ante una relación laboral internacional: ¿resultan aplicables los Reglamentos de coordinación?¹¹³ Esta pregunta, aparentemente sencilla, tiene una dificultad añadida en el ámbito de la coordinación comunitaria en tanto que existen multitud de normas potencialmente aplicables (internacionales y nacionales), y con una interrelación peculiar entre ellas. Esta será la principal cuestión que tratará de resolverse en la Parte Primera. Para resolver esta cuestión exitosamente, se hace indispensable recurrir, en un primer momento, a un análisis descriptivo del panorama normativo para, posteriormente, tratar de adentrarse en cuestiones prácticas de mayor complejidad.

Sentado lo anterior, dará comienzo la Parte Segunda, centrada en las normas de conflicto. No obstante, como paso previo al estudio de estas normas, es necesario saber

¹¹² Un ejemplo práctico de estas diferencias puede consultarse en BERNTSEN, L. y LILLIE, N., “Social dumping at work: uses and abuses of the posted work framework in the EU”, ETUI Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy, núm. 7, 2015, pp. 2-3, disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/Policy%20Brief%202015.07%20Berntsen%20Lillie.pdf> En este trabajo se señala un posible ahorro de costes sociales de hasta el 19 %, en función de la legislación aplicable en esta materia, comparando entre trabajadores neerlandeses, y trabajadores desplazados desde Portugal o Polonia a los Países Bajos. En detalle, sobre este ejemplo, *vid.* CONTRERAS HERNÁNDEZ, O., *Desplazamiento de trabajadores en la UE: análisis de la situación actual y combinación metodológica para el estudio prospectivo de la Directiva (UE) 2018/957*, tesis (Dir. A. Merino Segovia), Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, 2019, p. 75.

¹¹³ Y ello porque la identificación de la regla aplicable constituye “*la primera labor que corresponde al investigador jurídico*”. CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 132, 2016, pp. 73-121 (80).

cómo funciona la coordinación comunitaria, esto es, sentar las bases del modelo de coordinación, sobre el que pivotan estas reglas y su interpretación. Pero la comprensión de este modelo no puede ser completa sin abordar una de las mayores peculiaridades presentes en el modelo comunitario de coordinación: su propia naturaleza jurídica, similar, pero no idéntica, al modelo típico de Derecho Internacional Privado. Esto afecta, directamente, a la determinación de la competencia judicial internacional en el ámbito de Seguridad Social; cuestión esta que, como se verá, ostenta un papel secundario a diferencia de lo que ocurre en materia de contrato de trabajo. Nuevamente, dada la complejidad y especificidad del tema, es necesario el recurso a un análisis descriptivo en ciertos momentos para ofrecer las nociones imprescindibles, de modo que el lector pueda comprender y valorar los puntos críticos que se abordarán.

Una vez establecidas estas bases esenciales, puede abordarse la compleja tarea del estudio de las normas de conflicto tendentes a solventar los problemas de determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación. En este momento, se ha considerado oportuno hacer mención de las diferentes propuestas de reforma que están actualmente sobre la mesa en cada una de estas cuestiones, debatiendo su necesidad, utilidad y, en su caso, planteando propuestas alternativas. Por último, y como cierre del trabajo, cabe dar un paso hacia el futuro, identificando algunos puntos críticos que, con carácter inminente, van a tener que ser enfrentados por los operadores jurídicos como consecuencia de la evolución de los mercados de trabajo y el avance de las NTIC. La pregunta que debemos plantearnos ante estas situaciones es si la regulación actual es suficiente para ofrecer respuestas adecuadas y, de no ser así, qué posibilidades interpretativas o legislativas podrían adoptarse para solventar el conflicto.

4. Metodología

25. La importancia del método en la Ciencia del Derecho: el “postpositivismo jurídico”. La presente tesis doctoral pretende el ambicioso objetivo de constituir un estudio de carácter científico dentro del ámbito jurídico. Por ello, se ha considerado indispensable realizar este trabajo de investigación partiendo del método aplicable a la Ciencia del Derecho¹¹⁴. El método seguido para ello es el denominado “postpositivismo jurídico”, heredero de la dogmática tradicional o positivismo jurídico, pero con importantes correcciones¹¹⁵.

¹¹⁴ “Es obvio que la existencia de un método que permita un conocimiento racional de la realidad es un requisito esencial para que ese tipo de conocimiento pueda ser reputado científico”. Así, GOERLICH PESET, J. M., “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 2, 1997, pp. 130-147 (132).

¹¹⁵ LÓPEZ TERRADA, E., “Algunas propuestas metodológicas para el estudio del Derecho del Trabajo”, Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, núm. 13, enero de 2016, pp. 69-78 (72 y 77).

26. El análisis técnico-jurídico¹¹⁶. Para conseguir acometer esta finalidad científica con éxito, se exige realizar la labor investigadora en dos grandes fases. En primer lugar, es necesario realizar el estudio e interpretación del conjunto de normas jurídicas en la materia, teniendo en cuenta la jerarquía normativa en el modo en el que todas ellas se relacionan entre sí. En el plano supranacional de la Seguridad Social, como se verá, esta tarea es especialmente compleja. En aras de realizar esta labor, se buscará elaborar un discurso claro, riguroso y coherente que, si bien no estará totalmente exento de un cierto grado de subjetividad, tratará de ser lo más científico posible.

Para apoyar este análisis normativo, debido al carácter del objeto de este estudio, resulta imprescindible acudir a textos internacionales¹¹⁷ para poder comprender la evolución, el contexto, la finalidad y la función de las normas objeto de análisis. El Derecho del Trabajo no es inmune a los cambios sociales, más bien todo lo contrario, pues es un “fenómeno eminentemente social”¹¹⁸, motivo por el que deben tenerse en cuenta otras disciplinas para la completa comprensión de sus disposiciones. Ello ha supuesto que, en determinados momentos de la tesis, y con la debida diferenciación expositiva¹¹⁹, se haya considerado necesario hacer referencia a elementos económicos, políticos y sociales como parte fundamental en el conocimiento de las normas; esto es, contextualizar la norma¹²⁰. Asimismo, no puede obviarse la labor fundamental de la jurisprudencia en este estudio, sobre todo la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esencial para comprender el presente, pero también para anticipar el futuro, de las normas de coordinación.

La investigación que se pretende realizar en esta primera fase es de tipo documental, basándose, fundamentalmente, en el estudio de fuentes de carácter documental tales como normas jurídicas, artículos doctrinales y decisiones judiciales. Así, se trata de una investigación tanto bibliográfica como hemerográfica. Además, la metodología de trabajo será de tipo sistemático, agrupando las normas reguladoras en materia de Seguridad Social en el ámbito supranacional, internacional y nacional, analizando la estructura de las mismas. Posteriormente, se utilizará el método exegético, tratando de realizar una interpretación del contenido de dichas normas y de la finalidad perseguida por el

¹¹⁶ Término utilizado en GOERLICH PESET, J. M., “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.* (143).

¹¹⁷ La esfera de aplicación de los Reglamentos objeto de estudio y la limitación de estudios científicos en el ámbito español, ha hecho imprescindible el recurso a fuentes ajenas al estricto ámbito nacional. Uno de los países con mayor proliferación científica en la materia es, sin duda, Francia, motivo por el cual decidí realizar una estancia de investigación en dicho país, para poder nutrir el estudio con las aportaciones realizadas en un Estado de gran tradición comunitaria y que han enriquecido enormemente el resultado de este trabajo.

¹¹⁸ LÓPEZ TERRADA, E., “Algunas propuestas metodológicas...”, *op. cit.* (72-74).

¹¹⁹ GOERLICH PESET, J. M., “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.* (147).

¹²⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación...”, *op. cit.* (81).

legislador con la promulgación de las mismas. Finalmente, se realizará un estudio de los pronunciamientos judiciales recaídos en la materia. Este paso resulta fundamental, pues una cosa es el sentido literal de las normas y, otra (que puede llegar a ser bien distinta) es la interpretación judicial de las mismas –tarea alejada a la mera actividad mecánica basada en “*un simple proceso de subsunción lógica*” defendida por el “positivismo formalista”¹²¹–. Por ello, es indispensable conocer cómo aplican los Tribunales competentes las disposiciones internacionales en materia de Seguridad Social, partiendo del análisis de los supuestos de hecho enjuiciados.

Con el objetivo de encontrar los principales problemas aplicativos de las normas de conflicto comunitarias en materia de Seguridad Social, se recurrirá a una investigación exploratoria, para, en la fase siguiente, formular propuestas para la resolución de los mismos, en el caso de que ello fuera posible. Además, también se tratará de una investigación descriptiva en tanto que se pretenden concretar las principales características de cada uno de los puntos críticos encontrados tras su correspondiente análisis, realizando, asimismo, un estudio síncrono del estado actual de aquellos.

27. Las reflexiones de Política del Derecho. El método pueda estar compuesto de una segunda fase, no siempre presente ni, necesariamente imprescindible¹²² –aunque, en mi opinión, esencial en esta tesis doctoral–. Esta segunda etapa consiste en dar un paso adicional en el estudio con miras a ofrecer una valoración crítica del estado del Derecho, realizando propuestas jurídicas, propias de la Política del Derecho¹²³, cuando se considere pertinente. Esta tarea se abordará de manera separada al análisis normativo, para aportar claridad sobre cada una de las fases del método¹²⁴. Así, de este modo, se partirá del “ser” del Derecho para adentrarse en el “debería ser” (mediante propuestas “*de lege ferenda*”), desde una perspectiva valorativa en clave argumentativa.

¹²¹ Sobre esta concepción de la actividad asignada al juez por el positivismo jurídico formalista, GOERLICH PESET, J. M., “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.* (133). Y sobre “*los mayores márgenes a la interpretación judicial que abren las transformaciones del Derecho del trabajo*”, *vid.* p. 144.

¹²² CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación...”, *op. cit.* (118).

¹²³ GOERLICH PESET, J. M., “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.* (145-147); LÓPEZ TERRADA, E., “Algunas propuestas metodológicas...”, *op. cit.* (76). Igualmente, sobre la oportunidad de esta perspectiva valorativa en la investigación de las Ciencias Sociales en general, y del Derecho en particular, CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación...”, *op. cit.* (78).

¹²⁴ Sobre la aceptación de la emisión de juicios de valor en el discurso científico del Derecho y su debida separación de los juicios de hecho, *vid.* ampliamente, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2018, pp. 77-133 (110-119).

PARTE PRIMERA

PUNTOS CRÍTICOS GENERALES DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COORDINACIÓN

CAPÍTULO I. EL COMPLEJO ENTRAMADO NORMATIVO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

28. La complejidad característica de la regulación de la Seguridad Social, motivada por el elevado número de normas en la materia, se intensifica ante la presencia de un elemento de extranjería, pues existe normativa tanto a nivel nacional, como supranacional e internacional, potencialmente aplicable. Por ello, resulta indispensable comprender el funcionamiento de este entramado normativo como paso previo a cualquier análisis.

29. **La preferencia por la técnica de la coordinación.** En el plano supranacional e internacional, pueden encontrarse disposiciones normativas procedentes de diversas instituciones que hacen referencia a materias de Seguridad Social. La inmensa mayoría de estas normas utilizan la técnica de la coordinación, tratando de conectar, en cierta forma, los diferentes sistemas de Seguridad Social nacionales para no obstaculizar la libre circulación, pero sin afectar a los sistemas internos de protección¹²⁵. En contraposición a la técnica de la armonización, que trata de homogeneizar los sistemas internos de Seguridad Social para que garanticen unos niveles mínimos de protección –lo cual implica incidir en la legislación interna de los Estados¹²⁶, afectando a todos los sujetos, sean o no migrantes¹²⁷–, las normas de coordinación son neutrales en cuanto al contenido material de las legislaciones nacionales¹²⁸.

Las razones para recurrir a la técnica de la coordinación en lugar de la armonización son diversas, siendo una de ellas la gran disparidad existente entre los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social. Estos sistemas son el resultado de una larga evolución, estrechamente vinculada a la historia, cultura y sociedad de cada Estado, lo que explica que no todos cubran los mismos riesgos, ni a las mismas personas e, incluso, puede que, aunque esto coincida, no se protejan con la misma intensidad o con el sometimiento a los mismos requisitos. Asimismo, el modo de organización y financiación de estos sistemas también es muy variado¹²⁹. Todo ello hace muy complicado, por no decir imposible,

¹²⁵ VALDUEZA BLANCO, M. D., “Capítulo II. La protección social...”, *op. cit.* (56-57 y 60).

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ MORSA, M., *Sécurité Sociale, libre circulation et citoyenneté européennes*, Editorial Anthemis, 1ª Edición, Bélgica, 2012, p. 20.

¹²⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 187-214 (188).

¹²⁹ PIETERS, D., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1992.

poder aunar todo este elenco de sistemas en un conjunto de normas armonizadoras para todos los Estados que cuente con el consenso de todos ellos.

30. De este modo, podemos encontrar normas procedentes de la Unión Europea, así como acuerdos multilaterales suscritos por la Unión, pero también convenios multilaterales (con especial relevancia de los Convenios de la OIT) y bilaterales suscritos por el Estado español. En última instancia, cuando no hay norma supranacional o internacional de aplicación, la normativa española prevé una regulación específica –si bien, de forma bastante fragmentada–.

En el presente capítulo se va a exponer sucintamente este marco normativo –pues no es el objeto último de esta tesis–, para enmarcar las normas comunitarias de coordinación que serán objeto de estudio más detenido en los capítulos siguientes.

I.1. Normativa procedente de la Unión Europea

31. El principio de supremacía y el Derecho europeo. Debido a su importancia, destacan especialmente las normas procedentes de la Unión Europea en los países integrantes de la misma, como es el caso de España. La importancia de la normativa comunitaria deriva, en primer lugar, de su prioridad aplicativa, consagrada ya por el antiguo TJCE (entre otras, STJCE de 15 de julio de 1964 –6/64, asunto *Costa Enel*–)¹³⁰. La supremacía del Derecho de la Unión Europea está consagrada en nuestra propia norma magna, en el artículo 93 de la CE, fundamento de la atribución de competencias realizada en favor de la Unión por parte del Estado español.

32. El efecto directo del Derecho europeo. Otra de las características del Derecho de la Unión Europea que lo dota de especial importancia es su efecto directo, también consagrado por la jurisprudencia comunitaria (entre otras, STJCE de 5 de febrero de 1963 –C-26/62, asunto *Van Gend en Loos*). Ello supone la capacidad del Derecho comunitario de generar derechos y obligaciones para los Estados miembros, pero también para los particulares, invocables directamente ante los organismos e instituciones públicos –incluidos los órganos jurisdiccionales, tanto nacionales como europeos–, desde su entrada en vigor, sin necesidad de acto estatal previo y de manera uniforme en todos los Estados miembros¹³¹. No obstante, para que opere este efecto directo es necesario que estemos ante normas precisas e incondicionales (por todas, SSTJUE de 5 de marzo de

¹³⁰ LÓPEZ TERRADA, E., “Capítulo quinto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social a las relaciones laborales internacionales: las normas comunitarias de coordinación”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2017, pp. 183-226 (189).

¹³¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Capítulo 4. La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, op. cit., pp. 97-130 (104).

2019 –C-349/17, asunto *Eesti Pagar*– y de 22 de enero de 2020, – C-814/18, asunto *Ursa Major Services*–).

A pesar de esta característica general, no todas las normas de la Unión tienen la misma eficacia. Así, por un lado, los Tratados originarios poseen eficacia directa plena, es decir, tanto vertical (pueden hacerse valer por un particular frente al Estado) como horizontal (pueden hacerse valer por un particular frente a otros particulares); no obstante, dependerá del tipo concreto de disposición (pueden limitarse a establecer obligaciones para los Estados, por ejemplo, en cuyo caso, carecerían de eficacia directa horizontal). Igualmente, los Reglamentos, de conformidad con el artículo 288 del TFUE, son actos legislativos de alcance general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en todos los Estados miembros, gozando de eficacia directa plena. Por otro lado, en cambio, las directivas –conforme al ya precitado artículo 288 del TFUE– son actos legislativos que obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, pero dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para ello. Las directivas, pues, carecen de aplicabilidad directa en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros generalmente, si bien el TJUE ha admitido el efecto directo vertical –e, incluso, en cierto modo, horizontal– de alguna de sus disposiciones¹³².

33. Fuentes del ordenamiento comunitario. Dentro de las fuentes del ordenamiento comunitario, deben distinguirse, como se ha adelantado, entre las integrantes del Derecho originario y las que forman parte del Derecho derivado. Dentro del primer grupo se encuentran los Tratados fundacionales (en la actualidad, TUE¹³³ y TFUE, en la redacción dada por el Tratado de Lisboa, del año 2007), sus modificaciones posteriores y los Acuerdos de Adhesión¹³⁴ (debiendo añadir disposiciones contenidas en otros textos legales, como se expondrá a continuación). Por su parte, dentro del segundo grupo se encuentran las normas adoptadas por las instituciones europeas dentro de las competencias asignadas por los Tratados, cuyo objetivo es el desarrollo normativo para la consecución progresiva de los principios comunitarios¹³⁵. En el Derecho derivado se

¹³² Sobre la eficacia de las directivas comunitarias en caso de falta de transposición en plazo o de transposición incorrecta, *vid.* de manera extensa, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Capítulo 4. La eficacia de las directivas...”, *op. cit.* (106-113). Esta eficacia de las directivas en estos supuestos se ha considerado como una forma de garantizar el “efecto útil” del Derecho de la Unión, con un matiz sancionador para el Estado incumplidor. Sobre este particular, MIRANDA BOTO, J. M., “Capítulo 3. Competencias, fuentes y papel de las instituciones de la Unión Europea en materia social”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 77-96 (94).

¹³³ *Tratado de la Unión Europea* (en adelante, “TUE”).

¹³⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “El derecho social de la Unión Europea. Reflexiones a propósito del sistema de fuentes”, *La Ley Unión Europea*, núm. 8, 2013, versión electrónica (pp. 2 y 13/40).

¹³⁵ *Ibíd.* (pp. 2 y 13/40).

pueden distinguir, a su vez, instrumentos obligatorios o vinculantes (Reglamentos, Directivas y Decisiones) e instrumentos no obligatorios o no vinculantes (Recomendaciones, Dictámenes o Informes y Resoluciones)¹³⁶.

34. La acción de la UE en materia social. Debe partirse del hecho de que las competencias de la UE en materia social son reducidas dado su origen eminentemente económico¹³⁷. Ha sido, precisamente, la voluntad de alcanzar los objetivos económicos la que ha impulsado la evolución de la acción de la UE en materia social, por entender que era necesario avanzar en el reconocimiento de ciertos niveles de protección para lograr dichos propósitos¹³⁸.

La política social de la UE se ha desarrollado desde tres ámbitos diferentes: 1) intervenciones directas de las instituciones de la Unión; 2) normas de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social¹³⁹; y 3) adopción de una estrategia común para reformar y modernizar los sistemas nacionales de protección social¹⁴⁰.

35. El principio de subsidiariedad. De conformidad con lo establecido en el artículo 5.3 del TUE, dado que la Seguridad Social no es una materia de competencia exclusiva de la Unión, rige el principio de subsidiariedad. Este principio implica que la labor de la Unión queda destinada a apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en lo indicado en los apartados c) y k) del actual artículo 153 del TFUE (antiguo art. 137 del TCE), esto es, “c) *la seguridad social y la protección social de los trabajadores*” y “k) *la modernización de los sistemas de protección social*”, pero sin

¹³⁶ En este sentido, MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “El derecho social de la Unión Europea...”, *op. cit.* (p. 14/40), sobre la base de lo señalado en GARZÓN CLARIANA, G., “Las fuentes del derecho comunitario” en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Coords.), *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1993, pp. 23-54. Sobre la tipología de los actos de Derecho derivado, *vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y GORDILLO PÉREZ, L. I., “Tema 2. El Derecho derivado de la UE. Los acuerdos internacionales de la UE” en LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea...*, *op. cit.*

¹³⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “El derecho social de la Unión Europea...”, *op. cit.* (p. 2/40) y UXÓ GONZÁLEZ, J., “La UEM y los trabajadores: la protección social”, en OREJA AGUIRRE, M. (Dir.), *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2002, pp. 221-237 (221 y 224).

¹³⁸ ERRANDONEA ULAZIA, E., “Algunas notas sobre el método abierto de coordinación comunitario europeo de Seguridad Social y su influencia sobre el sistema español de pensiones”, *Revista de derecho social*, núm. 47, 2009, pp. 125-146 (128) y LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del derecho social comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en SALINAS MOLINA, F. (Dir.), *Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 17-70 (52).

¹³⁹ Siendo esta la principal y más frecuente vía de intervención de la UE en materia de Seguridad Social. *Vid.* DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 4/2016, núm. 4, 2016, versión electrónica (p. 2/15).

¹⁴⁰ UXÓ GONZÁLEZ, J., “La UEM y los trabajadores: la protección social”, *op. cit.* (225).

poder afectar a la legislación interna sobre los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social¹⁴¹.

36. Disposiciones mínimas europeas en materia social. Al margen de las normas de coordinación en materia de Seguridad Social, debe hacerse referencia a la posibilidad que ofrece el Derecho originario de adoptar, por unanimidad, “*las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros*” en materia de Seguridad Social y protección social de los trabajadores, entre otras, a través de directivas (art. 153.2.b del TFUE, anterior art. 137.2 del TCE)¹⁴². No obstante, en el apartado 4 del artículo 153 del TFUE se matiza que dichas disposiciones no pueden afectar “*a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste*”. Si bien esta competencia se introdujo con el Tratado de Ámsterdam, lo cierto es que no ha sido utilizada nunca¹⁴³.

Sin embargo, sí se han armonizado algunos aspectos de las normativas nacionales en materia de protección social mediante directivas tendentes a evitar la discriminación por razón de sexo¹⁴⁴, aunque sobre la base de un fundamento jurídico diferente¹⁴⁵. También se ha producido una intervención europea de tipo armonizador mediante la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (transpuesta al ordenamiento español mediante el *Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación*)¹⁴⁶. Igualmente, hay ciertas decisiones en el ámbito europeo que sí afectan a los sistemas nacionales de Seguridad Social, aunque no de manera directa (por ejemplo, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que obliga a los Estados miembros, entre otras cosas, a reducir el déficit público en caso de debilidad del crecimiento económico, lo cual suele utilizarse

¹⁴¹ ERRANDONEA ULAZIA, E., “Algunas notas sobre el método abierto...”, *op. cit.* (129).

¹⁴² *Ibid.* (128 y 129).

¹⁴³ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (188) y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 2/15).

¹⁴⁴ En este sentido, VALDUEZA BLANCO, M. D., “Capítulo II. La protección social...”, *op. cit.* (57).

¹⁴⁵ Por ejemplo, las Directiva 86/378/CEE, modificada por la Directiva 96/97/CE; y Directiva 79/7/CEE; Directiva 2010/41/UE. *Vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (189) y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 2/15).

¹⁴⁶ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 2/15).

como motivo para evitar el crecimiento o, incluso, el mantenimiento del gasto social¹⁴⁷; en este mismo sentido, se podría citar también el posterior Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, conocido como “Pacto Presupuestario”, del año 2012, tendente a lograr el equilibrio presupuestario de los Estados miembros). No obstante, la técnica de la armonización no ha sido utilizada para instaurar un sistema común de Seguridad Social en toda la Unión dado que, por el momento, ello resulta prácticamente una utopía¹⁴⁸.

37. Estrategia común europea de protección social. Por último, debe señalarse que la estrategia común para reformar y modernizar los sistemas nacionales de protección social fue recogida en la Comunicación de la Comisión Europea denominada “*Una estrategia concertada para modernizar la protección social*”, en el año 1999. Esta estrategia no pretende la elaboración de una norma comunitaria vinculante que armonice los niveles de protección social de los distintos Estados miembros, pues se basa en el respeto a la autonomía de los gobiernos nacionales.

Entre los mecanismos estables de cooperación y supervisión multilateral que se establecen para favorecer el intercambio de experiencias, destaca el Método Abierto de Coordinación (MAC). El MAC es un concepto nacido en el seno del Consejo Europeo de Lisboa, de marzo del año 2000. En virtud de este método se posibilita la intervención de la UE en materia de protección social mediante normas de *soft law* (instrumentos jurídicos no vinculantes), pero con importante repercusión en la opinión pública e imagen de los Estados miembros ante el resto de la comunidad internacional. Este método pretende establecer un proceso de aprendizaje mutuo entre los Estados miembros de la UE para poder hacer frente a los retos comunes de la economía global de manera coordinada, pero sin afectar a la independencia nacional¹⁴⁹. Principalmente, este método

¹⁴⁷ ERRANDONEA ULAZIA, E., “Algunas notas sobre el método abierto...”, *op. cit.* (131) y DE LA FUENTE LAVÍN, M., *Reparto y capitalización. Estudio comparado de sistemas de pensiones*, Consejo Económico y Social, 1ª Edición, Madrid, 2007, pp. 25-27.

¹⁴⁸ Las principales razones de la dificultad de instaurar un sistema común en la UE pueden resumirse en las siguientes: 1) la heterogeneidad de los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social vigentes en los diferentes Estados miembros, cada uno de ellos resultado de largos periodos de evolución con fuertes influencias de la identidad y cultura locales; 2) multitud de intereses en juego; y 3) desigual disponibilidad financiera de cada uno de los distintos Estados miembros. En este sentido, DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 1/15). Sobre la imposible armonización en materia de Seguridad Social en la Unión, también, VIROLÉS PIÑOL, R. M., “Capítulo 45. Competencia en materia de Seguridad Social de la Unión Europea”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 1277-1290 (1285).

¹⁴⁹ UXÓ GONZÁLEZ, J., “La UEM y los trabajadores: la protección social”, *op. cit.* (227-228). Más ampliamente, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (pp. 189-190) y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C., “Capítulo II. Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo”, en VV. AA., *La reforma de las pensiones en la Ley 27-2011*, AESSS y Laborum, 1ª Edición, Murcia, 2011, pp. 29 y ss. (35).

intergubernamental consiste en: 1) identificar y definir de manera conjunta los objetivos que deben cumplirse (adoptados por el Consejo); 2) definir conjuntamente instrumentos de medida (estadísticas, indicadores, directrices); y 3) comparar los resultados de los diferentes Estados miembros (“evaluación comparativa”), intercambiando las mejores prácticas. De este modo, son los propios Estados miembros los que se evalúan entre sí (“control de grupo”), con la supervisión de la Comisión Europea, sin que el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia intervengan prácticamente nada en este proceso¹⁵⁰.

I.1.1. Derecho originario

38. La protección social en el Derecho comunitario. En el TUE, la “protección social” aparece como una de las materias que la Unión Europea se compromete a impulsar, con la finalidad de alcanzar uno de sus objetivos básicos: el desarrollo “*de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social*” (art. 3.3 del TUE). Por ello, encontramos disposiciones en materia de Seguridad Social (algunas vinculadas directamente y otras indirectamente) tanto en el Derecho originario como en el derivado.

39. La vinculación de la coordinación en materia de Seguridad Social con el derecho a la libre circulación. Como ya se ha apuntado, el derecho a la libre circulación en el seno de la UE, fundamento de las normas de coordinación, ha sido reconocido en el artículo 21 del TFUE para las personas en general, y en el artículo 45 del TFUE para los trabajadores en particular. El objetivo de este sistema era evitar que la libre circulación de trabajadores pudiera ser desincentivada por la pérdida de derechos de Seguridad Social como consecuencia del ejercicio de tal movilidad¹⁵¹. De hecho, la progresiva evolución de la acción de la UE en materia social ha estado motivada, precisamente, por entender que es necesario avanzar en el reconocimiento de ciertos niveles de protección para poder lograr los objetivos económicos¹⁵² que, no cabe olvidar, están en el origen de la Unión.

En la actualidad, esta regulación se encuentra recogida en el artículo 48 del TFUE. La importancia de este artículo estriba en que constituye el precepto rector de toda la

¹⁵⁰ Información extraída de EUR-Lex, página gestionada por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, disponible en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/open_method_coordination.html?locale=es. A pesar de su importancia en sus comienzos, el MAC Social “ha caído en parte en desuso”, dado que la puesta en marcha de nuevas acciones ha relegado su acción directa. *Vid.* HIERRO HIERRO, F. J., “Capítulo 15. La protección social en la Unión Europea”, en CARDENAL CARRO, M. y PÉREZ CAMPOS, A. I. (Dirs.), *Derecho del Trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2019, pp. 189-203 (196).

¹⁵¹ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (187).

¹⁵² ERRANDONEA ULAZIA, E., “Algunas notas sobre el método abierto...”, *op. cit.* (128) y LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del derecho social comunitario...”, *op. cit.* (52).

normativa comunitaria en materia de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social¹⁵³ aunque, no obstante, carece de eficacia jurídica directa¹⁵⁴.

De este modo, tal y como ha afirmado el Tribunal de Luxemburgo (por todas, SSTJCE de 15 de julio de 1964 –100/63, asunto *van der Veen*, p. 84–; 24 de octubre de 1975 –24/75, asunto *Petroni*, apartado 11–; y de 24 de noviembre de 1975 –50/75, asunto *Massonet*, apartado 9–)¹⁵⁵, “*los Reglamentos en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes tienen como fundamento, marco y límite los artículos 48 al 51 del Tratado (actuales artículos 45 a 48 del TFUE)*”, de ahí que deban tomarse como parámetros de referencia a la hora de interpretar sus disposiciones.

40. Asimismo, conviene destacar que el artículo 34 de la CDFUE también reconoce derechos en materia de Seguridad Social a los migrantes, si bien con escasa fuerza vinculante al condicionar el ejercicio y disfrute de los mismos al “*Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*”, careciendo, además, de eficacia jurídica directa¹⁵⁶.

I.1.2. Derecho derivado

41. La evolución de los reglamentos de coordinación. En el ámbito de la Seguridad Social, las principales normas de Derecho derivado son los reglamentos de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, normas instrumentales respecto del derecho fundamental a la libre circulación¹⁵⁷. Como ya se ha señalado, las

¹⁵³ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 3/15).

¹⁵⁴ Este precepto se encarga únicamente de instaurar una base jurídica para que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan adoptar las medidas necesarias para garantizar la libre circulación de trabajadores en el seno de la UE, pero no confiere ningún derecho subjetivo que pueda hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales nacionales (apartados 14 a 16 STJUE de 10 de marzo de 2011 –C-379/09, asunto *Casteels*–). Vid. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 3/15).

¹⁵⁵ El propio considerando 1 del Reglamento 883/2004 recoge, expresamente, que “*las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas*”.

¹⁵⁶ El artículo 34 de la CDFUE reconoce “*el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*” (apartado 1), así como “*el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*” (apartado 3). También se hace referencia expresa al derecho de las personas que ejerciten su derecho a la libre circulación “*a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales*” (apartado 2). Sobre su eficacia, vid. CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (191); y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 3/15).

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes”, *Temas Laborales*, núm. 35, 1995, pp. 3-48 (3).

primeras versiones de estas normas fueron los Reglamentos 3/58 y 4/58 (cuyo origen partió de normas convencionales¹⁵⁸), siendo posteriormente sustituidas por el *Reglamento CEE/1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad* (en adelante, “Reglamento 1408/71”); y el *Reglamento CEE/574/72 del Consejo de 21 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento CEE/1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad* (en lo sucesivo, “Reglamento 574/72”), en vigor desde el 1 de enero de 1986. Mediante estos reglamentos se creó un modelo de coordinación de los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social sobre la base de cuatro principios fundamentales: 1) la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales; 2) una única legislación aplicable; 3) acumulación de periodos de seguro o de trabajo en otros Estados miembro; y 4) exportación de pensiones o prestaciones a otros Estados miembros¹⁵⁹.

Los Reglamentos 1408/71 y 574/72 han sido también sustituidos por dos nuevos reglamentos. Así, en la actualidad, la norma fundamental en materia de Seguridad Social es el ya citado Reglamento 883/2004, desarrollado por el Reglamento 987/2009, ambos en vigor desde el 1 de mayo de 2010 (en lo sucesivo, denominados conjuntamente “Reglamentos de coordinación”).

Sin embargo, no fue hasta la Propuesta de actualización de la Comisión Europea, de diciembre de 2016, cuando se trató de reformar de manera importante el contenido de los reglamentos de coordinación originarios, pues los sucesivos cambios hasta ese momento no conllevaron grandes variaciones¹⁶⁰.

42. El importante papel de la CACSS. Estas normas se caracterizan por una elevada complejidad, lo que ha hecho necesario contar con un órgano estable capaz de ayudar en la difícil tarea de interpretar las reglas de coordinación, resolver posibles problemas de aplicación y, en su caso, posibles disputas entre los Estados miembros (entre otras cuestiones)¹⁶¹. Esta labor ha sido encomendada a la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSS)¹⁶², entre cuyas funciones se encuentra dictar decisiones y recomendaciones tendentes a facilitar la comprensión y

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación ...”, *op. cit.* (4).

¹⁵⁹ UXÓ GONZÁLEZ, J., “La UEM y los trabajadores: la protección social”, *op. cit.* (226).

¹⁶⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea...”, *op. cit.* (29).

¹⁶¹ FILLON, J.-C., “La machinerie des nouveaux règlements : pilotage et gestion administrative et financière”, *Revue de Droit sanitaire et social (RDSS)*, núm. 1, 2010, pp. 64-72 (64).

¹⁶² Sucesora de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (CASSTM).

aplicación de esta normativa por parte de los operadores jurídicos (art. 72 del Reglamento 883/2004)¹⁶³. Esta Comisión está formada por representantes del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, asistidos, cuando sea necesario, por consejeros técnicos (art. 71.1 del Reglamento 883/2004). Entre otras, tiene atribuida la competencia para resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de los Reglamentos de coordinación, tanto del Reglamento de base como del de aplicación, “o de cualquier convenio o acuerdo celebrado dentro del marco de dichos Reglamentos” (apartado a) del artículo 72 del Reglamento 883/2004). Sus decisiones y recomendaciones no tienen eficacia jurídica vinculante, pues no son normas jurídicas, careciendo así de carácter obligatorio (en este sentido, SSTJCE de 14 de mayo de 1981 –98/80, asunto *Romano*, apartado 20–; de 8 de julio de 1992 –C-102/91, asunto *Knoch*, apartado 52–; y de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 32–), aunque tienen un indudable e incuestionable valor interpretativo¹⁶⁴. Esta carencia de eficacia jurídica vinculante de las decisiones y recomendaciones ha servido de excusa a algunos Estado miembros para incumplir su contenido. Por ello, como veremos, el contenido de alguno de estos documentos de la CACSS se está tratando de incorporar al articulado de los Reglamentos, dotándolos de verdadera eficacia jurídica¹⁶⁵.

43. El papel de la nueva Autoridad Laboral Europea. Es importante destacar también el papel de la nueva Autoridad Laboral Europea (en lo sucesivo, “ALE”), creada mediante el *Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) núm. 883/2004, (UE) núm. 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344*¹⁶⁶(en adelante, “Reglamento 2019/1149”), y cuya operatividad se prevé que comience el 1 de agosto de 2021 (art. 44.1 del Reglamento 2019/1149). La ALE debe contribuir a la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (considerando 11), ejerciendo una función de mediación, sin perjuicio de las competencias de la CACSS (considerando 23), con quien deberá cooperar de manera estrecha para lograr sinergias y evitar duplicidades (considerando 42). Estas mismas consideraciones se han incluido en el texto del Reglamento 883/2004, a través de la

¹⁶³ AGÍS DASILVA, M., “Lección 2. El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (Dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2019, pp. 55-84 (63-64).

¹⁶⁴ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (194).

¹⁶⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (50).

¹⁶⁶ *Decisión (UE) 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado.*

incorporación del artículo 74 *bis*, estableciendo, así, una conexión expresa entre ambos textos comunitarios¹⁶⁷.

44. La labor fundamental del TJUE. La complejidad de la puesta en práctica de estas normas también ha hecho que la labor interpretativa del TJUE haya sido muy importante, sobre todo a través de la resolución de cuestiones prejudiciales planteadas por los Jueces y Tribunales nacionales de los Estados miembros¹⁶⁸. La labor del Tribunal europeo en esta materia es fundamental al ser el encargado de velar por la interpretación y aplicación correcta del Derecho comunitario (apartados 1 y 3.b del art. 19 del TUE), aunque sus pronunciamientos carezcan de valor normativo (fuente indirecta del ordenamiento europeo)¹⁶⁹. De hecho, la jurisprudencia emanada de este órgano judicial ha dado pie a reformas de las normas positivas de coordinación (así se señala en el propio preámbulo del Reglamento 883/2004¹⁷⁰); también de la última, de diciembre de 2016. Tanto es así que se ha llegado a proclamar como imprescindible el conocimiento de esta labor del Tribunal de Luxemburgo –“*que ha sido y es el motor del desarrollo comunitario*”¹⁷¹– para poder “entender” y, sobre todo, “conocer” la regulación comunitaria en materia de Seguridad Social¹⁷².

I.2. Normativa internacional

45. Fuera del ámbito de la Unión Europea también existen normas en materia de Seguridad Social sobre la base del Derecho internacional. Así, debe señalarse la existencia de convenios internacionales bilaterales y multilaterales suscritos por el Estado español y acuerdos de asociación y cooperación suscritos por la CE para aquellos

¹⁶⁷ En el primer apartado de este precepto, se vuelve a hacer hincapié en la tarea de apoyo en la aplicación de las normas comunitarias de coordinación de la ALE, sin que ello repercuta en las tareas y actividades que ya tenía y sigue teniendo atribuidas la CACSS. No obstante, teniendo en cuenta las funciones de la ALE (especialmente, su función de mediación), el propio precepto reconoce la necesidad de celebrar un acuerdo de cooperación entre ambas instituciones, para evitar solapamientos y duplicidades (en los mismos términos que el artículo 13.11, segundo párrafo, del Reglamento 2019/1149).

¹⁶⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (194).

¹⁶⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “El derecho social de la Unión Europea...”, *op. cit.* (pp. 9 y 10/40).

¹⁷⁰ Ejemplo de ello puede encontrarse en los considerandos 9, 21, 24 y 34 del Reglamento 883/2004. No obstante, también se han producido reformas en las normas de coordinación, precisamente, para evitar la aplicación de la jurisprudencia comunitaria. Un ejemplo claro de ello es la aprobación del Reglamento 1247/92, del Consejo, de 30 de abril de 1992, que modificó el Reglamento 1408/71 para incorporar expresamente la inexportabilidad de las prestaciones especiales en metálico no contributivas (PENC). Sobre este particular, véase ampliamente *infra*, número 167.

¹⁷¹ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *op. cit.* (59).

¹⁷² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 393.

desplazamientos que tengan como destino terceros Estados (fuera de la UE, EEE¹⁷³ y Suiza). La inmensa mayoría de estos convenios también hacen uso de la técnica de la coordinación para proteger los derechos adquiridos y en curso de adquisición en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes y sus familiares, sobre la base de los mismos principios o instrumentos de coordinación que la normativa comunitaria¹⁷⁴.

46. Actualmente, existen más de una veintena de convenios internacionales bilaterales que incluyen disposiciones en materia de Seguridad Social y algunos acuerdos internacionales multilaterales, si bien estos últimos con menor incidencia práctica que los convenios bilaterales y los Reglamentos comunitarios¹⁷⁵. Respecto de los acuerdos internacionales multilaterales, cabe diferenciar entre los acuerdos de cooperación y asociación suscritos por la Comunidad Europea (y, por tanto, fuente del Derecho de la UE e interpretables por el TJUE) y los acuerdos internacionales ratificados por España (algunos al amparo de organizaciones internacionales)¹⁷⁶.

I.2.1. Acuerdos de cooperación y asociación suscritos por la Comunidad Europea

47. Durante la etapa de la Comunidad Europea, se suscribieron diferentes Acuerdos con terceros Estados. Entre ellos, cabe diferenciar los acuerdos que incorporan meras disposiciones programáticas (pudiendo erigirse como la base para futuros acuerdos), de aquellos que contienen normas de aplicación directa (tal y como ha reconocido el TJUE en diversas ocasiones¹⁷⁷, para que pueda darse esta aplicabilidad directa, se requiere estar en presencia de disposiciones que impliquen una obligación clara y precisa no subordinada a la celebración de un acto posterior, ni en su ejecución ni en sus efectos)¹⁷⁸.

¹⁷³ Espacio Económico Europeo, formado por los Estados miembros de la Unión, Islandia, Liechtenstein y Noruega.

¹⁷⁴ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, en VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre Seguridad Social*, Francis Lefebvre, agosto 2020, marginal 7070.

¹⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J (Coord.), *Tratado práctico de derecho del trabajo y seguridad social*, Thomson Aranzadi, 2ª Edición, España, 2005, p. 2051; y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7090.

¹⁷⁶ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginales 7090 y 7099.

¹⁷⁷ Entre otras, SSTJCE de 31 de enero de 1991 (C-18/90, asunto *Kziber*, apartado 15), de 20 de abril de 1994 (C-58/93, asunto *Yousfi*, apartados 16 y 17), de 5 de abril de 1995 (C-103/94, asunto *Krid*, apartados 21 y 22), de 3 de octubre de 1996 (C-126/95, asunto *Hallouzi-Choho*, apartados 19 y 20) y de 15 de enero de 1998 (C-113/97, asunto *Babahenini*, apartados 17 y 18). Más recientemente, la jurisprudencia recaída en esta materia es recordada en los Autos de 13 de junio de 2006 (C-336/05, asunto *Echouikh*) y de 17 de abril de 2007 (C-276/06, asunto *El Youssfi*).

¹⁷⁸ MITROFANOVA, O., “Capítulo sexto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social a las relaciones laborales internacionales: las normas extracomunitarias de coordinación” en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales...*, *op. cit.*, pp. 228-288 (284 y 286-287); y OMARJEE,

Entre los primeros encontramos los Acuerdos con la República de Uzbekistán, Georgia, República Azerbaiyana, Armenia, Rusia, Egipto, Reino Hachemita de Jordania, República del Líbano (Acuerdo Euromediterráneo de Asociación de 17 de junio de 2002). Entre los segundos se encuentran los acuerdos realizados en el marco del Acuerdo Euromediterráneo de asociación, celebrados con los siguientes Estados: Argelia (Acuerdo Euromediterráneo de 22 de abril de 2002), Israel (Acuerdo de 20 de noviembre de 1995), Marruecos (Acuerdo Euromediterráneo de 26 de febrero de 1996) y Túnez (Acuerdo Euromediterráneo de 17 de julio de 1995)¹⁷⁹.

48. Acuerdo de asociación con Turquía. También existe un Acuerdo de asociación suscrito con Turquía, de 23 de diciembre de 1963, cuyo Protocolo Adicional, de 23 de noviembre de 1970, prevé ciertas disposiciones en materia de Seguridad Social¹⁸⁰, sin perjuicio de disposiciones convencionales bilaterales más favorables (art. 39.5)¹⁸¹.

I.2.2. Convenios internacionales

49. El Estado español ha suscrito multitud de convenios internacionales, tanto multilaterales como bilaterales, en materia de Seguridad Social. Estas normas gozan de primacía respecto de las disposiciones nacionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 de la CE (pero con sometimiento a la Constitución Española –art. 95 de la CE–), motivo por el cual reviste especial importancia conocer su existencia y contenido por parte de los operadores jurídicos.

I.2.2.A. Convenios multilaterales

50. Convenios multilaterales de ámbito global. Como punto de partida, es importante destacar el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social en diversos convenios multilaterales de ámbito global¹⁸². Por su importancia y significación destaca el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de Naciones Unidas, de 10 de diciembre 1948 (DUDH), donde se recoge que *“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener, mediante el esfuerzo*

I., *Droit européen de la protection sociale*, Bruylant, 1ª Edición, colección Droit de l'Union européenne, Bruselas, 2018, pp. 74-75.

¹⁷⁹ MITROFANOVA, O., “Capítulo sexto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social...” *op. cit.* (284 y 286-287).

¹⁸⁰ OLESTI RAYO, A., “El Acuerdo de Asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, pp. 49-90 (55-56); y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7070.

¹⁸¹ Sobre la problemática derivada de este Acuerdo y la Decisión del Consejo de Asociación núm. 3/80, de 19 de septiembre de 1980, *vid.* MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, pp. 42-45.

¹⁸² GOERLICH PESET, J. M., “Lección 1. El derecho de la Seguridad Social”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (Dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 31-54 (43).

nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Igualmente, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966, se indica que "*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social*". Por tanto, el derecho a la Seguridad Social constituye un Derecho Humano¹⁸³ básico que la Comunidad Internacional debe garantizar mediante los instrumentos internacionales necesarios; sin embargo, todavía no se han establecido dichos instrumentos definitorios de su contenido¹⁸⁴.

51. Los convenios de la OIT. Más específicamente en esta materia, merecen especial consideración los convenios de la OIT¹⁸⁵ suscritos por España en materia de Seguridad Social, en los cuales se ha tratado de concretar el alcance del genérico reconocimiento del derecho a la Seguridad Social en los citados textos de alcance global¹⁸⁶.

La OIT ha prestado especial atención, desde antiguo, al derecho a la Seguridad Social por entender que garantizar un correcto nivel de protección social es imprescindible para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores¹⁸⁷. Más concretamente, ha puesto el foco de atención en la protección de los trabajadores migrantes, por entender que estos se encuentran más expuestos a situaciones de explotación¹⁸⁸. Así, en la primera reunión de la Confederación Internacional del Trabajo, celebrada en el año 1919, se adoptó la Recomendación núm. 2, sobre la reciprocidad de trato, siendo uno de sus principales objetivos lograr la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y no nacionales (migrantes)¹⁸⁹. En esta línea, en la Declaración de Filadelfia,

¹⁸³ MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de seguridad social: "micro-relatos" de equidad judicial ¿"renglones torcidos" de derecho?*, Editorial Bomarzo, 1ª Edición, Albacete, 2013, p. 23.

¹⁸⁴ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Capítulo I. Seguridad Social internacional: alcance, principios e incidencia en los trabajadores extranjeros extracomunitarios", en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2010, pp. 31-54 (34-35).

¹⁸⁵ Debe recordarse que la OIT es un organismo internacional dependiente de las Naciones Unidas, creado en 1919 (GIL Y GIL, J. L., "Globalización y empleo...", *op. cit.* -p. 1/36-, cuya labor normativa se basa, fundamentalmente, en convenios (que vinculan jurídicamente a los Estados que los ratifican) y recomendaciones (CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Capítulo I. Seguridad Social internacional...", *op. cit.* -37-).

¹⁸⁶ GOERLICH PESET, J. M., "Lección 1. El derecho de la Seguridad Social", *op. cit.* (43).

¹⁸⁷ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Capítulo I. Seguridad Social internacional...", *op. cit.* (37).

¹⁸⁸ GIL Y GIL, J. L., "Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo", *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009, versión electrónica (p. 1/27).

¹⁸⁹ *Ibíd.*

adoptada en el año 1944, se señaló como una de las obligaciones de esta organización “*fomentar entre todas las naciones del mundo, programas que permitan alcanzar [...] f) la extensión de las medidas de seguridad social para proveer un ingreso básico a los que necesiten tal protección; y asistencia médica completa*” (apartado III). Posteriormente, en el año 1998, la 86ª Conferencia Internacional de la OIT adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, declaración que supuso un gran paso adelante en el camino hacia la justicia social en una economía globalizada (muestra de la preocupación de la OIT por garantizar un “rostro” más social del comercio y el desarrollo económico a nivel mundial¹⁹⁰) al vincular, por primera vez, a todos los Estados miembros de la OIT (vinculación universal)¹⁹¹.

Ya en el siglo XXI, mediante la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa del año 2008, se reiteró la obligación de la OIT de “*fomentar entre las naciones del mundo programas que permitan lograr [...] la extensión de las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten, junto con todos los demás objetivos establecidos en la Declaración de Filadelfia*”. Además, dentro de los cuatro objetivos estratégicos contemplados en esta Declaración (apartado I.A.ii), se señala el de “*adoptar y ampliar medidas de protección social – seguridad social y protección de los trabajadores– que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de: la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; [...]*”.

En cumplimiento de esta obligación, la OIT ha adoptado diversos Convenios y Recomendaciones en materia de Seguridad Social. Concretamente, existen veinticuatro convenios de la OIT que incluyen disposiciones en materia de Seguridad Social, aunque no todos tienen la misma relevancia¹⁹². Cabe destacar, en primer lugar, el Convenio núm. 102, sobre Seguridad Social, de 28 de junio de 1952, que establece unas normas mínimas en la materia (texto armonizador¹⁹³), siendo el texto más emblemático de la OIT en este punto¹⁹⁴. Este texto está dividido en quince partes, siendo de aplicación obligatoria seis

¹⁹⁰ PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2002, versión electrónica (p. 17/30)

¹⁹¹ ROMAGNOLI, U., “Globalización y Derecho del Trabajo”, *op. cit.* (19).

¹⁹² MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “La Seguridad social, “en general”, en los convenios de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, pp. 35-49 (36).

¹⁹³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “Capítulo I. Seguridad Social internacional...”, *op. cit.* (38).

¹⁹⁴ *Ibid.* (35).

de ellas (las Partes I y XI a XV, según lo dispuesto en su artículo 2)¹⁹⁵. La ratificación de este Convenio ha sido amplia, si bien cada Estado lo ha ratificado de manera diversa, pues no existe obligación de aceptación íntegra, sino que resulta suficiente con aceptar al menos tres de las nueve ramas de Seguridad Social incorporadas en el texto (una de ellas debe incluir una contingencia de larga duración o desempleo, además de cumplir una serie de requisitos mínimos de protección integral)¹⁹⁶. Así, por ejemplo, fue ratificado por España el 29 de junio de 1988, aceptando las Partes II (Asistencia Médica), III (Prestaciones Monetarias de Enfermedad), IV (Prestaciones de Desempleo) y VI (Prestaciones en Caso de Accidente del Trabajo y de Enfermedad Profesional) en materia de prestaciones¹⁹⁷.

En torno al Convenio núm. 102 de la OIT giran otros convenios en materias específicas (junto a sus correspondientes recomendaciones), con disposiciones en materia de Seguridad Social: Convenio núm. 2, sobre el desempleo, de 28 de noviembre de 1919 (ratificado por España el 4 de julio de 1923); Convenio núm. 44, sobre el desempleo, de 23 de junio de 1934 (ratificado por España el 5 de mayo de 1971); Convenio núm. 121, sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de 8 de julio de 1964 (no ratificado por España); Convenio núm. 128, sobre invalidez, vejez y supervivencia, de 29 de junio de 1967 (no ratificado por España); Convenio núm. 130, sobre asistencia médica y prestaciones por enfermedad, de 25 de junio de 1969 (no ratificado por España); Convenio núm. 168, sobre fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 21 de junio de 1988; y el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 23 de febrero de 2006 (ratificado por España el 4 de febrero de 2010).

En materia de trabajadores migrantes, destaca el Convenio núm. 48, sobre organización de un régimen internacional para la conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte, de 22 de junio de 1935 (denunciado en el momento de entrada en vigor del Convenio núm. 157, el 11 de septiembre de 1986) y el Convenio núm. 157, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de

¹⁹⁵ Parte I, Disposiciones Generales; Parte II, Asistencia Médica; Parte III, Prestaciones Monetarias de Enfermedad; Parte IV, Prestaciones de Desempleo; Parte V, Prestaciones de Vejez; Parte VI, Prestaciones en Caso de Accidente del Trabajo y de Enfermedad Profesional; Parte VII, Prestaciones Familiares; Parte VIII, Prestaciones de Maternidad; Parte IX, Prestaciones de Invalidez; Parte X, Prestaciones de Sobrevivientes; Parte XI, Cálculo de los Pagos Periódicos; Parte XII, Igualdad de Trato a los Residentes no Nacionales; Parte XIII, Disposiciones Comunes; Parte XIV, Disposiciones Diversas; y Parte XV, Disposiciones Finales.

¹⁹⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “Capítulo I. Seguridad Social internacional...”, *op. cit.* (38).

¹⁹⁷ Según información extraída de la página web de la OIT, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247, última consulta el 5 de enero de 2021. No obstante, algunas de las partes ratificadas por España han decaído debido a la adopción de nuevos Convenios de la OIT en esas materias (por ejemplo, la Parte VI, por el Convenio núm. 121 y la parte III por el Convenio núm. 130, si bien ninguno de estos nuevos Convenios ha sido ratificado por el Estado español). Para más información, *vid.* MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “La Seguridad social...”, *op. cit.* (pp. 37 y 44).

los derechos en materia de Seguridad Social, de 21 de junio de 1982¹⁹⁸. Sin embargo, han sido muy pocos los países que han ratificado este Convenio núm. 157 de la OIT (España, Filipinas, Kirguistán y Suecia¹⁹⁹), por lo que goza de una reducida aplicabilidad y poca importancia práctica a nivel global²⁰⁰. También guardan relación con la materia señalada, aunque sea de forma indirecta, el Convenio núm. 19, sobre igualdad de trato, de 5 de junio de 1925 (ratificado por España el 22 de febrero de 1929), que contiene precisiones en materia de accidentes de trabajo; y el Convenio núm. 97, sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949 (ratificado por España el 21 de marzo de 1971)²⁰¹.

No cabe duda de la importancia de la labor de la OIT en cuanto a la lucha por los derechos de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social, sin embargo, debido a la dificultad de alcanzar consensos para adoptar estos convenios (no olvidemos, aplicables a una multitud de países, cada uno con sus peculiaridades), se han adoptado disposiciones muy generales que permiten un amplio margen de maniobra estatal²⁰². Además, como puede observarse, los convenios de la OIT citados son relativamente antiguos. Esta falta de avance es debida, principalmente, a la crisis de la “función normativa” de la OIT iniciada mucho tiempo atrás²⁰³. Esta crisis supone que la labor de la OIT se ha centrado más en la elaboración de instrumentos normativos de *soft law* (por ejemplo, diálogo social, cooperación técnica, programas de acción y determinación de políticas flexibles²⁰⁴), cual organización de cooperación, que en la producción de verdaderas normas jurídicas imperativas²⁰⁵.

52. Convenios en el seno de las Naciones Unidas para categorías específicas de personas. Además de los convenios al amparo de la OIT, existen otros convenios

¹⁹⁸ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7107.

¹⁹⁹ Según información extraída de la página web de la OIT, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312302, última consulta el 5 de enero de 2021. España lo ratificó el 11 de septiembre de 1985.

²⁰⁰ En este sentido, MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “La Seguridad social...”, *op. cit.* (42). Es importante matizar que, a pesar de la denominación de este Convenio, no instaura un sistema internacional de coordinación en materia de Seguridad Social, pues solo se establece una obligación indirecta en la materia (pocas disposiciones son directamente aplicables). En este sentido, *vid.* FICK, B. J. y GARCÍA FLECHAS, A. C., “Social security for migrant workers: the EU, ILO and treaty-based regimes”, *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, núm. 9, 2007, pp. 45-86 (75).

²⁰¹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7107.

²⁰² MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado práctico de derecho del trabajo y seguridad social*, *op. cit.*, pp. 2053-2054.

²⁰³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El impulso de los sistemas de protección social en las iniciativas más recientes de la OIT”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 4/2016, núm. 4, 2016, versión electrónica (p. 2/13). Esta crisis ya se puso de manifiesto por la doctrina en la década de los 90, entre otros, por CASAS BAAMONDE, M. E., “El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996, pp. 51-61 (52).

²⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios...”, *op. cit.* (p. 4/13).

²⁰⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El impulso de los sistemas...”, *op. cit.* (2/13).

internacionales también específicos suscritos en el seno de las Naciones Unidas, entre los que destacan la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, y el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963. Como particularidad, estos convenios incluyen verdaderas normas sustantivas²⁰⁶ que prevén la exención de la Seguridad Social del Estado receptor, de los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares respecto de los servicios prestados para el Estado de envío (con particularidades también en relación con determinadas personas a su servicio)²⁰⁷.

53. Convenios en el marco del Consejo de Europa. También se han suscrito normas en esta materia en el marco del Consejo de Europa, como la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (y su Protocolo Adicional de 1988), ratificada por todos los Estados miembros de la UE²⁰⁸; el Código Europeo de la Seguridad Social, de 16 de abril de 1964; el Convenio Europeo de Seguridad Social y su Acuerdo Complementario, de 14 de diciembre de 1972²⁰⁹; el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977²¹⁰; el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica y su Protocolo Adicional, de 11 de noviembre de 1953; y el Acuerdo Provisional Europeo sobre Seguridad Social, con exclusión de los regímenes de vejez, invalidez y supervivencia y su Protocolo Adicional, de 11 de diciembre de 1953.

²⁰⁶ MITROFANOVA, O., “Capítulo sexto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social...” *op. cit.* (230).

²⁰⁷ Véanse los artículos 33.2 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y 48 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares.

²⁰⁸ La CSE originaria fue adoptada en Turín, el 18 de octubre de 1961, y su versión revisada, en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996. De los 47 Estados que forman parte del Consejo de Europa, 43 de ellos han ratificado alguna de estas dos versiones de la CSE (9 de ellos siguen sin ratificar la revisada de 1996). De los países relevantes a efectos de la aplicación de las normas de coordinación, debe señalarse que la Carta Social Europea revisada en 1996 no ha sido ratificada por Alemania, Croacia, Dinamarca, España, La República Checa, Luxemburgo, Polonia ni Reino Unido*. Por su parte, la CSE de 1961 no ha sido ratificada por Liechtenstein ni Suiza. Datos extraídos del sitio web del Consejo de Europa (actualizados a fecha 21 de marzo de 2016), disponible en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/signatures-ratifications> (última consulta el 26 de diciembre de 2020). No obstante, en el caso español, el Consejo de Ministros ha aprobado el Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales de la Carta Social Europea revisada y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicha Carta, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia (información disponible en la web del Gobierno de España, disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/101120-enlace-carta-ue.aspx>).

²⁰⁹ Los países a los que se aplica este convenio son, alfabéticamente: Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía. Como puede apreciarse, todos estos países, salvo Turquía, forman parte de la UE, motivo por el cual su ámbito de aplicación se reduce a las relaciones con Turquía. *Vid.* VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7109.

²¹⁰ Este Convenio ha sido ratificado por Albania, España, Francia, Italia, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia, Turquía y Ucrania. Su ámbito de aplicación para los migrantes españoles se reduce a las relaciones con Albania, Moldavia y Turquía porque al resto de países, o bien les resultan de aplicación las normas comunitarias de coordinación (Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Noruega y Suecia), o bien convenios bilaterales (Ucrania).

54. El Convenio Multilateral Iberoamericano. Por último, merece especial mención el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (en lo sucesivo, “CMISS”), de 10 de noviembre de 2007 (en vigor desde el 1 de mayo de 2011, tras su ratificación por siete Estados), realizado en el marco de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, debido a su gran importancia práctica. El CMISS es aplicable en doce países actualmente: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana (desde el 14 de julio de 2020) y Uruguay²¹¹. No obstante, su propio artículo 8 prevé la aplicación preferente de las disposiciones de los convenios bilaterales de Seguridad Social celebrados entre dos Estados Parte que resulten más favorables para el interesado. Su regulación se basa en gran medida en la contenida en las normas comunitarias de coordinación, si bien más simplificada y con ciertas peculiaridades²¹². En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, de 26 de enero 1978 y el Convenio Iberoamericano de Cooperación, de 26 de enero de 1978, permanecen en vigor, sobre todo a efectos de asistencia sanitaria (no incluida en el ámbito de aplicación del CMISS)²¹³.

1.2.2.B. Convenios bilaterales

55. Convenios celebrados con otros Estados miembros de la UE. Respecto de las relaciones bilaterales, España ha suscrito convenios en materia de Seguridad Social con quince Estados miembros de la Unión Europea, siendo estos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia.

Reino Unido dejó de formar parte de la UE el pasado 31 de enero de 2020, aunque los Reglamentos de coordinación fueron de aplicación hasta el 31 de diciembre de dicho año. Sin embargo, debido a la falta de claridad de su estatuto actual, se va a hacer referencia a los convenios celebrados con este país a efectos informativos²¹⁴.

²¹¹ No obstante, Colombia y Costa Rica firmaron el convenio en 2008 y 2007, respectivamente, estando pendiente de ratificación. El caso de Venezuela es algo particular, dado que ratificó el mismo el 16 de febrero de 2009, pero desde entonces no se han realizado más actuaciones. Información extraída del sitio web de la OISS, disponible en <https://oiss.org/convenio-multilateral/estado-de-situacion/> (fecha de última consulta: 5 de enero de 2021).

²¹² Más ampliamente sobre la comparación de ambas normas, *vid.* SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. I, núm. 1, 2016, versión electrónica.

²¹³ SALA FRANCO, T. (Dir.), *Ley aplicable y jurisdicción competente en las relaciones laborales internacionales*, Lefebvre-El Derecho, 1ª Edición, Madrid, abril 2017, pp. 118-119.

²¹⁴ Hasta el 31 de diciembre de 2020 era de aplicación el *Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2019/C 384 I/01)*, con posibilidad de prórroga de hasta dos años adicionales (art. 132). En el Título III del Acuerdo se establecían medidas específicas en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social

56. Convenios celebrados con otros países dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación. España ha suscrito, igualmente, textos internacionales en materia de Seguridad con otros países a los que también resultan aplicables las normas de coordinación²¹⁵, como es el caso de Suiza. Asimismo, estas normas comunitarias son de aplicación a los países integrantes del EEE, si bien, excluyendo a los Estados miembros de la UE ya señalados, no se han suscrito convenios bilaterales con los países integrantes del mismo.

Tabla 1.- Textos internacionales bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados por el Reino de España con países de la UE, EEE y Suiza²¹⁶

País	Título del texto	Firma del texto	Fecha entrada en vigor	Publicación BOE
Alemania	Convenio sobre el seguro de desempleo	20/04/1966	01/12/1967	30/11/1967
	Acuerdo de aplicación del Convenio sobre el seguro de desempleo	10/11/1967	01/12/1967	20/12/1967
	Convenio sobre Seguridad Social	04/12/1973	01/11/1977	28/10/1977
	Convenio complementario	17/12/1975	01/11/1977	28/10/1977
Austria	Convenio de Seguridad Social y Protocolo Final del Convenio	06/11/1981	01/07/1983	08/07/1983 y 29/11/1984
	Acuerdo para la aplicación del Convenio	08/04/1983	01/07/1983	08/07/1983
Bélgica	Convenio sobre Seguridad Social	28/11/1956	01/07/1958	13/05/1958
	Convenio de revisión	10/10/1967	01/09/1969	30/08/1969 y 26/06/1970

(arts. 30 a 36), manteniendo el régimen previsto en el artículo 48 del TFUE y los Reglamentos de coordinación durante todo el periodo transitorio (finales de 2020), si bien se regulaban ciertas especialidades, sobre todo en cuanto a los nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza (art. 33). Finalizado este periodo transitorio, las partes no recurrieron a la prórroga de este Acuerdo de Retirada, sino que, en el último momento, firmaron, entre otros, *el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra* (DOUE núm. L 144, de 31 de diciembre de 2020, p. 14), aplicable provisionalmente desde el 1 de enero de 2021 (DOUE núm. L 1, de 1 de enero de 2021, p. 1). Este Acuerdo (con una duración de 15 años, salvo denuncia previa) prevé un régimen específico en lo que a la coordinación de Seguridad Social se refiere, similar en algunos puntos a los Reglamentos de coordinación, pero con importantes diferencias, especialmente, en cuanto a su ámbito de aplicación material (Protocolo relativo a la coordinación de la Seguridad Social, pp. 1234 y ss.). Se puede consultar este Acuerdo al completo en el siguiente enlace (texto que, por el momento, no ha sido objeto de revisión lingüística dada la premura del proceso): [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=ES)

²¹⁵ Sobre el ámbito de aplicación territorial de los Reglamentos de coordinación, *vid. infra*, apartado II.1.

²¹⁶ Tabla de elaboración propia, sin tener en cuenta los textos internacionales específicos en materia sanitaria, por ser ajenos al ámbito de la presente tesis doctoral. Datos extraídos de MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *Guía de Tratados bilaterales con Estados*, actualizada a 4 de julio de 2019, disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20PAISES.PDF>

	Acuerdo administrativo (modificado por Convenio de revisión)	30/07/1969	30/07/1969	23/09/1969
Bulgaria	Convenio de Seguridad Social	13/05/2002	01/11/2003	06/11/2003
	Acuerdo administrativo	28/10/2003	01/11/2003	24/03/2004
Eslovaquia	Convenio de Seguridad Social	22/05/2002	31/08/2003	01/07/2003
	Acuerdo administrativo	22/05/2002	31/08/2003	01/07/2003
Finlandia	Convenio de Seguridad Social	19/12/1985	01/08/1987	14/07/1987
	Acuerdo administrativo	19/12/1985	01/08/1987	14/07/1987
Francia	Convenio General de Seguridad Social	31/10/1974	01/04/1976	24/03/1976
	Acuerdo administrativo y Protocolo	31/10/1974	01/04/1976	24/03/1976
	Protocolo adicional	08/04/1983	01/09/1983	08/05/1984
	Convenio España-Francia-Portugal relativo a la ampliación del beneficio de determinadas disposiciones de los Convenios de Seguridad Social entre dos de estos Estados a los nacionales del Tercer Estado	10/11/1982	01/04/1984	08/05/1984
	Convenio sobre seguro de desempleo de trabajadores fronterizos	13/01/1982	01/06/1982	01/06/1982
	Acuerdo administrativo	17/03/1982	01/06/1982	01/06/1982
Italia	Convenio en materia de Seguridad Social	30/10/1979	01/12/1983	15/12/1983 y 24/01/1984
	Acuerdo administrativo	30/10/1979	01/12/1983	15/12/1983 y 24/01/1984
Luxemburgo	Convenio sobre Seguridad Social	08/05/1969	01/01/1972	23/04/1973
	Acuerdo administrativo relativo a las modalidades de aplicación del Convenio	25/05/1971	01/01/1972	25/04/1973
	Acuerdo complementario	27/06/1975	01/06/1977	26/05/1977
	Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio a los trabajadores autónomos	27/06/1975	01/09/1975	24/09/1975
Países Bajos	Convenio de Seguridad Social	05/02/1974	01/12/1974	20/03/1975
	Acuerdo administrativo	05/02/1974	01/12/1974	20/03/1975
Polonia	Convenio sobre Seguridad Social	22/02/2001	01/10/2003	30/09/2003 y 12/12/2003
	Acuerdo administrativo	17/06/2003	01/10/2003	30/09/2003 y 12/12/2003
Portugal	Convenio General de Seguridad Social	11/06/1969	01/07/1970	28/07/1970

	Acuerdo administrativo relativo a las modalidades de aplicación del Convenio	22/05/1970	01/07/1970	14/08/1970
	Acuerdo Adicional	22/05/1970	07/05/1973	31/07/1973
	Acuerdo complementario	07/05/1973	01/06/1978	07/06/1978
	Acuerdo sobre régimen de Seguridad Social aplicable a los trabajadores fronterizos	15/07/1971	01/09/1971	04/09/1971
Reino Unido*	Convenio sobre Seguridad Social (modificado por Canje de notas de 4 de noviembre de 1976)	13/09/1974	01/04/1975	31/03/1975
	Acuerdo para la aplicación del Convenio	30/10/1974	01/04/1975	31/03/1975
	Canje de notas relativo a la afiliación a la Seguridad Social de empleados no funcionarios de carrera, de nacionalidad española al servicio de la Embajada y de los Consulados británicos en España	27/04/1973	27/04/1973	19/06/1973
	Canje de notas por el que se regula la afiliación a la Seguridad Social del personal no diplomático adscrito a la representación del Reino Unido en España	10/11/1976	10/11/1976	10/05/1977
República Checa	Convenio de Seguridad Social	13/05/2002	01/05/2004	03/05/2004
	Acuerdo administrativo	23/03/2004	01/05/2004	21/06/2005
Rumanía	Convenio de Seguridad Social	21/01/2006	21/08/2008	15/08/2008
Suecia	Convenio sobre Seguridad Social	04/02/1983	01/07/1984	12/07/1984 y 03/10/1984
	Acuerdo administrativo	04/02/1983	01/07/1984	12/07/1984 y 03/10/1984
Suiza	Convenio de Seguridad Social	13/10/1969	01/09/1970	01/09/1970 y 25/02/1971
	Convenio adicional	11/06/1982	01/11/1983	28/10/1983
	Acuerdo administrativo	19/04/1990	01/08/1990	29/01/1991

57. Convenios suscritos con terceros Estados. Asimismo, España ha suscrito textos internacionales bilaterales en materia de Seguridad Social con veinticuatro terceros Estados (generalmente, con países con los que el Estado español ha tenido vínculos históricos, pero también con otros nuevos focos de migración²¹⁷), siendo estos: Andorra,

²¹⁷ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2016, pp. 259-260.

Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela²¹⁸.

También debe hacerse mención en este apartado al ya citado convenio realizado con Reino Unido*, por ser también aplicable a los desplazamientos que se produzcan a la Isla de Man e Isla de Jersey, dado que estos territorios ya quedaban fuera de la aplicación de las normas comunitarias de coordinación antes del *Brexit*.

Tabla 2.- Textos internacionales bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados por el Reino de España con países fuera de la UE, EEE y Suiza²¹⁹

País	Título del texto	Firma del texto	Fecha entrada en vigor	Publicación BOE
Andorra	Convenio de seguridad social	09/11/2001	01/01/2003	04/12/2002
	Acuerdo administrativo	09/11/2001	01/01/2003	04/12/2002
Argentina	Convenio de seguridad social	28/01/1997	01/12/2004	10/12/2004
	Acuerdo administrativo	03/12/1997	01/12/2004	10/12/2004
	Protocolo complementario	21/03/2005	16/08/2007 (provisional desde 01/04/2005)	23/05/2005 y 10/10/2007
	Canje de notas relativo a la afiliación a la Seguridad Social española del personal no diplomático adscrito a la Embajada y a los Consulados argentinos en España	27/03/1978	27/03/1978	08/04/1978
Australia	Convenio sobre seguridad social	31/01/2002	01/01/2003	19/12/2002
	Acuerdo administrativo	20/12/2002	01/01/2003	25/02/2003
	Canje de notas relativo a la afiliación a la Seguridad Social del personal no diplomático al servicio de la Embajada de Australia en Madrid	17/02/1981 y 14/04/1981	14/04/1981	30/11/1981
Brasil	Convenio de Seguridad Social (derogado, en parte, por Convenio complementario de revisión de 2012)	16/05/1991	01/12/1995	15/01/1996 y 20/04/1996
	Acuerdo administrativo	23/11/2005	23/11/2005	09/05/2006

²¹⁸ Datos extraídos de la web de la Seguridad Social española, disponible en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32253> (última consulta, el 5 de enero de 2021).

²¹⁹ Tabla de elaboración propia, sin tener en cuenta los textos internacionales específicos en materia sanitaria, por ser ajenos al ámbito de la presente tesis doctoral. Datos extraídos de MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *Guía de Tratados bilaterales con Estados*, actualizada a 4 de julio de 2019, disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20PAISES.PDF>

	Convenio complementario	14/05/2002	<i>Provisional</i> 01/06/2002	06/10/2003
	Convenio complementario de revisión	24/07/2012	01/03/2008	16/05/2018 y 30/05/2018
Cabo Verde	Convenio de Seguridad Social	23/11/2012	01/12/2013	24/10/2013
	Acuerdo administrativo	23/11/2012	01/12/2013	24/10/2013
Canadá	Convenio sobre Seguridad Social	10/11/1986	01/01/1988	01/12/1987 y 02/02/1988
	Acuerdo administrativo	10/11/1986	01/01/1988	01/12/1987 y 02/02/1988
	Protocolo	19/10/1995	01/05/1997	08/02/1997
Chile	Convenio de Seguridad Social	28/01/1997	13/03/1998	25/03/1998 y 30/04/1998
	Acuerdo administrativo	28/01/1997	13/03/1998	25/03/1998 y 30/04/1998
	Convenio complementario	14/05/2002	14/06/2006 (provisional desde 01/06/2002)	19/09/2002 y 26/07/2006
China	Convenio de Seguridad Social	19/05/2017	20/03/2018	16/03/2018
	Acuerdo administrativo	19/05/2017	20/03/2018	16/03/2018
Colombia	Convenio de Seguridad Social	06/09/2005	01/03/2008	03/03/2008
	Acuerdo administrativo	29/01/2008	01/03/2008	03/03/2008
República de Corea	Convenio de Seguridad Social	14/07/2011	01/04/2013	08/04/2013
	Acuerdo administrativo	22/10/2012	01/04/2013	08/04/2013
Ecuador	Convenio de Seguridad Social	04/12/2009	01/01/2011	07/02/2011
	Acuerdo administrativo	18/07/2011	01/01/2011	08/10/2011
EE.UU.	Convenio sobre Seguridad Social	30/09/1986	01/04/1988	29/03/1988 y 18/08/1988
	Acuerdo administrativo	30/09/1986	01/04/1988	29/03/1988 y 18/08/1988
	Canje de Notas constitutivo de Acuerdo Administrativo del Convenio de Seguridad Social y su Acuerdo administrativo	11/07/2014 y 26/08/2014	26/08/2014	07/11/2014
Filipinas	Convenio de Seguridad Social	12/11/2002	01/08/2012	03/07/2012
Japón	Convenio de Seguridad Social	12/11/2008	01/12/2010	30/09/2009 y 09/11/2009
	Acuerdo administrativo	30/07/2010	01/12/2010	02/11/2010

Marruecos	Convenio sobre Seguridad Social	08/11/1979 (ratificado 04/08/1982)	01/10/1982	13/10/1982
	Acuerdo administrativo	08/02/1984	01/10/1982	10/06/1985
	Protocolo adicional de 1984	08/02/1984	01/10/1982	10/06/1985
	Protocolo adicional de 1998	27/01/1998	01/12/2001	24/11/2001
México	Convenio básico de cooperación en materia de Seguridad Social	07/11/1979	27/02/1980	04/01/1980 y 09/05/1980
	Convenio de Seguridad Social	25/04/1994	01/01/1995	17/03/1995
	Acuerdo administrativo	28/11/1994	01/01/1995	17/03/1995
	Convenio complementario	08/04/2003	01/04/2004 (provisional 06/06/2003)	15/07/2003 y 05/03/2004
Paraguay	Convenio de Seguridad Social	24/06/1998	01/03/2006	02/02/2006
	Acuerdo administrativo	15/09/2016	01/12/2016	23/01/2017
Perú	Convenio de Seguridad Social	16/06/2003	01/02/2005	05/02/2005
	Acuerdo administrativo	18/04/2007	01/07/2008	01/07/2008
	Enmienda número uno al Convenio	28/02/2019	28/02/2019	17/05/2019
República Dominicana	Convenio de Seguridad Social	01/07/2004	01/07/2006	12/06/2006
Rusia	Convenio de Seguridad Social	11/04/1994	22/02/1996	24/02/1996
	Acuerdo administrativo	12/05/1995	22/02/1996	24/02/1996
Túnez	Convenio de Seguridad Social	26/02/2001	01/01/2002	26/12/2001 y 06/02/2002
	Acuerdo administrativo	09/09/2004	01/01/2002	28/01/2005
	Canje de Notas relativo a la afiliación a la seguridad social española de los súbditos españoles y extranjeros al servicio de la Embajada de Túnez en España	20/04/1972	20/04/1972	19/08/1972
Ucrania	Convenio de Seguridad Social	07/10/1996	27/03/1998	04/04/1998
	Acuerdo administrativo	17/01/2001	17/01/2001	07/04/2001
Uruguay	Convenio de Seguridad Social	01/12/1997	01/04/2000	24/02/2000
	Acuerdo administrativo	24/07/2000	01/04/2000	03/04/2001 y 19/06/2001
	Convenio complementario	08/09/2005	10/06/2009 (provisional 01/10/2005)	01/12/2005
Venezuela	Convenio de Seguridad Social	12/05/1988	01/07/1990	07/07/1990
	Acuerdo administrativo	05/05/1989	01/07/1990	07/07/1990

I.3. Normativa nacional: el derecho interno español

I.3.1. La aplicación de la Seguridad Social española a los extranjeros en España

58. La LGSS y los trabajadores españoles. La LGSS²²⁰ recoge la regla general de inclusión de los trabajadores españoles que residan en España en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social española, siempre que ejerzan su actividad dentro del territorio nacional, tanto en lo que se refiere a su afiliación (art. 15.1 de la LGSS), como a las prestaciones contributivas (art. 7.1 LGSS). En relación con las prestaciones no contributivas, solo exige la residencia de los españoles en territorio nacional para poder acceder a ellas (art. 7.2 de la LGSS).

59. La LGSS y los trabajadores extranjeros. En cuanto a los trabajadores extranjeros, la LGSS también los incluye dentro de su ámbito de aplicación, siempre que residan o se encuentren legalmente en España y ejerzan su actividad en territorio nacional, a efectos de afiliación y acceso a prestaciones contributivas (arts. 7.1 y 15.1 de la LGSS). Por su parte, en cuanto al acceso a las prestaciones no contributivas, a los extranjeros se les requiere el estatus de residente legal en territorio nacional (art. 7.2 *in fine* de la LGSS).

A la hora de determinar si los extranjeros que se encuentran en España cumplen el requisito de residir o encontrarse legalmente en territorio nacional, hay que distinguir dos escenarios en función de la nacionalidad de tales extranjeros.

60. El régimen privilegiado de los extranjeros “comunitarios”. Así, en el caso de nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea –régimen extendido también a los nacionales de otro Estado parte del EEE o de Suiza–, deberá estarse al contenido del Derecho comunitario. Como ya se ha tenido ocasión de señalar, en el Derecho originario se recoge el derecho fundamental a la libre circulación y residencia en el seno de la Unión para todos los nacionales europeos con carácter general (arts. 20.2.a y 21.1 del TFUE y art. 45.1 de la CDFUE), con disposiciones particulares para aquellos con categoría de trabajadores (arts. 45 del TFUE y 15.2 de la CDFUE). Este derecho fundamental ha sido regulado en el Derecho derivado por la Directiva 2004/38, traspuesta al ordenamiento español por el RD 240/2007.

En estos supuestos, tal y como se ha señalado anteriormente, existe normativa supranacional en materia de Seguridad Social que podría resultar de aplicación a la hora de determinar la ley aplicable a las relaciones de afiliación y de protección²²¹: los

²²⁰ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, “LGSS”).

²²¹ Esta dicotomía es ampliamente utilizada en la doctrina. Sobre este particular, *vid.* ampliamente GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 100-107.

Reglamentos comunitarios de coordinación (aunque también podrían resultar aplicables convenios internacionales entre Estados miembros²²²).

61. El régimen de los extranjeros “no comunitarios”. En el caso de los nacionales de cualquier otro Estado no comprendido en el supuesto anterior (a los que comúnmente se denomina “extracomunitarios”), para determinar si se cumple el mencionado requisito de residir o encontrarse legalmente en territorio nacional, habrá que atender a lo dispuesto en la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, “LOE”), sin que entre en juego aquí un derecho fundamental general a la libre circulación y residencia.

En estos otros supuestos, tal y como también se ha señalado anteriormente, existe normativa internacional en materia de Seguridad Social que podría resultar de aplicación a la hora de determinar la ley aplicable en materia de afiliación y de protección: los convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales²²³.

I.3.2. La extensión de la Seguridad Social española en el extranjero

62. La protección social en el extranjero. Cuando es el nacional español el que se marcha fuera de las fronteras nacionales, la LGSS faculta al Gobierno a establecer medidas de protección social en favor de esos españoles no residentes en España (art. 7.3 de la LGSS). La salvaguardia de los derechos económicos y sociales de estos españoles en el extranjero constituye uno de los principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo III, del Título I de la CE (art. 42). En cumplimiento de este principio se aprobó la *Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior*, que constituye la regulación básica en este apartado, conteniendo disposiciones en materia de Seguridad Social para este colectivo. Concretamente, del artículo 18 de esta Ley se desprende la preferencia del legislador por la extensión de la protección social a estos españoles mediante normas internacionales (Acuerdos, Convenios y Tratados) por lo que, solo subsidiariamente, se deberá recurrir a normativa nacional²²⁴.

En estos casos también resulta de aplicación el doble régimen señalado anteriormente, en función de si el nacional español se ha marchado a un Estado miembro de la UE (o país integrante del EEE o Suiza) o a un país extracomunitario. En el primer caso, podría resultar de aplicación el Derecho europeo (y, en su caso, convenios

²²² La compleja relación con las normas comunitarias de coordinación se analiza detalladamente *infra*, apartado III.1.

²²³ Cuya relación con las normas de coordinación se analizará detalladamente en el apartado III.2.

²²⁴ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7120.

internacionales entre los Estados miembros); en el segundo caso, en cambio, podrían resultar de aplicación convenios internacionales, bilaterales o multilaterales.

63. Reglas nacionales supletorias. Sin embargo, no todos los supuestos de movilidad están regulados por normas supranacionales o internacionales y, aun estando incluidos dentro del ámbito de aplicación de las mismas, en ocasiones, puede que estas no sean lo suficientemente protectoras. En estos casos, el ordenamiento español prevé una serie de disposiciones de ámbito nacional para proteger a los migrantes que abandonan el territorio estatal (al igual que cada país en cuestión puede contener regulaciones nacionales con esta misma finalidad). Baste señalar aquí que, al tratarse de normas meramente nacionales, solo tienen eficacia para el Estado que las dicta, por tanto, sin fuerza vinculante para el resto de países.

Entre ellas destaca especialmente, en cuanto a ley aplicable se refiere, el artículo 166.3 de la LGSS²²⁵. En virtud del citado precepto, se otorga la condición de “asimiladas al alta” en el Régimen General de la Seguridad Social española a determinadas personas trasladadas por la empresa fuera del territorio nacional, así como a aquellas con convenio especial con la Administración de la Seguridad Social, con los requisitos y consecuencias señalados reglamentariamente.

64. El traslado de trabajadores al extranjero por empresas españolas: la Orden de 1982. En el primer caso, el desarrollo reglamentario se encuentra en la *Orden de 27 de enero de 1982, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas* (en lo sucesivo, “Orden de 1982”). En virtud de esta breve norma –de tan solo seis artículos–, los trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio nacional se encuentran en situación asimilada a la de alta mientras dure

²²⁵ Existen otras disposiciones de alcance más específico tendentes a proteger a los migrantes en el extranjero, por ejemplo, en materia de accidentes de trabajo (Disposición Adicional 2ª, segundo apartado, de la LGSS); de protección por desempleo (con carácter general, art. 264.1.c) LGSS y art. 11 del *Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo*); sobre prestación por desempleo (art. 267.1.e) LGSS y arts. 2.1.d) y 3.5 del RD 625/1985); y sobre subsidio por desempleo (art. 274.1.c) LGSS); de asistencia sanitaria (Disposición Adicional 1ª del *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*); y prestaciones específicas (contenidas en la citada Ley 40/2006, el *Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados*, el *Real Decreto 1493/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados*, y *Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional*, junto con sus respectivas normas de desarrollo). Sobre este particular, *vid.* SALA FRANCO, T. (Dir.), *Ley aplicable y jurisdicción competente...*, *op. cit.*, pp. 124-126 y, más ampliamente, VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginales 7120 y siguientes.

su prestación de servicios en el país de traslado (art. 1), siempre y cuando no resulte aplicable la legislación española de Seguridad Social en virtud de norma supranacional o internacional (pues, en ese caso, carecería de sentido la aplicación de lo dispuesto en la Orden de 1982, de aplicación exclusivamente nacional); y tampoco resulte aplicable una norma supranacional o internacional en virtud de la cual se prevea la exención de cotización en España, debiendo cotizar únicamente en el país de traslado, con reconocimiento de dichas cotizaciones a efectos de la Seguridad Social española (art. 2)²²⁶. No obstante, el artículo 3.1 de la Orden de 1982 matiza que los trabajadores que se encuentren en esta última situación, también podrán ser considerados en situación asimilada a la de alta en España cuando la protección social ofrecida por el país de traslado no cubra todas las contingencias del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) española. En estos casos, se mantendrá la cotización a la Seguridad Social española a los solos efectos de esas contingencias no cubiertas en el Estado de traslado.

65. El convenio especial para los emigrantes españoles. Por su parte, en cuanto al segundo caso, el desarrollo reglamentario viene recogido en el *Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción de Convenio Especial de los emigrantes e hijos de emigrantes* y el artículo 15 de la *Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social*. En virtud de lo dispuesto en estas normas, se permite la suscripción, en cualquier momento (art. 15.2 de la Orden TAS/2865/2003), de un convenio especial con la Seguridad Social española que determina la situación asimilada a la de alta en el RGSS respecto de las contingencias de jubilación, incapacidad permanente o muerte y supervivencia por cualquier contingencia (art. 15.3 de la Orden TAS/2865/2003)²²⁷.

²²⁶ La Orden de 1982 prevé ciertas especialidades en materia de prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal para los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación (arts. 4 y 6).

²²⁷ Una de las cuestiones problemáticas en torno a esta regulación ha sido la determinación de la base mensual de cotización en esta modalidad de convenio especial. El artículo 15.4 de la Orden TAS/2865/2003 establece la obligación de que tal base de cotización sea la base mínima de cotización en el RGSS que en cada momento corresponda. Esta regulación fue enjuiciada desde el punto de vista de la libre circulación en el seno de la UE (art. 45 del TFUE) por el TJUE en su sentencia de 28 de junio de 2017 (C-2/2017, asunto *Crespo Rey*). En esta sentencia se concluyó que tal regulación nacional conculca la libre circulación dado que establece una diferencia de trato injustificada entre trabajadores migrantes (a los que se les obliga a cotizar en este convenio especial por la base mínima –art. 15.4 de la Orden TAS/2865/2003–) y trabajadores sedentarios (a los que se les permite cotizar por una base superior a la mínima –art. 6 de la Orden TAS/2865/2003–). No obstante, por el momento, esta regulación continúa sin adaptarse a las exigencias europeas, a pesar de que fue reformada en algunos extremos en el año 2019 (respecto de la figura del Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a procedimientos de despido colectivo que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad). Sobre este particular, más ampliamente, *vid.* MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “La pensión de los migrantes europeos: un continuo foco de problemas para España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021 (en prensa) y doctrina ahí citada.

CAPÍTULO II. LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN

66. El necesario recurso a los ámbitos de aplicación de las normas. Como se ha expuesto en el capítulo anterior, existe un elevado número de normas en materia de Seguridad Social, tanto a nivel institucional como internacional y nacional. El primer paso de cualquier análisis en este punto será, pues, determinar la norma de aplicación. Para ello, es indispensable conocer los ámbitos de aplicación de las normas.

Si bien los ámbitos de aplicación territoriales se han expuesto sucintamente en el Capítulo I, en el presente Capítulo se va a analizar más detenidamente el ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación por ser ellos el objeto de estudio de la presente tesis doctoral. Así pues, solo las situaciones incluidas dentro de los ámbitos que se analizarán a continuación serán tenidas en cuenta en los capítulos siguientes.

II.1. Su ámbito de aplicación territorial

II.1.1. El derecho a la libre circulación como eje territorial

67. La ausencia expresa de determinación. Los actuales Reglamentos de coordinación no definen de manera expresa su ámbito de aplicación territorial. Contrariamente a la situación actual, el Reglamento 3/58 sí incorporaba una definición de “territorio de un Estado miembro” a estos efectos en su Anexo A (por remisión del artículo 1.a). En este Anexo, se especificaban los territorios incluidos dentro de la aplicación de la coordinación de los Estados de Bélgica, Francia²²⁸, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Sin embargo, esta definición territorial desapareció en el Reglamento 1408/71 y así se ha mantenido hasta nuestros días.

²²⁸ En este Anexo se incluía a Argelia como parte integrante del territorio francés, también a efectos de la coordinación comunitaria de Seguridad Social. En julio de 1962, Argelia logró la independencia de Francia, motivo por el cual se eliminó la referencia a este territorio en el Anexo A señalado, mediante el artículo 5 del Reglamento 109/65 del Consejo, de 30 de junio de 1965, por el que se modifican y completan los Reglamentos núms. 3 y 4 referentes a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (DOCE núm. 125, de 9 de julio de 1965, pp. 2125-2130). La entrada en vigor de este precepto se produjo el 19 de enero de 1965, sin perjuicio de los derechos adquiridos con anterioridad (apartados 1 y 2.a del artículo 16). Esta disposición dio lugar a los denominados “casos argelinos”, tendentes a respetar los derechos adquiridos por los trabajadores migrantes por periodos cumplidos en Argelia antes del 19 de enero de 1965: SSTJCE de 10 de octubre de 1973 (110/73, asunto *Fiege*), de 26 de junio de 1975 (6/75, asunto *Horst*), y de 8 de abril de 1976 (112/75, asunto *Hirardin*). Vid. ampliamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, op. cit., pp. 147-148; VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaría General para la Seguridad Social, Colección Seguridad Social, núm. 5, Madrid, 1992 (traducido por Pío Acero), pp. 413-414; MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, Tecnos, 1ª Edición, Madrid, 1994, p. 219.

Debido a esta falta de definición en las propias normas de coordinación, debe acudir a otros textos generales para poder precisar los contornos geográficos de la coordinación comunitaria. Así, el ámbito espacial de los Reglamentos de coordinación puede considerarse coincidente con el de las normas en materia de libre circulación de personas²²⁹, derecho fundamental respecto del que estos Reglamentos son instrumentales.

68. El territorio de los Estados miembros de la Unión. Los Reglamentos de coordinación, al igual que los Tratados de la Unión en general, son de plena aplicación, en primer lugar, en el territorio de los veintisiete Estados miembros que, tras la retirada del Reino Unido, forman parte de la Unión Europea²³⁰ (art. 52 del TUE). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 355.1 del TFUE (por remisión del artículo 52 del TUE), deben incluirse dentro del ámbito de aplicación territorial las denominadas “regiones ultraperiféricas” (RUP) que, si bien están geográficamente separadas del territorio europeo, forman parte de alguno de los Estados miembros de la Unión. En total, existen nueve territorios en la actualidad calificados de RUP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 del TFUE: los departamentos franceses de ultramar de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, Mayotte, Reunión y la colectividad francesa San Martín; las regiones autónomas portuguesas de las Azores y Madeira; y la Comunidad Autónoma española de las Islas Canarias²³¹. Asimismo, estas normas también son de aplicación en las Islas Åland (Finlandia), en relación con el *Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de Noruega, de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión Europea, Protocolo núm. 2 sobre las Islas Åland*²³² (art. 355.4 del TFUE).

69. La inclusión del territorio de los países integrantes del EEE y Suiza. Además, las normas de coordinación también despliegan plenos efectos en los países integrantes del Espacio Económico Europeo, así como en Suiza.

²²⁹ Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 145; y VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 409-410.

²³⁰ En la misma línea que en el ya comentado caso de Argelia, el TJCE también aceptó la aplicación de las normas de coordinación a las personas ocupadas en territorios anteriormente colonizados por alguno de los Estados miembros, como el caso del antiguo Congo belga y Ruanda-Urundi (SSTJCE de 31 de marzo de 1977 –87/76, asunto *Bozzone*– y de 11 de julio de 1980 –150/79, asunto *Comisión vs. Bélgica*–). *Vid.* ampliamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 148-151.

²³¹ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 4/15), con los datos actualizados en la página web del Parlamento Europeo, disponibles en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/100/outermost-regions-ors-> (última consulta el 23 de agosto de 2020). En el caso español, las normas de coordinación también resultan plenamente aplicables en Ceuta y Melilla, territorios que no tienen la consideración de RUP pero que sí gozan de un estatuto especial.

²³² DOCE núm. C 241 de 29 de agosto de 1994, p. 352.

En el caso de los países integrantes del EEE, su inclusión en el ámbito de aplicación de la coordinación se realizó mediante el *Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 mayo de 1992*²³³, en vigor desde el 1 de junio de 1993 (en adelante, “Acuerdo sobre el EEE”). En el artículo 29 de este Acuerdo, las partes contratantes se comprometían a asegurar, en particular, en el ámbito de la Seguridad Social: “a) *la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de las Partes Contratantes*”. La regulación específica en esta materia se incorporaba en el Anexo VI del Acuerdo²³⁴, en virtud del cual se preveía la aplicación entre las partes contratantes de los Reglamentos de coordinación vigentes en aquel momento (Reglamentos 1408/71 y 574/72).

Mediante Decisión núm. 76/2011 del Comité mixto, de 1 de julio de 2011²³⁵, se sustituyó el Anexo VI de dicho Acuerdo relativo a la Seguridad Social, reconociéndose la aplicación de los nuevos Reglamentos de coordinación entre las partes contratantes desde el 1 de junio de 2012²³⁶.

En el caso de Suiza, su inclusión en el ámbito de las normas de coordinación tuvo lugar con el *Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra*, firmado en

²³³ DOCE núm. L 1, de 3 de enero de 1994, pp. 3-36.

²³⁴ DOCE núm. L 1, de 3 de enero de 1994, pp. 327-370.

²³⁵ *Decisión del Comité mixto del EEE núm. 76/2011, de 1 de julio de 2011, por la que se modifica el anexo VI (Seguridad Social) y el Protocolo 37 del Acuerdo EEE* (DOCE núm. L 262 de 6 de octubre de 2011, pp. 33-43). El Tribunal de Luxemburgo, a través de su sentencia de 26 de septiembre de 2013 (C-431/11, asunto *Reino Unido contra el Consejo de la Unión Europea*), validó la Decisión del Consejo por la que se adoptó la posición en el Comité mixto respecto a la actualización de las referencias realizadas en el Acuerdo sobre el EEE a los anteriores reglamentos de coordinación por las normas actualmente vigentes. El origen de este procedimiento fue el recurso interpuesto por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (apoyado por Irlanda) contra el Consejo de la Unión Europea (apoyado por la Comisión Europea), solicitando la anulación de la *Decisión 2011/407/UE del Consejo, de 6 de junio de 2011, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE respecto a una modificación del anexo VI (Seguridad Social) y del Protocolo 37 del Acuerdo EEE* (DOCE núm. L 182, de 12 de julio de 2011, pp. 12-23). El principal reproche de Reino Unido e Irlanda a la Decisión impugnada fue que la misma se hubiese realizado sobre la base jurídica del artículo 48 del TFUE y no del artículo 79 del TFUE, apartado 2, letra b). En caso de haberse optado por esta segunda posibilidad, el Reino Unido e Irlanda podrían haber ejercido el derecho que les corresponde en virtud del protocolo (núm. 21) de no participar en la adopción de la referida Decisión y de que esta no les vinculara (apartado 33). Especial oposición se manifestó respecto de la extensión del ámbito de aplicación personal a los nacionales no activos de Estados terceros. Sobre este particular, Reino Unido indicó que, precisamente, se había negado a participar en la adopción del Reglamento 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación de los Reglamentos de coordinación a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (apartado 39).

²³⁶ Sobre la fecha de aplicación, *vid.* STJUE de 16 de julio de 2020 (C-610/18, asunto *AFMB y otros*, apartado 35).

Luxemburgo el 21 de junio de 1999, en vigor desde el 1 de junio de 2002²³⁷ (en adelante, “Acuerdo CE-Suiza”). Concretamente, en el artículo 8 del citado Acuerdo se hacía referencia a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, proclamando el interés de las partes en garantizar, en particular: “*la igualdad de trato; b) la determinación de la legislación aplicable; c) la acumulación, para la apertura y el mantenimiento del derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas, de todos los períodos tenidos en cuenta por las distintas legislaciones nacionales; d) el pago de las prestaciones a las personas que residan en el territorio de las Partes Contratantes; e) la ayuda mutua y la cooperación administrativas entre las autoridades y las instituciones*”. La regulación específica de esta cuestión se encontraba en el Anexo II del Acuerdo, en el cual se recogía la aplicación entre las partes contratantes de los reglamentos de coordinación vigentes en aquel momento (Reglamentos 1408/71 y 574/72) o normas equivalentes (art. 1.1).

Mediante Decisión núm. 1/2012 del Comité mixto, de 31 de marzo de 2012²³⁸, se sustituyó el citado Anexo II relativo a la coordinación de los regímenes de Seguridad Social, reconociéndose la aplicación de los nuevos Reglamentos de coordinación entre las partes contratantes desde el 1 de abril de 2012²³⁹.

²³⁷ DOCE núm. L 114 de 30 de abril de 2002, pp. 6-72.

²³⁸ Decisión núm. 1/2012 del Comité mixto establecido en virtud del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 31 de marzo de 2012, por la que se sustituye el Anexo II de dicho Acuerdo relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social (2012/195/UE). DOUE núm. L 103 de 13 de abril de 2012, pp. 51-59. Al igual que ocurrió respecto de la Decisión del Comité mixto núm. 76/2011, de 1 de julio de 2011 respecto del Acuerdo sobre el EEE, esta Decisión sobre el Acuerdo CE-Suiza también fue impugnada por el Reino Unido, con apoyo de Irlanda, dando lugar a la STJUE de 27 de febrero de 2014 (C-656/11, asunto *Reino Unido contra el Consejo de la Unión Europea*). El contenido de este pronunciamiento es muy similar al ya comentado caso C-431/11. En esta ocasión, el origen de este procedimiento fue el recurso interpuesto contra el Consejo de la Unión Europea (apoyado por la República Francesa y la Comisión Europea), solicitando la anulación de la *Decisión 2011/863/UE del Consejo, de 16 diciembre de 2011, relativa a la posición que ha de adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, en relación con la sustitución de su Anexo II, relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social* (DOCE núm. L 341 de 22 de diciembre de 2011, pp. 1-10). Nuevamente, el centro de la disputa fue la base jurídica utilizada para la adopción de la Decisión, que impedía a estos dos Estados no quedar vinculados por ella (apartado 29), a pesar de su oposición a la extensión del ámbito de aplicación personal de los nuevos reglamentos respecto de las personas económicamente inactivas. Sobre este particular, Reino Unido indicó que deseaba llegar a un acuerdo con la Confederación Suiza que excluyese a estas personas de la coordinación de los regímenes de Seguridad Social, sin tomar parte en la Decisión del Consejo (apartado 17).

²³⁹ El TJUE ha manifestado, en diferentes ocasiones, que el Reglamento 1408/71 sigue siendo de aplicación, *ratione temporis*, a los hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Decisión núm. 1/2012 por dos motivos: 1) el artículo 90.1 del Reglamento 883/2004 (según el cual el Reglamento 1408/71 se mantiene en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos, entre otros, del Acuerdo CE-Suiza, en tanto que dicho Acuerdo no se modifique), y 2) el Anexo II, sección A, punto 3, del Acuerdo CE-Suiza, en su versión modificada (que sigue remitiendo al Reglamento 1408/71 “*por lo que respecta a asuntos ocurridos en el pasado*”). En este sentido, SSTJUE de 19 de septiembre de 2013 (C-216/12 y C-217/12, asuntos acumulados *Hliddal y Bornand*, apartado 12); de 19 de marzo de 2015 (C-266/13, asunto *Kik*, apartado 18); y de 27 de abril de 2017 (C-620/15, asunto *A-Rosa Flussschiff*, apartado 21). Los Reglamentos 883/2004 y 987/09 han sido aplicados respecto de Suiza en SSTJUE de 21 de marzo de 2018 (C-551/16,

Por tanto, cuando se hace referencia en la norma de coordinación a “Estado(s) miembro(s)”, deben entenderse incluidos también estos otros cuatro países²⁴⁰, precisión terminológica que debe hacerse extensible al ámbito de la presente tesis doctoral²⁴¹.

70. La noción de territorio. En el ámbito de la coordinación, la noción de territorio de un Estado miembro hace referencia al espacio dentro del cual se despliegan las actividades soberanas del mismo, incluyendo territorios terrestres, marítimos y aéreos²⁴². El TJUE ha precisado que, a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en general²⁴³, y de los Reglamentos de coordinación en particular²⁴⁴, también deben

asunto *Klein*, apartado 28); 28 de junio de 2018 (C-2/17, asunto *Crespo Rey*, apartado 9); de 14 de marzo de 2019 (C-372/18, asunto *Dreyer*, apartados 29-30); y de 23 de enero de 2020 (C- 29/19, asunto *Bundesagentur für Arbeit*, apartado 23).

²⁴⁰ Así se prevé, respecto de los países del EEE, en el apartado I de Adaptaciones sectoriales del Anexo VI del Acuerdo sobre el EEE, y respecto de Suiza, en el artículo 1.2 del Anexo II del Acuerdo CE-Suiza. Igualmente, en la doctrina, por todos, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, op. cit., pp. 218-219.

²⁴¹ En este mismo sentido, cuando se haga referencia al “territorio de la Unión”, “territorio comunitario” o expresiones análogas a lo largo de la presente tesis doctoral, sin mayor especificación, se entenderán incluidos los territorios de los países integrantes del EEE y Suiza.

²⁴² KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen. Union européenne et pays associés*, Dossiers de Droit européen núm. 25, Schulthess Éditions Romandes/LGDJ-Lextenso, 1ª Edición, Ginebra/Zurich/París, 2017, p. 358.

²⁴³ SSTJCE de 27 de febrero de 2002 (C-37/00, asunto *Weber*, apartados 30 a 36), sobre competencia judicial internacional; y de 20 de octubre de 2005 (C-6/04, asunto *Comisión vs. Reino Unido*, apartado 117), sobre conservación de los hábitats naturales. Por la importancia del asunto *Weber*, fue ampliamente comentado por la doctrina, entre otros, CHAUMETTE, P., “Conflit de juridictions pour un travail effectué dans les eaux territoriales et sur le plateau continental de deux Etats membres de l’Union Européenne”, *Neptunus e-review*, Vol. 8/2, 2002, versión electrónica; y ZABALO ESCUDERO, E., “Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, Enero-Abril 2003, pp. 225-239. Esta interpretación, no obstante, no ha estado exenta de críticas doctrinales. En este sentido, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, por todos, GONZÁLEZ VEGA, J. A., “Instalaciones «offshore» y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la “obsesión por el territorio””, *La Ley*, núm. 4, mayo de 2002, versión electrónica. Este autor descarta la tesis territorialista adoptada por el TJCE (respecto del asunto *Weber*, pero extrapolable a las sentencias en materia de Seguridad Social), en favor de la competencia extraterritorial del Estado ribereño sobre estas instalaciones “offshore”, tanto en materia de competencia judicial como legislativa. Igualmente, en esta senda crítica, FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La determinación del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de un litigio derivado de la existencia de un contrato de embarque”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 17, 2008, versión electrónica (pp. 26-27/57).

²⁴⁴ STJUE de 17 de enero de 2012 (C-347/10, asunto *Salemink*, apartados 31 a 35), sobre la aplicabilidad del Reglamento 1408/71 al caso de un trabajador neerlandés que trabajó desde 1996 como enfermero y radiógrafo para una empresa establecida en los Países Bajos en una plataforma de producción situada fuera de las aguas territoriales de este Estado pero sobre su plataforma continental adyacente, a una distancia de unos 80 kilómetros de la costa neerlandesa, y que decidió trasladar su residencia a España en 2004. No obstante, la primera vez que se planteó esta cuestión ante el Tribunal de Luxemburgo fue mediante la cuestión prejudicial 8/79, asunto *Filby* (DOCE núm. C 55, de 1 de marzo de 1979, p. 6) que no llegó a ser resuelta debido a su retirada. En esta cuestión se planteaba la aplicación o no del Reglamento 1408/71 al caso de un trabajador contratado para trabajar en una plataforma u otra instalación dedicada a la exploración o explotación de los recursos minerales de la plataforma continental que se trasladaba periódicamente de un lugar a otro en sectores de la misma sobre los que diversos Estados miembros u otros Estados ejercían derechos soberanos de conformidad con el Convenio sobre la Plataforma Continental de 1958 y, mientras se dedicaba a ello, descansaba sobre el lecho marino de la plataforma continental o estaba unido a la misma.

considerarse parte del territorio de un Estado miembro las instalaciones fijas o flotantes (islas artificiales, instalaciones y estructuras) situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado miembro (denominadas “plataformas o instalaciones *offshore*”), en la medida en la que se utilicen en el marco de actividades de exploración y/o explotación de sus recursos naturales (esta interpretación extensiva de la noción de territorio se ha denominado por parte de la doctrina como “criterio de funcionalidad”²⁴⁵).

La base jurídica para ello se ha encontrado en el Derecho Marítimo Internacional. Por un lado, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 20 de febrero de 1969 (casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte), señaló que los derechos del Estado ribereño sobre la zona de la plataforma continental que constituye una prolongación natural de su territorio bajo el mar existen *ipso facto* y *ab initio*, en virtud de su soberanía sobre la tierra firme –sin requerir ningún acto jurídico especial–, si bien se trata de una soberanía en forma de ejercicio de derechos soberanos con fines de exploración del lecho marino y de explotación de sus recursos naturales (apartado 19). Por otro lado, y siguiendo la línea de la Corte Internacional de Justicia, la Convención sobre el Derecho del Mar²⁴⁶ otorga derechos de soberanía sobre la plataforma continental, si bien, solo funcional y limitada, pues la misma se circunscribe al derecho (de carácter exclusivo) a ejercer las actividades de exploración y/o de explotación de los recursos naturales²⁴⁷. Asimismo, en esta Convención se establece la jurisdicción exclusiva del Estado ribereño respecto de las islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas sobre la plataforma continental adyacente a su territorio (arts. 60 y 80)²⁴⁸.

Sobre el asunto *Filby*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 146.

²⁴⁵ La denominación deriva de considerar que esta doctrina ha establecido los elementos a valorar “*para determinar cuándo la plataforma continental es, funcional y limitadamente territorio de la UE*”, básicamente, la existencia “*una relación entre el beneficio de las prerrogativas económicas de exploración y/o explotación de los recursos ejercidos sobre la parte de la plataforma continental que es adyacente a los países miembros y el Derecho de la UE*”. Sobre este criterio de funcionalidad, *vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Algunas reflexiones en relación con la Seguridad Social internacional de los trabajadores del mar a bordo de plataformas marítimas *offshore* y de embarcaciones de recreo”, en VV. AA., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, 1ª Edición, Barcelona, 2017, pp. 143-170 (168-169).

²⁴⁶ *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982 (DOCE núm. L 179, de 23 de junio de 1998, pp. 3-134). Convención ratificada por España (instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997, pp. 4966 a 5055) y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante *Decisión 98/392/CE del Consejo, de 23 de marzo de 1998, relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención* (DOCE núm. 179, de 23 de junio de 1998, pp. 1-2).

²⁴⁷ Nuevamente, sobre la soberanía limitada y funcional del Estado ribereño sobre esta plataforma, STJCE de 29 de marzo de 2007 (C-111/05, asunto *Aktiebolaget*, apartado 59).

²⁴⁸ Sobre la mayor corrección de este razonamiento (caracterización funcional de la plataforma continental a los efectos de la aplicación del Derecho europeo) desde el punto de vista *iuspublicista*, frente al criterio marcadamente territorialista expuesto en el asunto *Weber*, GONZÁLEZ VEGA, J. A., “¿A vueltas con la

No obstante, el TJUE ha matizado posteriormente, en su sentencia de 19 de marzo de 2015 (C-266/13, asunto *Kik*, apartados 40 y 41), que no pueden asimilarse a las mencionadas islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas sobre la plataforma continental adyacente al territorio de un Estado miembro ribereño, los buques que se ocupan de colocar cables o tuberías a la altura de dicha plataforma²⁴⁹.

II.1.2. La extensión “extraterritorial” de las normas de coordinación

71. Los vínculos suficientemente estrechos como fundamento. A pesar de que las normas comunitarias de coordinación estaban pensadas para su aplicación a supuestos acontecidos dentro de las fronteras comunitarias, el TJUE se ha encargado de matizar que también es posible su aplicación en casos de prestación de servicios en un tercer Estado (sin que exista tal exigencia en norma alguna). Para ello, sin embargo, será necesaria la existencia de un vínculo suficientemente estrecho entre la relación laboral o el derecho a las prestaciones y el territorio de los Estados miembros²⁵⁰. Esta postura jurisprudencial se ha interpretado como una manifestación más de la voluntad del TJUE de asegurar la continuidad de la protección de los migrantes²⁵¹.

72. Los orígenes del criterio del vínculo de conexión en la esfera de la libre circulación de trabajadores. El origen del criterio del vínculo de conexión se sitúa en la esfera de la libre circulación de trabajadores en general, concretamente, del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad²⁵². El primer pronunciamiento en este sentido tuvo lugar el 12 de diciembre de 1974 (36/74, asunto *Walrave*)²⁵³. En esta ocasión, se estableció que la norma de no discriminación, por su carácter imperativo, se impone

«obsesión por el territorio»: El Tribunal de Justicia, la plataforma continental y la aplicación espacial del Derecho de la UE (Comentario a la Sentencia TJUE de 17 de enero de 2012, A. Salemink C. Raad Van Bestuur Van Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen, Asunto C-347/10)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, versión electrónica (pp. 14-18/18).

²⁴⁹ Un breve comentario a esta sentencia y su efecto sobre la doctrina sentada en el asunto *Salemink* en VV. AA., “Chronique maritime”, *Revue de l’Union européenne*, núm. 592, octubre-noviembre 2015, pp. 577-589, versión electrónica (pp. 16-17/23).

²⁵⁰ VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 416 y 420.

²⁵¹ MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, en BARBAOU DES PLACES, S., PATAUT, E. y RODIÈRE, P. (Dir.), *Les frontières de l’Europe sociale*, Editions Pedone, 1ª Edición, París, 2018, pp. 127-168 (142).

²⁵² VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 416-417.

²⁵³ El origen de este pronunciamiento fue una acción judicial interpuesta por dos ciudadanos neerlandeses que participaban habitualmente como entrenadores de los campeonatos del mundo de ciclismo tras moto, contra la Unión Ciclista Internacional (UCI) y las Federaciones ciclistas neerlandesas y españolas. El motivo de la disputa fue una disposición del Reglamento de la UCI (de alcance mundial) en la que se exigía que el entrenador y el corredor participantes en estos campeonatos tuviesen la misma nacionalidad. Los actores consideraron que esta disposición era discriminatoria y contraria al Derecho comunitario. Es importante tener en cuenta, como precisó el TJCE, que la práctica del deporte solo está regulada en el Derecho comunitario si constituye una actividad económica (apartado 4).

para la apreciación de todas las relaciones jurídicas, en la medida en que estas puedan “localizarse” en el territorio de la Comunidad Europea. Esta localización podría darse: 1) por razón del lugar donde estén establecidas las relaciones jurídicas; o 2) por razón del lugar donde produzcan sus efectos (apartado 28).

Esta doctrina fue ratificada en la STJCE de 12 de julio de 1984 (237/83, asunto *Prodest*)²⁵⁴. En esta ocasión, recordando el asunto *Walrave*, se rechazó que el ejercicio temporal de actividades fuera del territorio de los Estados miembros pudiera ser suficiente como para descartar la aplicación del principio de no discriminación si la relación de trabajo guarda un vínculo suficientemente estrecho con este territorio (apartado 6). El Tribunal de Luxemburgo entendió que, en el caso origen del litigio, sí existía tal vinculación debido a cuatro circunstancias: 1) se trataba de un trabajador comunitario; 2) que había sido contratado por una empresa situada en otro Estado miembro; 3) que estaba afiliado a la Seguridad Social de este último país; y 4) que había ejercido sus actividades por cuenta de la empresa comunitaria empleadora, también durante el tiempo de desplazamiento en un tercer Estado (apartado 7).

Igualmente, en la STJCE de 27 de septiembre de 1989 (9/88, asunto *Lopes da Veiga*)²⁵⁵, se volvió a reiterar el criterio del vínculo de conexión, esta vez, respecto de trabajadores a bordo de un barco con pabellón de otro Estado miembro que navega en alta mar. Entre las circunstancias a valorar por el órgano jurisdiccional nacional para determinar la existencia o no de tal vínculo, se citan las siguientes (apartado 17): 1) se trata de un ciudadano portugués; 2) que trabajó como marinero a bordo de barcos matriculados en los Países Bajos; 3) al servicio de una naviera con domicilio social en dicho Estado; 4) que fue contratado en este mismo país; 5) que pasaba sus vacaciones en este; 6) que pagaba su impuesto sobre la renta y estaba afiliado al sistema neerlandés; 7) y que la ley aplicable a la relación laboral era la neerlandesa²⁵⁶.

²⁵⁴ El origen de esta sentencia fue el litigio entre la ETT francesa Prodest y las instituciones francesas de Seguridad Social acerca del mantenimiento de la afiliación al RGSS francés de un nacional belga residente en Francia, empleado por esta sociedad, durante el tiempo que este fue enviado por Prodest a prestar sus servicios a un tercer Estado (Nigeria). En el ordenamiento francés se prohibía a las ETT la puesta a disposición de un trabajador extranjero si la prestación de servicios se debía realizar fuera de Francia, precepto que fue aplicado por las instituciones francesas para negar la afiliación al RGSS durante la misión del trabajador comunitario en Nigeria, al tratarse de un desplazamiento fuera del territorio de la Comunidad.

²⁵⁵ Este pronunciamiento versa sobre el litigio planteado por un ciudadano portugués, empleado a bordo de buques que enarbolaban pabellón neerlandés, contra las instituciones neerlandesas por la denegación de un permiso de residencia en dicho Estado.

²⁵⁶ Esta doctrina fue utilizada en la STJCE de 6 de junio de 1995 (C-434/93, asunto *Bozkurt*), analógicamente, para valorar si un trabajador turco, conductor de transportes internacionales, podía considerarse perteneciente al mercado de trabajo de un Estado miembro (en el sentido del artículo 6.1 de la *Decisión núm. 1/80 de 19 de septiembre de 1980, del Consejo de Asociación establecido mediante el Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado el 12 de septiembre de 1963 en Ankara y aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963*). Para ello, se señaló que procedía comprobar si la relación jurídica laboral podía localizarse en el territorio de un Estado miembro o si presentaba una

Nuevamente, en la STJCE de 30 de abril de 1996 (C-214/94, asunto *Boukhalfa*)²⁵⁷ se hizo referencia a este criterio, si bien con una especialidad. En este pronunciamiento, el Tribunal comunitario extendió el principio recogido en la jurisprudencia anterior a aquellas situaciones en las que la relación laboral estuviese suficientemente vinculada al Derecho de un Estado miembro (apartado 15). En esta ocasión, se entendió que existía el vínculo señalado dado que: 1) el contrato laboral se había celebrado conforme al Derecho alemán; 2) se estableció un pacto de competencia judicial internacional con sometimiento a tribunales alemanes; 3) la trabajadora estaba afiliada a un sistema de pensiones alemán; y 4) estaba sujeta –limitadamente– al IRPF alemán (apartado 16). No obsta a esta conclusión el hecho de que el domicilio de la trabajadora no estuviese en un Estado miembro, que el contrato se hubiese celebrado en un tercer Estado, ni que el cumplimiento íntegro del contrato tuviese lugar en un tercer Estado (apartados 20-21). De este modo, se concluyó la aplicación del Derecho comunitario (incluida la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad) a todos los aspectos de la relación laboral regidos por el Derecho de un Estado miembro (apartado 17)²⁵⁸.

Por último, mediante la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-544/11, asunto *Helga Petersen*)²⁵⁹ se volvió a reiterar esta jurisprudencia, si bien respecto a una cuestión de tributación internacional. En este otro caso, se concluyó la existencia de elementos de conexión suficientes como para permitir la invocación del artículo 45 del TFUE sobre la base de las siguientes circunstancias: 1) se trataba de un ciudadano de la Unión; 2) residente en un Estado miembro; 3) contratado por una empresa situada en Dinamarca,

conexión suficientemente estrecha con este territorio (apartado 22), tomando en consideración, en particular, el lugar de contratación, el territorio a partir del cual se ejercía la actividad por cuenta ajena y la legislación nacional aplicable en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (apartado 24).

²⁵⁷ La Sra. Boukhalfa, nacional belga, fue contratada en Argel (lugar donde residía) para trabajar como agente local en la Embajada de Alemania en Argel, estando sometida a las leyes laborales argelinas. La determinación de estas leyes como aplicables se debió a la aplicación de una ley alemana en virtud de la cual, los agentes locales que no fueran de nacionalidad alemana, estaban sometidos a las leyes laborales locales, mientras que los agentes alemanes estarían sometidos a las leyes alemanas. Ante esta situación, la Sra. Boukhalfa solicitó que también se le aplicaran las leyes laborales alemanas por el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del Derecho comunitario, petición que fue denegada por las instituciones alemanas.

²⁵⁸ Reiterando esta doctrina, STJCE de 18 de diciembre de 2007 (C-396/05, C-419/05 y C-450/05, asuntos acumulados *Habelt y otros*, apartados 122 y 123). En este caso, se entendieron aplicables las normas de libre circulación al Sr. Watcher (de nacionalidad austríaca), quien contaba con periodos de cotización en Rumanía asimilados a periodos de cotización en el sentido de la legislación alemana en su calidad de persona desplazada, posteriormente se estableció en Austria para vivir y trabajar y, al final de su vida laboral, tenía derecho a prestaciones de vejez alemanas de acuerdo con el convenio bilateral germano-austríaco.

²⁵⁹ El litigio versaba sobre la conformidad con la libre circulación de trabajadores de una disposición alemana que condicionaba la aplicación de una exención fiscal de ingresos procedentes de una actividad por cuenta ajena al hecho de que el empresario tuviera su domicilio en territorio alemán, sin que se estableciese tal exención cuando el empresario estuviera establecido en otro Estado miembro. El Sr. Petersen, de nacionalidad danesa y residente en Alemania, trabajaba por cuenta ajena para una empresa domiciliada en Dinamarca, empresa que le envió a prestar sus servicios a Benín durante tres años. La exención que se debate tiene como objeto las rentas obtenidas durante la misión en este tercer Estado.

por cuenta de la que ejercía sus actividades. Además, se valoró también la existencia de indicios de que el contrato de trabajo fue celebrado de acuerdo con el Derecho danés, el trabajador abonó sus cotizaciones sociales a la Seguridad Social danesa y la cuenta en la que se le abonaba el salario estaba situada en dicho Estado (apartados 42 y 43).

Este criterio, originado en la esfera de la libre circulación de trabajadores, pronto se utilizó también en la esfera de la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social debido a su estrecha vinculación con la citada libertad fundamental.

73. Primera vertiente del criterio del vínculo de conexión: el vínculo con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro. Una primera consecuencia de la extrapolación de este criterio a la esfera de la coordinación comunitaria fue la aplicación de las normas de coordinación (especialmente, el principio de igualdad de trato y la supresión de cláusulas de residencia) a los casos de asegurados a un régimen nacional de Seguridad Social de un Estado miembro, aun cuando dicho régimen extienda sus efectos a personas que desarrollan sus actividades en terceros Estados²⁶⁰.

Ejemplo de ello es la STJCE de 23 de octubre de 1986 (300/84, asunto *Van Roosmalen*)²⁶¹. En este primer pronunciamiento, el Tribunal comunitario anunció que el criterio determinante para la aplicabilidad de las normas de coordinación es el del vínculo del asegurado con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro, siendo irrelevante que la persona en cuestión haya ejercido sus actividades –exclusivamente o no– fuera del territorio comunitario (apartado 30). Este criterio fue reiterado en la STCE de 9 de julio de 1987 (82/86 y 103/86, asuntos acumulados *Laborero* y *Sabato*, apartados 24 y 25)²⁶². Además, se matizó que la aplicación de este criterio no se opone a la

²⁶⁰ KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 360.

²⁶¹ El Sr. Van Roosmalen interpuso una demanda contra las instituciones de Seguridad Social neerlandesas tras la suspensión de una prestación por invalidez de acuerdo con la ley nacional relativa a la incapacidad laboral. El actor en el litigio principal era un sacerdote de la Iglesia católica, de nacionalidad neerlandesa, que primero estuvo en los Países Bajos, luego en Bélgica y, por último, antes de regresar a los Países Bajos, estuvo en el Congo belga, donde contrajo una enfermedad que le provocó invalidez. El actor suscribió un seguro voluntario previsto en la legislación neerlandesa para personas que desempeñaran sus actividades en países en vías de desarrollo (como era el caso del Congo belga, convertido posteriormente en el Zaire). El Sr. Van Roosmalen estuvo percibiendo prestaciones por invalidez en aplicación de la legislación neerlandesa hasta que se estableció definitivamente en Bélgica. En ese momento, las instituciones neerlandesas suspendieron el pago de las prestaciones por no cumplir con el requisito de estancia exigido por la legislación nacional.

²⁶² La cuestión que dio inicio a este pronunciamiento fue la posible vulneración del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de una disposición belga que limitaba el ajuste al índice belga de precios al consumo de las prestaciones abonadas en virtud de un régimen facultativo de seguro a las personas que tuviesen la nacionalidad belga o que fuesen derechohabientes de un nacional belga con residencia en dicho país (salvo convenio de reciprocidad). Ante esta regulación, el Sr. Laborero, de nacionalidad italiana y residente en Bélgica, beneficiario de prestaciones de dicho régimen facultativo, solicitó el ajuste de su importe al índice belga, petición que fue rechazada. Igualmente, la Sra. Sabato, también de nacionalidad italiana y residente en Bélgica, viuda de un nacional italiano contribuyente al citado régimen facultativo, percibió una pensión de supervivencia conforme a dicho régimen, no ajustable

delimitación del ámbito territorial de los Tratados de la Comunidad pues, con esta interpretación, solo se prevé que los reglamentos de coordinación puedan ser aplicables a los regímenes de Seguridad Social que produzcan efectos en el interior de la misma (apartado 27)²⁶³.

74. Segunda vertiente del criterio del vínculo de conexión: el vínculo con el territorio de la Unión. Una segunda consecuencia de la extrapolación del criterio del vínculo de conexión a este ámbito ha sido la aplicación de las normas de coordinación a supuestos en los que la prestación de servicios se realiza allende las fronteras comunitarias.

El primer ejemplo de esta vertiente se encuentra en la STJCE de 29 de junio de 1994 (C-60/93, asunto *Aldewereld*)²⁶⁴. En esta sentencia, el Tribunal comunitario, citando el asunto *Prodest*, recordó que la prestación de servicios fuera de la Comunidad Europea no excluye, automáticamente, la aplicación de las normas de libre circulación de trabajadores, pues estas serán aplicables si la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con el territorio de la Comunidad (apartado 14). En el caso en cuestión, entendió que esa vinculación se daba por la concurrencia de tres circunstancias: 1) se trataba de un trabajador comunitario; 2) que había sido contratado por una empresa de otro Estado miembro; y 3) que estaba afiliado a la Seguridad Social del Estado miembro donde se encontraba la empresa contratante (siendo esta última circunstancia un factor determinante –aunque no el único–, en línea con los asuntos *Van Roosmalen y Laborero y Sabato*). Por tanto, procedía la aplicación de las normas de coordinación.

Esta sentencia fue tomada como referente por la STJUE de 7 de junio de 2012 (C-106/11, asunto *Bakker*). En esta ocasión, se aplicó esta doctrina al caso de un nacional neerlandés, residente en España, que ejercía una actividad por cuenta ajena en dragas que navegaban bajo pabellón neerlandés para una empresa con domicilio social en los Países

en función del índice belga. Los afectados interpusieron sendas demandas judiciales, dando inicio, así, al litigio que llegó hasta instancias comunitarias.

²⁶³ La doctrina del asunto *Laborero y Sabato* fue reiterada en la STJCE de 14 de noviembre de 1990 (C-105/89, asunto *Buhari-Haji*). Concretamente, se recordó que “*el elemento esencial que se debe tomar en consideración para determinar el ámbito de aplicación de este Reglamento (en este caso, el núm. 1408/71) no es el lugar en el que se ejerció la actividad, sino la relación que une al trabajador, sea cual sea el lugar en el que ejerció o ejerce su actividad profesional, con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro en cuyo marco cubrió los periodos de seguro*” (apartado 15). No obstante, en el caso en cuestión se concluyó la no aplicación de la normativa de coordinación, sin entrar a valorar esta vinculación.

²⁶⁴ Esta sentencia versó sobre el litigio entre el Sr. Aldewereld y las instituciones de la Seguridad Social alemana en materia de pago de cotizaciones durante el año 1986, periodo de prestación de servicios en un tercer Estado. El actor era un ciudadano neerlandés, residente en los Países Bajos en el momento de su contratación por una empresa establecida en Alemania. Esta empresa envió, de manera inmediata, al trabajador a prestar sus servicios en Tailandia. Durante ese periodo de tiempo, el trabajador estuvo afiliado a la Seguridad Social alemana, pagando ahí sus cotizaciones sociales, pero los Países Bajos también reclamaban las cotizaciones durante dicho periodo por ser el país de residencia del trabajador.

Bajos (país donde las dragas estaban inscritas en el Registro de buques marítimos), desarrollando sus actividades, principalmente, en aguas territoriales chinas y de los Emiratos Árabes Unidos. El Tribunal europeo entendió que concurría la necesaria vinculación de la relación laboral con el territorio de la Unión, especialmente, por el hecho de que el trabajador ejercía su actividad profesional en un buque registrado en un Estado miembro, al servicio de una empresa establecida en el mismo país (apartado 28)²⁶⁵.

Esta jurisprudencia fue reiterada nuevamente en la STJUE de 19 de marzo de 2015 (C-266/13, asunto *Kik*)²⁶⁶, con cita expresa de los asuntos *Aldewereld* y *Helga Petersen*, aunque con ciertas especialidades. Así, en este pronunciamiento se volvió a reconocer la existencia de un vínculo suficientemente estrecho de la relación laboral con el territorio de la Unión, que habilitaba la aplicación de las normas de coordinación, esta vez por la concurrencia de tres circunstancias (sin tener en cuenta el régimen de Seguridad Social al que se estaba afiliado, por ser esta la cuestión a dilucidar): 1) se trataba de un trabajador de la Unión; 2) con residencia en un Estado miembro (en este caso, el mismo del que era nacional); y 3) empleado por una empresa establecida en otro Estado miembro, por cuenta de la que ejerce sus actividades (apartados 42-45). Además, su sueldo seguía sujeto al impuesto sobre la renta de un Estado miembro (apartado 20).

Un nuevo caso reciente de la puesta en práctica de este criterio puede encontrarse en la STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-631/17, asunto *SF*)²⁶⁷. El Tribunal europeo recuerda que las normas de coordinación no exigen, necesariamente, que la prestación de servicios se realice dentro del territorio de la Unión, en la medida en la que la relación

²⁶⁵ El criterio de la vinculación suficientemente estrecha entre la relación laboral y el territorio de la Unión también se ha utilizado en otros ámbitos como, por ejemplo, en materia de insolvencia empresarial. A este respecto, véase la STJUE de 25 de febrero de 2016 (C-292/14, asunto *Stroumpoulis y otros*, apartados 52 a 55), sobre unos marineros de un Estado miembro (Grecia) que realizaron un trabajo marítimo en un buque con pabellón de un tercer Estado, para la sociedad propietaria del buque con sede estatutaria en el mentado tercer Estado, pero con sede real en el Estado miembro en cuestión, declarada en quiebra por un tribunal de dicho Estado miembro (en aplicación del Derecho de ese Estado miembro, precisamente, por tener allí su sede real). Los elementos tomados en consideración para apreciar esa vinculación fueron los siguientes: los recurridos celebraron el contrato de trabajo en el territorio del Estado miembro en el que residían; la insolvencia del empresario contratante fue declarada por un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro; y el empresario ejercía en ese Estado una actividad empresarial, teniendo en él su sede real (apartado 54).

²⁶⁶ El Sr. Kik, nacional neerlandés residente en los Países Bajos, prestaba sus servicios como trabajador del mar en un buque colocador de tuberías con pabellón de un tercer Estado, primero para una empresa situada en los Países Bajos y, posteriormente, para otra empresa situada en Suiza. Durante el tiempo que estuvo trabajando para la empresa neerlandesa, el trabajador estuvo afiliado a la Seguridad Social de dicho país. Por su parte, durante el tiempo de trabajo para la empresa suiza, el Sr. Kik estuvo prestando sus servicios, sucesivamente, a la altura de la plataforma continental adyacente a aun Estado tercero, en aguas internacionales y a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros (Reino Unido y Países Bajos). Las instituciones de la Seguridad Social neerlandesa declararon al Sr. Kik obligado al pago de cotizaciones también durante este otro periodo de trabajo, obligación que contó con la oposición del trabajador, dando origen, así, al litigio que llegó ante el TJUE.

²⁶⁷ El Sr. SF era un nacional letón residente en Letonia que prestó sus servicios como mozo para una sociedad domiciliada en los Países Bajos, a bordo de un buque que navegaba fuera del territorio de la Unión y que enarbolaba pabellón de un tercer Estado (concretamente, de Las Bahamas).

laboral conserve una vinculación suficientemente estrecha con este territorio, vinculación que se da cuando, como en el caso del Sr. SF, el trabajador es ciudadano de la Unión, reside en un Estado miembro, y ha sido contratado para prestar sus servicios por cuenta de una empresa establecida en otro Estado miembro (apartados 22-25).

En definitiva, de los pronunciamientos recaídos en esta materia (especialmente, los dos últimos), podría concluirse que los Reglamentos de coordinación resultan de aplicación cuando la relación laboral esté suficientemente vinculada al territorio de la Unión, lo cual tendrá lugar cuando, al menos, se cumplan tres requisitos: 1) que se trate de nacionales de la Unión, 2) que tengan su residencia en un Estado miembro o, al menos, que la tuvieran en el momento de la contratación, aunque luego se les desplace fuera de la Unión por cuenta de la empresa empleadora; y 3) que estén empleados por una empresa establecida en otro Estado miembro²⁶⁸.

75. Tercera vertiente del criterio del vínculo de conexión: el derecho a prestaciones sociales. Por último, una tercera consecuencia de la extrapolación del criterio del vínculo de conexión ha afectado al derecho a prestaciones sociales. En este sentido, destaca, en el ámbito de la asistencia sanitaria, el pronunciamiento del TJCE de 12 de abril de 2005 (C-145/03, asunto *Keller*). En esta sentencia, el Tribunal comunitario precisó que la mera circunstancia de que la asistencia sanitaria se hubiese prestado fuera del territorio comunitario no bastaba para excluir la aplicación de los reglamentos de coordinación, pues el criterio determinante es el vínculo del asegurado de que se trate con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro (apartado 38). En el caso de la Sra. Keller, la beneficiaria de las prestaciones estaba afiliada a la Seguridad Social española cuando ocurrieron los hechos del litigio principal, estando en posesión de los formularios expedidos por el INSALUD de conformidad con las normas de coordinación, por lo que se concluyó la aplicabilidad de estas normas al caso en cuestión (apartado 39).

76. El dudoso calificativo de las normas de coordinación como “extraterritoriales”. La interpretación realizada en todos estos pronunciamientos por el Tribunal de Luxemburgo ha llevado a parte de la doctrina a hablar de la “extraterritorialidad” de las normas de coordinación²⁶⁹. Sin embargo, considero más acertada la posición defendida por otro sector doctrinal²⁷⁰ que ha señalado que, aunque

²⁶⁸ Sobre las normas de conflicto comunitarias para determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social en estos casos, véanse número 264 (asunto *Bakker*) y apartado VI.6.2 (asuntos *Aldewereld*, *Kik* y *SF*).

²⁶⁹ Por ejemplo, entre otros, MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne, observations sur une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, tesis (Dir. A. Lyon-Caen), París, Université Paris Nanterre, 2002, p. 323.

²⁷⁰ VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 421. En esta línea opuesta a una verdadera extensión del ámbito territorial fuera de las fronteras comunitarias,

aparentemente se trate de una extensión del ámbito geográfico fuera del territorio de los Estados miembros, en realidad, estas normas no se aplican fuera del territorio para el que han sido dictadas, sino que solo se aplican dentro de este (a pesar de que existan ciertos elementos extraterritoriales), por lo que no sería posible que existiera conflicto de soberanía²⁷¹ alguno con otro Estado ajeno a la UE, descartando una verdadera extraterritorialidad de los Reglamentos de coordinación.

77. La excepción por la aplicación preferente de normas internacionales. No obstante todo lo anterior, es posible que los Reglamentos de coordinación no sean de aplicación a casos cuyos elementos estén vinculados totalmente a Estados miembros por la aplicación preferente de otras normas de carácter internacional²⁷² (en este sentido, STJUE de 9 de septiembre de 2015 –C-72/14 y 194/14, asuntos acumulados *X* y *van Dijk*–)²⁷³.

II.2. Su ámbito de aplicación personal

78. El artículo 2 del Reglamento 883/2004 como referencia. A diferencia del ámbito de aplicación territorial, el campo de aplicación personal de los Reglamentos de coordinación sí está expresamente determinado en el texto reglamentario. Concretamente, el artículo 2 del Reglamento de base se centra en esta cuestión, aunque, como se expondrá, no de manera completa. De igual modo, los artículos 4 del Reglamento 3/58 y 2 del Reglamento 1408/71 también se referían expresamente a este particular, aunque con un contenido no totalmente coincidente.

79. El proceso de “desprofesionalización” de las normas comunitarias de coordinación. Los Reglamentos de coordinación actualmente en vigor se diferencian de las dos versiones anteriores en un elemento fundamental respecto del ámbito subjetivo: la pérdida de relevancia del estatuto profesional de la persona.

El Reglamento 3/58 limitaba su ámbito subjetivo a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados que estuviesen o hubiesen estado sometidos a la legislación de algún Estado miembro, apátridas o refugiados, así como a sus familiares y supérstites (art. 4).

FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law. A commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, C.H.BECK-Hart-Nomos, 1ª Edición, 2015, pp. 13-14.

²⁷¹ Sobre el conflicto de soberanía como centro de la calificación de extraterritorialidad de las normas, GROUX, J., “Territorialité et droit communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 23, núm. 1, 1987, pp. 5-34 (10, 23 y ss.).

²⁷² La compleja relación de los Reglamentos de coordinación con las normas internacionales de coordinación se analiza detenidamente en el CAPÍTULO III.

²⁷³ KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, pp. 360-361.

Siguiendo esta línea, la primera versión del Reglamento 1408/71 limitaba su ámbito subjetivo a los trabajadores por cuenta ajena que estuviesen o hubiesen estado sometidos a la legislación de algún Estado miembro, así como a sus familiares y supérstites (art. 2), pero incluyendo expresamente a los marinos, cuya coordinación se incorporó por el Reglamento 47/67²⁷⁴. Mediante el Reglamento 1390/81, de 12 de mayo de 1981²⁷⁵ se amplió también a los trabajadores por cuenta propia y los miembros de su familia. Posteriormente, mediante el Reglamento 1290/97, de 27 de junio de 1997²⁷⁶, se amplió nuevamente, esta vez a los familiares y supérstites de los funcionarios y asimilados que estuviesen o hubiesen estado sometidos a la legislación de un Estado miembro a la cual fuera aplicable el Reglamento, si bien se excluían los regímenes especiales de este personal (exclusión presente desde la versión original del Reglamento de 1971). No obstante, la exclusión de estos regímenes especiales del campo de la coordinación comunitaria se eliminó a través del Reglamento 1606/98²⁷⁷. Asimismo, se amplió la cobertura también a los estudiantes en virtud del Reglamento 307/1999, de 8 de febrero de 1999²⁷⁸. Por último, a través del Reglamento 631/2004²⁷⁹, se incluyó a personas

²⁷⁴ Règlement n° 47/67/CEE du Conseil, du 7 mars 1967, modifiant et complétant certaines dispositions des règlements n° 3 et 4 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (gens de mer). DOCE núm. P 44, de 10 de marzo de 1967, pp. 641-645. Sobre esta inclusión, VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, op. cit., pp. 333-334.

²⁷⁵ Reglamento (CEE) núm. 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores asalariados y a su familia que se desplacen dentro de la Comunidad. DOCE núm. L 143, de 29 de mayo de 1981, pp. 1-32.

²⁷⁶ Reglamento (CE) núm. 1290/97 del Consejo, de 27 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. DOCE núm. L 176, de 4 de julio de 1997, pp. 1-16.

²⁷⁷ Reglamento (CE) núm. 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, con objeto de ampliarlos para incluir los regímenes especiales de funciones. DOCE núm. L 209, de 25 de julio 1998, pp. 1-15.

²⁷⁸ Reglamento (CE) núm. 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 con vistas a ampliarlos para que cubran a los estudiantes. DOCE núm. L 38, de 12 de febrero de 1999, pp. 1-5.

²⁷⁹ Reglamento (CE) núm. 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, en lo que se refiere a la armonización de los derechos y la simplificación de los procedimientos (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza). DOCE núm. L 100, de 6 de abril de 2004, pp. 1-5.

inactivas en el ámbito de la coordinación, pero solo a efectos de asistencia sanitaria transfronteriza (art. 22 *bis* del Reglamento 1408/71)²⁸⁰.

El último paso de la “desprofesionalización”²⁸¹ (o “deslaboralización”²⁸²) de las normas de coordinación se produjo con la aprobación de los Reglamentos actuales, que incluyen dentro de su ámbito de aplicación a las personas inactivas de un modo general, dejando a un lado el estatuto profesional de la persona a la hora de aplicar sus disposiciones. De esta forma, las referencias en el artículo 2 del Reglamento 1408/71 a los trabajadores (por cuenta ajena o propia) y a los estudiantes han sido suprimidas, simplificando la determinación del ámbito personal al hacer una referencia genérica a “personas”²⁸³. Por ello, se consideró que estos nuevos Reglamentos “dinamitaron” su estrecha vinculación laboral, ofreciendo nuevas opciones de protección al ciudadano como tal, posición más acorde con la nueva realidad europea²⁸⁴.

II.2.1. Los requisitos subjetivos generales de la coordinación comunitaria

80. Para ser titular de los derechos regulados en los Reglamentos de coordinación se exige, con carácter general (con la excepción de los familiares y supérstites, que se analizará en el apartado siguiente), el cumplimiento de tres requisitos acumulativos que pueden sintetizarse en: 1) transnacionalidad, 2) aseguramiento, y 3) nacionalidad.

II.2.1.A. El requisito de la transnacionalidad de la situación como punto de partida

81. La falta de exigencia expresa. Un primer requisito general que debe cumplirse para poder aplicar las normas comunitarias de coordinación deriva de su propia finalidad, a pesar de no estar expresamente recogido en el texto reglamentario. Recordemos que estas normas surgen para evitar las trabas a la libre circulación que podrían suponer pérdida de derechos (adquiridos o en curso de adquisición) de Seguridad Social para los migrantes afectados y sus familias. Por tanto, como regla general, los

²⁸⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo I. Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2010, pp. 23-38 (27).

²⁸¹ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de seguridad social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva*, tesis (Dir. S. González Ortega), Madrid, Universidad Carlos III, 2002, p. 110.

²⁸² VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6851.

²⁸³ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo I. Sinopsis de las reformas...”, *op. cit.* (28).

²⁸⁴ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *op. cit.* (55).

Reglamentos de coordinación no entrarán en escena en la medida en la que no se ejerza este derecho. No obstante, el concepto de transnacionalidad es más amplio²⁸⁵.

82. El concepto amplio de “transnacionalidad”. A pesar de la inexistencia de reconocimiento expreso de este requisito, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado, en repetidas ocasiones, la necesidad de que la persona en cuestión se halle en una situación de transnacionalidad en el marco comunitario, esto es, que se encuentren involucrados, al menos, los sistemas nacionales de Seguridad Social de dos Estados miembros (por todas, STJCE de 6 de diciembre de 1977 –55/77, asunto *Maris*, apartado 13–). De lo contrario, es decir, si la relación carece de algún elemento de extranjería, estando todos sus elementos situados en un mismo Estado miembro, sería considerada una relación puramente interna y, por tanto, sujeta totalmente a la normativa nacional correspondiente²⁸⁶.

Como puede deducirse, el Tribunal de Luxemburgo ha otorgado un sentido amplio a este concepto, posibilitando su cumplimiento fácilmente (por ejemplo, se entenderá concurrente este requisito cuando un trabajador resida en un Estado miembro, pero preste sus servicios en otro; o cuando una persona ostente la nacionalidad de un Estado miembro y resida en otro)²⁸⁷. Este elemento de transnacionalidad puede presentarse con motivo del ejercicio de una actividad profesional, pero no necesariamente, pues, de conformidad con lo anteriormente expuesto, las normas actuales de coordinación también cubren a personas inactivas como resultado de su proceso de “desprofesionalización”. Por tanto, el motivo del desplazamiento es irrelevante para las normas de coordinación (por todas, STJCE de 19 de marzo de 1964 –75/63, asunto *Unger*–, ratificada por la STJCE de 9 de diciembre de 1965 –44/65, asunto *Singer*–).

²⁸⁵ Como se verá, hay supuestos en los que pueden aplicarse estas normas sin necesidad de hacer uso de esta libertad comunitaria en el territorio de la Unión (véase *infra*, número 409).

²⁸⁶ Ejemplo de ello son las SSTJCE de 22 de septiembre de 1992 (C-153/91, asunto *Petit*, apartado 8); de 11 de octubre de 2001 (C-95/99, C-98/99 y C-180/99, asuntos acumulados *Kahil y otros*, apartado 69); y de 1 de abril de 2008 (C-212/06, asunto *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon*, apartados 33 y 38-39). Así, el Tribunal de Luxemburgo ha matizado que la instauración de la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado a situaciones puramente internas sin conexión con el Derecho de la Unión (por todas, SSTJCE de 5 de junio de 1997 –C-64/96 y C-65/96, asunto *Uecker y Jacquet*, apartado 23–; de 2 de octubre de 2003 –C-148/02, asunto *García Avello*, apartado 26–; de 12 de julio de 2005 –C-403/03, asunto *Schempp*, apartado 20–; de 1 de abril de 2008 –C-212/06, asunto *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon*, apartado 39–; y de 22 de mayo de 2008 –C-499/06, asunto *Nerkowska*, apartado 25–).

²⁸⁷ Dado que se pretende dar un alcance también amplio a las propias normas de coordinación. Sobre este particular, LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale et Droit de l’Union Européenne.- Règlements de coordination n° 883/2004 et n° 987/2009. Principes”, en VV. AA., *Jurisclasseur Protection Social Traité*, LexisNexis, París, de 15 de marzo de 2018, marginal 5.

II.2.1.B. El requisito central de aseguramiento

83. Un requisito tradicional. El requisito clave que prevalece en los Reglamentos actuales y que ya estaba presente en la versión de 1971²⁸⁸ (aunque de manera menos intensa), es la sujeción, presente o pasada, de la persona en cuestión a la legislación de uno o de varios Estados miembros incluida dentro de la coordinación comunitaria.

84. El amplio concepto de aseguramiento. Es irrelevante a efectos de definir el ámbito de aplicación subjetivo si la persona está o ha estado sujeta a dicha legislación en calidad de trabajador por cuenta propia o ajena, de funcionario, estudiante o, simplemente, como mero ciudadano (por tanto, al margen de cualquier relación laboral o profesional)²⁸⁹. Igualmente, carece de relevancia si esta sujeción ha sido en el régimen general o un régimen especial, contributivo o no, así como si el aseguramiento ha sido total o parcial²⁹⁰, actual o previo²⁹¹, voluntario u obligatorio²⁹². A estos efectos, tampoco es fundamental el cumplimiento de las formalidades para proceder a la afiliación en un sistema nacional de Seguridad Social si los requisitos materiales objetivamente fijados por la legislación nacional en cuestión –de carácter imperativo– se cumplen (STJCE de 15 de diciembre de 1976 –39/76, asunto *Mouthaan*, apartado 10–).

II.2.1.C. El diluido requisito de la nacionalidad

85. El tercer requisito exigido para que resulten de aplicación las normas de coordinación hace referencia a la nacionalidad de las personas interesadas. Sin embargo, este requisito ha perdido relevancia desde que, en el año 2003, se posibilitó la aplicación de estas normas a nacionales de terceros Estados.

²⁸⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo I. Sinopsis de las reformas...”, *op. cit.* (28).

²⁸⁹ Sin embargo, esta distinción continúa siendo relevante a la hora de determinar la legislación de Seguridad Social aplicable, como se analizará en el CAPÍTULO VI, por la diversidad de normas de conflicto incorporadas en el Reglamento 883/2004.

²⁹⁰ La jurisprudencia comunitaria ha admitido la suficiencia del aseguramiento contra una sola contingencia para la inclusión de un asegurado en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias de coordinación. Por todas, STJCE de 12 de mayo de 1998 (C-85/96, asunto *Martínez Sala*, apartado 36); de 11 de junio de 1998 (C-275/96, asunto *Kuusijärvi*, apartado 21); de 7 de junio de 2005 (C-543/03, asunto *Dodl*, apartado 30–); de 10 de marzo de 2011 (C-516/09, asunto *Borger*, apartados 26 y 28); y de 26 de febrero de 2015 (C-623/13, asunto *Ruyter*, apartado 31).

²⁹¹ Por todos, asuntos *Laborero* y *Sabato*, apartados 19 y 20.

²⁹² Sobre este concepto amplio del requisito de aseguramiento, por todas, SSTJCE 31 de mayo de 1979 (182/78, asunto *Pierik II*, apartados 4 y 7); asuntos *Laborero* y *Sabato* (apartado 17); asunto *Martínez Sala* (apartado 36); asunto *Dodl* (apartado 34); y de 13 de septiembre de 2017 (C-569/15, asunto *X*, apartado 21). En la doctrina, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 533-582 (550).

II.2.1.C.a. Los sujetos incluidos expresamente en el Reglamento 883/2004

86. El contenido del artículo 2 del Reglamento de base. El artículo 2.1 del Reglamento 883/2004 hace referencia a dos colectivos en función de la nacionalidad: los nacionales de un Estado miembro y los apátridas o refugiados.

87. Los nacionales comunitarios. En primer lugar, el artículo 2.1 del Reglamento de base incluye dentro de su ámbito personal de aplicación a los nacionales de uno de los Estados miembros, entre los que deben incluirse, como se ha señalado anteriormente, a los nacionales de Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein. La determinación de la nacionalidad se deja en manos de la legislación nacional de cada Estado.

88. Los apátridas y refugiados. En segundo lugar, se incluyen en la esfera de la coordinación a los apátridas y refugiados, inclusión que se ha mantenido desde los primeros reglamentos de 1958. La definición de estas categorías no se realiza en los textos reglamentarios de manera directa, sino por remisión a convenciones internacionales. Así, “refugiado” será todo aquel que cumpla con la definición contenida en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951²⁹³, y “apátrida” quien cumpla lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954²⁹⁴ (letras *g*) y *f*) del artículo 1 del Reglamento de base, respectivamente).

A diferencia de lo que ocurre con los nacionales de la Unión Europea, a este colectivo se les exige la residencia en uno de los Estados miembros para poder acceder a la aplicación de las normas de coordinación (por todas, STJCE de 11 de octubre de 2001 –C-95/99, C-98/99 y C-180/99, asuntos acumulados *Khalil y otros*–).

II.2.1.C.b. La inclusión indirecta de los nacionales de terceros Estados

89. La ampliación del ámbito subjetivo de las normas de coordinación por vía reglamentaria. A pesar de que los Reglamentos de coordinación no hacen mención alguna, desde la entrada en vigor del Reglamento 859/2003 (el 1 de junio de 2003), estas normas han resultado de aplicación también a ciertos nacionales de terceros Estados. El mencionado Reglamento preveía la aplicación de las disposiciones de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su

²⁹³ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, publicado en el BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

²⁹⁴ Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, publicado en el BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997, pp. 20745 a 20753.

nacionalidad, no estuviesen cubiertos por estos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes²⁹⁵.

Debido a la sustitución de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 por las actuales normas de coordinación, se hizo necesario aprobar un nuevo Reglamento, heredero del 859/2003, para hacer extensiva a los actuales Reglamentos la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación a los nacionales de terceros Estados, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes. Esta actuación fue cumplida mediante la aprobación del Reglamento 1231/2010²⁹⁶, en vigor desde el 1 de enero de 2011 (art. 3)²⁹⁷.

90. Los requisitos exigidos a los nacionales de terceros Estados. Los requisitos que se exigen a estos nacionales para la aplicación de los Reglamentos de coordinación son dos: la transnacionalidad de la situación y la residencia legal en un Estado miembro.

Sobre el primer requisito, como ya se ha señalado, la transnacionalidad es un requisito *sine qua non* para la aplicación de la normativa de coordinación, en general; esto es, los Reglamentos de coordinación no se aplican a ningún supuesto en el que todos los elementos estén circunscritos a un único Estado miembro²⁹⁸. La particularidad en este aspecto es que el artículo 1 del Reglamento 1231/2010 sí señala este requisito de manera expresa al recoger que esta aplicación a los nacionales de terceros Estados tendrá lugar “*siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro*”.

Sobre el segundo requisito, se exige que los nacionales de terceros Estados acrediten su situación administrativa regular en un Estado miembro (residencia legal). Sin embargo, no se especifica qué debe entenderse por residencia a estos efectos. Esta cuestión ha tenido que ser resuelta por el TJUE en su sentencia de 24 de enero de 2019

²⁹⁵ Sobre la larga y dificultosa aprobación de una norma para incluir a este colectivo en el ámbito personal de las normas de coordinación, *vid.* GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *op. cit.* (55-57).

²⁹⁶ Reglamento UE/1231/2010, de 24 de noviembre, por el que se amplía la aplicación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (en adelante, “Reglamento 1231/2010”).

²⁹⁷ Los Reglamentos 859/2003 y 1231/2010 no son de aplicación para Dinamarca, Estado que ejerció su derecho a no participar en la adopción de estas normas (considerandos 19 de ambos Reglamentos). Reino Unido* también ejerció este derecho únicamente respecto del Reglamento 1231/2010 (considerandos 18 de ambos reglamentos), para quien continuaba en vigor el Reglamento 859/2003; sin embargo, Irlanda participó en ambos Reglamentos (considerandos 18 del Reglamento 859/2003 y 17 del Reglamento 1231/2010).

²⁹⁸ STJUE de 18 de noviembre de 2010 (C-247/09, asunto *Xhymsthiiti*, apartado 28). Sobre las dudas prácticas en estos casos, *vid.* PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 45-46.

(C-477/17, asunto *Balandin y otros*, apartados 34 a 46), que ha establecido un concepto diferente de la residencia a la que hacen referencia las normas de coordinación²⁹⁹.

En este pronunciamiento, el TJUE señaló que los conceptos “residencia legal” del Reglamento 1231/2010 y “residencia” del Reglamento 883/2004³⁰⁰ no persiguen los mismos fines, por lo que no pueden equipararse, siendo conceptos distintos (apartado 38). Partiendo de esta distinción, se descartó que fueran relevantes para determinar la residencia legal de estas personas en el territorio de un Estado miembro (a efectos del artículo 1 del Reglamento 1231/2010), la duración de su presencia en el territorio de dicho Estado miembro, o el hecho de que estos mantengan el centro habitual de sus intereses en un tercer país (apartado 41). Esta interpretación se entendió corroborada por lo dispuesto en la Directiva 2011/98, de donde se desprende que “*los nacionales de terceros países admitidos a trabajar, incluso temporalmente, en un Estado miembro, se benefician, en principio, de la igualdad de trato en lo que respecta a ciertas ramas de la seguridad social en el sentido del Reglamento 883/2004*” (apartado 42)³⁰¹.

91. La complicada aplicación de los Reglamentos de coordinación a los nacionales de terceros Estados. La extensión del ámbito subjetivo a estos nacionales extracomunitarios presenta peculiaridades importantes pues estas personas carecen del derecho a la libre circulación en el ámbito de la Unión reconocido en los artículos 21 y 45 del TFUE³⁰², derecho que es la base sobre la que se asienta el modelo de coordinación. Esta diferencia fundamental se ha puesto de manifiesto en el propio fundamento del

²⁹⁹ El asunto versaba sobre dos nacionales de terceros países empleados por una empresa domiciliada en los Países Bajos, organizadora de espectáculos de patinaje sobre hielo en diferentes Estados, incluidos algunos Estados miembros (concretamente, los Países Bajos, Francia y Alemania), entre los meses de octubre y mayo de cada año. Antes de iniciar los espectáculos, todos los colaboradores de esta empresa se encontraban en los Países Bajos durante unas semanas para realizar la preparación y, posteriormente, se desplazaban a los correspondientes Estados para realizar sus espectáculos. Tanto durante el periodo de entrenamiento como durante las eventuales actuaciones, todos ellos residían legalmente en los Países Bajos, donde, de ser necesario, se les facilitaba un permiso de trabajo. Por su parte, cuando tenían que actuar en otros Estados miembros, residían de forma legal en virtud de un “visado Schengen”. Asimismo, durante todo este periodo, los dos nacionales sobre los que trata el litigio principal mantuvieron su residencia en un tercer Estado, trabajando temporalmente en diferentes Estados miembros de la Unión Europea, donde residieron temporalmente. Ampliamente, *infra*, número 323. Un breve comentario sobre esta sentencia puede consultarse en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Informes. El derecho del trabajo y de la Seguridad Social en España en 2019”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS), núm. 55, 2020, pp. 829-831.

³⁰⁰ Sobre este concepto comunitario, véase *infra*, apartado VI.1.2.D.

³⁰¹ Sobre esta base, el TJUE falló a favor de considerar a los trabajadores del litigio principal como personas que permanecen y trabajan legalmente en el territorio de los Estados miembros en los que realizan sus prestaciones de trabajo (apartado 44), por lo que debían beneficiarse de la aplicación de las normas de coordinación a efectos de determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable (apartado 45).

³⁰² Algunos nacionales de terceros Estados pueden tener derecho a la libre circulación si presentan lazos familiares con ciudadanos europeos sobre la base de la Directiva 2004/38, entrando dentro del ámbito de los Reglamentos de coordinación sin necesidad de recurrir al Reglamento 1231/2010 (véase número 92).

Reglamento 1231/2010, que se ha cimentado en la política común de inmigración de la Unión destinada a garantizar, entre otras, una gestión eficaz de los flujos migratorios y un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros (art. 79.1 del TFUE)³⁰³. Concretamente, el Reglamento cita como base el artículo 79.2.b) del TFUE, referente a la adopción de medidas relativas a “*la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros*”. Asimismo, podría considerarse que, dado el tenor del considerando 4 del Reglamento 1231/2010³⁰⁴, también constituye justificación del mismo el artículo 34.2 de la CDFUE³⁰⁵.

El fundamento particular del Reglamento 1231/2010 plantea problemas específicos. Por un lado, existen limitaciones exclusivas para este colectivo, por ejemplo, al principio de exportación de las prestaciones de desempleo, siendo ello posible únicamente si el beneficiario obtuviera una autorización de residencia y trabajo en el Estado miembro de destino o fuera residente de larga duración³⁰⁶. Por otro lado, el sistema de reglas de conflicto de los Reglamentos de coordinación presenta una naturaleza diferente cuando se aplica a los nacionales de terceros Estados amparados por este Reglamento (en estos casos, no se garantiza la ausencia de situaciones de lagunas o de cúmulos en materia de Seguridad Social)³⁰⁷.

En cualquier caso, no cabe duda de que sería oportuno hacer mención expresa en el texto de las normas de coordinación de la existencia de este Reglamento³⁰⁸.

92. La preferencia del ámbito subjetivo expresamente recogido en los Reglamentos de coordinación. No obstante lo anterior, en la medida en la que los nacionales de un tercer Estado estén ya incluidos en el ámbito de aplicación personal

³⁰³ Así se reconoce en el considerando 1 del Reglamento 1231/2010, donde se indica que “(t)anto el Parlamento Europeo como el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo han abogado por que se mejore la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros concediéndoles un conjunto de derechos uniformes que se asemejan todo lo posible a los que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”.

³⁰⁴ “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente su artículo 34, apartado 2”.

³⁰⁵ Sobre este doble fundamento del Reglamento 1231/2010, PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : remarques sur les frontières de la solidarité en Europe”, en BARBAOU DES PLACES, S., PATAUT, E. y RODIÈRE, P. (Dirs.), *Les frontières de l'Europe sociale*, op. cit., pp. 169-189 (182-183).

³⁰⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, op. cit. (552-553).

³⁰⁷ PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, op. cit. (183).

³⁰⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, op. cit. (552).

definido por el artículo 2 del Reglamento 883/2004 (por ejemplo, por ser familiares de un nacional de un Estado miembro), deben considerarse excluidos del ámbito del Reglamento 1231/2010³⁰⁹.

II.2.2. El caso particular de los familiares y supérstites

93. La inclusión tradicional de estos colectivos. Desde los orígenes de la coordinación comunitaria se ha considerado necesario hacer extensivos los derechos en materia de Seguridad Social a las familias y supérstites de los migrantes, pues solo de ese modo se podría garantizar una verdadera libertad de circulación de estos. Precisamente por ello, la extensión a estos dos colectivos se hizo sin referencia alguna a la nacionalidad de dichos familiares y supérstites, pudiendo ostentar nacionalidad de algún Estado miembro o no. Tradicionalmente, se ha defendido la existencia de derechos “derivados” para estos colectivos, al provenir de las cotizaciones realizadas por las personas de las que son familiares o supérstites (titulares de derechos originarios); sin embargo, esta distinción puede considerarse superada³¹⁰.

94. Los conceptos de “familiar” y “supérstite” en el ámbito de la coordinación comunitaria. El concepto de “familiar” a estos efectos debe analizarse a la luz de la legislación nacional en virtud de la cual se sirvan las prestaciones (al igual que ocurre con el concepto de “supérstite” para las prestaciones de muerte y supervivencia³¹¹) o, en el caso de la asistencia sanitaria, según la legislación del Estado miembro de residencia (art. 1.i.1 del Reglamento 883/2004).

No obstante, en el caso de que la legislación nacional en cuestión no diferencie a los miembros de la familia de otras personas a las que sea aplicable la legislación en cuestión, el Reglamento de base identifica indirectamente a los familiares, considerando como tales al cónyuge, hijos menores de edad e hijos mayores de edad que estén a su cargo (art. 1.i.2 del Reglamento de base).

En cualquier caso, si la determinación de la categoría de miembro de la familia se hace depender del requisito de convivencia en el hogar de la persona asegurada o del

³⁰⁹ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 76.

³¹⁰ Esta distinción entre derechos derivados y originarios es irrelevante en la práctica con motivo del Reglamento 1231/2010. VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6840.

³¹¹ Término no expresamente definido en el Reglamento 883/2004, definición que sí se contenía en el artículo 1.g) del Reglamento 1408/71. Por ello, debe asumirse que la definición de este término se remite enteramente a la legislación nacional. *Vid.* STRBAN, G. (Coord.), *The application of the social security coordination rules on modern forms of family*, MoveS Analytical report 2019, julio 2020, p. 7.

titular de la pensión, este se entenderá cumplido cuando la persona de que se trate esté “principalmente a cargo” de estos últimos (art. 1.i.3 del Reglamento de base)³¹².

95. El caso de los supérstites del artículo 2.2 del Reglamento de base. En el segundo apartado del artículo 2 del Reglamento de base se recoge la aplicación de los Reglamentos de coordinación también a los supérstites de las personas que, independientemente de su nacionalidad, hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros. Sin embargo, debido a la entrada en vigor del Reglamento 1231/2010, esta precisión carece de excesiva relevancia práctica³¹³.

96. Aplicación a los familiares y supérstites de los nacionales de terceros Estados. Todo lo señalado con anterioridad resulta de aplicación también a los miembros de las familias y a los supervivientes de los nacionales de terceros Estados incluidos en el ámbito de aplicación de las normas de coordinación, por disposición del artículo 1 del Reglamento 1231/2010.

II.2.2.A. Problemas derivados de la falta de definición comunitaria de la noción de miembro de la familia: el “cónyuge” en matrimonios entre personas del mismo sexo

97. Los problemas derivados de la remisión a la normativa nacional. El hecho de que los Reglamentos de coordinación no definan expresamente a los miembros de la familia, dejando esta tarea a las legislaciones internas, puede derivar en problemas dada la disparidad de criterios utilizados. Esta disparidad ha ido aumentando proporcionalmente a la aparición de nuevas formas de familia, a las cuales se han intentado adaptar algunas legislaciones nacionales, si bien de modos diferentes³¹⁴.

Hoy en día, la problemática más avanzada en este aspecto es la relativa a la situación de los cónyuges de matrimonios entre personas del mismo sexo que, considero, merece una mención especial en las páginas siguientes³¹⁵.

³¹² Sobre esta cuestión, véase la STJCE de 26 de noviembre de 2009 (C-33/08, asunto *Slanina*, apartados 26 a 28).

³¹³ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6855 y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 5/15).

³¹⁴ Sobre esta problemática, en profundidad, STRBAN, G. (Coord.), *The application of the social security coordination rules...*, *op. cit.*

³¹⁵ Otro de los problemas que afecta especialmente al Estado español en esta materia ha sido consecuencia de los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en origen cuyos efectos pretenden hacerse valer en un Estado miembro, especialmente, a efectos de la pensión de viudedad. Esta cuestión ha sido apuntada como un posible problema también desde el punto de vista de los Reglamentos de coordinación dado que, llegado el momento, se podría plantear la duda de qué esposa/s podría/n invocar la aplicación de estas

98. La ausencia de definición comunitaria de la noción de “cónyuge”. Si bien las normas de coordinación hacen referencia al cónyuge del asegurado en diversas ocasiones, no existe definición alguna de a quién debe concederse este estatuto. Esta falta de definición a nivel comunitario ha devenido cada vez más relevante debido al dispar progreso de las legislaciones nacionales en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito de la Unión. La premisa de la que debe partirse, pues, es que el matrimonio homosexual no está permitido en todos los Estados miembros³¹⁶, lo que implica que no todas las legislaciones nacionales incluirán a estos cónyuges como miembros de la familia del asegurado. Esta disparidad podría derivar en vacíos de cobertura para estas personas, lo que, sin duda, podría considerarse obstaculizador del derecho a la libre circulación de los asegurados³¹⁷.

99. La ausencia de solución en materia de coordinación de Seguridad Social. Aunque este problema ha sido remarcado desde hace tiempo³¹⁸, hasta el momento, no se

normas. Por el momento, esta cuestión continúa abierta. Apuntando esta problemática, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo I. Sinopsis de las reformas...”, *op. cit.* (31).

El efecto de los matrimonios poligámicos en España ha sido ampliamente debatido por la doctrina judicial y científica, llegando en dos ocasiones al Tribunal Supremo (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 84/2018, de 24 de enero –Rec. 98/2017– y núm. 1803/2019, de 17 diciembre –Rec. 2679/2017–). En estas sentencias se han reconocido efectos periféricos a estos matrimonios en lo que respecta a la pensión de viudedad, en aplicación del orden público atenuado (en ambos casos, en supuestos de súbditos marroquíes). No obstante, este problema no es solo español, aunque haya sido España la que lo ha venido poniendo de manifiesto en diversos informes desde hace tiempo (así, JORENS, Y., y HAJDÚ, J., *European report 2008*, trESS, noviembre 2008, pp. 7 y 112; JORENS, Y. y LHERNOULD, J.-P., *European report 2013*, trESS, diciembre 2013, p. 12/49; ambos disponibles en <http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/europeanReport.jsp>

Sobre esta cuestión (también presente en Bélgica y Francia, por ejemplo), *vid.* ampliamente, por todos, LÓPEZ TERRADA, E. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, en VV. AA., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Vol. 2, España, 2018, pp. 297-311. Sobre el nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo de 2019, pueden consultarse los comentarios: GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “El reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de poligamia la consolidación del criterio jurisprudencial (a propósito de la STS de 17 de diciembre de 2019)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 229, 2020, pp. 349-367; ALDANONDO SALAVERRÍA, I., “Poligamia y pensión de viudedad (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 53, 2020, versión electrónica.

³¹⁶ Sí está permitido en muchos de ellos, como es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia (también se permite en Reino Unido, aunque ya no forma parte de la UE).

³¹⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo XI. ¿Una laguna del Reglamento 1408/71?: El (in)existente concepto de cónyuge en Derecho comunitario”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2006, pp. 257-281 (262); y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo I. Sinopsis de las reformas...”, *op. cit.* (30).

³¹⁸ Así, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo XI. ¿Una laguna del Reglamento 1408/71? ...”, *op. cit.* (257-277); JORENS, Y., y HAJDÚ, J., *European report 2007*, *op. cit.*, pp. 6, 76-77; y JORENS, Y., y HAJDÚ, J., *European report 2008*, *op. cit.*, pp. 7, 112 y 121-122.

han adoptado soluciones legislativas ni jurisprudenciales en el ámbito de la coordinación de Seguridad Social. Sin embargo, sí se ha hecho referencia a la interpretación que debe hacerse del concepto de “cónyuge” en la esfera de la libre circulación de personas respecto de los matrimonios del mismo sexo, en la STJUE de 5 de junio de 2018 (C-673/16, asunto *Coman y otros*)³¹⁹. Dada la conexión de esta libertad con las normas comunitarias de coordinación, considero conveniente apuntar algunos aspectos relevantes de este pronunciamiento.

100. El concepto de “cónyuge” en el ámbito de la libre circulación. En el asunto *Coman y otros* se parte de la aplicación analógica de la Directiva 2004/38³²⁰ en relación con el artículo 21.1 del TFUE. La Directiva 2004/38 incluye al “cónyuge” dentro de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión a efectos de libre circulación y residencia en su artículo 2.2.a). A falta de definición expresa, la jurisprudencia comunitaria ha venido entendiendo por cónyuge a estos efectos, genéricamente, a aquella persona unida a otra por vínculo matrimonial (STJCE de 25 de julio de 2008 –C-127/08, asunto *Metock y otros*, apartados 98 y 99–; y asunto *Coman y otros* –apartado 34–). El TJUE concibe esta definición como de carácter neutro y, por tanto, susceptible de englobar también al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión en cuestión (apartado 35). Además, a la hora de definir este concepto (a diferencia de lo que ocurre con el concepto de “unión registrada” del artículo 2.2.b de la Directiva 2004/38), el legislador europeo no remite a la legislación nacional, motivo por el que no puede invocarse tal normativa en este contexto para negar cualquier efecto a las uniones entre personas del mismo sexo no permitidas en el ordenamiento interno (apartado 36). Sin embargo, ello no empece que las competencias respecto del estado civil de las personas sigan siendo de los Estados miembros, siendo ellos los que deben optar libremente por contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su ordenamiento

³¹⁹ Los actores en el procedimiento origen de esta sentencia son el Sr. Coman, nacional rumano y estadounidense, y el Sr. Hamilton, nacional estadounidense, casados en Bruselas el 5 de noviembre de 2010. El Sr. Coman, que trabajó en el Parlamento Europeo desde mayo de 2009 a marzo de 2012, dejó de prestar servicios, aunque continuó viviendo en Bruselas, donde estuvo percibiendo una prestación por desempleo hasta enero de 2013. Los actores solicitaron a las instituciones rumanas información acerca del procedimiento y requisitos para que el Sr. Hamilton, nacional de un tercer Estado, pudiera, en calidad de miembro de la familia del Sr. Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un periodo superior a tres meses. Sin embargo, estas instituciones negaron la calidad de miembro de la familia del Sr. Coman por no estar reconocido el matrimonio homosexual en este Estado. Puede consultarse una nota sobre esta sentencia en BONNEVILLE, P., BROUSSY, E., CASSAGNABERE, H. y GÄNSER, C., “Chronique de jurisprudence de la CJUE”, *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, núm. 28, 2018, pp. 1604-1606.

³²⁰ No resulta de aplicación directa en el sentido de que esta Directiva no puede aplicarse para dar soporte a un derecho de residencia derivado a favor de un nacional de un tercer Estado que sea miembro de la familia de un ciudadano de la Unión respecto del Estado miembro del que este último es nacional (apartado 20). Reiterando SSTJUE de 12 de marzo de 2014 (C-456/12, asunto *O*, apartado 37); de 10 de mayo de 2017 (C-133/15, asunto *Chávez-Vílchez y otros*, apartado 53); y de 14 de noviembre de 2017 (C-165/16, asunto *Lounes*, apartado 33).

jurídico (apartado 37), pero siempre respetando el Derecho de la Unión, entre el que se encuentra la libertad de circulación (apartado 38).

Así, no cabe duda alguna de que, si se negara todo efecto al matrimonio homosexual realizado válidamente en otro Estado miembro en este contexto, se estaría obstaculizando la libre circulación del ciudadano de la Unión afectado. Esta libre circulación, con estatuto de derecho fundamental, solo podría restringirse si existiese una justificación basada en razones objetivas de interés general y dicha restricción fuera proporcionada al objetivo legítimo perseguido por el Derecho nacional (apartado 41). No obstante, el Tribunal europeo rechaza que, en esta ocasión, exista tal justificación, ni en la identidad nacional de los Estados miembros (“*inherent a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos*” que debe ser respetada por la Unión, de conformidad con el artículo 4.2 del TUE³²¹), ni en el concepto de orden público (que, interpretado de forma estricta al tratar de restringir un derecho fundamental, y sin que su alcance pueda ser determinado unilateralmente por los Estados miembros, solo podría invocarse en caso de existir una amenaza real y suficientemente grave que afectara a un interés fundamental de la sociedad³²²).

Además de lo anterior, es especialmente interesante la alusión que hace el TJUE a la CDFUE al señalar que una medida nacional obstaculizadora de la libre circulación solo podría justificarse si fuera conforme con los derechos garantizados en dicho texto³²³. Concretamente, se refiere al artículo 7 de la CDFUE, en virtud del cual “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]*”. Este derecho coincide con el derecho garantizado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de ahí que, en atención a lo dispuesto en el artículo 52.3 de la CDFUE, se le deba conferir el mismo sentido y alcance que a este. Para definir estos parámetros, es oportuno acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recaída sobre este particular, de la que se desprende que la relación entre personas del mismo sexo puede estar comprendida en el concepto de “vida privada” y “vida familiar” de igual modo que una pareja heterosexual en la misma situación (apartado 50)³²⁴.

³²¹ Sobre esta cuestión, SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, asunto *Sayn-Wittgenstein*, apartado 92); de 2 de junio de 2016 (C-438/14, asunto *Bogendorff*, apartado 73) y asunto *Coman* (apartado 43).

³²² Por todas, SSTJUE de 4 de diciembre de 1974 (41/74, asunto *van Duyn*, apartado 18); de 27 de octubre de 1977 (30/77, asunto *Bouchereau*, apartado 33); de 29 de abril de 2004 (C-482/01 y C-493/01, asuntos acumulados *Orfanopoulos y Oliveri*, apartado 65), de 13 de septiembre de 2016 (C-165/14, asunto *Rendón Marín*, apartado 58); de 2 de junio de 2016 (C-438/14, asunto *Bogendorff*, apartado 67); de 13 de julio de 2017 (C-193/16, asunto *E*, apartado 18); y asunto *Coman* (apartado 44).

³²³ STJUE de 13 de septiembre de 2016 (C-165/14, asunto *Rendón Marín*, apartado 66) y asunto *Coman* (apartado 47)

³²⁴ SSTDH de 7 de noviembre de 2013, asunto *Vallianatos y otros vs. Grecia* (apartado 73) y de 14 de diciembre de 2017, asunto *Orlandi y otros vs. Italia* (apartado 143). Además, sobre la creciente tendencia general a incluir las relaciones entre parejas del mismo sexo dentro del concepto de “vida familiar”, *vid.*,

101. Posibles soluciones en el ámbito de la coordinación de Seguridad Social.

Este pronunciamiento puede darnos algunas pistas sobre una posición futura del TJUE respecto de los efectos de los matrimonios celebrados válidamente entre personas del mismo sexo, pero cuyo reconocimiento se solicita a ciertos efectos de Seguridad Social en otro Estado miembro que no los permite. Es fácil intuir que algunos Estados tratarán de negar toda clase de efectos a estos matrimonios en su territorio (tal y como ya ha ocurrido en materia de libre circulación); por ello, es muy probable que el TJUE deba dilucidar esta cuestión. La doctrina³²⁵ se ha planteado esta cuestión (tomando como ejemplo la pensión de viudedad) y ha considerado, como primera opción –y la más sencilla y directa– acudir a la asimilación de condiciones del artículo 5 del Reglamento 883/2004 para poder asimilar el matrimonio homosexual foráneo válidamente celebrado al matrimonio celebrado en el territorio del Estado en cuestión, aunque sus ciudadanos no tengan la posibilidad de celebrar tales matrimonios dentro de sus fronteras. Sin embargo, parece dudoso que esta posibilidad pueda solucionar enteramente el problema cuando el Estado miembro al que se le exige la asimilación ha adoptado una clara decisión política y social de no tratar a una pareja del mismo sexo como un matrimonio³²⁶.

En cambio, no cabe duda de la imposibilidad de acudir a la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* en el ámbito de la Seguridad Social dado que se ciñe a condiciones laborales, de ahí que deban buscarse alternativas allende estas fronteras³²⁷.

Una segunda posibilidad es la anunciada por el propio TJUE en el asunto *Coman*, consistente en acudir a la CDFUE, concretamente, a los artículos 7 y 21 (prohibición de

por todas, SSTEDH de 20 de junio de 2017, asunto *Bayev and otros vs. Rusia* (apartado 67), y de 14 de enero de 2020, asunto *Beizaras and Levickas vs. Lituania* (apartado 122).

³²⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (551-552) y STRBAN, G. (Coord.), *The application of the social security coordination rules...*, *op. cit.*, pp. 35-37 y 51-52.

³²⁶ STRBAN, G. (Coord.), *The application of the social security coordination rules...*, *op. cit.*, p. 35, sobre la base de la interpretación dada a este principio de asimilación en la STJUE de 21 de enero de 2016 (C-453/14, asunto *Knauer*, apartado 34). En este pronunciamiento, el TJUE señala que para determinar si dos situaciones son comparables a estos efectos, “*es preciso tener en cuenta el objetivo perseguido por esas prestaciones y por las normativas que las establecieron*”. Más ampliamente sobre el principio de asimilación, véase *infra*, apartado IV.2.

³²⁷ No obstante, sí se han incluido dentro del ámbito de esta directiva una pensión de viudedad calificada de “retribución” en el sentido del artículo 157 del TFUE (anterior artículo 141 TCE), derivada del fallecimiento de un cónyuge del mismo sexo de un afiliado a un régimen de previsión profesional alemán –previsión social complementaria– (STJUE de 1 de abril de 2008 –C-267/06, asunto *Maruko*–). CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (552). Puede consultarse un comentario del asunto *Maruko* en LHERNOULD, J.-P., “Les droits sociaux des couples homosexuels”, *Droit Social*, núm. 6, 2008, pp. 712-719, versión electrónica.

discriminación por razón de la orientación sexual), para poder otorgar ciertos efectos a estos matrimonios.

Por último, siguiendo esta línea, pero fuera del ordenamiento de la Unión, podría acudir a los artículos 8 y 14 del CEDH. El TEDH ha señalado que, al igual que ocurre en los casos de diferencias de trato basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual deben estar justificadas por razones “particularmente graves” (por todas, SSTEDH de 27 de septiembre de 1999, asuntos *Smith y Grady vs. Reino Unido* –núms. 33985/96 y 33986/96, apartados 89-90–; de 9 de enero de 2003, asunto *S.L. vs. Austria* –núm. 45330/99, apartado 37–; de 24 de julio de 2003, asunto *Karner vs. Austria* –núm. 40016/98, apartado 37–; y de 15 de marzo de 2012, asunto *Gas y Dubois vs. Francia* –núm. 25951/07, apartado 59–)³²⁸.

De todo cuanto antecede, sobre la base de las anteriores normas, parece difícil que pueda negarse todo efecto en materia de coordinación a un matrimonio homosexual foráneo válidamente celebrado en otro Estado miembro, sin perjuicio de la libertad estatal respecto de la legalización o no de estos matrimonios en su territorio nacional.

II.3. Su ámbito de aplicación material

102. El concepto de “legislación” en la coordinación comunitaria. Como acaba de exponerse, el requisito central actual para la aplicación de los Reglamentos de coordinación es la sujeción de la persona en cuestión a la legislación de uno o de varios Estados miembros incluida dentro de la coordinación comunitaria. Ello hace que sea fundamental conocer el contenido del término “legislación” a estos efectos.

El artículo 1.1) del Reglamento de base define este término de una manera amplia, englobando tanto las leyes, como los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de Seguridad Social incluidas en el artículo 3.1 del mismo texto³²⁹. La relación con las citadas ramas de Seguridad Social debe ser directa y suficientemente relevante³³⁰.

³²⁸ Sobre la posibilidad de recurrir a la prohibición de discriminación debida a la orientación sexual del CEDH, LHERNOULD, J.-P., “Les droits sociaux des couples homosexuels”, *op. cit.* (pp. 3-4/12).

³²⁹ Sobre el concepto de legislación, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado, en el marco del Reglamento 1408/71, que “*se caracteriza por su contenido amplio, que engloba todos los tipos de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptadas por los Estados miembros y debe entenderse referido al conjunto de medidas nacionales aplicables en la materia*”. STJCE de 31 de marzo de 1977 (87/76, asunto *Bozzone*, apartado 10) y STJUE de 26 de febrero de 2015 (C-623/13, asunto *Ruyter*, apartado 32).

³³⁰ Así, SSTJCE de 18 de mayo de 1995 (C-327/92, asunto *Rheinhold & Mahla*, apartado 23); de 15 de febrero de 2000 (C-34/98, asunto *Comisión vs. Francia*, apartado 35); de 15 de febrero de 2000 (C-169/98, asunto *Comisión vs. Francia*, apartado 33); y SSTJUE de 26 de febrero de 2015 (C-623/13, asunto *Ruyter*, apartado 23); y de 26 de octubre de 2016 (C-269/15, asunto *Hoogstad*, apartado 28).

Estas normas, y salvo disposición en contrario del anexo XI del Reglamento de base, pueden estar referidas tanto a regímenes de Seguridad Social generales como especiales, contributivos o no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador (art. 3.2 del Reglamento 883/2004).

El Tribunal de Luxemburgo precisó que los regímenes de Seguridad Social están sometidos en su totalidad a las normas de coordinación³³¹, por lo que también deben entenderse incluidas dentro de este concepto las normas referentes, entre otras cuestiones, al encuadramiento, afiliación y cotización (por todas, SSTJCE de 29 de junio de 1994 –C-60/93, asunto *Aldewereld*–; de 19 de marzo de 2002 –C-393/99 y C-394/99, asuntos *Hervein y otros*–)³³²; normas que guardan una relación instrumental respecto de las contingencias del citado artículo 3 del Reglamento de base³³³.

Las disposiciones de cotización se incluyen en el ámbito de la coordinación si el producto de estas se afecta directa y específicamente a la financiación de alguna de estas ramas de la Seguridad Social de un Estado miembro³³⁴. El término “cotización” a estos efectos es un concepto comunitario que engloba todas aquellas contribuciones cuya recaudación esté destinada directa y específicamente a la financiación de alguna de las ramas de la Seguridad Social de un Estado miembro comprendidas en el ámbito de la coordinación, con independencia de la catalogación nacional como gravamen de naturaleza fiscal o cotización de Seguridad Social (ejemplos de ello son, entre otros, los asuntos *Ruyter* –apartados 24 y 28–, *Hoogstad* –apartados 28 a 30– y *Jahin* –apartado 40–). Como ya se ha precisado, el criterio determinante a estos efectos es el de la “afectación específica de una contribución a la financiación de un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro”, con independencia de si esta contribución puede generar alguna contrapartida en concepto de prestaciones. Consiguientemente, si un impuesto nacional se destina a la financiación de la Seguridad Social de un Estado miembro, se considerará incluido en el ámbito de las normas de coordinación³³⁵.

³³¹ STJCE (104/76, asunto *Jansen*, apartado 7); de 18 de mayo de 1995 (C-327/92, asunto *Rheinhold & Mahla NV*, apartado 15); y STJUE de 26 de febrero de 2015 (C-623/13, asunto *Dreyer*, apartado 22).

³³² LHERNOULD, J.-P., “Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de Sécurité sociale : l'autre côté du miroir”, *Droit social*, núm. 2, 2007, versión electrónica (pp. 1 y 12/18); CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (545).

³³³ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 64.

³³⁴ En este sentido, SSTJCE de 15 de febrero de 2000 (C-34/98, asunto *Comisión vs. Francia*, apartados 39-40); de 15 de febrero de 2000 (C-169/98, asunto *Comisión vs. Francia*, apartados 37-38); de 8 de marzo de 2001 (C-68/99, asunto *Comisión vs. Alemania*, apartado 28); y SSTJUE de 26 de febrero de 2015 (C-623/13, asunto *Ruyter*, apartado 27); de 26 de octubre de 2016 (C-269/15, asunto *Hoogstad*, apartado 31); de 18 de enero de 2018 (C-45/17, asunto *Jahin*, apartado 40); de 23 de enero de 2019 (C-272/17, asunto *Zyla*, apartado 30).

³³⁵ En este sentido, por todos, MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 151. Sobre la difícil frontera entre las cotizaciones sociales y los impuestos dado el concepto amplio otorgado al primer término, SCHOUKENS, P. y PIETERS, D., “The rules within Regulation 883/2004 for determining the applicable

Se excluyen expresamente las disposiciones convencionales distintas de aquellas que sirvan para establecer una obligación de seguro derivada de las leyes o reglamentos o de aquellas que, por decisión de los poderes públicos, se han vuelto obligatorias o han visto ampliado su campo de aplicación, siempre que el Estado interesado efectúe una declaración en este sentido, notificándola al Presidente del Parlamento Europeo y al Presidente del Consejo de la Unión Europea³³⁶ (declaración que se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea –DOUE–)³³⁷.

103. El deber de notificación de los Estados miembros. Con carácter anual, los Estados miembros deben notificar a la Comisión Europea, por escrito y con la debida publicidad, las legislaciones, convenios, regímenes y prestaciones incluidos dentro del ámbito de aplicación de estas normas (art. 9.1 del Reglamento de base)³³⁸.

El contenido de estas declaraciones es vinculante para los Estados miembros, es decir, estos no podrán negar la aplicación de la normativa de coordinación en relación con aquellas legislaciones, convenios, regímenes y prestaciones notificados a la Comisión, pues con la mención en estas declaraciones se establece una presunción de inclusión dentro del ámbito material de las normas de coordinación (por todas, SSTJCE de 29 de noviembre de 1977 –35/77, asunto *Beerens*, apartado 9–; de 11 de junio de 1991 –C-251/89, asunto *Athanasopoulos y otros*, apartado 28–; y de 20 de octubre de 2011 –C-225/10, asunto *Pérez García y otros*, apartado 36–)³³⁹. A *contrario sensu*, cuando un Estado miembro no ha notificado una legislación nacional, los demás Estados miembros pueden, en principio, deducir de ello que esa legislación no está comprendida en el ámbito

legislation”, *European Journal of Social Security*, Vol. 11, núm. 1-2, 2009, pp. 81-117 (113-116); y LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale : la *lex loci laboris* en question”, *Droit Social*, núm. 5, mayo 2015, pp. 457-464 (463-464).

³³⁶ Salvo excepciones respecto de determinados regímenes convencionales que, debido a sus particularidades, justifican su inclusión en el ámbito de la coordinación, como en el caso francés respecto de determinadas prestaciones complementarias de vejez (ARRCO y AGIRC). *Vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (544); y RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, en VV. AA., *Répertoire de droit international*, Dalloz, París, abril 2019, versión electrónica, apartado 261.

Sobre la exclusión de los regímenes de Seguridad Social basados en la negociación colectiva, resulta interesante mencionar el contenido del considerando 6 del Reglamento 883/2004, en el cual parece no descartarse una futura (y, quizá, aún lejana) actuación en esta materia: “*La estrecha relación entre la legislación en materia de seguridad social y las disposiciones convencionales que la complementan o sustituyen y que, por decisión de los poderes públicos, se han vuelto obligatorias o han visto ampliado su ámbito de aplicación, puede hacer necesaria, en lo que se refiere a la aplicación de dichas disposiciones, una protección similar a la que confiere el presente Reglamento. Como primera medida, podría evaluarse la experiencia de los Estados miembros que han notificado este tipo de regímenes*”.

³³⁷ Sobre la relación de los Reglamentos con los convenios internacionales, *vid.* Capítulo III.

³³⁸ El listado por cada uno de los países se puede consultar en el sitio web de la Comisión Europea (apartado “Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión”), disponible en el siguiente enlace (versión inglesa, no disponible en español): <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868&intPageId=2285&langId=en>

³³⁹ Por todos, AGÍS DASILVA, M., “Lección 2. El derecho europeo de coordinación...”, *op. cit.* (70-71).

de aplicación material de la coordinación (STJUE de 3 de marzo de 2016 –C-12/14, asunto *Comisión vs. Malta*, apartado 38–).

No obstante lo anterior, la lista contenida en estas declaraciones no constituye un *numerus clausus*, pues cabe la posibilidad de que las normas de coordinación sean aplicables a otras legislaciones, convenios, regímenes y prestaciones no expresamente incluidos en las declaraciones o no notificados (por todas, STJCE de 29 de noviembre de 1977 –35/77, asunto *Beerens*, apartado 9–; más recientemente, SSTJUE de 19 de septiembre de 2013 –C-216/12 y C-217/12, asuntos acumulados *Hliddal y Bornand*, apartado 46– y de 25 de julio de 2018 –C-679/6, asunto *A*, apartado 30–). Así, estas notificaciones nacionales no son constitutivas (a efectos excluyentes), sino meramente declarativas³⁴⁰. Lo contrario sería dejar al arbitrio de los Estados miembros la determinación del ámbito material de la coordinación (por todas, SSTJCE de 15 de julio de 1964 –100/63, asunto *van der Veen*, FD primero– y de 2 de diciembre de 1964 –24/64, asunto *Dingemans*, apartado 2–). De este modo, para poder distinguir entre las prestaciones coordinadas y las excluidas de la coordinación comunitaria, debe analizarse si, en atención a sus elementos constitutivos, deberían incluirse en el ámbito material.

104. Las ramas de Seguridad Social incluidas en la coordinación comunitaria.

Las normas de coordinación resultan de aplicación a las ramas de Seguridad Social vinculadas con las prestaciones señaladas en el artículo 3.1 del Reglamento de base, siendo estas las siguientes: a) prestaciones de enfermedad; b) prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) prestaciones de invalidez; d) prestaciones de vejez; e) prestaciones de supervivencia; f) prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; g) subsidios de defunción; h) prestaciones de desempleo; i) prestaciones de prejubilación; y j) prestaciones familiares.

Las prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de dependencia no están expresamente incluidas en este listado, pero la jurisprudencia comunitaria las ha incluido tradicionalmente en el ámbito de la coordinación (por todas, SSTJCE de 5 de marzo de 1998 –C-160/96, asunto *Molenaar*–; de 8 de marzo de 2001 –C-215/99, asunto *Jauch*–; y de 8 de julio de 2004 –C-31/02, asunto *Gaumain-Cerri y Barth*–)³⁴¹.

³⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, op. cit., p. 144; MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale...*, op. cit., p. 196.

³⁴¹ En la Propuesta de Actualización de la Comisión Europea, de diciembre de 2016, se prevé, tras años de petición doctrinal, la inclusión expresa en este listado de las “prestaciones asistenciales de duración indeterminada” (prestaciones de dependencia). El objetivo de esta propuesta era triple: 1) incorporar una definición de las mismas; 2) incluir un listado de las prestaciones nacionales que cumplieran con esta definición; y 3) regularlas en un capítulo separado a las prestaciones de enfermedad (con idéntica regulación). Sin embargo, debido a los problemas que esta regulación separada supondría, el Acuerdo Provisional de marzo de 2019, se ha propuesto introducir una definición de estas prestaciones en sentido similar al propuesto por la Comisión, si bien se ha suprimido el nuevo capítulo referente a su regulación, incorporando un mandato a la CACSS, previa consulta con los interlocutores sociales, de elaborar un listado

Este listado de ramas de Seguridad Social incluidas en el ámbito de la coordinación –que no ha sufrido grandes cambios desde la primera versión de 1958³⁴²– tiene carácter exhaustivo, de modo que las ramas no mencionadas están excluidas de la coordinación (por todas, STJCE de 27 de marzo de 1985 –249/83, asunto *Hoeckx*, apartado 12–; de 11 de julio de 1996 –C-25/95, asunto *Otte*, apartado 22–; y, más recientemente, STJUE de 30 de junio de 2011 –C-388/09, asunto *da Silva Martins*, apartado 41–).

Además, estas normas también resultan de aplicación expresamente, desde el Reglamento 1247/92³⁴³, a las prestaciones especiales en metálico no contributivas, comúnmente denominadas “PENC” (art. 3.3 del Reglamento de base)³⁴⁴. Para que una prestación tenga la naturaleza de PENC se requiere la concurrencia simultánea de tres requisitos (art. 70.2 del Reglamento de base):

- Que tengan por objeto proporcionar cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social incluidas en el ámbito de aplicación material de la coordinación, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate; o proporcionar una protección específica a las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate;
- Que su financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones no dependan de ninguna contribución del beneficiario (las prestaciones concedidas para completar una prestación

detallado de estas prestaciones. Más ampliamente, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Retos actuales de la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social: la (eterna) propuesta de reforma y el "brenxit"”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 439, 2019, pp. 141-170 (151-153).

³⁴² Listado que seguía el modelo incorporado en el Convenio 102 de la OIT. No obstante, el Reglamento 883/2004 incorporó dos novedades: las prestaciones de prejubilación y las prestaciones de paternidad asimiladas a las de maternidad. Sin embargo, sigue sin considerarse suficiente teniendo en cuenta las nuevas formas de Seguridad Social en los diferentes Estados miembros, CORNELISSEN, R., “Les axes de réforme et les principes généraux du règlement n° 883/2004”, *Revue de Droit Sanitaire et Social (RDSS)*, núm. 1, 2010, versión electrónica (pp. 3-4/11).

³⁴³ *Reglamento (CEE) núm. 1247/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad.*

³⁴⁴ En relación con las anteriores normas de coordinación, destaca que en el Reglamento 883/2004 se haya dedicado un capítulo en exclusiva a las PENC. En este sentido, por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (197); y VALDUEZA BLANCO, M. D., “Capítulo II. La protección social...”, *op. cit.* (75).

contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo); y

- Que figuren en el anexo X del Reglamento 883/2004 (Anexo II *bis* del Reglamento 1408/71). Es importante matizar que, tras un cambio de sentido de la jurisprudencia comunitaria, se ha reconocido que la inclusión en este Anexo no tiene naturaleza constitutiva³⁴⁵, de modo que una prestación que haya sido incluida en algún listado nacional puede ser reclasificada por el TJUE si cumple los requisitos para ser considerada prestación de Seguridad Social a los efectos de la coordinación comunitaria (así, SSTJCE de 8 de marzo de 2001 –C-215/99, asunto *Jauch*–; y de 31 de mayo de 2001 –C-43/99, asunto *Leclere*, apartados 20 a 38–)³⁴⁶.

De conformidad con el citado Anexo X del Reglamento de base, en el caso español, se consideran PENC las siguientes prestaciones: a) subsidio de garantía de ingresos mínimos³⁴⁷ (únicamente se mantiene para los beneficiarios a fecha de 3 de diciembre de 2013); b) prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo³⁴⁸; c) pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, incluidas en el art. 42.1 del LGSS (anterior art. 38.1 de la LGSS de 1994) y las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas; y d) subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte para personas con discapacidad³⁴⁹.

105. Las ramas excluidas de la coordinación comunitaria. Por su parte, se excluyen expresamente del ámbito material de la coordinación (art. 3.5 del Reglamento 883/2004): a) la asistencia social y sanitaria (debe precisarse que el concepto de “asistencia sanitaria” a estos efectos está próximo a la idea de beneficencia, sin incluir la asistencia sanitaria derivada de accidente o enfermedad, que sí se incluye dentro del

³⁴⁵ En este sentido anterior, *vid.* STJCE de 4 de noviembre de 1997 (C-20/96 asunto *Snares*); de 11 de junio de 1998 (C-297/96, asunto *Partridge*); y de 25 de febrero de 1999 (C-90/97, asunto *Swaddling*).

³⁴⁶ Sobre la revisión de este listado a petición de la Comisión, véase la STJCE de 18 de octubre de 2007 (C-299/05, asunto *Comisión vs. Parlamento Europeo y Consejo*).

³⁴⁷ Prestaciones reguladas por la Ley núm. 13/82, de 7 de abril de 1982, derogada por el Real Decreto Legislativo núm. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

³⁴⁸ Real Decreto núm. 2620/81, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a ancianos y a enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo.

³⁴⁹ Subsidio regulado por la Ley núm. 13/82, de 7 de abril de 1982, que fue derogada por el Real Decreto Legislativo núm. 1/2013, de 29 noviembre (subsidio actualmente previsto en su artículo 31).

ámbito objetivo de la coordinación³⁵⁰); y b) las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen³⁵¹. Además de estas dos exclusiones expresas, también se excluye del ámbito de la coordinación, si bien de manera implícita, la Seguridad Social o previsión social complementaria³⁵².

106. La difícil separación entre Seguridad Social y asistencia social. Debido a la difícil tarea de diferenciar entre prestaciones de Seguridad Social objeto de coordinación y las prestaciones de asistencia social ajenas a la misma dada la falta de definición reglamentaria, el TJUE ha debido pronunciarse en diversidad de ocasiones sobre esta materia, creando conceptos unificados a nivel europeo que, por tanto, deben respetarse por los Estados miembros³⁵³. A la hora de categorizar una determinada prestación, deben tenerse en cuenta sus elementos constitutivos (básicamente, su finalidad y requisitos para su concesión³⁵⁴), haciendo abstracción de características meramente formales³⁵⁵. La jurisprudencia comunitaria ha venido interpretando de manera extensiva

³⁵⁰ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6834.

³⁵¹ Sobre la exclusión de ciertas prestaciones del ámbito de aplicación material de la coordinación comunitaria, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado la necesidad de interpretarlas de manera restrictiva (así, SSTJCE de 21 de febrero de 2006 –C-286/03, asunto *Hosse*, apartado 25–; y de 18 de diciembre de 2007 –C-396/05, C-419/05 y 450/05, asuntos acumulados *Habelt y otros*, apartado 65–).

³⁵² La Seguridad Social complementaria ha sido objeto de coordinación mediante la *Directiva 98/46, del Consejo de 29 de junio de 1998 relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad*. No obstante, el 16 de abril de 2014 se aprobó una nueva Directiva más ambiciosa, la *Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión*, transpuesta al ordenamiento español mediante el *Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. A este respecto, *vid.* VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6834.

³⁵³ RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartado 225.

³⁵⁴ Por todas, STJCE de 5 de marzo de 1998 (C-160/96, asunto *Molenaar*, apartado 19); y SSTJUE de 16 de septiembre de 2015 (C-433/13, asunto *Comisión vs. Eslovaquia*, apartado 70); de 30 de mayo de 2018 (C-517/16, asunto *Czerwiński*, apartado 33); de 25 de julio de 2018 (C-679/6, asunto *A*, apartado 31); de 14 de marzo de 2019 (C-372/18, asunto *Dreyer*, apartado 31); de 12 de marzo de 2020 (C-769/18, asunto *Caisse d'assurance retraite y de la santé au travail d'Alsace-Moselle*, apartado 26); de 2 abril 2020 (C-802/18, asunto *Caisse pour l'avenir des enfants*, apartado 35).

³⁵⁵ Por todas, SSTJUE de 30 de mayo de 2018 (C-517/16, asunto *Czerwiński*, apartado 43); y de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartado 30).

el concepto de Seguridad Social, considerando que solo deben concurrir dos requisitos acumulativos para que unas prestaciones tengan tal calificativo³⁵⁶:

- Que se concedan a los beneficiarios en función de una situación legalmente definida, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de estos³⁵⁷; y
- Que tengan relación con alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004.

De tal modo, son irrelevantes a efectos de su posible calificación como prestación de Seguridad Social, por un lado, la calificación otorgada a nivel nacional y, por otro lado, el modo de financiación de la prestación (por todas, SSTJCE de 16 de julio de 1992 –C-78/91, asunto *Hughes*, apartado 21–; de 15 de marzo de 2001 –C-85/99, asunto *Offermanns*, apartado 46–; y SSTJUE de 24 de octubre de 2013 –C-177/12, asunto *Lachheb*, apartado 32–; de 21 de junio de 2017 –C-449/16, asunto *Martínez Silva*, apartado 21–).

En definitiva, con esta configuración de las prestaciones coordinadas, se habilita un margen de flexibilidad que permite incluir dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos ciertas innovaciones o particularidades nacionales³⁵⁸.

³⁵⁶ Entre otras, STJCE de 27 de marzo de 1985 (249/83, asunto *Hoeckx*, apartados 12 a 14); y SSTJUE de 16 de septiembre de 2015 (C-433/13, asunto *Comisión vs. Eslovaquia*, apartado 71); de 21 de junio de 2017 (C-449/16, asunto *Martínez Silva*, apartado 20); de 25 de julio de 2018 (C-679/6, asunto *A*, apartado 32); de 14 de marzo de 2019 (C-372/18, asunto *Dreyer*, apartado 32); de 12 de marzo de 2020 (C-769/18, asunto *Caisse d'assurance retraite y de la santé au travail d'Alsace-Moselle*, apartado 27); de 2 abril 2020 (C-802/18, asunto *Caisse pour l'avenir des enfants*, apartado 36).

³⁵⁷ Sobre este requisito (de antigua configuración, *vid.* STJCE de 22 de junio de 1972 –1/72, asunto *Frilli*, apartado 14–), el TJUE ha señalado que se entiende cumplido cuando la concesión de la prestación se efectúa de acuerdo con criterios objetivos que, una vez verificados, determinan el derecho a la misma sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. En este sentido, se ha considerado que la concesión de prestaciones no depende de la apreciación individual de las necesidades personales del solicitante en el caso de prestaciones cuya concesión se otorga o deniega o cuyo importe se calcula teniendo en cuenta los ingresos del beneficiario, puesto que el criterio que determina el derecho a ellas es un criterio objetivo y legalmente definido, sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. Asimismo, la necesidad de evaluar el grado de pérdida de autonomía o de discapacidad del solicitante a fin de conceder una prestación tampoco implica una apreciación individual de las necesidades personales de dicho solicitante cuando la realiza un médico o un profesional de un equipo médico-social o un equipo pluridisciplinario a la luz de tablas, listas y normas previamente definidas. Para poder considerar que este requisito no concurre, la apreciación discrecional de las necesidades personales del beneficiario por la autoridad competente debe referirse, ante todo, al nacimiento del derecho a dicha prestación. *Vid.* STJUE de 14 de marzo de 2019 (C-372/18, asunto *Dreyer*, apartados 33-35 y 39) y jurisprudencia ahí citada.

³⁵⁸ MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, *op. cit.* (140). Este autor cita como ejemplos de ello, entre otras, las SSTJCE de 31 de enero de 1991 (C-18/90, asunto *Kziber*); de 16 de julio de 1992 (C-78/91, asunto *Hughes*); de 5 marzo de 1998 (C-160/96, asunto *Molenaar*); de 8 de marzo de 2001 (C-215/99, asunto *Jauch*); y de 15 de marzo de 2001 (C-85/99, asunto *Offermanns*). En este sentido, señalando que “(e)l campo de aplicación material del Reglamento ni puede ni debe ser estático”, GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *op. cit.* (59).

En contraposición a este concepto amplio de prestaciones de Seguridad Social, las prestaciones de asistencia social se definen por exclusión, de tal modo que solo recibirán tal calificativo las prestaciones que no puedan calificarse de Seguridad Social siendo, por tanto, un concepto estricto.

A pesar de la existencia de esta aparente dicotomía estricta, existe una categoría de prestaciones situadas en una zona gris entre ambos conceptos: las ya mencionada PENC. El art. 70.1 del Reglamento 883/2004 indica que, “*por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión*”, estas prestaciones presentan “*características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social*”, reconociendo, así, su naturaleza híbrida. Su carácter especial y naturaleza no contributiva (considerando 37 del Reglamento 883/2004), han justificado su carácter inexportable³⁵⁹, como excepción al principio de supresión de las cláusulas de residencia del artículo 7 del Reglamento de base³⁶⁰.

Es importante precisar que, si una prestación cumple los requisitos para ser considerada prestación de Seguridad Social, no podrá ser, al mismo tiempo, catalogada de PENC, pues ambas categorías son mutuamente excluyentes (SSTJCE de 21 de febrero de 2006 –C-286/03, asunto *Hosse*, apartado 36–; de 16 de septiembre de 2015 –C-433/13, asunto *Comisión vs. Eslovaquia*, apartado 45–; de 14 de marzo de 2019 –C-372/18, asunto *Dreyer*, apartado 40–).

107. La importante labor del TJUE en la definición del ámbito de aplicación material. Es importante enfatizar la labor del TJUE a la hora de definir los contornos del ámbito material de los Reglamentos de coordinación, tanto en lo que respecta a las declaraciones anuales de los Estados miembros, como a los anexos reglamentarios. En esta línea interpretativa, el TJUE ha matizado que las exclusiones del ámbito material de la coordinación deben ser interpretadas de manera restrictiva (STJCE de 18 de diciembre de 2007 –C-396/05, C-419/05 y 450/05, asuntos acumulados *Habelt y otros*–). En definitiva, todo ello lleva a concluir que, en esta materia, el TJUE tiene facultades para recalificar o, en su caso, integrar las prestaciones nacionales de las que deba conocer,

³⁵⁹ Sobre estos principios, *vid.* ampliamente CAPÍTULO IV.

³⁶⁰ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes” *op. cit.*, marginal 7065. Sobre la posible contradicción de la no exportabilidad de estas prestaciones con los Tratados Constitutivos, *vid.* MIRANDA BOTO, J. M., “Lección VIII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II): Prestaciones”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O., y MIRANDA BOTO, J. M. (Dirs.), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 217-234 (233); y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La configuración jurídica de las pensiones españolas de Seguridad Social en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el Reglamento (CEE) 1408/71”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995, versión electrónica (p. 7/16).

independientemente de la denominación y clasificación que le haya otorgado el Estado miembro implicado³⁶¹.

II.4. Su ámbito de aplicación temporal

108. La tardía aplicación de los nuevos Reglamentos de coordinación. El Reglamento 883/2004 entró en vigor el 30 de abril del año 2004 (a los veinte días de su publicación en el DOUE). Sin embargo, su aplicación no se inició hasta el 1 de mayo de 2010, fecha de la entrada en vigor del Reglamento de aplicación, momento en el que quedaron sustituidos los reglamentos previos (Reglamentos 1408/1971 y 574/1972).

Desde esta fecha, el artículo 90.2 del Reglamento de base señala que las referencias realizadas al Reglamento 1408/71 en el texto de la Directiva 98/49³⁶² deben entenderse realizadas al actual Reglamento 883/2004. En cambio, en el Reglamento de aplicación se prevé una sustitución normativa genérica al recoger que las referencias al Reglamento 574/72 en todos los actos comunitarios (con especial referencia a la Directiva 98/49) deben entenderse hechas al Reglamento 987/2009 (art. 96.2). A pesar de esta discrepancia literal entre ambos textos, se ha venido admitiendo pacíficamente la sustitución de las referencias de los anteriores reglamentos a los nuevos (tanto el de base como el de aplicación) en todo el Derecho de la Unión³⁶³.

109. La reducida aplicabilidad de los anteriores reglamentos de coordinación en la actualidad. No obstante lo anterior, los Reglamentos 1408/71 y 574/72 continúan siendo de aplicación en Groenlandia, en tanto no se deroguen o modifiquen las adaptaciones técnicas introducidas por el Reglamento 1661/85, de 13 de junio de 1985³⁶⁴ (arts. 90.1.b del Reglamento de base y 96.1.b del Reglamento de aplicación)³⁶⁵.

³⁶¹ AGÍS DASILVA, M., “Lección 2. El derecho europeo de coordinación...”, *op. cit.* (70-71). Así, “*un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relativo a una ley o una normativa de ese tipo, puede siempre ser llamado a pronunciarse sobre la calificación del régimen de que se trata en el asunto de que conoce y, en su caso, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial al respecto (STJUE de 3 de marzo de 2016, Comisión Europea contra República de Malta)*”. Vid. LÓPEZ TERRADA, E., “Capítulo quinto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.* (188).

³⁶² Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE núm. L 209, de 25 de julio de 1998, pp. 46-49).

³⁶³ Por todos, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 527; y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6777.

³⁶⁴ Reglamento (CEE) 1661/85, de 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social (DOCE núm. L 160, de 20 de junio de 1985, pp. 7-8).

³⁶⁵ Las referencias del artículo 90.1.a) y b) del Reglamento de base y del artículo 96.1.a) y c) del Reglamento de aplicación realizadas, respectivamente, al Reglamento 859/2003 y a los Acuerdos sobre el EEE y CE-Suiza, deben considerarse superadas debido a la actualización de estos textos para hacer referencia a los nuevos Reglamentos de coordinación. En relación con el Reglamento 859/2003, conviene precisar que, dado que Reino Unido* quedó al margen de su sustituto (el Reglamento 1231/2010), los anteriores

110. La irretroactividad de los Reglamentos de coordinación como regla general. El artículo 87.1 del Reglamento de base (al que se remite el artículo 93 del Reglamento de aplicación), de conformidad con lo que ya hacían los artículos 53.1 del Reglamento 3/58 y 94.1 del Reglamento 1408/71, recoge la regla general de irretroactividad de las actuales normas de coordinación, señalando que estas no originan ningún derecho para un periodo anterior a la fecha de su aplicación.

Esta regla general obedece al respeto del principio de seguridad jurídica, principio que se opone a la aplicación retroactiva de un reglamento europeo, tenga efectos positivos o negativos para el interesado, salvo que exista una indicación suficientemente clara en contrario, ya sea por su tenor o por sus objetivos (por todas, SSTJCE de 29 de enero de 1985 –234/83, asunto *Gesamthochschule Duisburg*, apartado 20–; de 7 de febrero de 2002 –C-28/00, asunto *Kauer*, apartado 20–; y de 18 de abril de 2002 –C-290/00, asunto *Duchon*, apartado 21–).

II.4.1. El régimen transitorio

111. Las excepciones a la regla general de irretroactividad. A pesar de la regla general de irretroactividad antes señalada, en los apartados siguientes del artículo 87 se establecen una serie de excepciones a esta regla, aplicables tanto a los países que ya estaban incluidos en la coordinación antes de la aplicación de los nuevos Reglamentos y se han visto afectados por el cambio normativo³⁶⁶, como a los países que se rigen por esta normativa con posterioridad al 1 de mayo de 2010. Así sucede en el caso de nuevas adhesiones a la UE con posterioridad a esa fecha; para los nacionales de terceros países a los que el Reglamento 883/2004 les resulta aplicable desde el 1 de enero de 2011; y a los casos de los países del EEE y Suiza, cuya aplicación del Reglamento 883/2004 se produjo a partir del 1 de junio de 2012 y del 1 de abril de 2012, respectivamente³⁶⁷.

El régimen transitorio incorporado en los apartados 2 a 7 del artículo 87 del Reglamento de base guarda gran similitud con el previsto en los apartados 2 a 5 del artículo 53 del Reglamento 3/58 y en los apartados 2 a 7 del artículo 94 del Reglamento 1408/71, motivo por el cual deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia interpretativa de estas normas previas.

112. El reconocimiento de periodos previos. Así, por un lado, se prevé el reconocimiento de los periodos de seguro, empleo (por cuenta propia o ajena) y residencia

reglamentos de coordinación se continuaban aplicando a los nacionales de terceros Estados dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 859/2003 respecto de este Estado.

³⁶⁶ Para la aplicación del artículo 87, es necesario que se haya producido un cambio normativo en las reglas aplicables pues, en caso de mantenerse en términos prácticamente idénticos, no será necesario acudir a este precepto (STJUE de 11 de septiembre de 2014 –C-394/13, asunto *B*, apartado 35–).

³⁶⁷ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, op. cit., p. 514.

cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro antes de la aplicación de los nuevos Reglamentos en el Estado miembro interesado a efectos de determinar los derechos derivados de estas normas (art. 87.2 del Reglamento 883/2004)³⁶⁸. Es importante precisar que, para que pueda operar esta totalización, es necesario que existan periodos de seguro efectivamente cubiertos conforme a la legislación de un Estado miembro (STJUE de 27 de octubre de 2016 –C-464/14, asunto *Wieland*–)³⁶⁹.

La toma en consideración de estos periodos opera de manera imperativa, por lo que ni los Estados miembros, ni las autoridades competentes, ni los afiliados afectados pueden dejar de aplicar este precepto (STJUE de 5 de noviembre de 2014 –C-103/13, asunto *Somova*, apartados 55 y 58–).

113. Los hechos causantes previos. Por otro lado, también se prevé la posibilidad de adquirir derechos al amparo de los nuevos Reglamentos de coordinación aunque el hecho causante origen de los mismos haya tenido lugar antes de la aplicación de estos textos en el Estado miembro interesado (art. 87.3 del Reglamento de base). Esta regla supone la extensión de los efectos de las nuevas normas hacia el pasado, pero sin crear derechos por periodos previos a la fecha de aplicación de estas (es decir, el derecho no se extendería retroactivamente hasta la fecha en la que ocurrió el hecho causante)³⁷⁰.

El TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre la noción “hecho causante” a los efectos del régimen transitorio previsto en las anteriores normas de coordinación en

³⁶⁸ Sobre la obligación de computar los periodos de seguro cubiertos en el territorio de otro Estado miembro antes de la entrada en vigor del Reglamento en el primer Estado, entre otras, SSTJCE de 7 de febrero de 1991 (C-227/89, asunto *Rönfeldt*, apartado 16), asuntos *Kauer* y *Duchon* antes citados (apartados 22 y 23, respectivamente). A pesar de que, en la actualidad, el requisito de la nacionalidad ha perdido su relevancia tradicional, debido a su importancia en el pasado, el Tribunal de Luxemburgo tuvo que precisar que, este requisito debía cumplirse en la época en que se cubrieron los periodos de seguro en un Estado miembro cuyo reconocimiento se solicita, aunque posteriormente se pierda esa nacionalidad (STJCE de 12 de octubre de 1978 –10/78, asunto *Belbouab*, apartado 8–). Esta interpretación se hizo tratando de favorecer, generalmente, a los interesados, aunque ni es siempre así ni está exenta de problemas. *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A., “Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal”, en FERNÁNDEZ DE MATA, E. (Dir.), *Seguridad Social Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial XXII-1997, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 137-247 (151-152).

³⁶⁹ En este pronunciamiento se debatió sobre el caso de un marinero de nacionalidad austríaca que no estaba asegurado contra el riesgo de vejez antes de la fecha de aplicación de los Reglamentos porque la normativa neerlandesa no permitía este aseguramiento a los nacionales de terceros países que formaban parte de la tripulación de un buque y que residían a bordo de este. El TJUE concluyó que tal exclusión, aunque basada en la nacionalidad, no estaba prohibida por el Derecho de la Unión en la época de los hechos del litigio principal, dado que la República de Austria aún no se había adherido a la Unión. Además, el Acta de adhesión de este país no incluía ninguna disposición transitoria relativa al principio de igualdad de trato, por lo que este debe considerarse aplicable con carácter inmediato desde el momento de su adhesión, pero no antes. Por todo ello, ni las disposiciones transitorias del Reglamento 1408/71 ni el principio de igualdad de trato se oponen a la denegación de la pensión del marinero austríaco. Sobre este pronunciamiento, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (543).

³⁷⁰ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 515.

diversas ocasiones. En estos pronunciamientos, se realizó una interpretación amplia de este concepto, incluyendo dentro del mismo todo tipo de hechos y acontecimientos como un accidente, relacionado o no con el trabajo (SSTJCE de 9 de diciembre de 1965 –44/65, asunto *Singer*, sobre accidente común– y de 18 de abril de 2002 –C-290/00, asunto *Duchon*, sobre accidente de trabajo–), el ejercicio de una actividad económica (STJCE de 1 de marzo de 1973 –73/72, asunto *Bentzinger*, apartado 5–) o estar desempleado (STJCE de 11 de junio de 1998 –C-275/96, asunto *Kuusijärvi*, apartados 24 a 26–)³⁷¹.

114. Prestaciones no liquidadas o suspendidas. Igualmente, las prestaciones que no se hayan liquidado o se hayan suspendido por razón de la nacionalidad o residencia de la persona interesada, pueden, a petición de aquella, ser liquidadas o restablecidas a partir de la aplicación de los nuevos Reglamentos en el Estado miembro interesado, pero solo si los derechos anteriormente liquidados no han dado lugar a una liquidación a tanto alzado (art. 87.4 del Reglamento 883/2004)³⁷² –evitando con este último inciso el enriquecimiento injusto del beneficiario³⁷³–. Las peticiones realizadas dentro de un plazo de 2 años desde la fecha de aplicación de los nuevos Reglamentos de coordinación al Estado miembro interesado, originan la adquisición de los derechos a partir de esa misma fecha, sin que resulten de aplicación las normas nacionales sobre caducidad o limitación de derechos (art. 87.6)³⁷⁴. Fuera de ese plazo, las peticiones continúan siendo posibles, aunque con limitaciones. De este modo, se prevé que, cuando estos derechos no estén afectados por la caducidad o por la prescripción, serán adquiridos a partir de la fecha de

³⁷¹ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, op. cit., p. 515.

³⁷² Esto incluye casos de denegación de prestaciones al amparo de los antiguos Reglamentos pero que pueden originar derechos al amparo de los nuevos. FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, op. cit., p. 512.

³⁷³ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, op. cit., p. 51.

³⁷⁴ El establecimiento de este plazo supone una armonización de las legislaciones nacionales en este punto, pues hace inaplicables las normas internas sobre caducidad y prescripción. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, op. cit., pp. 221-222. Sobre este plazo de dos años, resulta interesante recordar la STJCE de 19 de junio de 2003 (C-34/02, asunto *Pasquini*). En este pronunciamiento, el Tribunal comunitario se manifestó sobre la solicitud de cantidades abonadas indebidamente (del 1 de marzo de 1987 al 30 de abril de 2000) por la Seguridad Social italiana al Sr. Pasquini, quien había obtenido una pensión de vejez italiana (que dio lugar a un complemento a mínimos) y, posteriormente, había sido rebajada por la obtención de sendas prestaciones francesa y luxemburguesa. La legislación italiana no preveía ningún plazo máximo para la recuperación de las cantidades abonadas indebidamente como consecuencia de una aplicación tardía o errónea de las disposiciones comunitarias pertinentes. Una de las cuestiones que se remitieron al TJCE fue si, de las disposiciones transitorias del Reglamento 1408/71 (similares a las del actual Reglamento 883/2004), se podía entender aplicable, *a contrario sensu*, el plazo de dos años a partir de la fecha de notificación de la recuperación de las cantidades abonadas indebidamente en los casos de reducción de los derechos anteriormente reconocidos, salvo cuando el ordenamiento jurídico nacional estableciera plazos más favorables y siempre que el interesado no haya incurrido en un comportamiento doloso. Sin embargo, el TJCE fue contundente al señalar que nos encontramos ante una disposición transitoria aplicable a raíz de la entrada en vigor del Reglamento 1408/71 o de sus modificaciones, sin que ese plazo pueda aplicarse, por tanto, a la decisión de una institución competente de recuperar las cantidades abonadas indebidamente (apartado 54), cuestión regida por la legislación nacional del Estado miembro de que se trate (apartado 53).

su petición, salvo que las normas nacionales aplicables sean más beneficiosas en este aspecto, en cuyo caso, estas serán las normas de aplicación (art. 87.7).

En el artículo 94 del Reglamento de aplicación se prevén normas específicas en materia de cálculo de pensiones para las solicitadas previamente pero todavía no resueltas (apartado 1), y para solicitudes de prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia presentadas tras la aplicación de los nuevos Reglamentos (apartado 2)³⁷⁵.

115. Pensiones o rentas liquidadas. En último lugar, los derechos de los interesados que hayan obtenido la liquidación de una pensión o de una renta antes de la aplicación de los nuevos Reglamentos en el Estado miembro interesado, podrán ser revisados, a petición de aquellos, teniendo en cuenta los nuevos Reglamentos (art. 87.5 del Reglamento 883/2004)³⁷⁶. Al igual que en el caso anterior, se distinguen dos escenarios diferentes en función del momento de realización de la petición: si se realiza dentro de los dos años desde la fecha de aplicación de los nuevos Reglamentos en el Estado miembro interesado, el régimen aplicable será el previsto en el apartado 6 del artículo 87 del Reglamento de base; si la petición se presenta fuera de este plazo, el régimen será el establecido en el apartado siguiente.

Respecto de las disposiciones transitorias en general, y de la relativa a la revisión de las pensiones liquidadas en particular, el TJUE señaló que se inspiran en el principio de que no se reducirán las prestaciones concedidas al amparo del régimen establecido en la versión antigua, siendo su finalidad la de conceder al interesado la facultad de solicitar la revisión, en beneficio suyo (por todas, SSTJCE de 13 de octubre de 1976 –32/76, asunto *Saieva*, apartados 15-16–; de 4 de mayo de 1988 –83/87, asunto *Viva*, apartado 10–; y de 28 de junio de 2001 –C-118/00, asunto *Larsy*, apartado 48–). Ello impide que esta disposición pueda ser alegada o aplicada de oficio por la institución competente para revisar los derechos adquiridos por el interesado en perjuicio de este, requiriendo solicitud expresa del interesado para poder proceder a su aplicación (asunto *Saieva* –apartados 15-18–; y SSTJCE de 5 de septiembre de 1997 –C-307/96, asunto *Baldone*, apartados 16-18–, y de 12 de febrero de 1998 –C-366/96, asunto *Cordelle*, apartado 16–). De este

³⁷⁵ Ampliamente comentadas en FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 518-519.

³⁷⁶ Esta posibilidad no se limita a situaciones en las que se haya adoptado una resolución definitiva con anterioridad a la fecha de aplicación de las nuevas normas, sino que también se extiende a los casos en que se interpuso un recurso ante un órgano jurisdiccional nacional antes de dicha fecha, y ello aunque no hubiese recaído una decisión definitiva sobre el recurso antes de dicha fecha (STJCE de 22 de febrero de 2001 –C-52/99 y C-53/99, asuntos acumulados *Camarotto y Vignone*, apartado 25–).

modo, nos encontramos ante “una derivación del principio de norma más favorable en su vertiente dinámica”³⁷⁷.

116. La existencia de normas transitorias específicas para diferentes materias.

Los actuales Reglamentos de coordinación, además del régimen transitorio ya comentado, prevén una serie de normas transitorias específicas en diferentes materias. Por un lado, en los apartados 10.*bis* y 10.*ter* del artículo 87 del Reglamento 883/2004, se prevé una regla transitoria específica para determinados Estados relativa a la restricción de los derechos a las prestaciones en especie (asistencia sanitaria) para miembros de la familia de un trabajador fronterizo³⁷⁸; por otro lado, se prevén normas relativas a la determinación de la ley aplicable, normas que, debido al objeto de esta tesis, merecen unas consideraciones particulares que se realizarán al analizar esta cuestión (apartado VI.7.1).

³⁷⁷ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, *op. cit.*, p. 221.

³⁷⁸ El artículo 18.2 del Reglamento de base prevé, con carácter general, que los miembros de la familia de un trabajador fronterizo tendrán derecho a estas prestaciones durante su estancia en el Estado miembro competente. Sin embargo, cuando el Estado competente es alguno de los que figura en el Anexo III (Dinamarca, Irlanda, España, Croacia, Italia, Lituania, Hungría, Países Bajos, Finlandia, Suecia y Reino Unido*), los miembros de la familia de estos trabajadores que residan en el mismo Estado miembro que este solo tendrán derecho a las prestaciones necesarias desde un punto de vista médico durante su estancia (remisión al régimen del artículo 19.1 del Reglamento de base). El artículo 87.10.*bis* del Reglamento 883/2004 estableció un periodo de duración de esta restricción por 4 años para Estonia, España, Italia, Lituania, Hungría y los Países Bajos, por lo que su inclusión en el citado Anexo decayó el 1 de mayo de 2014. Por su parte, el artículo 87.10.*ter* preveía la revisión de este listado hasta el 31 de octubre de 2014, con base en un informe elaborado por la CACSS sobre la aplicación de las disposiciones de este Anexo, con el objetivo último de derogarla (salvo que en dicho informe se expusieran “razones poderosas” para no hacerlo). La Propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación prevé su desaparición, suprimiendo las entradas de los países cuya vigencia ha decaído por el fin del plazo señalado, y las entradas correspondientes a Croacia, Finlandia y Suecia por petición propia. *Vid.* VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes” *op. cit.*, marginal 6826.

CAPÍTULO III. LA TORTUOSA RELACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN CON LAS NORMAS INTERNACIONALES

117. La problemática articulación de las diversas fuentes reguladoras. Como se ha expuesto en el Capítulo I, son numerosos los instrumentos supranacionales e internacionales que contienen disposiciones en materia de Seguridad Social. Este hecho conlleva un primer problema para los operadores jurídicos que se enfrentan a una situación en materia de Seguridad Social con un elemento de internacionalidad: ¿qué normativa es de aplicación?

El primer paso será comprobar los distintos ámbitos de aplicación de los diferentes textos normativos (tarea realizada en el Capítulo II). Cabe la posibilidad (muy frecuente en la práctica) de que a una determinada situación particular le pudieran resultar aplicables varias normas de diferente origen (institucional, internacional o nacional), por entrar dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, encontrándonos ante una concurrencia de leyes. Ello no supondría mayor problema si estas normas previeran el mismo régimen aplicable. Sin embargo, esto no suele ocurrir, pues cada bloque normativo incluye unas disposiciones diferentes, a veces más favorables para los interesados, a veces menos. En ocasiones, incluso, las reglas contenidas en unas normas se oponen a las contenidas en otras, lo que hace imposible su aplicación conjunta. Así, por ejemplo, podría darse el caso de que un trabajador migrante español que ha ejercido su derecho a la libre circulación, pueda estar incluido, simultáneamente, en el ámbito de aplicación de una norma supranacional, una norma internacional (bilateral o multilateral) y varias normas nacionales. Cada una de estas normas puede determinar de manera muy diferente cuestiones tan importantes como la competencia estatal respecto de la relación de afiliación-cotización, o, en su caso, respecto de la relación de protección (es decir, qué Estado es competente para conceder una determinada prestación, los requisitos exigidos para acceder a esta e, incluso, la cuantía de su importe). En estas situaciones, como primer paso, se hace indispensable conocer cómo resolver una posible concurrencia conflictiva.

118. Podría pensarse, *a priori*, que la normativa comunitaria de coordinación, debido a esa primacía y efecto directo del que goza, se impondría frente al resto de normas, tanto internacionales como nacionales. Especialmente si tenemos en cuenta que, en muchos ordenamientos europeos –como es el caso de España–, las normas suscritas al amparo del Derecho internacional, se incorporan al ordenamiento interno (en España, tras su publicación en el BOE –art. 96.1 de la CE–). En el caso de las normas nacionales, ciertamente, no se plantea duda alguna: opera el principio de supremacía de las normas comunitarias. En cambio, respecto de las normas internacionales, la respuesta no ha sido nada pacífica. Todas las versiones de los reglamentos de coordinación, desde el año 1958,

han incluido disposiciones tendentes a resolver esta problemática, no siempre en idénticos términos, precisamente, por los problemas que se han ido poniendo de manifiesto.

El artículo 8 del Reglamento 883/2004 es el único precepto presente en el Reglamento de base con vocación de regular las relaciones de este con otros instrumentos internacionales de coordinación³⁷⁹. Sin embargo, este precepto –resultado de la evolución y fusión de los artículos 6 a 8 del anterior Reglamento 1408/71– se ha considerado insuficiente desde hace mucho tiempo, pues no resuelve todas las dudas que esta complicada relación normativa genera. Ello ha hecho necesaria la actuación del TJUE (así como la de su antecesor), aunque no siempre ha sido del todo clarificadora.

119. El insuficiente contenido del artículo 8 del Reglamento 883/2004. Como primera apreciación, es importante destacar que el citado artículo 8 del Reglamento de base solo regula la relación de las normas comunitarias de coordinación con eventuales “*convenio(s) de seguridad social aplicables entre los Estados miembros*”, sin que se defina en dicho texto qué debe entenderse por “convenio” a estos efectos (a diferencia de lo que sí hacía la regulación previa)³⁸⁰.

Por su parte, el Reglamento 1408/71 –al igual que hacía el Reglamento 3/58 en su artículo 5– regulaba la relación de las normas de coordinación con convenios de Seguridad Social que vincularan “*exclusivamente a dos o varios Estados miembros*” o “*al menos a dos Estados miembros y a uno o varios otros Estados*”, siempre que se tratara de casos en cuya resolución no tuviese que intervenir ninguna institución de uno de estos últimos Estados (art. 6). En este sentido, el artículo 1.k) del Reglamento 1408/71 –en sentido análogo al artículo 1.c) del Reglamento 3/58–, definía estos “convenios” como todo instrumento (bilateral o multilateral) que vinculara o pudiera vincular exclusivamente a dos o más Estados miembros, así como todo instrumento multilateral que vinculara o pudiera vincular al menos a dos Estados miembros y a uno o varios terceros Estados en el ámbito de Seguridad Social regulado por el Reglamento (ramas y

³⁷⁹ El artículo 8 del Reglamento de aplicación prevé un régimen análogo, pero en el ámbito de los acuerdos de aplicación. En el caso de Suiza, el Acuerdo CE-Suiza prevé, respecto de los acuerdos bilaterales en materia de Seguridad Social, que, “*salvo disposiciones en contrario derivadas del Anexo II (por el que se remite a los Reglamentos de coordinación), los acuerdos de seguridad social bilaterales existentes entre Suiza y los Estados miembros de la Comunidad Europea se suspenderán a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo en la medida en que la misma materia sea regulada por el presente Acuerdo*” (art. 20). Por su parte, el artículo 120 del Acuerdo sobre el EEE señala que, salvo disposición en contrario en el mismo, “*y en particular en los Protocolos 41 y 43, la aplicación de lo dispuesto en el presente Acuerdo prevalecerá sobre lo dispuesto en los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes que obliguen a la Comunidad Económica Europea, por una parte, y a uno o más Estados de la AELC, por otra, siempre que la misma materia esté regulada por el presente Acuerdo*”, sin prever nada específico respecto de los acuerdos de Seguridad Social.

³⁸⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo IV. Convenios internacionales de Seguridad Social y Reglamentos de coordinación de Sistemas de Seguridad Social”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social...*, op. cit., pp. 91-100 (91-92).

regímenes ahí contemplados, ya tuvieran coincidencia total o parcial), incluyendo también todo acuerdo concluido en el marco de dichos instrumentos, con independencia de su naturaleza.

Por tanto, ni en la anterior ni en la actual regulación se hace mención alguna a eventuales convenios bilaterales o multilaterales suscritos con terceros Estados, en aquellos casos en los que deban intervenir las instituciones de estos últimos. En atención a esta regulación parcial, resulta fundamental distinguir dos escenarios a la hora de analizar la relación de los distintos convenios internacionales con las normas comunitarias de coordinación, diferenciando los convenios suscritos con otros Estados miembros de la Unión y los convenios suscritos con terceros Estados.

III.1. Relación con convenios internacionales suscritos con otros Estados miembros

120. El doble régimen previsto en las normas de coordinación. Al igual que hacían los Reglamentos 3/58 y 1408/71, las actuales normas comunitarias de coordinación prevén un régimen diferenciado en función de si estos convenios han sido suscritos con anterioridad (art. 8.1 del Reglamento 883/2004) o posterioridad (art. 8.2 del Reglamento 883/2004) a la entrada en vigor de los Reglamentos de coordinación, de ahí que deban estudiarse por separado.

121. El concepto de convenio preexistente. Como precisión preliminar, debe especificarse que el término “convenios preexistentes” a estos efectos equivale a convenios suscritos antes de que los reglamentos de coordinación fueran aplicables en ambos Estados parte del texto internacional en cuestión. En unos casos, este hecho tendrá lugar en el mismo momento de entrada en vigor de las normas comunitarias de coordinación (países integrantes de la UE desde sus orígenes); en otros casos, sin embargo, la aplicación de estas normas será posterior en el tiempo (países adheridos cuando los reglamentos ya estaban vigentes). En estos últimos casos, el Tribunal de Justicia ya se encargó de precisar que la aplicabilidad *ratione temporis* de las normas de coordinación en los nuevos Estados miembros debe situarse en la fecha de su adhesión a la Unión (STJCE de 18 de abril de 2002 –C-290/00, asunto *Duchon*, apartado 44–; y STJUE de 16 de mayo de 2013 –C-589/10, asunto *Wencel*, apartado 30–).

Por ello, además de la propia fecha de entrada en vigor de los reglamentos de coordinación, hay que tener en cuenta las diferentes fechas de adhesión de los países a la Unión, para determinar si estamos ante un convenio internacional preexistente a los efectos del artículo 8 del Reglamento 883/2004 (o disposiciones equivalentes en los reglamentos anteriores).

III.1.1. Relación con convenios preexistentes a los Reglamentos de coordinación

III.1.1.A. El principio general de sustitución y sus excepciones

122. El principio general de sustitución. En el caso de disposiciones contenidas en convenios preexistentes a los Reglamentos de coordinación, la regla general es que estas han sido sustituidas por las normas comunitarias (art. 8.1 del Reglamento 883/2004, en sentido análogo a los precedentes artículos 5 y 6 de los Reglamentos 3/58 y 1408/71, respectivamente)³⁸¹, en la medida en la que estén incluidas en el ámbito de aplicación de dichos Reglamentos (si no hay coincidencia en los ámbitos de aplicación, no operaría tal sustitución)³⁸². Si bien este principio ya se proclamó en las normas de 1958, el tenor de los preceptos reguladores de la relación de los reglamentos comunitarios y las restantes normas internacionales ha sufrido variaciones tendentes a simplificar el régimen previsto y, sobre todo, a adaptarlo a la importante labor jurisprudencial realizada por el antiguo TJCE en esta materia (considerando 3 del Reglamento 883/2004).

III.1.1.A.a. Las excepciones explícitas en los textos reglamentarios

123. Las excepciones al principio general de sustitución. Inicialmente, en el Reglamento 3/58, se preveía la regla general de sustitución en su artículo 5 –en los términos antes expuestos–, regulando las excepciones a esta regla general en su artículo 6. En el primer apartado de este precepto, se recogía la no afectación de los Reglamentos comunitarios a las obligaciones derivadas de: 1) los convenios adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo³⁸³; y 2) los Acuerdos provisionales europeos de 11 de diciembre de 1953, relativos a la Seguridad Social, concluidos entre los gobiernos de los miembros del Consejo de Europa³⁸⁴. Asimismo, en su apartado segundo, el artículo 6 del citado Reglamento 3/58, señalaba que ciertas disposiciones contenidas en textos internacionales preexistentes continuarían siendo aplicables tras la aprobación del Reglamento, siendo estas³⁸⁵: 1) las disposiciones del Acuerdo de 27 de julio de 1950,

³⁸¹ Sustitución que se ha considerado manifestación del principio de primacía del Derecho procedente de la Unión. Vid. ROZEZ, S., “Droit de la protection sociale - L'articulation des conventions bilatérales de sécurité sociale et du règlement communautaire 1408/71”, Les Petites Affiches, núm. 150, de 29 de julio de 2002, versión electrónica, pp. 6-9 de 21 (7-8).

³⁸² VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6790.

³⁸³ El fundamento tras esta exclusión expresa puede encontrarse en dos aspectos: 1) la técnica normativa utilizada en estos convenios no es igual a la de las normas de coordinación; y 2) el peculiar carácter orientador y de guía de la OIT en esta materia. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.* (10).

³⁸⁴ Por su parte, esta exclusión de la regla general de sustitución parece deberse a la posible afectación a terceros Estados parte en estos Acuerdos. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.* (10).

³⁸⁵ Aunque con poca incidencia práctica. Sobre este particular, *vid.* VV. AA. “TC - Travail hors de France. Division I : Protection sociale”, en VV. AA., *Mémento Pratique ; Social*, Editions Francis Lefebvre, octubre 2019, versión electrónica, marginal 6700.

relativo a la Seguridad Social de los bateleros del Rhin³⁸⁶; 2) las disposiciones del Convenio europeo de 9 de julio de 1956, relativo a la Seguridad Social de los trabajadores de los transportes internacionales³⁸⁷; y, finalmente, 3) otras disposiciones de convenios de Seguridad Social, siempre que estuvieran enumeradas en el anexo D del Reglamento³⁸⁸. En la versión original de los artículos 6 y 7 del Reglamento 1408/71, se mantuvo prácticamente intacta esta regulación –cambiando el “anexo D” por el “Anexo II” que, en 1981³⁸⁹, pasó a ser el “Anexo III”–. Sin embargo, en aras de lograr la simplificación señalada, el Reglamento 883/2004, eliminó las referencias a los citados acuerdos y convenios recogidos expresamente en los artículos 6 del Reglamento 3/58 y 7 del Reglamento 1408/71, manteniendo únicamente la excepción a la regla general de sustitución contenida en el último apartado, relativa a las disposiciones de convenios de Seguridad Social enumeradas en el correspondiente anexo reglamentario.

Por tanto, la única excepción al principio general de sustitución presente en las tres versiones de los reglamentos de coordinación, es la aplicación de aquellas disposiciones de convenios internacionales celebrados entre Estados miembros antes de la entrada en vigor de estos reglamentos en ambos países, cuando tales disposiciones se incorporen en el correspondiente anexo. En el Reglamento 3/58 y en la primera versión del Reglamento 1408/71, la constancia en anexo reglamentario era la única exigencia para que los Estados miembros pudieran mantener la aplicación de esas disposiciones (fuera de la relación de normas internacionales que estos reglamentos incorporaban expresamente). Esta cuestión suscitó una importante duda interpretativa que llegó hasta el TJCE: ¿esta regulación permitiría la aplicación de una disposición de un convenio internacional preexistente a los reglamentos de coordinación, recogida en el correspondiente anexo, si dicha disposición fuese menos beneficiosa para el interesado que las disposiciones reglamentarias?

124. El principio de norma más favorable. La primera vez que el TJCE se enfrentó a tal cuestión fue en su pronunciamiento de 7 de mayo de 1969 (28/68, asunto

³⁸⁶ Debido a la especial protección que requiere este colectivo por la naturaleza de su prestación de servicios. *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.* (10).

³⁸⁷ El fundamento tras esta exclusión es el mismo que el comentado para los bateleros, es decir, la necesidad de protección especializada de este colectivo con un trabajo de características particulares. *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.* (10).

³⁸⁸ Inicialmente se preveían dos supuestos más en el artículo 6.2 del Reglamento 3/58, referentes a disposiciones específicas para trabajadores fronterizos y temporeros contenidas en acuerdos/convenios de Seguridad Social; no obstante, estas previsiones fueron derogadas, con efecto desde el 1 de febrero de 1964, por el *Règlement n° 36/63/CEE du Conseil, du 2 avril 1963, concernant la sécurité sociale des travailleurs frontaliers (J.O. du 20 avril 1963, p. 1314 et s.)*.

³⁸⁹ Como consecuencia de los cambios introducidos por el Reglamento 1390/81, en vigor desde el 1 de diciembre de 1981.

Torrekens)³⁹⁰. En este primer momento, el Tribunal señaló que las propias normas de coordinación (por aquel entonces, artículo 6.2.e) del Reglamento 3/58) reconocían expresamente la vigencia de las disposiciones convencionales señaladas en su Anexo D, de modo que los reglamentos de coordinación serían de aplicación en la medida en la que estos convenios internacionales no lo impidieran (apartados 20 y 21), siendo labor del tribunal nacional decidir el concreto efecto de tales convenios en el caso particular (apartado 22). En definitiva, en esta primera aproximación, el Tribunal comunitario pareció decantarse por la búsqueda de la norma más favorable para el interesado³⁹¹. Esta posición se confirmó posteriormente, mediante sentencia de 28 de mayo de 1974 (187/73, asunto *Callemeyn*³⁹²). En este segundo pronunciamiento, el Tribunal concluyó la aplicación preferente del Reglamento 1408/71 frente al Acuerdo Provisional Europeo sobre sistemas de Seguridad Social –firmado en París, el 11 de diciembre de 1953–, en la medida en que aquel era más favorable para la persona interesada, a pesar de que este Acuerdo estaba expresamente incluido entre las disposiciones no sustituidas por las normas comunitarias de coordinación *ex* artículo 7.1.b del Reglamento 1408/71³⁹³.

Este principio de norma más favorable fue expresamente incorporado en el Reglamento 1408/71 mediante la reforma operada por el Reglamento 647/2005³⁹⁴. Desde entonces, y hasta la actualidad, solo se prevén dos excepciones al principio general de sustitución (con la formalidad de hacerlas constar en el anexo oportuno –artículos 7.2.c) del Reglamento 1408/71 y 8.1 del Reglamento 883/2004–): 1) cuando se trate de

³⁹⁰ El litigio principal versaba sobre la agregación de los periodos trabajados en Bélgica por parte de un nacional belga residente en Francia para obtener un subsidio para asalariados de avanzada edad (no cumplía el requisito de haber trabajado 25 años en Francia computando exclusivamente el periodo trabajado en dicho Estado, pero sí en caso de agregación del tiempo de trabajo en Bélgica). La cuestión principal resuelta en la sentencia es que el Reglamento 3/58 sí era de aplicación al subsidio en cuestión. Una vez aclarada esta cuestión, la siguiente duda planteada era la relación de ese Reglamento con el Protocolo franco-belga, de 17 de enero de 1948, aplicable a ese mismo subsidio, recogido en el Anexo D del Reglamento en cuestión (Anexo donde se recogían las disposiciones convencionales que seguían siendo de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en la norma comunitaria).

³⁹¹ MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale...*, *op. cit.*, p. 333.

³⁹² En esta ocasión, la cuestión origen del procedimiento principal era el derecho o no de una nacional francesa, residente en Bélgica, casada con un nacional belga, a obtener una pensión de incapacidad belga que le había sido denegada por las instituciones de este último país al no cumplir los requisitos exigidos en la legislación nacional belga y el Acuerdo Provisional Europeo de 1953.

³⁹³ En sentido análogo, en la STJCE de 6 de junio de 1985 (157/84, asunto *Frasogna*), se consideró aplicable preferentemente la regulación comunitaria frente al Acuerdo Provisional Europeo de 1953, si bien en el ámbito del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, por tratarse de una cuestión relacionada con un subsidio fuera del ámbito de las normas de coordinación.

³⁹⁴ Reglamento (CE) núm. 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, por el que se modifican el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 (en lo sucesivo “Reglamento 647/2005”).

disposiciones más favorables para los interesados recogidas en convenios preexistentes; y 2) cuando se trate de disposiciones derivadas de circunstancias históricas específicas y con un efecto limitado en el tiempo.

A este respecto, el TJUE, en sentencia de 16 de mayo de 2013 (C-589/10, asunto *Wencel*), ha vuelto a rechazar el carácter constitutivo de las exclusiones al principio general de sustitución recogidas en el anexo correspondiente de los reglamentos de coordinación, al descartar la aplicación de una disposición expresamente contemplada en el Anexo III del Reglamento 1408/71, por no respetar los principios en los que se basan las normas de coordinación (en particular, la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas entre los Estados miembros –apartados 37 y 40–).

Actualmente, el Anexo II del Reglamento 883/2004 solo recoge un supuesto en el caso español³⁹⁵: el artículo 45.2 del Convenio de Seguridad Social suscrito con Alemania, de 4 de diciembre de 1973³⁹⁶. En este precepto, se otorga a las autoridades diplomáticas y consulares de carrera de cada uno de los Estados parte la representación de sus propios súbditos, sin necesidad de poder especial, frente a las autoridades, organismos y tribunales de Seguridad Social del otro Estado.

En el Anexo 1 del Reglamento de aplicación, de conformidad con lo señalado en el artículo 8.1 de mentado texto legal, también se posibilita la inclusión de disposiciones de acuerdos de aplicación todavía vigentes en relación con los convenios incorporados en el Anexo II del Reglamento de base. No obstante, en dicho Anexo 1 del Reglamento 987/2009 no se incorpora acuerdo alguno suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de las normas de coordinación en ambos Estados miembros³⁹⁷.

Aunque parecía desprenderse claramente de la jurisprudencia consolidada en la materia, así como del propio texto de las normas de coordinación desde la reforma de

³⁹⁵ Anteriormente, también se reconocía como disposición más favorable el artículo 22 del Convenio General de 11 de junio de 1969, celebrado entre España y Portugal (en materia de exportación de prestaciones de desempleo). Sin embargo, en el propio Anexo II se estableció una vigencia temporal de dos años desde la fecha de aplicación del Reglamento (recodemos, el 1 de mayo de 2010), por lo que ya no se encuentra vigente. Por ello, la Propuesta de actualización de 2016 (art. 3.1), así como el Acuerdo provisional alcanzado en 2019 (Anexos, apartado 2.ii), prevén la supresión de esta referencia.

³⁹⁶ *Convenio entre el Estado Español y la República Federal de Alemania sobre Seguridad Social, protocolo final y Acuerdo complementario, firmados en Bonn el 4 de diciembre de 1973*, BOE núm. 258, de 28 de octubre de 1977, pp. 23761 a 23773.

³⁹⁷ En este Anexo figuran acuerdos suscritos por el Estado español con Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Portugal, Suecia y Reino Unido (hasta el 1 de enero de 2014, también con los Países Bajos), referidos a cuestiones específicas como reembolso de gastos o liquidación de créditos recíprocos. La única referencia a un acuerdo de aplicación previo a las normas de coordinación era la relativa a los artículos 42, 43 y 44 del Acuerdo administrativo de 22 de mayo de 1970, en materia de exportación de prestaciones de desempleo (con una validez de dos años desde la entrada en vigor del Reglamento 883/2004), en consonancia con lo dispuesto en el Anexo II del Reglamento 883/2004 sobre el convenio celebrado con Portugal, de 11 de junio de 1969. No obstante, esta rúbrica fue suprimida por el Reglamento (UE) núm. 1224/2012 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2012, con efectos del 8 de enero de 2013.

2005, el TJUE tuvo que pronunciarse expresamente descartando la aplicación de los convenios internacionales preexistentes cuando estos no fueran más favorables que los reglamentos comunitarios (en este sentido, STJUE de 22 enero 2015 –C-401/13 y C-432/13, asuntos acumulados *Balazs*–).

III.1.1.A.b. La excepción jurisprudencial al principio general de sustitución: la doctrina Rönfeldt

125. El origen de la doctrina Rönfeldt. La segunda duda que ha suscitado tradicionalmente la escueta regulación contenida en el artículo 8 del Reglamento 883/2004 ha sido si el régimen excepcional del principio de sustitución recogido en los reglamentos de coordinación tiene carácter exhaustivo. Dicho de otro modo, ¿la inclusión en anexo reglamentario de las disposiciones convencionales excluidas del principio general de sustitución es un requisito *sine qua non*? En caso de respuesta afirmativa, no podría resultar de aplicación una disposición más favorable para el interesado contenida en un convenio internacional preexistente que no estuviese expresamente incluida en el correspondiente anexo.

La jurisprudencia recaída en esta materia no ha sido siempre unánime. En un primer momento, mediante STJCE de 7 de junio de 1973 (82/72, asunto *Walder*)³⁹⁸, el Tribunal de Justicia, sobre la base de los artículos 6 y 7 del Reglamento 1408/71, estableció el carácter imperativo del principio de sustitución de las disposiciones de los convenios de Seguridad Social celebrados entre Estados miembros, sin más excepciones que las previstas expresamente en el propio Reglamento, y ello incluso cuando estas disposiciones fueran más favorables para los beneficiarios que las normas comunitarias (apartados 6 a 8). Esta primera postura tan restrictiva del TJCE fue altamente criticada por la doctrina³⁹⁹, entre otros motivos, por considerar que el Tribunal se había ceñido a una mera interpretación literal de los artículos en cuestión, sin ir más allá en su análisis⁴⁰⁰.

Posteriormente, el TJCE cambió de rumbo mediante su pronunciamiento de 7 de febrero de 1991 (C-227/89, asunto *Rönfeldt*)⁴⁰¹ –considerado uno de los grandes

³⁹⁸ En el litigio principal se trataba de dilucidar si el demandante, trabajador migrante de nacionalidad neerlandesa, con residencia en Bélgica, que trabajó en los Países Bajos y solicitó pensión de jubilación en dicho Estado, tenía derecho a una pensión más elevada sobre la base del Convenio de Seguridad Social celebrado entre Bélgica y los Países Bajos, de 29 de agosto de 1947 (modificado por el Convenio de 4 de noviembre de 1957), más beneficioso que los Reglamentos comunitarios.

³⁹⁹ PENNING, F., *European Social Security Law*, op. cit., p. 296.

⁴⁰⁰ MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale...*, op. cit., pp. 334.

⁴⁰¹ En este caso, el demandante era un nacional alemán, con residencia en dicho país, solicitante de una pensión de jubilación en Alemania, con la intención de que se asimilaran los periodos cotizados en Dinamarca a efectos del cálculo de la pensión de jubilación alemana, en virtud del Convenio de Seguridad Social celebrado entre ambos países, el 14 de agosto de 1953 (siendo esa norma más beneficiosa que el Reglamento 1408/71 en este particular).

pronunciamentos del Derecho comunitario⁴⁰²-. En esta segunda ocasión, el TJCE recuerda la doctrina establecida en el asunto *Walder*, pero reconoce que la misma debía analizarse desde el prisma de la libre circulación de trabajadores, pues el objetivo perseguido por el Reglamento 1408/71 no era otro que el de contribuir a garantizar tal libertad, constitutiva de uno de los fundamentos de la Comunidad Europea (apartados 22 a 24). La conclusión a la que llegó el Tribunal en esta segunda aproximación fue clara: no se podría alcanzar el objetivo perseguido por el Derecho originario si, como consecuencia del ejercicio de la libertad de circulación, los trabajadores perdieran ventajas de Seguridad Social concedidas por la legislación nacional de un Estado miembro por sí sola (apartado 26 –recordando jurisprudencia precedente⁴⁰³–). A estos efectos, debe entenderse por “prestaciones concedidas por la legislación de un Estado miembro”, no solo las establecidas en el propio Derecho nacional adoptado por el legislador nacional, sino también las establecidas en disposiciones de convenios internacionales de Seguridad Social en vigor que están integrados en su Derecho nacional y resulten más favorables para el interesado que la normativa comunitaria (apartado 27)⁴⁰⁴. De este modo, el TJCE dio prevalencia al principio de intangibilidad de los derechos nacionales, concluyendo la aplicación, nuevamente, del principio de norma más favorable⁴⁰⁵.

A pesar de la mayoritaria aceptación de la nueva orientación del Tribunal de Justicia, también en este momento se suscitaron críticas. Por un lado, esta doctrina se consideró contraria al objetivo perseguido por el artículo 51 TCEE (actual art. 48 del TFUE), siendo este el de instaurar un sistema único y uniforme de coordinación de legislaciones nacionales de Seguridad Social, sustituyendo a la multitud de textos internacionales en esta materia (bilaterales y multilaterales), poniendo en cuestión la primacía del Derecho comunitario⁴⁰⁶. Por otro lado, se consideró problemática desde el punto de vista práctico dada su complejidad (frente a la simplicidad que caracterizaba la

⁴⁰² MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale...*, op. cit., pp. 337.

⁴⁰³ SSTJCE de 24 de octubre de 1975 (24/75, asunto *Petroni*); de 9 de julio de 1980 (807/79, asunto *Gravina*); de 23 de febrero de 1986 (254/84, asunto *De Jong*); y de 14 de diciembre de 1989 (168/88, asunto *Dammer*).

⁴⁰⁴ Esta asimilación de los convenios internacionales a la legislación nacional ya fue admitida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de diciembre de 1969 (34/69, asunto *Duffy*), donde se reconoció también que la reducción de los derechos de los trabajadores que no se compensa con las ventajas previstas por los reglamentos de coordinación (en este caso, del Reglamento 3/58), no se ajusta a la finalidad y al marco de los artículos 48 y 51 del TCEE (apartados 7 y 9).

⁴⁰⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, op. cit., p. 43.

⁴⁰⁶ En ese sentido, VAN RAEPENBUSCH, S., “Les rapports entre le Règlement (C.E.E.) n° 1408/71 et les conventions internationales dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs circulant à l’intérieur de la Communauté”, Cahiers de droit européen, núm. 3-4, 1991, pp. 449-466 (458-459).

anterior doctrina)⁴⁰⁷, y la evidente generación de complicaciones administrativas, incertidumbre y retrasos en la liquidación de prestaciones⁴⁰⁸.

La puesta en práctica de esta sentencia (tal y como se encargó de señalar el TJCE en posteriores pronunciamientos, entre otros, STJCE de 18 de febrero de 1992 –C-5/91, asunto *Di Prinzio*, apartado 18–), conllevaría una necesaria labor de comparación por parte de las instituciones nacionales competentes entre las prestaciones derivadas de la aplicación del Derecho nacional de manera exclusiva (incluyendo los convenios internacionales), teniendo en cuenta las normas anticúmulo, y las derivadas de la aplicación del Derecho comunitario, concluyendo con la concesión al interesado de aquellas prestaciones con un importe más elevado. Es precisamente esta consecuencia la que hizo que parte de la doctrina fuera muy crítica con este pronunciamiento al entender que, debido al elevado número de convenios bilaterales y multilaterales existentes en materia de Seguridad Social, sería poco realista exigir esta continua labor de comparación a las instituciones⁴⁰⁹. A este respecto, baste recordar los datos analizados en la Introducción que muestran el elevado número de casos de aplicación de las normas comunitarias de coordinación, tanto a nivel global (UE/EEE/Suiza) como a nivel español, y la multitud de normas internacionales existentes en materia de Seguridad Social señaladas en el Capítulo I.

126. La evolución de la doctrina *Rönfeldt*. Nuevamente, el Tribunal pareció hacerse eco de estas críticas para matizar su doctrina en un pronunciamiento posterior. En esta nueva sentencia, de 9 de noviembre de 1995 (C-475/93, asunto *Thévenon*), se limitaron ampliamente los efectos de la doctrina *Rönfeldt*, siendo un proceso con elevado interés para muchos gobiernos –alemán e inglés, entre otros– que decidieron presentar observaciones, todas en el sentido contrario a la aplicación de esta doctrina⁴¹⁰. En esta ocasión, el TJCE limitó la aplicación del principio de norma más favorable únicamente a aquellos casos en los que el interesado en cuestión hubiese ejercitado el derecho a la libre circulación con carácter previo a la entrada en vigor de tales normas comunitarias en ambos Estados implicados (apartados 26 y 28), es decir, cuando se hubiese generado una

⁴⁰⁷ KESSLER, F., “La prise en compte des droits à pension acquis en vertu d'une convention bilatérale conclue avant l'entrée en vigueur du Règlement CEE 1408/71”, *Revue de Droit Sanitaire et Social (RDSS)*, 1991, pp. 368-370 (370).

⁴⁰⁸ VAN RAEPENBUSCH, S., “Les rapports...” *op. cit.*, (458-459).

⁴⁰⁹ En este sentido, VAN RAEPENBUSCH, S., “Les rapports...” *op. cit.* (449) y PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 297.

⁴¹⁰ Se alegaron las dificultades prácticas derivadas de la misma –en línea con la doctrina científica–, como complicaciones administrativas, inseguridad jurídica y dilaciones en la liquidación de prestaciones (apartados 36 y 37 de las conclusiones del Abogado General).

“expectativa legítima de derecho” al amparo del convenio internacional con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento comunitario en ambos Estados parte⁴¹¹.

Esta sentencia también recibió críticas por parte de algunos autores. En este sentido, se ha considerado paradójico que la libertad de circulación recogida en el Derecho originario proteja a aquellas personas que la ejercitaron antes de la entrada en vigor del mismo, pero no a aquellas que la ejercitaron con posterioridad⁴¹².

Como puso de manifiesto la doctrina⁴¹³, con esta matización se ponía fecha de caducidad a esta excepción a la prevalencia aplicativa de las normas comunitarias de coordinación, pues la misma estaba llamada a extinguirse progresivamente, salvo nuevas adhesiones de Estados miembros, a modo de una especie de derecho transitorio. Mas, como es sabido, se han producido trece nuevas incorporaciones a la UE desde el asunto *Thévenon*⁴¹⁴, lo que ha prorrogado este régimen “transitorio”. Igualmente, se puso de manifiesto que la postura contraria llevaría al absurdo de dotar de carácter inderogable a estos convenios, de aplicación *erga omnes*, en clara contraposición a las normas comunitarias que prevén la regla de sustitución (normas cuya validez no ha sido cuestionada, ni por el TJUE ni por su antecesor)⁴¹⁵.

127. Las matizaciones prácticas de esta doctrina. Esta jurisprudencia comunitaria ha sido aplicada por el TJCE en diversas ocasiones para una diversidad de prestaciones, lo que se traduce en su aplicabilidad a toda clase de contingencias⁴¹⁶. No obstante, se han realizado tres importantes precisiones prácticas.

⁴¹¹ En este sentido, STJCE de 5 de febrero de 2002 (C-277/99, asunto *Kaske*): “los principios que se establecen en la sentencia *Rönfeldt*, antes citada, tienen el objetivo único de perpetuar un derecho adquirido en materia social que no estaba regulado en el ámbito del Derecho comunitario en el momento en que podía ejercitarlo el nacional de un Estado miembro que lo invoca. [...] tal solución se basa en la idea de que el interesado podía confiar legítimamente en que podía ampararse en las disposiciones del convenio bilateral” (apartado 27).

⁴¹² MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale...*, op. cit., p. 340.

⁴¹³ En este sentido, GONZÁLEZ-SANCHO, E., “Relaciones entre legislación comunitaria y convenios bilaterales en materia de Seguridad Social de migrantes: de la sentencia *Rönfeldt* al caso *Peschiutta*”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, enero-marzo, 1992, pp. 81-92 (84-85).

⁴¹⁴ En el caso español, existen convenios bilaterales suscritos con cuatro Estados miembros incorporados posteriormente (Bulgaria, Eslovaquia, República Checa y Rumanía), todos ellos anteriores a la fecha de las nuevas adhesiones a la UE.

⁴¹⁵ GONZÁLEZ-SANCHO, E. “Relaciones entre legislación comunitaria y convenios bilaterales...”, op. cit. (85).

⁴¹⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, op. cit., p. 44. Entre otras, SSTJCE de 9 de octubre de 1997 (C-31/96, C-32/96 y C-33/96, asuntos acumulados *Naranjo Arjona y otros*), de 17 de diciembre de 1998 (C-153/97, asunto *Grajera Rodríguez*), y de 18 de diciembre de 2007 (C-396/05, C-419/05 y C-450/05, asuntos acumulados *Habelt y otros*), en materia de pensiones de jubilación e invalidez; de 7 de mayo de 1998 (C-113/96, asunto *Gómez Rodríguez*) y de 2 de septiembre de 2002 (C-471/99, asunto *Martínez Domínguez y otros*), en materia de prestaciones familiares; y de 9 de noviembre de 2000 (C-75/99, asunto *Thelen*) y de 5 de febrero de 2002 (C-277/99, asunto *Kaske*), en materia de prestaciones de desempleo.

Por un lado, se precisó el momento en el que debe realizarse la comparación entre las prestaciones derivadas de los convenios internacionales y las reglas comunitarias en la sentencia de 7 de mayo de 1998 (C-113/96, asunto *Gómez Rodríguez*⁴¹⁷). En este asunto, el Tribunal de Justicia estableció que esta comparación debe hacerse con ocasión de la primera fijación de las prestaciones (apartado 48), no de manera continuada cada vez que se produzca una modificación de la situación personal de los interesados mientras duren las prestaciones, pues lo contrario causaría importantes dificultades de gestión a las autoridades competentes, sin que exista base para ello en el Reglamento (apartado 47).

Por otro lado, mediante STJCE de 5 de febrero de 2002 (C-277/99, asunto *Kaske*⁴¹⁸), se matizó el alcance temporal de la aplicación de estos convenios a la situación del interesado. En este pronunciamiento, el Tribunal de Luxemburgo señaló que, una vez determinado el carácter más favorable de las disposiciones de un convenio internacional, este debe regir la “situación global del trabajador”, sin que deba diferenciarse entre los periodos de seguro o empleo previos y posteriores a la entrada en vigor del Tratado y del Reglamento de coordinación (apartado 32)⁴¹⁹ –en sentido análogo, STJCE de 2 de septiembre de 2002 (C-471/99, asunto *Martínez Domínguez y otros*, apartado 30)–.

Además, en el asunto *Kaske* se señaló expresamente que, para que pueda resultar de aplicación la doctrina *Rönfeldt* (con todos los matices expuestos), no solo es necesario ejercitar la libre circulación antes de la entrada en vigor de las normas de coordinación en los dos países firmantes del convenio internacional, sino también que dicho desplazamiento se realice en un momento en el que tal convenio fuera el único aplicable al desplazamiento (apartado 27). Este argumento fue utilizado tiempo después por el TJUE para descartar la aplicación de esta doctrina a un supuesto de desplazamiento previo a la aplicación de las normas de coordinación en ambos Estados signatarios de un acuerdo

⁴¹⁷ El procedimiento principal tiene como origen la solicitud de prestaciones de orfandad para los hijos residentes en España de un trabajador español que había estado asegurado en Alemania y España antes de formar parte de la Comunidad Europea. Los hermanos Gómez Rodríguez disfrutaron de prestaciones de orfandad españolas hasta la edad máxima (18 años), momento en el que solicitaron el reconocimiento de las prestaciones alemanas (cuya edad máxima ascendía hasta los 25 años), al amparo de lo dispuesto en el Convenio entre la República Federal de Alemania y el Estado Español sobre Seguridad Social, de 4 de diciembre de 1973, por ser más favorable que el Reglamento 1408/71 en este punto.

⁴¹⁸ El origen de este litigio fue la denegación de una prestación de desempleo a una nacional alemana nacionalizada austríaca desde 1968, por parte de las autoridades austríacas. La Sra. Kaske trabajó en Austria hasta 1982, momento en el que se fue a Alemania y, tras quedarse sin empleo, obtuvo prestación de desempleo. Posteriormente, trabajó un periodo de otros tres meses y medio en Alemania y, al finalizar dicha prestación de servicios, se desplazó a Austria, país donde solicitó una nueva prestación de desempleo. Las autoridades austríacas negaron la concesión de tal prestación sobre la base del Reglamento 1408/71; sin embargo, la demandante solicitó la aplicación del Convenio bilateral celebrado entre la República Federal de Alemania y la República de Austria, relativo a las prestaciones por desempleo, en vigor desde el 1 de octubre de 1979, por ser más beneficioso en este punto.

⁴¹⁹ Más específicamente, en cuanto a las prestaciones de desempleo, el TJCE indicó que el Reglamento 1408/71 solo sería aplicable “*si los derechos adquiridos al amparo del convenio bilateral se agotaron completamente durante el primer período de desempleo*”, pues de no ser así “*el interesado sigue sometido al régimen más favorable del convenio incluso en lo referente a los períodos posteriores*” (apartado 34).

internacional, pero anterior también a la suscripción de este último (STJUE de 22 de enero de 2015 –C-401/13 y C-432/13, asuntos acumulados *Balazs*, apartado 41–⁴²⁰). Concretamente, en este caso, aunque los interesados entraban dentro del campo de aplicación personal del acuerdo internacional cuya aplicación se discutía, el Tribunal rechazó su aplicación porque los interesados se desplazaron antes de la suscripción del texto internacional; por tanto, concluyó que no podía surgir una expectativa legítima de derecho que proteger al amparo de una norma inexistente en aquel momento⁴²¹.

128. Corolario. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha validado continuamente la posibilidad de que los convenios preexistentes a los reglamentos de coordinación suscritos entre Estados miembros continúen siendo de aplicación si resultan más favorables que estos últimos, sin necesidad de su inclusión en el anexo del reglamento en cuestión. A este respecto, llama la atención que la reforma operada en el año 2005 para incluir expresamente la necesidad de que las excepciones al principio general de sustitución recogidas en el Anexo III del Reglamento 1408/71 deban ser “más favorables” para los interesados, alegara como base los asuntos *Rönfeldt*, *Thévenon*, *Thelen* y *Kaske* (considerando 4 del Reglamento 647/2005) y, sin embargo, no aprovechara la ocasión para clarificar la redacción del artículo. Tanto el tenor literal del anterior artículo 7.2.c) del Reglamento 1408/71⁴²² como el actual artículo 8.1 del Reglamento 883/2004⁴²³, parecen establecer la inclusión de tales excepciones en el correspondiente anexo como requisito *sine qua non*; sin embargo, como se ha analizado, es clara la jurisprudencia al respecto, negando ese carácter necesario.

129. Vigencia de la doctrina *Rönfeldt* tras el Reglamento 883/2004. Puesto que la jurisprudencia señalada ha sido dictada en relación con la regulación contenida en el Reglamento 1408/71, parte de la doctrina se ha cuestionado si la misma continuará vigente cuando el Tribunal europeo deba aplicar las nuevas normas de coordinación

⁴²⁰ Los demandantes en el litigio de origen fueron los esposos Balazs, ambos de nacionalidad griega y domiciliados en Grecia. Ambos tuvieron que emigrar a Rumanía en 1948 (a muy corta edad), obteniendo la condición de refugiados políticos. Tras cotizar muchos años en este país, el matrimonio Balazs fue repatriado a Grecia (en 1990). Tras ocho años en su Estado de origen, los demandantes solicitaron el reconocimiento del tiempo trabajado en Rumanía a efectos de obtener sendas pensiones de vejez en Grecia, lo que hicieron las autoridades griegas, aunque por un número de días inferior al realmente cotizado por los interesados en Rumanía. En el año 2007, el matrimonio solicitó la concesión de las pensiones de vejez, esta vez, sobre la base de los reglamentos de coordinación del año 1971. Esta petición fue denegada por las autoridades griegas sobre la base del artículo 5 del *Acuerdo bilateral entre los Gobiernos griego y rumano, celebrado el 23 de febrero de 1996, relativo a la regulación definitiva de la compensación de las cotizaciones a la Seguridad Social de los refugiados políticos griegos repatriados desde Rumanía*. Esta denegación supuso el origen del litigio que llegó hasta el TJUE.

⁴²¹ El Tribunal europeo rechazó la aplicación de las disposiciones del Acuerdo de 1996 por un motivo adicional al ya comentado, fundado en la propia base de la doctrina *Rönfeldt*, siendo este el carácter menos favorable del Acuerdo, texto cuya aplicación no había sido solicitada por los interesados.

⁴²² “[...] a condición de que dichas disposiciones estén enumeradas en el anexo III.”

⁴²³ “[...] Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el anexo II.”

contenidas en el Reglamento 883/2004 (que no han incorporado esta doctrina del TJUE)⁴²⁴. Si bien comparto que sería deseable que los Reglamentos de coordinación contuvieran expresamente esta jurisprudencia en aras de favorecer la seguridad jurídica, no considero que la no inclusión expresa prive de vigencia a la misma, por tres motivos:

- 1) En primer lugar, la propia jurisprudencia del TJUE en otros aspectos o materias. El Tribunal europeo ha convalidado la utilización de jurisprudencia recaída en el marco de textos precedentes para interpretar sus sucesores, por ejemplo, en la esfera del Reglamento Bruselas I⁴²⁵ respecto de la interpretación jurisprudencial dada al amparo de su predecesor, el Convenio de Bruselas. Sobre este particular, el Tribunal de Luxemburgo señaló que, en la medida en la que una norma sustituyó a la otra en las relaciones entre los Estados miembros, la interpretación dada por este órgano en relación con las disposiciones de la norma vetusta es igualmente válida para las de su sucesora, siempre que estas disposiciones puedan ser consideradas equivalentes⁴²⁶.

Es cierto, tal y como ha puesto de manifiesto el TJUE en muchos de sus pronunciamientos, que el considerando 19 del Reglamento Bruselas I, incorpora una referencia expresa al mantenimiento de la labor jurisprudencial previa al señalar que *“procede garantizar la continuidad entre el Convenio de Bruselas y el presente Reglamento y, a tal efecto, es oportuno establecer disposiciones transitorias. La misma continuidad debe aplicarse por lo que respecta a la interpretación de las disposiciones del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que el Protocolo de 1971 deberá seguir aplicándose también a los procedimientos que ya estuvieran pendientes en la fecha de entrada en vigor del Reglamento”* (en sentido análogo se pronuncia el considerando 34 del Reglamento Bruselas I bis⁴²⁷). En el ámbito del Reglamento 833/2004 no existe un considerando con un contenido similar a este; sin embargo, se puede entender implícita la misma voluntad continuista en el propio texto reglamentario. Así, también se regula un régimen transitorio (arts. 87 y 87 bis) y, además, el Reglamento 883/2004 realiza numerosas

⁴²⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo IV. Convenios internacionales...”, *op. cit.* (96-97).

⁴²⁵ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁴²⁶ Entre otras, SSTJUE, de 16 de julio de 2009 (C-189/08, asunto *Zuid-Chemie*, apartado 18); de 25 de octubre de 2011 (C-509/09 y C-161/10, asuntos acumulados *eDate Advertising* y *Martínez*, apartado 39); 14 de marzo de 2013 (C-419/11, asunto *Feichter*, apartado 27); de 18 de julio de 2013 (C-147/12, asunto *Öfab*, apartado 28); de 16 de junio de 2016 (C-12/15, asunto *Universal Music International Holding*, apartado 22); y de 6 de junio de 2019 (C-361/18, asunto *Weil*, apartado 40).

⁴²⁷ Reglamento UE/1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, “Reglamento Bruselas I bis” o “RBI bis”).

referencias a la labor previa del TJCE en aspectos reglados por este (considerandos 9, 21, 24, 30, 31, 34 y 37).

Igualmente, siguiendo este razonamiento, el TJUE también ha admitido la pertinencia de la jurisprudencia recaída en el marco del Reglamento 1612/68 para la interpretación de las disposiciones de su sucesor, el Reglamento 492/2011 (considerando 1), en el caso de disposiciones equivalentes⁴²⁸; e, incluso, del Reglamento 1408/71 para la interpretación del Reglamento 883/2004 en determinados casos, por la identidad de objeto y dicción⁴²⁹.

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia, dado que el Reglamento 883/2004 es el sucesor del Reglamento 1408/71⁴³⁰, que ha conservado los mismos objetivos que figuraban en este último (STJUE de 5 de junio de 2014 –C-255/13, asunto *I*, apartado 41–⁴³¹) y el contenido del artículo 8 del Reglamento 883/2004 puede entenderse equivalente al de los artículos 6 a 8 del Reglamento 1408/71 (tal y como ya se ha expuesto anteriormente), podría aplicarse este mismo razonamiento al caso que nos ocupa.

En esta línea, en el asunto *Walder* ya se indicó que la interpretación que debía darse a la regulación contenida en el Reglamento 1408/71 en este aspecto era la misma que a la de su predecesor, el Reglamento 3/58, al tener un alcance análogo por “su contenido y finalidad” (apartado 9). Parece evidente que, si el TJCE entendió equivalentes estas reglas en estos dos reglamentos comunitarios, debería decantarse igualmente por esa equivalencia respecto de las reglas contenidas en el reglamento sucesor de ellos y actualmente en vigor.

- 2) En segundo lugar, el mismo razonamiento expuesto por el Tribunal de Luxemburgo para sustentar la doctrina *Rönfeldt* podría ser extrapolable a la esfera del Reglamento 883/2004, pues también se trataría de proteger una “expectativa de derecho” legítima surgida al amparo de un convenio internacional (integrante del Derecho nacional) con anterioridad a la entrada en

⁴²⁸ Véase la STJUE de 6 de octubre de 2020 (C-181/19, asunto *JD*, apartado 34), respecto de la aplicación de la jurisprudencia recaída sobre el artículo 12 del Reglamento 1612/68 a la interpretación del artículo 10 del Reglamento 492/2011, con idéntico tenor literal.

⁴²⁹ STJUE de 11 de julio de 2018 (C-356/15, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartado 84), respecto de la interpretación del artículo 12 del Reglamento 883/2004, en materia de desplazamiento temporal de trabajadores.

⁴³⁰ Considerandos 3 y 44 del Reglamento de base, señalando el primero que la tarea de este nuevo Reglamento fue, simplemente, simplificar y modernizar el contenido de su predecesor.

⁴³¹ Sobre la base de esta sentencia y el considerando 3 del Reglamento 883/2004, parte de la doctrina ha considerado que “*toda la jurisprudencia del TJUE, aunque refiera al Reglamento 1408/1971, se considere que es de aplicación e interpretación del Reglamento 883/2004*”. Así, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, op. cit., p. 91. Siguiendo esta tesis también, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *Globalización, migraciones y expatriación...*, op. cit., pp. 159-160.

vigor del Reglamento comunitario⁴³². Muestra de ello la encontramos en la doctrina de suplicación española, que ha utilizado este argumento para aplicar preferentemente convenios bilaterales sobre la base de esta jurisprudencia comunitaria tras la entrada en vigor del Reglamento 883/2004⁴³³.

En este sentido se ha pronunciado, en concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El razonamiento utilizado por este Tribunal para mantener la aplicación de la doctrina *Rönfeldt* en el marco de los actuales Reglamentos de coordinación ha sido –apoyándose en doctrina científica–, que el principal sustento de esta jurisprudencia se mantiene intacto en los nuevos textos: la protección de los derechos nacionales (en este caso, pensiones más cuantiosas por la aplicación de los convenios internacionales). Y ello, precisamente, porque la norma comunitaria de coordinación tiene una naturaleza totalmente tuitiva, por lo que nunca puede empeorar la protección que se brinda a los migrantes al amparo exclusivo de normativa nacional (por todas, SSTSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2014 –Rec. 1916/2013, FD segundo–; de 4 de marzo de 2015 –Rec. 913/2013, FD tercero–; y de 27 de marzo de 2015 –Rec. 1205/2013, FD tercero–).

- 3) En tercer lugar, aunque el TJUE no ha dictado una sentencia resolviendo esta duda por el momento, sí le fue planteada en fecha 5 de diciembre de 2013, mediante cuestión prejudicial de la *Curtea de Apel Galați* de Rumanía (C-646/13). Este asunto fue resuelto por Auto de 22 de abril de 2015, por entender el Tribunal que el caso era prácticamente idéntico a los asuntos acumulados *Balazs*, considerando que la normativa a aplicar era “sustancialmente similar”, por lo que procedía dar idéntica respuesta. Sin embargo, tanto en este asunto como en los asuntos *Balazs*, el acuerdo bilateral no se había celebrado en el momento en el que los interesados ejercieron la libre circulación, por lo que el TJUE entendió que no podía resultar de aplicación la doctrina *Rönfeldt* al no existir expectativa legítima de derecho que proteger⁴³⁴. Este Auto podría ser tomado como preludio del posicionamiento que el Tribunal de Justicia podría adoptar en el futuro.

⁴³² En este sentido, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 9, 2014 (BIB 2014/66), versión electrónica (pp. 12-13/30).

⁴³³ Por todas, SSTSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2014 (Rec. 1916/2013) y de 4 y 27 de marzo de 2015 (Recursos 913/2013 y 1205/2013, respectivamente).

⁴³⁴ A diferencia de lo señalado sobre los asuntos acumulados *Balazs*, en este Auto no se entró a valorar el carácter menos favorable para los interesados del Acuerdo bilateral celebrado entre los Gobiernos griego y rumano, de 23 de febrero de 1996.

En esta misma línea se han pronunciado, tanto parte de la doctrina científica⁴³⁵, como la jurisprudencia española, reconociendo la pervivencia de la aplicación de esta jurisprudencia comunitaria con los nuevos Reglamentos de coordinación. Así, en sendas sentencias de 14 de enero de 2020 (Rec. 1424/2018, FFDD tercero y cuarto; y Rec. 623/2018, FD segundo), el Tribunal Supremo ha convalidado la aplicación preferente del convenio hispano-suizo frente a los actuales Reglamentos de coordinación sobre la base de la doctrina *Rönfeldt*. En ambas sentencias se señala, en idénticos términos, que este criterio de norma más favorable originado en el asunto *Rönfeldt* se ha trasladado a las actuales normas de coordinación, en cuyo artículo 8 se prevé una regulación “*en términos más o menos similares a los del artículo 7.2.c) del Reglamento de 1971*”⁴³⁶.

III.1.1.A.c. Un problema común: la determinación de la mayor favorabilidad de las normas internacionales

130. La compleja determinación de la mayor favorabilidad de los convenios.

Sin duda, la cuestión más problemática en este punto es determinar cuándo uno de estos convenios internacionales es “más favorable” que las normas comunitarias, al tratarse de un término jurídico indeterminado⁴³⁷ que constituye, nada menos, que el presupuesto de su aplicación.

En primer lugar, debe precisarse lo que la doctrina ha denominado como “módulo de comparación”⁴³⁸ para determinar ese carácter más favorable o no de una normativa frente a otra en caso de concurrencia conflictiva. Tradicionalmente, se han distinguido dos grandes sistemas de comparación de normas: el sistema del “conglobamento” y el sistema del “cúmulo” (usando terminología italiana)⁴³⁹. El primer sistema consiste en realizar una comparación de ambos textos normativos en su totalidad, de forma conjunta,

⁴³⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (541), en relación con el Criterio del INSS, de 23 de septiembre de 2010, RJ 24/2010. En el mismo sentido, VV. AA. “TC - Travail hors de France...”, *op. cit.*, marginales 6500 y 6520.

⁴³⁶ La doctrina de suplicación también ha venido aplicando la doctrina *Rönfeldt* a los Reglamentos vigentes desde 2010, entre otras, en SSTSSJ de Galicia, de 3 de marzo de 2015 (Rec. 913/2013, FD tercero) y de 27 de marzo de 2015 (Rec. 1205/2013, FD tercero); de Cataluña, de 3 de abril de 2017 (Rec. 3/2017); de 4 de mayo de 2018 (Rec. 1613/2018, FD único); y de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 5183/2018); y de Castilla y León, de 25 de enero de 2018 (Rec. 1544/2017, FD único); y de 8 de noviembre de 2018 (Rec. 1128/2018, FD único). El principal argumento esgrimido por los tribunales para defender el mantenimiento de esta interpretación de las normas de coordinación es el origen de la misma, que proviene directamente de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y no del tenor literal del texto normativo.

⁴³⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo IV. Convenios internacionales...”, *op. cit.* (96).

⁴³⁸ CAMPS RUIZ, L. M., “Comentario al artículo 3 del ET”, en VV. AA., *El estatuto de los trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, del 10 de marzo*, Edersa, 1ª Edición, Madrid, 1981, pp. 36-52 (47).

⁴³⁹ Por todos, PASCO COSMÓPOLIS, M., “La norma más favorable: su determinación”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 57, 2004, pp. 339-367 (355).

de tal manera que la elección de uno implica la exclusión total del otro⁴⁴⁰. En el extremo contrario se encuentra el sistema del cúmulo (también denominado “espiguelo”), que supone la comparación de las cláusulas de cada uno de los instrumentos normativos individualmente consideradas, es decir, una por una, extrayendo de cada texto normativo aquellas singularmente más favorables⁴⁴¹. En este segundo sistema, por tanto, no es incompatible utilizar ambos textos normativos al mismo tiempo, si bien no de manera global, sino parcial.

Como punto intermedio a estos dos grandes sistemas tradicionales, la doctrina científica creó un nuevo criterio denominado de “inescindibilidad de institutos” –o “conglobamento homogéneo de institutos”, entre otras nomenclaturas–⁴⁴². En este otro sistema se trata de comparar un conjunto de cláusulas sobre una misma materia, formando todas ellas una especie de bloque temático o “instituto inescindible”, constitutivo del objeto de la comparación entre los diversos textos normativos⁴⁴³. Al igual que en el caso del cúmulo, en este nuevo sistema también es posible aplicar parcialmente diferentes textos normativos al mismo tiempo.

Teniendo en cuenta esta triple posibilidad, la jurisprudencia del TJUE recaída en la materia que nos ocupa parece haberse decantado por la técnica del espiguelo, tal y como se deduce del análisis de la misma⁴⁴⁴. No obstante, esta técnica comparativa no está exenta de dificultades prácticas. Por un lado, al seleccionar los preceptos más beneficiosos de una y otra norma, eliminando los contrapesos de esos beneficios, se pone en jaque el denominado “equilibrio interno” de cada instrumento⁴⁴⁵. Además, si bien es cierto que pueden existir disposiciones objetivamente más beneficiosas que otras en abstracto y en concreto, no suele ser tan evidente siempre, pues en ocasiones depende de a qué aspecto se le otorgue mayor importancia (“cuestión subjetiva”⁴⁴⁶) e, incluso, puede depender de las circunstancias concretas de cada caso. Es por ello por lo que deviene tan complicado determinar qué disposiciones convencionales son “más favorables” que las disposiciones reglamentarias a estos efectos.

La principal consecuencia de estos problemas ha sido la necesaria comparación del resultado concreto que para cada interesado tendría la aplicación de los convenios

⁴⁴⁰ OJEDA AVILÉS, A., “La doctrina del equilibrio interno del convenio”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, 1987, núm. 31, pp. 333-356 (335).

⁴⁴¹ GHIDINI, M., *Diritto del lavoro. Corso di lezioni universitarie*, PADOVA, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Verona, 1969, p. 22.

⁴⁴² PASCO COSMÓPOLIS, M., “La norma más favorable: su determinación”, *op. cit.* (362-365).

⁴⁴³ GHIDINI, M., *Diritto del lavoro...*, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁴⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo IV. Convenios internacionales...”, *op. cit.* (93).

⁴⁴⁵ PASCO COSMÓPOLIS, M., “La norma más favorable: su determinación”, *op. cit.* (359-360).

⁴⁴⁶ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo IV. Convenios internacionales...”, *op. cit.* (96).

internacionales, por un lado, y los reglamentos de coordinación por otro; tarea que ha sido desarrollada por los tribunales nacionales. En el caso español, han sido numerosos los pronunciamientos sobre el carácter más favorable o no de algunas disposiciones contenidas en convenios internacionales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de las normas de coordinación⁴⁴⁷.

Conviene señalar, nuevamente, que el artículo 8 del Reglamento de base hace referencia a “*convenios de Seguridad Social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento*”. A pesar de ello, teniendo en cuenta las exigencias jurisprudenciales antes expuestas, para aplicar la doctrina *Rönfeldt* –con todos los matices y límites señalados–, es necesario que el interesado en cuestión haya generado una expectativa de derecho al amparo del convenio internacional exclusivamente, con anterioridad a la entrada en vigor de las normas de coordinación en ambos Estados parte de tal convenio (lo que se traduce en la exigencia de que el interesado haya cotizado en ambos Estados antes de la fecha de aplicación de los Reglamentos en los dos países⁴⁴⁸). En esta línea, cabe matizar que, aunque los actuales Reglamentos comunitarios entraron en vigor el 1 de mayo de 2010, dado que desde el 1 de enero de 1986 ya era de aplicación el Reglamento 1408/71 en España (como ya se ha señalado, con una regulación prácticamente análoga), desde esa fecha, no se podrían haber generado tales expectativas de derecho, salvo que, por aquel entonces, el otro Estado parte del convenio internacional no formara parte de la CE/UE.

Teniendo en cuenta la fecha de suscripción de los convenios internacionales bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados por España (véase *supra*, Tabla 1), la doctrina del TJUE expuesta podría resultar de aplicación a los siguientes convenios:

- a) Convenios suscritos antes de la entrada de España en la CEE con países que ya pertenecían a la misma: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido* y Portugal (se incorporó también el 01/01/1986).
- b) Convenios suscritos antes de la incorporación del otro Estado parte del convenio en la CE: Austria, Finlandia y Suecia (incorporadas el 01/01/1995); Eslovaquia, República Checa y Polonia (incorporadas el 01/05/2004); Bulgaria y Rumanía (incorporadas el 01/01/2007).

En relación con los convenios celebrados con la República Checa y Rumanía, es importante destacar que, aunque fueron suscritos antes de la aplicación de las normas de coordinación en estos países (recordemos, aplicables desde la fecha de su adhesión), su entrada en vigor se produjo al mismo tiempo (convenio con

⁴⁴⁷ Al respecto, ver *infra*, número 131.

⁴⁴⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (541).

la República Checa) o con posterioridad a ese momento (convenio con Rumanía). Por ello, debe descartarse la posibilidad de que pudieran derivarse expectativas legítimas de derecho dignas de protección al amparo de estos convenios. En esta línea, baste recordar lo señalado en la sentencia del TJUE en el asunto *Kaske* respecto de la doctrina *Rönfeldt* (apartado 27) –citado también en el apartado 41 de los asuntos acumulados *Balazs*–: la base de esta doctrina radica en la confianza legítima depositada por el interesado en que podría acogerse a las disposiciones de un convenio internacional que era el único que le resultaba aplicable en la fecha en que decidió desplazarse a otro Estado miembro, lo cual no podría entenderse concurrente si el convenio no estuviese en vigor en el momento del desplazamiento.

- c) Convenio suscrito con Suiza (en la medida en la que también le resultan de aplicación los reglamentos de coordinación, se podría extrapolar el mismo razonamiento⁴⁴⁹).

131. Los convenios internacionales celebrados por España y su valoración por los tribunales nacionales. El estudio de la mayor favorabilidad o no de estos convenios por los tribunales españoles ha estado centrado, principalmente⁴⁵⁰, en el ámbito del cálculo de la base reguladora de la pensión teórica española de los trabajadores migrantes⁴⁵¹. En este ámbito, se ha determinado el carácter de norma más favorable (lo que se ha traducido en el reconocimiento de pensiones más elevadas a estos trabajadores⁴⁵²) de los convenios bilaterales suscritos con Alemania (arts. 22.3.a y

⁴⁴⁹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6796.

⁴⁵⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (542).

⁴⁵¹ El régimen europeo de coordinación para el cálculo de la pensión teórica española se encuentra en el Anexo XI del Reglamento 883/2004 (en sentido análogo a lo que regulaba en su correspondiente anexo el Reglamento 1408/71). Entre otras cuestiones, este Anexo señala que, en los casos de carreras de seguro en varios Estados: 1) el periodo de referencia para este cálculo debe situarse en los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española; y 2) la integración de las posibles lagunas de cotización en ese periodo de referencia como consecuencia de la cotización en otro Estado miembro (otro Estado parte del EEE o Suiza), debe realizarse atendiendo a la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo (teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo –actualización incorporada en las normas de 2004–), denominadas “bases remotas”. Además, se prevé el incremento de la prestación así obtenida con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza.

⁴⁵² La mayor favorabilidad de estos convenios ha supuesto el reconocimiento de pensiones más elevadas para los migrantes interesados por dos motivos: 1) la posibilidad de ubicar el periodo de referencia en los años inmediatamente anteriores al hecho causante y no de la última cotización en España (como prevén los Reglamentos de coordinación); y 2) la posibilidad de integrar las lagunas de cotización durante dicho periodo debidas a la cotización en otro Estado miembro (otro Estado parte del EEE o Suiza), recurriendo a la teoría –creada por el Tribunal Supremo en 1992; *vid.*, por todas, STS de 15 de septiembre de 2010 (Rec. 4056/2009, FD tercero)– de las “bases medias” (media aritmética de las bases de cotización máxima y mínima en España, tomando como referencia las de un trabajador del mismo grupo profesional que el

25.1.b)⁴⁵³, Francia (art. 34)⁴⁵⁴, Reino Unido* (art. 16.4)⁴⁵⁵ y Países Bajos (art. 24.1.b)⁴⁵⁶. Por el contrario, los tribunales españoles han descartado ese carácter más favorable del convenio suscrito con Bélgica (arts. 14 y 19)⁴⁵⁷.

Por su parte, el efecto del convenio suscrito con Suiza (arts. 13.1.a y 14) no ha sido unánime, pues se ha determinado su carácter más favorable en algunos casos y en otros no, dependiendo de las circunstancias concretas⁴⁵⁸. El caso del convenio suscrito con Suecia (art. 17) podría entenderse equiparable al caso suizo dada la similitud del contenido de ambos textos en este aspecto, si bien el Tribunal Supremo solo se ha

migrante interesado). *Vid.* VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7012.

⁴⁵³ Entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1999 (Rec. 3792/1996, FD quinto); de 7 de junio de 1999 (Rec. 4246/1997, FD quinto); de 15 de noviembre de 2001 (Rec. 2466/2000, FD segundo); de 16 de mayo de 2003 (Rec. 3899/2002, FD segundo); de 30 de septiembre de 2003 (Rec. 4459/02, FD segundo); y de 6 de octubre de 2004 (Rec. 3504/2003, FD séptimo). Más recientemente, SSTSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2014 (Rec. 1916/2013, FD segundo); de 27 de marzo de 2015 (Rec. 1205/2013, FD tercero); y de 23 de febrero de 2016 (Rec. 384/2015, FD segundo); y de Castilla y León, de 8 de noviembre de 2018 (Rec. 1128/2018, FD único).

⁴⁵⁴ Entre otras, SSTS de 20 de abril de 2010 (Rec. 1604/09, FD séptimo) y de 15 de septiembre de 2010 (Rec. 4056/2009, FD tercero). Más recientemente, SSTTSSJ de Cataluña, de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 4691/2017, FD segundo) y de 4 de mayo de 2018 (Rec. 1613/2018, FD único); y de Castilla y León, de 25 de enero de 2018 (Rec. 1544/2017, FD único) y 16 de enero de 2019 (Rec. 1779/2018, FD único).

⁴⁵⁵ STS de 31 de enero de 2011 (Rec. 714/2010, FFDD quinto y sexto), donde se extrapola la jurisprudencia respecto del convenio hispano-holandés, dada la similitud del contenido de ambos textos internacionales en este aspecto. También en este sentido, SSTTSSJ de Galicia, de 15 de enero de 2010 (Rec. 4403/2006, FD único) y de 16 de octubre de 2012 (Rec. 3642/2009, FD único); y de Cataluña, de 3 de abril de 2017 (Rec. 3/2017, FD segundo) y de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 5183/2018, FD segundo).

⁴⁵⁶ Entre muchas otras, SSTS de 28 de diciembre de 2004 (Rec. 1956/2003, FD segundo); de 23 de octubre de 2007 (Rec. 5224/2005, FD segundo); de 30 de septiembre de 2008 (Rec. 1044/07, FD segundo); de 29 de abril de 2009 (Rec. 4519/2007, FD primero); y de 29 de diciembre de 2017 (Rec. 696/2016, FD tercero). Más recientemente, STSJ del País Vasco, de 16 de octubre de 2018 (Rec. 1674/2018, FD segundo).

⁴⁵⁷ SSTS de 1 de febrero de 2018 (Rec. 3062/2016, FD segundo) y de 14 de febrero de 2018 (Rec. 2530/2015, FD segundo). Mediante estas sentencias, el Alto Tribunal corrige su doctrina precedente, sentada en la STS de 27 de octubre de 2017 (Rec. 3006/2015), primer pronunciamiento en el que el Tribunal Supremo examinaba este Convenio (en las SSTS de 30 de septiembre de 1999 –Rec. 4300/1998– y de 19 de diciembre de 2003 –Rec. 2121/2003–, los interesados no invocaron el Acuerdo de Seguridad Social entre España y Bélgica para la fijación de la base reguladora, por lo que la controversia se resolvió aplicando los Reglamentos comunitarios exclusivamente). Este cambio jurisprudencial ya fue aplicado por el TSJ de Galicia, en su sentencia de 26 de junio de 2019 (Rec. 4706/2018, FFDD segundo, tercero y cuarto). Más recientemente, en el Auto del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2020 (Rec. 3024/2019, FD primero), se vuelve a recordar el nuevo criterio jurisprudencial en este punto (el convenio hispano-belga no remite a las “bases medias” del periodo previo al hecho causante, sino a las “bases remotas” cotizadas en España, sin ser más favorable este régimen convencional que el previsto en los Reglamentos de coordinación).

⁴⁵⁸ Es posible su aplicación preferente en algunos casos, especialmente, porque permite la ubicación del periodo de referencia en los años inmediatamente previos al hecho causante (art. 14 del Convenio). No obstante, la integración de lagunas durante este periodo de referencia debe hacerse utilizando las bases mínimas de cotización, de conformidad con el contenido literal del artículo 14 del Convenio, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en varias ocasiones (SSTS de 13 de febrero de 2019 –Rec. 619/2017, FD segundo–, de 14 de enero de 2020 –Rec. 1424/2018, FD cuarto– y de 14 de enero de 2020 –Rec. 623/2018, FD segundo–), y no las bases medias como había sostenido parte de la doctrina judicial (por todas, STSJ de Castilla y León –Burgos–, de 9 de marzo de 2015 –Rec. 67/2015, FD tercero–). Sobre este particular, *vid.* VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7012.

pronunciado en una ocasión por el momento, rechazando su carácter más favorable (STS de 25 de marzo de 2009 –Rec. 1144/2008, FD tercero–). No obstante, la STSJ de Galicia, de 29 de noviembre de 2013 (Rec. 2261/2011), haciéndose eco de la interpretación del convenio hispano-sueco realizada en este pronunciamiento del Alto Tribunal español, llega a la conclusión de que, para ese caso concreto, la aplicación de este acuerdo internacional es más beneficiosa para el interesado (FD tercero).

A diferencia de lo acontecido con los anteriores convenios, el carácter más beneficioso del convenio celebrado con Italia (apartados 3 y 4 de su art. 18) no ha sido declarado por el Tribunal Supremo dado que la única vez que se le planteó un supuesto en el que este acuerdo internacional podría aplicarse, el interesado no lo alegó, por lo que no se resolvió esta cuestión (STS de 11 de octubre de 2001 –Rec.1115/2001, FD séptimo–)⁴⁵⁹. No obstante, dada la práctica identidad de contenido del convenio hispano-italiano y el hispano-suizo, podría pensarse que la solución dada en el marco de este último acuerdo internacional podría extrapolarse también al primero.

Hasta la fecha, no existe jurisprudencia sobre este particular en relación con los restantes convenios bilaterales suscritos por España con países a los que les resultan de aplicación los reglamentos comunitarios. Sin embargo, de la lectura de los mismos, se pueden extraer ciertas conclusiones:

- Los convenios suscritos con Austria (art. 17.1.b y apartados 1 y 2 del art. 19) y Finlandia (arts. 16.3, 17.1 y apartados 2 y 3 del art. 18), también prevén un régimen muy similar al establecido en el convenio hispano-suizo, por lo que cabría pensar que, en algunos casos (no necesariamente en todos), podrían resultar más beneficiosos para los interesados que los Reglamentos de coordinación.
- Los convenios suscritos con Bulgaria (arts. 9.2 y 12.3), Eslovaquia (arts. 9.2.a y 13.2), Polonia (arts. 13.2.a y 16.2), República Checa (arts. 14.2.a y 17.2) y Rumanía (arts. 18.2.a y 22.2), regulan un régimen similar a las normas de coordinación, pero sin establecer un modo específico de integración de lagunas de cotización en España debidas a la cotización en el otro Estado parte⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Asimismo, la STSJ de Galicia, de 22 de mayo de 2015 (Rec. 3237/2013, FD undécimo), también aborda tangencialmente este asunto, pero tampoco emite ningún juicio de fondo al considerar no aplicable el convenio hispano-italiano dado que la parte actora ejerció la libre circulación mucho tiempo después de la entrada en vigor de las normas de coordinación en España.

⁴⁶⁰ En este grupo de convenios se establece que el cálculo de la pensión teórica española se deberá realizar sobre las bases de cotización reales del asegurado en España, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, incrementando la cuantía de la prestación de conformidad con el importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior para las pensiones de la misma naturaleza.

- En los convenios suscritos con Luxemburgo (arts. 20 y 22)⁴⁶¹ y Portugal (arts. 14.1, 15.1.b y 17.1.c)⁴⁶², sin embargo, se establece un régimen particular en esta materia, diferente al resto de normas.

132. La necesaria invocación en sede judicial de los convenios internacionales más favorables. Por último, es importante destacar aquí un aspecto procesal relevante. Estos convenios, al tratarse de acuerdos internacionales, son publicados en el BOE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la CE. Por ello, rige también en este ámbito el principio *iura novit curia*, lo que exime a la parte interesada de probar el texto internacional (entre otras, SSTS de 29 de octubre de 2002 –Rec. 1244/2001, FD tercero–; de 16 de febrero de 2006 –Rec. 1816/2005, FD cuarto–; y de 1 de diciembre de 2016 –Rec. 267/2015, FD segundo–). Sin embargo, los tribunales españoles⁴⁶³ vienen exigiendo que sea el interesado el que invoque la aplicación del convenio internacional que considere más favorable a sus intereses, y acredite el carácter más favorable del mismo, negando su aplicación de oficio, sobre la base del deber de congruencia que debe imperar en las sentencias judiciales⁴⁶⁴. Sobre este particular, parte de la doctrina ya ha manifestado la falta de fundamento de esta exigencia, precisamente, por la aplicación del ya mencionado principio *iura novit curia*⁴⁶⁵ y, sobre la base del mismo, han considerado necesaria, al menos, la flexibilización de esta exigencia⁴⁶⁶.

III.1.1.B. La extensión del ámbito de aplicación personal de estos convenios

133. Ámbito de aplicación personal e igualdad de trato. Una cuarta cuestión que se plantea en torno a la aplicación preferente de estos convenios internacionales es su ámbito personal de aplicación. Es muy habitual que estos convenios circunscriban su

⁴⁶¹ Desde el 1 de junio de 1977, en el ámbito de este convenio se prevé determinar la base reguladora de la pensión con el promedio de la base de las cotizaciones españolas durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses elegidos por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se produzca el hecho causante de la prestación o, en su defecto, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de su última salida de España.

⁴⁶² Al amparo de este convenio, para la determinación de la base reguladora de la pensión, las lagunas de cotización en la Seguridad Social española por cotizaciones realizadas en Portugal se colman con el promedio de las cotizaciones satisfechas en España en los meses que se tomen en consideración dentro del periodo elegido o, en su defecto, el de los veinticuatro meses consecutivos anteriores a la última salida de España.

⁴⁶³ Entre otras, SSTS de 30 de septiembre de 1999 (Rec. 4300/1998, FFDD cuarto y quinto); de 11 de octubre de 2001 (Rec. 1115/2001, FD séptimo); de 19 de diciembre de 2003 (Rec. 2121/2003, FFDD tercero y cuarto); y de 16 de septiembre de 2009 (Rec. 2950/2008, FD segundo).

⁴⁶⁴ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7012.

⁴⁶⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo V. El cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la «cuantía teórica»”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *Migrantes y Derecho...*, *op. cit.*, pp. 95-120 (102).

⁴⁶⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F., “Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 191-219 (204).

ámbito subjetivo únicamente a los nacionales de los Estados firmantes⁴⁶⁷, y de ahí que surja la cuestión sobre su posible extensión al resto de nacionales de la Unión. Esta duda no ha suscitado gran controversia dado que, tanto el anterior Reglamento 1408/71 como el actual Reglamento 883/2004, parecen dejar bastante clara la respuesta. El Reglamento 1408/71 se encargaba de establecer expresamente que estas disposiciones convencionales que siguieran siendo aplicables lo serían a todas aquellas personas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, salvo disposición en contrario en el Anexo III (art. 3.3). Asimismo, el actual artículo 8.1 *in fine* del Reglamento 883/2004 prevé la necesidad de especificar expresamente aquellos casos en los que, por razones objetivas, no sea posible extender estas disposiciones a todas las personas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. En cualquier caso, la base de esta aplicación extensiva de las normas convencionales es la igualdad de trato proclamada en el propio Derecho originario con carácter general, y en las normas de coordinación en particular⁴⁶⁸, principio que es aplicable a todos los Estados miembros, siendo estos los firmantes de los convenios internacionales en cuestión⁴⁶⁹.

III.1.1.C. El régimen aplicable a los convenios multilaterales

134. La posible extensión de la doctrina. Cuanto antecede, guarda relación con los convenios internacionales de carácter bilateral, pero ello también es predicable de los textos de naturaleza multilateral suscritos por varios Estados miembros. El actual Reglamento de base hace una referencia genérica a “convenios de Seguridad Social suscritos por los Estados miembros”, debiendo entenderse, por tanto, que donde el legislador no ha distinguido, no debemos distinguir entre los convenios de carácter bilateral y multilateral⁴⁷⁰. A mayor abundamiento, y como ya se ha tenido ocasión de señalar, en los precedentes reglamentos de coordinación sí se mencionaba expresamente que la regulación de esta materia incluía tanto a convenios que afectarían “*exclusivamente a dos o varios Estados miembros*”, como a aquellos que afectarían “*al menos a dos Estados miembros y a uno o varios otros Estados*”. De hecho, en las exclusiones a la regla general de sustitución que los Reglamentos 3/58 y 1408/71 preveían expresamente, se hacía referencia a acuerdos internacionales de carácter multilateral (entre otros, los

⁴⁶⁷ Así ocurre, por ejemplo, en los convenios suscritos por el Estado español con Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal.

⁴⁶⁸ Ampliamente sobre este principio en el ámbito de las normas de coordinación, *infra*, apartado IV.1.

⁴⁶⁹ En este sentido, VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6796. Esta respuesta se ve avalada por la posición del TJUE en su sentencia de 15 de enero de 2002 (C-55/00, asunto *Gottardo*), en materia de convenios internacionales celebrados con terceros Estados, ampliamente comentada en el apartado siguiente.

⁴⁷⁰ En análogo sentido, considerando aplicable el artículo 8 del Reglamento de base a los convenios bilaterales y multilaterales, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 133.

convenios elaborados en el seno de la OIT). Además, la argumentación utilizada por el Tribunal de Luxemburgo en este tema es perfectamente extensible al ámbito de los acuerdos multilaterales.

Así, la jurisprudencia expuesta también podría resultar de aplicación a acuerdos internacionales multilaterales más beneficiosos para los interesados (por ejemplo, convenios suscritos en el marco de la OIT⁴⁷¹ o los Acuerdos relativos a la Seguridad Social de los bateleros del Rin⁴⁷²), siempre que no deban intervenir las instituciones de un tercer Estado⁴⁷³.

III.1.2. Relación con convenios posteriores a los Reglamentos de coordinación

135. El carácter de norma mínima de los Reglamentos de coordinación. En sentido análogo a lo establecido en los Reglamentos 3/58 (art. 6) y 1408/71 (art. 8), tras la entrada en vigor del Reglamento 883/2004, sigue siendo posible celebrar convenios entre Estados miembros, en caso necesario, siempre que se respeten los principios y el espíritu de las normas comunitarias de coordinación (art. 8.2 del Reglamento 883/2004)⁴⁷⁴. La finalidad de este apartado era vedar la posibilidad de que, mediante convenios entre los Estados miembros, se pudiera derogar el sistema previsto en estas normas comunitarias⁴⁷⁵. Los Reglamentos de coordinación son, por tanto, una norma de derecho necesario relativo de mínimos⁴⁷⁶, existiendo entre ellos y las normas nacionales

⁴⁷¹ Parte de la doctrina ha precisado que, tanto los convenios de la OIT como los del Consejo de Europa, no se superponen a penas con las normas de coordinación al establecer estándares mínimos que deben respetar las legislaciones nacionales, refiriéndose muy poco a la coordinación. En este sentido, KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁷² En este sentido, VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6794. Sobre los Acuerdos relativos a la Seguridad Social de los bateleros del Rin, algunos autores han considerado innecesaria mantener la prioridad contenida en las anteriores versiones de los reglamentos de coordinación por no existir conflicto de normas respecto de las normas de coordinación. Sobre este particular, *vid.* FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 134; y KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁷³ Véase el régimen aplicable en estos supuestos *infra* III.2.

⁴⁷⁴ El TJCE ya señaló que el antecesor del artículo 8.2 del Reglamento de base (art. 8 del Reglamento 1408/71), solo era de aplicación a los convenios celebrados entre los Estados miembros después de la entrada en vigor del Reglamento. En este sentido, SSTJCE de 2 de agosto de 1993 (C-23/92, asunto *Grano-Nova*, apartado 22) y de 28 de abril de 1994 (C-305/92, asunto *Hoorn*, apartado 19).

⁴⁷⁵ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁷⁶ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, *op. cit.* pp. 200 y 241. En este mismo sentido, se han calificado a los reglamentos de coordinación como “normas mínimas de cobertura para los trabajadores migrantes”, cobertura que puede ampliarse a través de la legislación interna de los Estados miembros. *Vid.* SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 17-48 (25-26); análogamente, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *Globalización, migraciones y expatriación...*, *op. cit.*, p. 179. Asimismo, el carácter de mínimo mejorable del Derecho comunitario ha sido consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en diversas ocasiones (por todas, STJCE de 7 de julio de 1992 –C-370/90, asunto *Singh*, apartado 23–).

(entre las que se incluyen las normas suscritas al amparo del Derecho Internacional) una relación de complementariedad⁴⁷⁷.

Los Estados miembros suscriptores deben notificar por escrito a la Comisión Europea la celebración del convenio en cuestión, indicando el momento de su entrada en vigor (art. 9.1 del Reglamento 883/2004). Esta notificación debe hacerse con carácter anual y se le dará la debida publicidad mediante la publicación en el DOUE⁴⁷⁸ (art. 9.2 del Reglamento 883/2004). En consonancia con lo anterior, el artículo 8.2 del Reglamento 987/2009 prevé la posibilidad de adoptar también acuerdos relativos a la aplicación de los convenios del artículo 8.2 del Reglamento de base, debiendo incluirse en el Anexo 1 del Reglamento 987/2009.

136. El posible control de oportunidad de los convenios celebrados entre EEMM. La referencia contenida en todas las versiones de las normas de coordinación relativa a la posibilidad de celebrar estos convenios “en caso necesario” no pasó desapercibida para la doctrina científica. Algunos autores interpretaron este inciso como el reconocimiento implícito de un cierto “control de oportunidad” de estos convenios, es decir, la posibilidad de valorar si los mismos son verdaderamente “necesarios” o no para mejorar la aplicación de las reglas comunitarias⁴⁷⁹. Esta oportunidad, en términos de “necesidad”, se entendió que podría estar justificada en los casos en los que son las propias reglas comunitarias las que llaman a la intervención convencional entre Estados miembros en algunos aspectos específicos⁴⁸⁰ (por ejemplo, en los arts. 16.1, 34.3, 35.3, 41.2 y 65.8 del Reglamento de base). En esta línea, un sector doctrinal más estricto consideró que la celebración de estos convenios solo podía realizarse en estos casos⁴⁸¹. Por ello, se concluyó que, mediante esta restricción, las normas de coordinación no hicieron más que plasmar, de forma implícita, el “principio de no injerencia” del Derecho internacional en las materias ya cubiertas por el Derecho de la Unión Europea⁴⁸². En ambos casos, esto es, tanto si se opta por una posición más estricta o más flexible, lo cierto es que sorprende que una norma destinada a la coordinación a nivel europeo, prevea la posibilidad de acuerdos entre solo algunos Estados miembros, complicando aún más el complejo entramado normativo⁴⁸³.

⁴⁷⁷ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁷⁸ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6805.

⁴⁷⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación...”, *op. cit.* (11).

⁴⁸⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁸¹ VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 443-444.

⁴⁸² CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁸³ En esta línea, sobre lo “curioso” de esta disposición, ROMÁN VACA, E., “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 109-113 (110).

137. Nuevamente, hay que insistir en la aplicación analógica de lo aquí señalado al caso del resto de Estados parte del EEE y Suiza, a los que también se aplican las normas comunitarias de coordinación.

138. Los convenios posteriores celebrados por el Estado español. En el caso español, no se han celebrado convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con otros Estados a los que les resulten de aplicación los reglamentos de coordinación con posterioridad a la entrada en vigor de estas normas. En cambio, sí se han adoptado disposiciones sobre materias específicas, recogidas en el Anexo 1 del Reglamento de aplicación⁴⁸⁴.

139. Régimen aplicable a los convenios multilaterales. En cuanto a convenios multilaterales, podrían incluirse dentro de esta categoría, por un lado, el CMISS, ratificado por España y Portugal (texto de 10 de noviembre de 2007, que, como ya se indicó *supra*, contiene reglas prácticamente análogas a estos reglamentos, aunque con las adaptaciones necesarias para su aplicación a países con sistemas de Seguridad Social tan dispares); y, por otro lado, el Convenio de la OIT sobre trabajo marítimo (de 23 de febrero de 2006), ratificado por la inmensa mayoría de Estados miembros.

III.2. Relación con convenios internacionales suscritos con terceros Estados

140. La regla general de no afectación de los Reglamentos de coordinación a los convenios internacionales celebrados con terceros Estados. Como ya se ha indicado, ni el actual Reglamento 883/2004, ni sus predecesores, establecen regla alguna sobre la articulación de los convenios internacionales suscritos con terceros Estados y los reglamentos de coordinación. Ello llevó a parte de la doctrina a entender que estos textos internacionales no fueron afectados por las normas de coordinación, bien siguiendo la regla general de no afectación a los derechos y obligaciones derivados de convenios celebrados con terceros países con anterioridad a la entrada en vigor de los Tratados de la UE, *ex* artículo 351 del TFUE (anterior art. 307 del TCE)⁴⁸⁵; bien buscando el fundamento en la no inclusión de estos convenios en el ámbito de aplicación de los reglamentos de coordinación⁴⁸⁶ (como ya se ha señalado, la afectación de estos

⁴⁸⁴ Como ya se ha indicado anteriormente, en este Anexo figuran acuerdos suscritos por el Estado español con Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia Portugal, Suecia y Reino Unido* (hasta el 1 de enero de 2014, también con los Países Bajos), referidos a cuestiones específicas como reembolso de gastos o liquidación de créditos recíprocos.

⁴⁸⁵ En este sentido, VAN RAEPENBUSCH, S., “Les rapports...” *op. cit.*, (456) y MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale...*, *op. cit.*, pp. 327 y 345.

⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero: régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, España, 2017, p. 124.

reglamentos solo tendría lugar en el caso de coincidencia de ámbitos de aplicación, pero no si estos difieren). En cualquier caso, esta no afectación de los reglamentos de coordinación a lo dispuesto en estos acuerdos internacionales ha sido confirmada posteriormente por la jurisprudencia comunitaria⁴⁸⁷, aunque es necesario realizar algunas observaciones.

141. La compatibilidad de los convenios internacionales con el Derecho europeo y el artículo 351 del TFUE. En primer lugar, es importante matizar que se está haciendo referencia a convenios compatibles con el Derecho europeo, pues de lo contrario, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 351 del TFUE, es decir, se debería recurrir a los medios apropiados para eliminar las posibles incompatibilidades (normalmente, la negociación con los terceros Estados implicados, siendo la denuncia convencional un recurso excepcional⁴⁸⁸).

142. El diferente ámbito subjetivo de los convenios internacionales suscritos con terceros Estados. En segundo lugar, es importante establecer una trascendente distinción dentro de todos los convenios internacionales suscritos con terceros Estados, en función del ámbito de aplicación personal de los mismos, pues ello tiene importantes consecuencias. Así, cabe distinguir entre los convenios con ámbitos de aplicación amplios, no constreñidos en función de la nacionalidad de los beneficiarios, y los convenios en cuyo ámbito de aplicación personal se incluye exclusivamente a los nacionales de los Estados parte.

En el caso de los veinticuatro convenios bilaterales suscritos por el reino de España con terceros Estados, dentro del primer grupo podemos situar catorce convenios⁴⁸⁹, cuya aplicación personal se extiende expresamente a cualquier trabajador que esté o haya estado vinculado al sistema nacional de Seguridad Social de alguno de estos Estados (o de los dos), con independencia de su nacionalidad. Por su parte, dentro del segundo grupo se encuentran los restantes diez convenios⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁸⁸ VAN RAEPENBUSCH, S., “Les rapports entre le droit communautaire et les conventions internationales entre États tiers antérieures au traité CE”, *Revue de Jurisprudence Sociale*, diciembre de 1993, versión electrónica, p. 5/7.

⁴⁸⁹ Convenios suscritos con Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, China, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Japón, Paraguay, Perú y Uruguay. Sin embargo, a pesar de no circunscribir la aplicación de los convenios a los nacionales de los Estados parte, en los convenios suscritos con Andorra, Ecuador y Perú (arts. 4 de todos ellos), el principio de igualdad de trato hace referencia exclusivamente a los nacionales, no a todas las personas a las que pueda resultar de aplicación el texto (que, dado su ámbito subjetivo de aplicación, podrían ser no nacionales).

⁴⁹⁰ Convenios suscritos con Chile, Colombia, Filipinas, Marruecos, México, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania y Venezuela.

143. La posible aplicación simultánea de los convenios internacionales y los Reglamentos de coordinación. Respecto del primer bloque de convenios, la principal cuestión que se podría suscitar es si a una persona comprendida dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de coordinación y, al mismo tiempo, de un convenio internacional bilateral, le podrían resultar de aplicación acumulativa las disposiciones de ambos textos. Esta cuestión ya fue abordada por el TJCE, en sentencia de 5 de julio de 1988 (21/27, asunto *Borowitz*⁴⁹¹). En este momento, el Tribunal de Luxemburgo ya señaló que no existe ninguna norma en los reglamentos de coordinación (en aquel momento, el Reglamento 1408/71, pero extrapolable, *mutatis mutandis*, al actual Reglamento 883/2004) que se oponga a que la institución competente de un Estado miembro asimile a las cotizaciones obligatorias y a la afiliación a su sistema nacional de Seguridad Social, acumulativamente, tanto las cotizaciones abonadas y la afiliación realizada en otro Estado miembro, como las realizadas en un tercer Estado con el que dicho Estado miembro en cuestión haya suscrito un convenio bilateral en este sentido (apartado 25). Por tanto, sería perfectamente posible que un Estado miembro tuviese que aplicar el principio de asimilación, simultáneamente, respecto de las condiciones acreditadas en otro Estado de la Unión –sobre la base de las normas comunitarias de coordinación– y respecto de las acontecidas en un tercer Estado –sobre la base de un convenio bilateral internacional–. No obstante, esta actuación solo sería exigible al Estado miembro que haya suscrito el convenio bilateral en particular, pero en ningún caso obligaría a los restantes Estados miembros ajenos al mismo, a los que no les debe suponer incremento alguno de su nivel de obligaciones (apartado 26, asunto *Borowitz*). En definitiva, con esta sentencia se validaba la teoría de la no afectación de los reglamentos a los derechos y obligaciones recíprocos surgidos de un convenio internacional previo entre un Estado miembro y un tercer Estado (“*res inter alios acta*”), en línea con lo establecido en el artículo 30.4.b) del *Convenio de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre Derecho de los Tratados*⁴⁹² (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099 a 13110).

144. La extensión jurisprudencial del ámbito subjetivo de los convenios internacionales suscritos con terceros Estados: la doctrina *Gottardo*. Por su parte, respecto del segundo bloque de convenios, la cuestión más debatida desde años atrás ha sido si el hecho de circunscribir el ámbito personal de estos convenios únicamente a los nacionales de un Estado miembro –sin extenderlo al resto de ciudadanos europeos en situación análoga– es compatible con el derecho de la Unión Europea, concretamente,

⁴⁹¹ Sentencia dictada con ocasión del cálculo de una pensión de jubilación por el Estado alemán a un nacional polaco, nacionalizado alemán, que prestó servicios en Alemania, Países Bajos y Polonia (país con el que Alemania tenía suscrito un convenio bilateral en materia de Seguridad Social antes de la adhesión de aquel a la UE, en 2004).

⁴⁹² VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 434, 437-438.

con el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad (art. 18 del TFUE –con carácter general–, art. 45 del TFUE –para los trabajadores– y art. 4 del Reglamento 883/2004 –en materia de coordinación–). En este punto, es importante destacar la evolución de la doctrina del TJUE, pues no siempre ha mantenido el mismo posicionamiento.

En un primer momento, el por aquel entonces TJCE consideró que el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los distintos Estados miembros no podía ser invocado para la aplicación de un convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre un Estado miembro y un tercer Estado, incluyendo solo a sus nacionales, si el ciudadano europeo solicitante no ostentaba la nacionalidad del Estado miembro suscriptor del convenio (STJCE de 2 de agosto de 1993 –C-23/92, asunto *Grana-Novoa*⁴⁹³). Para el Tribunal, cuando el Reglamento 1408/71 hacía referencia a la igualdad de trato en términos de poder acceder en las mismas condiciones a las obligaciones y beneficios que la legislación de todo Estado miembro estableciera para sus nacionales (sin perjuicio de disposiciones particulares del Reglamento –art. 3.1–), dentro del concepto de “legislación” no estaban incluidos los convenios bilaterales internacionales. Para llegar a esta conclusión, el TJCE se basó en dos argumentos: por un lado, tuvo en consideración que la definición de “legislación” contenida en el artículo 1.j) del Reglamento 1408/71 no mencionaba expresamente los convenios internacionales de Seguridad Social (apartado 15); y, por otro lado, entendió que cuando el Reglamento ha querido hacer referencia a instrumentos internacionales, lo ha hecho expresamente (como así lo hizo en los artículos 6, 7 y 8), por lo que la ausencia de referencia alguna a convenios bilaterales entre un Estado miembro y un tercer Estado sin la intervención de otros Estados miembros debe interpretarse en el sentido de que estos textos se han querido excluir de su ámbito de aplicación (apartados 16 a 25). El hecho de que estos convenios pasen a formar parte del ordenamiento nacional del Estado miembro que lo suscribe, con rango de ley, no fue considerado suficiente para alterar la conclusión anterior, alegando el TJCE que el alcance del Reglamento debe ser igual para todos los Estados miembros, sin que se pueda hacer depender del modo de integración de los convenios internacionales en el ordenamiento nacional de los diferentes países (apartado 27).

Esta postura inicial fue ampliamente criticada por la doctrina, especialmente por entender que la no inclusión de estos convenios en el término “legislación” era contraria

⁴⁹³ Sentencia dictada en relación con la desestimación de una pensión de invalidez solicitada por una nacional española ante las instituciones alemanas, por no cumplir con el periodo de carencia exigido de conformidad con la normativa nacional, computando únicamente los periodos cotizados en Alemania, pero no en Suiza, país con el que Alemania tenía suscrito un convenio bilateral (con ámbito de aplicación personal solo para los nacionales de ambos Estados), existiendo también un convenio hispano-germano estableciendo la igualdad de trato entre los nacionales de ambos países en materia de Seguridad Social.

a la jurisprudencia precedente (especialmente, los asuntos *Duffy, Matteucci* –sentencia de 27 de septiembre de 1988, 235/87– y *Rönfeldt*)⁴⁹⁴.

Tiempo después, el TJCE tuvo ocasión de volver a manifestarse sobre este particular, en su sentencia de 15 de enero de 2002 (C-55/00, asunto *Gottardo*). En este caso, la respuesta dada sobre la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad en estos supuestos fue totalmente contraria a la formulada en el asunto *Grana-Novoa*. En esta segunda ocasión, el TJCE no analizó específicamente si los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre un único Estado miembro y un tercer Estado entran dentro del concepto de “legislación” a efectos de coordinación o no⁴⁹⁵, sino que estableció que la interpretación de tal concepto no puede tener como resultado un incumplimiento del principio de igualdad de trato. En este sentido, recordó la jurisprudencia previa en cuanto a convenios internacionales bilaterales (si bien en materia de becas de estudios –asunto *Matteucci*– y en materia fiscal –sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-307/97, asunto *Saint-Gobain ZN*), según la cual los beneficios contenidos en estas normas deben extenderse a todos los nacionales de otros Estados miembros residentes en el territorio del Estado suscriptor (ya sean personas físicas – asunto *Matteucci*– o jurídicas –asunto *Saint-Gobain ZN*–). Y ello sin que pueda enervarse sobre la base de un aumento de las cargas financieras para el propio Estado miembro suscriptor o las dificultades administrativas ligadas a la colaboración con las autoridades del tercer Estado (apartado 38). De este modo, a través de la sentencia del asunto *Gottardo* se reconoció la denominada “doctrina escisionista del convenio”, en virtud de la cual se entiende que el convenio internacional se encuentra “escindido” al aplicarse totalmente a los ciudadanos de los Estados parte del mismo, pero solo parcialmente a los nacionales del resto de Estados miembros de la Unión (pues el convenio solo se aplicaría a estos últimos ciudadanos por el Estado miembro firmante, pero no así por el tercer Estado parte)⁴⁹⁶.

De todo cuanto antecede, se puede concluir la postura actual del Tribunal europeo⁴⁹⁷: con independencia de las consideraciones específicas que se realicen en el

⁴⁹⁴ Véase MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale ...*, *op. cit.* pp. 346-348 y jurisprudencia ahí citada.

⁴⁹⁵ Omisión que parte de la doctrina entendió como una voluntad implícita del Tribunal de Luxemburgo de apartarse de esa inclusión de las normas bilaterales internacionales de Seguridad Social en el ámbito de la legislación nacional a estos efectos. En este sentido, PÉREZ YÁÑEZ, R. M., “La extensión del ámbito subjetivo de los convenios bilaterales, en materia de seguridad social, suscritos entre un estado miembro y un tercer estado”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 65, 2002, pp. 209-222 (218). Negando la inclusión de los convenios internacionales de Seguridad Social realizados entre un solo Estado miembro y un tercer Estado del término de “legislación” a efectos de coordinación sobre la base del asunto *Grana-Novoa*, RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartado 212.

⁴⁹⁶ GONZÁLEZ-SANCHO, E. “Relaciones entre legislación comunitaria y convenios bilaterales...”, *op. cit.*, (89-90).

⁴⁹⁷ Muestra de ello es el Auto de 5 de septiembre de 2019 (C-801/18, asunto *EU*). En esta ocasión, el TJUE resuelve un nuevo asunto en esta materia, pero mediante auto, porque entiende que la respuesta a la cuestión

texto de los convenios en cuanto a su ámbito de aplicación personal, deben resultar de aplicación preferente a cualquier ciudadano de la Unión en situación comparable, pues lo contrario supondría una discriminación por razón de la nacionalidad contraria al Derecho de la Unión; ello salvo que la denegación de esta equiparación se pueda justificar por razones objetivas, entre las que se encontraría cuestionar el equilibrio y la reciprocidad del propio convenio⁴⁹⁸. Entre estas razones objetivas –a las que el Tribunal deja poco margen de actuación–, se encontrarían las relacionadas, fundamentalmente, con la necesidad de obtener una labor activa por parte del tercer Estado implicado, aunque solo sea administrativamente (por ejemplo, para obtener ciertos datos del expediente del interesado)⁴⁹⁹, pues estas actuaciones no dependen del Estado miembro en cuestión.

Esta doctrina ha supuesto una especie de efecto “catalizador” al ampliar el ámbito subjetivo de las normas internacionales –más allá del inicialmente previsto–, expandiendo un poco más los límites de la territorialidad que caracterizan a la Seguridad Social⁵⁰⁰. No obstante, como ya se ha indicado, este “enriquecimiento” normativo no es total dado que lo dispuesto en el convenio internacional “expandido” solo es oponible frente al Estado miembro firmante pero no frente al resto de países integrantes de la UE.

145. Las limitaciones de la doctrina *Gottardo*. No obstante lo anterior, no podemos olvidar que la otra parte signataria de estos convenios es un tercer Estado al que no le vinculan las decisiones del TJUE ni el Derecho de la Unión, motivo por el cual no se le puede obligar a extender el ámbito de aplicación personal del correspondiente convenio suscrito sobre la base de tal jurisprudencia⁵⁰¹. En línea con lo anterior, la Recomendación de la Comisión Administrativa núm. H1, de 19 de junio de 2013, relativa a la citada jurisprudencia *Gottardo*, ha matizado que, en los casos de convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos con terceros Estados con posterioridad a la misma, se debe incluir expresamente el principio de no discriminación por razón de

prejudicial se deduce claramente de jurisprudencia consolidada, sin que exista duda razonable. En este caso, el litigio principal tenía como objeto dilucidar si era ajustado al artículo 45 del TFUE, en relación con el artículo 4 del Reglamento 883/2004, la denegación de prestaciones familiares para la hija de un nacional portugués residente en Francia que trabajaba en Luxemburgo, cuya hija vivía con su madre en un tercer Estado (Brasil), cuando en análogas circunstancias, dichas prestaciones serían concedidas (salvo causa objetiva de denegación) a los nacionales y residentes en Luxemburgo sobre la base de un Convenio en materia de Seguridad Social suscrito en 1965 entre dicho Estado y Brasil. Nuevamente, el TJUE vuelve a citar los asuntos *Matteucci*, *Saint-Gobain ZN* y *Gottardo* (entre otros), para fundamentar que tal denegación es contraria al artículo 45 del TFUE, en relación con el artículo 4 del Reglamento de base.

⁴⁹⁸ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7075.

⁴⁹⁹ ROZEZ, S., “Droit de la protection sociale...”, *op. cit.*, (9 y 19).

⁵⁰⁰ *Ibid.* (8-9).

⁵⁰¹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6792.

nacionalidad entre ciudadanos europeos (en el mismo sentido que las Recomendaciones número 22, de 18 de junio de 2003 y número P1, de 12 de junio de 2009⁵⁰²).

Si bien no cabe duda de lo aconsejable que sería el cumplimiento de esta recomendación para evitar problemas posteriores, no siempre será posible, aunque concurra la voluntad de los propios Estados de la Unión, pues los terceros Estados parte pueden negarse a la inclusión de tal cláusula. De cualquier modo, con independencia del motivo de la no inclusión del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los eventuales textos convencionales, dado que las recomendaciones de la CACSS carecen de fuerza jurídica vinculante⁵⁰³, la consecuencia que podría derivarse de su eventual incumplimiento sería, llegado el momento, la aplicación de la doctrina *Gottardo*, ya sea por parte de las instituciones nacionales de Seguridad Social, ya sea por los tribunales competentes (nacionales o europeo)⁵⁰⁴.

Pero como ya se ha encargado de matizar el TJUE, esta doctrina solo tiene consecuencias para el Estado miembro suscriptor del convenio bilateral en cuestión, pero en ningún caso para el resto de Estados miembros ni para los terceros Estados parte de tales normas internacionales. Es más, si la aplicación de esta doctrina conllevara un incremento de costes para este otro tercer país, de la jurisprudencia citada parece desprenderse que podría alegarse una afectación “al equilibrio y reciprocidad del propio convenio”, pudiendo ello constituir una razón objetiva para denegar la equiparación señalada (siempre que ello se acreditara suficientemente, no bastando la mera cita a tales problemas sin evidencia alguna –apartado 37 del asunto *Gottardo*–)⁵⁰⁵. Sin embargo, como ya se ha indicado, la aplicación de esta doctrina, incluso cuando no suponga un incremento de costes para los terceros Estados implicados, presenta una elevada “complejidad técnica” dado que requiere la cooperación de los dos Estados firmantes del

⁵⁰² Esta Recomendación fue expresamente incorporada al Acuerdo sobre el EEE mediante la Decisión núm. 76/2011 del Comité mixto, de 1 de julio de 2011 –considerando 19– (DOCE núm. L 262 de 6 de octubre de 2011, pp. 33-43).

⁵⁰³ Como ya se ha señalado, así se ha manifestado la jurisprudencia comunitaria desde antiguo, entre otros, en los asuntos *Romano* y *Knoch*.

⁵⁰⁴ En caso de incumplimiento del principio de igualdad de trato en estos supuestos, podría llegar a derivarse responsabilidad para el Estado español por dos posibles cauces: el procedimiento de incumplimiento (arts. 258-260 del TFUE), y la acción de responsabilidad del Estado frente al particular perjudicado (regulada, en el caso español y en lo que al poder judicial se refiere, por los arts. 292-296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–). Más ampliamente sobre este particular, *vid.* NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Capítulo 4. La eficacia de las directivas...”, *op. cit.*, (114-127).

⁵⁰⁵ En el caso español, dos de los convenios bilaterales suscritos con posterioridad a la primera recomendación derivada de la doctrina *Gottardo*, de 18 de junio de 2003, circunscriben su ámbito de aplicación a los nacionales de los Estados parte (convenios suscritos con Colombia –2005– y República Dominicana –2004–), incumpliendo así lo dispuesto en tal Recomendación. Además, otro convenio suscrito con posterioridad a esa fecha, constriñe el principio de igualdad de trato a los nacionales de las partes, a pesar de que su ámbito subjetivo de aplicación no tenga en cuenta la nacionalidad (convenio suscrito con Ecuador –2009–, art. 4), lo que también incumpliría el contenido de la Recomendación.

convenio, especialmente en el caso de prestaciones a largo plazo⁵⁰⁶ (los terceros Estados serían los encargados, entre otras actuaciones, de certificar los periodos de seguro cumplidos por el interesado en su sistema de Seguridad Social⁵⁰⁷, certificado sin el que no se podría aplicar eficazmente el convenio).

146. Régimen aplicable a los convenios multilaterales. En este caso, también se podría entender extrapolable esta jurisprudencia comunitaria, tanto la del asunto *Borowitz* como la del asunto *Gottardo*, al ámbito de los convenios multilaterales. Respecto de la primera sentencia, piénsese, sobre todo, en el CMISS, convenio que no limita su ámbito de aplicación a los nacionales de los Estados parte (art. 2). Como ya se indicó, las normas comunitarias de coordinación fueron tomadas como base para la elaboración de esta norma internacional, con las particularidades propias derivadas de los diferentes sistemas de Seguridad Social presentes en los países a los que les resulta de aplicación. Por ello, en determinados casos, podría resultar muy conveniente para el interesado la aplicación simultánea de las normas comunitarias de coordinación y el CMISS.

Respecto de la segunda sentencia, cabe señalar que los convenios multilaterales también se incorporan al ordenamiento nacional e, igualmente, son susceptibles de afectar a la igualdad de trato entre nacionales europeos en caso de aplicación exclusiva de sus beneficios de Seguridad Social a los nacionales de los países signatarios (a pesar de que la Recomendación de la CACSS señalada hable únicamente de convenios bilaterales). De ahí que deba entenderse aplicable la doctrina *Gottardo* también a estos casos, por los mismos motivos alegados respecto de los convenios bilaterales.

⁵⁰⁶ GONZÁLEZ-SANCHO, E. “Relaciones entre legislación comunitaria y convenios bilaterales...”, *op. cit.* (91).

⁵⁰⁷ LÓPEZ TERRADA, E., “Capítulo quinto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.* (191).

PARTE SEGUNDA

PUNTOS CRÍTICOS ESPECÍFICOS DE LAS NORMAS DE CONFLICTO COMUNITARIAS: PRESENTE Y FUTURO

CAPÍTULO IV. LOS PILARES DEL MODELO COMUNITARIO DE COORDINACIÓN

147. Los principios rectores como vertebradores del sistema. Solventado el problema de la aplicabilidad de los Reglamentos de coordinación expuesto en la Parte Primera, procede adentrarse en el complejo sistema de coordinación articulado por el legislador comunitario. Como primer paso, es necesario conocer los principios rectores del sistema que deberán informar la interpretación de los preceptos reglamentarios en general, y de las normas de conflicto en particular.

148. Los seis principios básicos de la coordinación comunitaria. Estos principios básicos del modelo comunitario de coordinación son seis: el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad; el principio de asimilación de ingresos, hechos y acontecimientos; el principio de exportación de las prestaciones; el principio de no acumulación de prestaciones; el principio de colaboración administrativa; y el principio de unicidad de ley aplicable.

A efectos de la presente tesis, revisten especial interés dos de ellos, sobre los que se realizará un análisis en mayor profundidad: el principio de igualdad de trato y el principio de unicidad de ley aplicable. También debe destacarse de manera particular el papel del principio instrumental de la colaboración administrativa, clave para la correcta aplicación de las normas de conflicto, y, en menor medida, el principio de asimilación.

IV.1. La piedra angular del sistema: el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad

149. La igualdad de trato como centro del modelo de coordinación. El principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, recogido en el artículo 4 del Reglamento 883/2004, constituye la piedra angular del modelo de coordinación, no solo de la normativa comunitaria, sino también del resto de normas internacionales que siguen la misma técnica.

150. Evolución. Este principio ha estado expresamente recogido en las normas de coordinación desde sus inicios. En un primer momento, el Reglamento 3/58 recogió, en su artículo 8, que *“(l)as personas que residen en el territorio de uno de los Estados miembros y a quienes se aplican las disposiciones del presente Reglamento, están sujetas a las obligaciones y pueden beneficiarse de la legislación de seguridad social de cualquier otro Estado miembro en las mismas condiciones que nacionales de la misma”*. En el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento 1408/71 se mantuvo esta redacción, añadiendo al final *“sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el*

presente Reglamento”⁵⁰⁸. Sin embargo, mediante el ya nombrado Reglamento 647/2005, se suprimió la exigencia de residencia en el territorio de un Estado miembro como requisito para la aplicación del principio de igualdad de trato⁵⁰⁹, manteniéndose así en la versión actualmente vigente del Reglamento 883/2004.

En consecuencia, este principio resulta aplicable a todas las personas incluidas dentro del ámbito de la coordinación comunitaria, sean residentes o no en el ámbito territorial de las mismas⁵¹⁰. No obstante, como se ha señalado, la residencia en este territorio se exige a ciertas personas para poder entrar dentro del ámbito personal de los Reglamentos (así se exige a los nacionales de terceros Estados, a los apátridas y refugiados).

151. El fundamento jurídico de la igualdad de trato. El principio de igualdad de trato posee una importancia particular en el seno de la Unión Europea al estar reconocido en el Derecho originario. Así, el artículo 18 del TFUE reconoce el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad con carácter general, señalando que “*en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*”. En esta misma línea, el artículo 21.2 de la CDFUE prohíbe “*toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares*”. De forma más específica, el artículo 45.2 del TFUE recoge este principio para el caso de los trabajadores de los Estados miembros (respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo). De este modo, el mencionado artículo 4 del Reglamento de base no es más que la concreción específica en la esfera de la coordinación comunitaria del principio general de igualdad de trato.

⁵⁰⁸ Los apartados 2 y 3 de este precepto incluían disposiciones específicas que fueron suprimidas en el Reglamento 883/2004:

2. *Las disposiciones del apartado 1 serán aplicables al derecho de elegir a los miembros de los órganos de las instituciones de seguridad o de participar en su designación, pero no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros en lo que se refiere a la elegibilidad y los modos de designación de los interesados para estos órganos.*

3. *El beneficio de las disposiciones de convenios de seguridad social que sigan siendo aplicables en virtud de la letra c) del apartado 2 del artículo 7, así como de las disposiciones de los convenios concluidos en virtud del apartado 1 del artículo 8, se hará extensivo a todas las personas a las cuales se aplique el presente Reglamento, a menos que se disponga otra cosa en el Anexo II.*

⁵⁰⁹ Este requisito ya intentó suprimirse durante la revisión del Reglamento 3/58, aunque no llegó a aprobarse. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, op. cit., pp. 165-166.

⁵¹⁰ La jurisprudencia comunitaria ha aceptado la posibilidad de aplicación de las normas de coordinación en caso de residencia en un país tercero, por ejemplo, en la STJCE de 3 de abril de 2008 (C-331/06, asunto *Chuck*). En este pronunciamiento, el Tribunal de Luxemburgo declaró la obligación de la institución competente del último Estado miembro de residencia de un nacional comunitario de tomar en consideración los periodos trabajados en otro Estado miembro para el cálculo de su pensión de jubilación, de igual modo que si continuase residiendo en el territorio de la Comunidad.

Además, como ya se ha mencionado, este principio se encuentra íntimamente ligado a la libre circulación de personas en el seno de la Unión, pues trata de evitar que las discriminaciones por razón de la nacionalidad obstaculicen el ejercicio de este derecho que constituye uno de los pilares del mercado único⁵¹¹.

152. La aplicación subsidiaria del principio general de igualdad de trato.

Como acaba de indicarse, existen diversas disposiciones en el Derecho de la Unión susceptibles de aplicación en caso de detectarse infracciones del principio de igualdad de trato; la duda que se suscita, en consecuencia, es el orden de prioridad entre todas ellas. El Tribunal de Luxemburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular, aclarando que el principio general de igualdad de trato “*del Tratado sólo puede aplicarse autónomamente en las situaciones que se rigen por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevé ninguna norma específica de no discriminación*”⁵¹², siendo el artículo 4 del Reglamento 883/2004 (anterior artículo 3 del Reglamento 1408/71) una concreción de este (STJCE de 7 de marzo de 1991 –C-10/90, asunto *Masgio*, apartados 12 y 13–)⁵¹³.

En esta línea, la jurisprudencia comunitaria también ha consagrado el principio de especialidad dentro del contenido de los Reglamentos de coordinación, relegando el principio general del artículo 4 del Reglamento de base a una aplicación subsidiaria. Las reglas más específicas de aplicación prioritaria han sido, tradicionalmente, las relativas a la totalización y exportación de prestaciones⁵¹⁴. No obstante, con el reconocimiento expreso del principio general de asimilación en el artículo 5 del Reglamento de base, es menos probable que existan casos en los que no pueda solucionarse la controversia en aplicación de normas específicas y, por tanto, con necesidad de acudir al citado artículo 4⁵¹⁵.

⁵¹¹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6875.

⁵¹² En esta línea, por todas, SSTJUE de 5 de febrero de 2014 (C-385/12, asunto *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, apartado 25); de 4 de septiembre de 2014 (C-474/12, asunto *Schiebel Aircraft*, apartado 20); de 18 de julio de 2017 (C-566/15, asunto *Erzberger*, apartado 25); de 18 de junio de 2019 (C-591/17 asunto *Austria vs. Alemania*, apartado 39); de 11 de junio de 2020 (C-581/18, asunto *TÜV Rheinland LGA Products y Allianz IARD*, apartado 31); y de 6 de octubre de 2020 (C-181/19, asunto *JD*, apartado 78).

⁵¹³ Sobre la articulación de los artículos 18 y 21 del TFUE, con el artículo 4 del Reglamento 883/2004 y el artículo 7 del Reglamento 492/2011 (en relación con los artículos 45 y 48 del TFUE), *vid.* PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 127-128.

⁵¹⁴ Pueden encontrarse ejemplos en la jurisprudencia comunitaria de aplicación del principio de igualdad de trato que, con los Reglamentos actuales, podrían resolverse en aplicación del principio de asimilación del artículo 5 del Reglamento de base, como las sentencias de 22 de noviembre de 1995 (C-443/93, asunto *Vougioukas*); de 25 de junio de 1997 (C-131/96, asunto *Romero*); de 23 de noviembre de 2000 (C-135/99, asunto *Elsen*); y de 21 de febrero de 2008 (C-507/06, asunto *Klöppel*).

⁵¹⁵ KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 375. Un ejemplo reciente de la aplicación del artículo 5 del Reglamento 883/2004 en lugar de la aplicación del principio general del artículo 4 del citado texto puede encontrarse en la STJUE de 5 de diciembre de 2019 (C-398/18 y C-428/18, asuntos acumulados *Bocero Torrico y otros*).

153. El contenido amplio del principio. Con este principio se trata de garantizar que, con independencia de la concreta nacionalidad de un ciudadano de un Estado miembro, este va a poder disfrutar de los mismos beneficios y va a ser titular de las mismas obligaciones que una determinada legislación nacional establezca para sus respectivos nacionales, en idénticas condiciones, salvo disposición contraria establecida en la propia normativa de coordinación. Aunque el precepto reglamentario solo haga referencia expresa a los “beneficios” y “obligaciones”⁵¹⁶, el artículo 4 tiene un ámbito de aplicación amplio, abarcando cualquier disposición nacional dentro de la coordinación (acceso a prestaciones, requisitos de afiliación a un régimen, pago de cotizaciones, etc.)⁵¹⁷, incluyendo también las PENC⁵¹⁸.

154. Prohibición de discriminaciones directas e indirectas. Debe señalarse que esta prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad afecta tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas⁵¹⁹. Las primeras consisten en la imposición de condiciones, requisitos o reglas específicas únicamente para los migrantes, mientras que las segundas pueden provenir de la imposición de condiciones, requisitos o reglas generales que, en la práctica, resulten de más difícil cumplimiento por los no nacionales o no residentes⁵²⁰.

Las discriminaciones directas son fácilmente identificables, pero no son comúnmente utilizadas⁵²¹. Estas discriminaciones están prohibidas con carácter general, salvo que se basen en un motivo legalmente admitido⁵²².

En cambio, las discriminaciones indirectas son más difíciles de identificar, lo que ha requerido una importante labor de clarificación del TJUE. Concretamente, el Tribunal

⁵¹⁶ La igualdad también en “obligaciones” viene a confirmar que nos encontramos, precisamente, ante la búsqueda de la igualdad pues no se trata de privilegiar a los migrantes. MALDONADO MOLINA, J. A., “Libertad de circulación y protección social”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1ª Edición, España, 2017, pp. 155-218 (171).

⁵¹⁷ KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 373.

⁵¹⁸ En este sentido se pronunció el TJUE sobre las PENC en sus SSTJUE de 11 noviembre 2014 (C-333/13, asunto *Dano*, apartados 51 a 55) y de 6 de octubre de 2020 (C-181/19, asunto *JD*, apartado 83).

⁵¹⁹ En este sentido, entre otras, SSTJCE de 23 de mayo de 1996 (C-237/94, asunto *O’Flynn*) y de 21 de febrero de 2008 (C-507/06, asunto *Klöppel*).

⁵²⁰ AGÍS DASILVA, M., “Lección 2. El derecho europeo de coordinación...”, *op. cit.* (78).

⁵²¹ Ejemplos de este tipo de discriminaciones pueden encontrarse en las SSTJCE de 11 de junio de 1991 (C-307/89, asunto *Comisión vs. Francia*), y de 22 de junio de 2011 (C-399/09, asunto *Landtová*).

⁵²² Algunos autores han señalado que, aunque los Reglamentos de coordinación no prevean ninguno de estos motivos, se podría respaldar una excepción, en materia de trabajadores migrantes, por razones de orden público, seguridad y salud públicas, en atención al artículo 45.3 del TFUE. En esta línea, PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 129-130. No obstante, en cualquier caso, debe recordarse que las excepciones al principio de igualdad de trato también deben ser objeto de interpretación restrictiva (por todas, STJUE de 6 de octubre de 2020 –C-181/19, asunto *JD*–).

de Luxemburgo ha matizado que, para valorar si una disposición constituye un supuesto de discriminación indirecta, no es necesario comprobar si la misma afecta a “*un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores migrantes*” en la práctica, siendo suficiente con que se aprecie que tal disposición puede conllevar dicho efecto (apartado 21 de la STJCE de 23 de mayo de 1996 –C-237/94, asunto *O’Flynn*–). Así, se ha reconocido el carácter indirectamente discriminatorio de los requisitos establecidos en legislaciones nacionales que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afectan fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes. Igualmente ocurre con los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos con mayor facilidad por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes o, incluso, que puedan perjudicar de manera particular a los trabajadores migrantes. Todo ello salvo que estas disposiciones estén justificadas por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados, y sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Finalmente, es importante precisar que una disposición considerada indirectamente discriminatoria podría continuar siendo de aplicación en la medida en la que se entienda que cabe realizar una interpretación conforme con el Derecho de la Unión (por todas, STJCE de 23 de mayo de 1996 –C-237/94, asunto *O’Flynn*–; de 21 de febrero de 2008 –C-507/06, asunto *Klöppel*–; y, más recientemente, STJUE de 5 de diciembre de 2019 –C-398/18 y C-428/18, asuntos acumulados *Bocero Torrico y otros*–).

En la jurisprudencia comunitaria pueden encontrarse ejemplos de disposiciones nacionales indirectamente discriminatorias (sin cumplir los requisitos de proporcionalidad) que imponen como requisito para el acceso a determinadas prestaciones: a) la residencia habitual del trabajador migrante en el Estado miembro pagador (STJCE de 21 de septiembre de 2000 –C-124/99, asunto *Borawitz*–⁵²³); y b) la nacionalidad, residencia habitual o domicilio de los familiares (hijos principalmente) en el Estado miembro pagador (SSTJCE de 12 de julio de 1979 –237/78, asunto *Toia*–⁵²⁴;

⁵²³ El TJCE estudió el respeto al principio de igualdad de trato de una legislación nacional alemana en virtud de la cual, para tener derecho a una prestación en metálico, se establecía un importe mínimo mayor (al que se subordinaba su pago) cuando el destinatario era un nacional comunitario residente en otro Estado miembro distinto a Alemania (en cuyo caso se exigía un importe mínimo menor). Sobre la base de esta normativa, se denegó la prestación en metálico (complemento de pensión de invalidez) a un residente en los Países Bajos que no superaba el importe mínimo fijado para los no residentes en Alemania, pero sí el fijado para los residentes en ese país. No obstante, para poder determinar si existía una verdadera discriminación indirecta, el Tribunal señaló que debía compararse la proporción de nacionales y no nacionales entre los beneficiarios de tales prestaciones en Alemania frente a los demás Estados miembros (apartado 30). El Tribunal concluyó que esta disposición alemana sí se oponía a la igualdad de trato en un supuesto, como el de Autos, en el que el pago destinado a otro Estado miembro no generaba gastos superiores a los que llevaba consigo el pago de la misma prestación en el interior del primer Estado miembro (apartado 35), que podrían fundamentar objetivamente la diferencia de trato.

⁵²⁴ En esta sentencia, el TJCE enjuició una disposición francesa en virtud de la cual se subordinaba la obtención de una prestación de vejez no contributiva (asignación para madres de familia) a que los hijos de la solicitante tuvieran la nacionalidad de dicho Estado miembro. En el caso en cuestión, la solicitante era

de 15 de enero de 1986 –41/84, asunto *Pinna*⁵²⁵; y de 12 de junio de 1997 –C-266/95, asunto *Merino García*⁵²⁶, respectivamente).

155. Posibilidad de discriminaciones a la inversa. Sin embargo, debe recordarse que, dado que las normas de coordinación solo se aplican en supuestos de transnacionalidad, un trabajador sedentario no puede ampararse en la aplicación de este principio aunque sufra un peor trato que los trabajadores migrantes (por todas, SSTJCE de 10 de octubre de 1977 –C-22/77, asunto *Mura*, apartados 9 y 10–; de 6 de julio de 2000 –C-73/99, asunto *Movrin*, apartado 51–). El motivo de ello es la finalidad de este principio de la coordinación comunitaria, introducido para la defensa del colectivo más vulnerable en estos casos: los migrantes⁵²⁷.

156. Las consecuencias de la existencia de discriminación. Una vez declarada la existencia de una disposición nacional discriminatoria sin justificación suficiente, la jurisprudencia comunitaria ha establecido que, en primer lugar, se debe acudir al principio de interpretación conforme del Derecho nacional con el comunitario. Sin embargo, este

una mujer italiana con siete hijos, cinco de los cuales ostentaban la nacionalidad italiana y no la francesa, motivo por el cual se le denegó la prestación solicitada. La única justificación alegada por el Estado francés fue la finalidad de la norma en cuestión de favorecer la natalidad en dicho país, rechazando el Tribunal este argumento dado que las normas de coordinación no diferencian los regímenes de Seguridad Social en función de si persiguen o no tal objetivo demográfico (apartado 15). En definitiva, en esta sentencia se concluyó que la concesión de una prestación “*no puede subordinarse ni a la nacionalidad de la madre beneficiaria ni a la de sus hijos, siempre que se trate de la nacionalidad de uno de los Estados miembros*” (apartado 19).

⁵²⁵ En este pronunciamiento, se volvió a someter ante el TJCE una disposición francesa que, en esta ocasión, distinguía dos situaciones para el acceso a prestaciones de subsidio familiar en función de si el solicitante era un trabajador migrante sujeto a la legislación francesa o no. Con carácter general, en la legislación francesa se señalaba que el trabajador que estuviera sometido a una legislación de un Estado miembro (salvo Francia), tendría derecho a las prestaciones familiares previstas en ese Estado, aun cuando los miembros de su familia residieran en otro Estado miembro, como si estos estuvieran residiendo en el mismo territorio que el solicitante. Sin embargo, en el apartado siguiente del mismo artículo, se matizaba que, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena migrantes que se encontraran sujetos a la legislación francesa, pero cuya familia residiera en otro Estado miembro distinto de Francia, estos tendrían derecho a los subsidios familiares previstos en la legislación del Estado miembro de residencia de los miembros de la familia. En el caso resuelto por el TJCE, la denegación del subsidio familiar al solicitante de nacionalidad italiana se fundó en este precepto de la legislación francesa, pues su esposa y sus dos hijos residieron durante un largo periodo de tiempo en Italia (periodo por el que se negó a pagar el Estado francés). El Tribunal entendió que con este doble régimen instaurado por la normativa francesa se realizaban las disparidades que derivaban de las legislaciones nacionales para los trabajadores migrantes, acentuando así las trabas a los fines perseguidos por la Comunidad (apartado 22).

⁵²⁶ El TJCE valoró también una disposición alemana que establecía como requisito para acceder a asignaciones familiares por hijos a cargo que el solicitante tuviera su domicilio o residencia habitual en Alemania, en la medida en que los hijos a su cargo tuvieran su domicilio o residencia habitual en el mismo territorio. En este caso, el solicitante era un español que residía y trabajaba en Alemania y cuyos hijos residían en España. En este caso, el TJCE reiteró lo señalado en el asunto *Pinna* (apartado 35), concluyendo que, ante la falta de justificación objetiva (apartado 36), debía entenderse contraria a la igualdad de trato una disposición nacional como la enjuiciada.

⁵²⁷ Por todos, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo, op. cit.*, p. 240; y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (207).

principio cuenta con limitaciones, siendo una de ellas la imposibilidad de realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales *contra legem*.

Subsidiariamente, cuando esta interpretación conforme no sea posible, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar íntegramente el Derecho de la UE y abstenerse de aplicar cualquier disposición que pueda dar lugar a un resultado contrario a este –efecto de exclusión⁵²⁸– (por todas, SSTJUE de 13 de julio de 2016 –C-187/15, asunto *Pöpperl*, apartados 44 y 45– y de 28 de junio de 2018 –C-2/17, asunto *Crespo Rey*, apartados 70 a 72–).

Cuando la incompatibilidad normativa derive de un trato diferenciado entre varios grupos de personas (por ejemplo, entre los nacionales del Estado miembro en cuestión y el resto de nacionales comunitarios), los órganos jurisdiccionales nacionales deberán determinar los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre ambos grupos, en aplicación de su derecho interno. Una manera de conseguir este objetivo podría consistir en la aplicación del mismo régimen a ambos grupos y otorgarles el mismo trato que a los nacionales del Estado en cuestión, a falta de una aplicación correcta del Derecho de la Unión por parte del legislador nacional (asunto *Crespo Rey*, apartados 72-73 y 75⁵²⁹).

157. La distinción entre igualdad de trato y neutralidad. Igualmente, no cabe perder de vista que nos encontramos ante meras normas de coordinación, por tanto, el principio de igualdad de trato solo puede poseer carácter jurídico-formal⁵³⁰. Consecuentemente, cada legislación interna es diferente en cuanto al fondo y al procedimiento para obtener la correspondiente cobertura social, sin que los Reglamentos de coordinación puedan garantizar a un ciudadano que decida ejercer su derecho a la libre circulación que su desplazamiento no va a tener ningún efecto en esta materia; esto es, no se garantiza la neutralidad en materia de Seguridad Social. Por ello, un desplazamiento puede ser más o menos favorable para el asegurado en función de las legislaciones nacionales que le resulten de aplicación, sin que ello pueda considerarse contrario a la

⁵²⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Capítulo 2. La Carta de Derechos Fundamentales...”, *op. cit.* (66).

⁵²⁹ En este caso, la diferencia de trato se producía entre trabajadores migrantes y sedentarios.

⁵³⁰ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6875. En este mismo sentido, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (206).

igualdad de trato⁵³¹. En conclusión: las normas comunitarias de coordinación son neutrales, pero la migración no lo es⁵³².

158. La igualdad de trato y los convenios internacionales. Además, como ya se ha tenido ocasión de analizar, de este principio también se deriva la aplicación preferente a cualquier ciudadano de la Unión de los convenios bilaterales suscritos entre un Estado miembro y un tercer Estado que formen parte del ordenamiento nacional del primero (y también de los convenios suscritos entre Estados miembros), aunque dicho ciudadano europeo no tenga la nacionalidad del Estado miembro firmante. Sin embargo, sobre la base de este principio no se puede exigir que todos los Estados miembros de la UE cumplan con las obligaciones impuestas en virtud de estos tratados bilaterales con terceros Estados suscritos por un Estado miembro concreto, pues solo se puede exigir tal observancia en el Estado miembro firmante⁵³³.

IV.1.1. La polémica propuesta de reforma del principio de igualdad de trato

159. La tramitación de la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación. El 13 de diciembre de 2016, la Comisión Europea presentó la ya citada Propuesta de actualización de la normativa comunitaria de coordinación, realizada en el marco del Programa de trabajo de la Comisión para 2016. Con esta Propuesta se dio comienzo al procedimiento legislativo ordinario regulado en el artículo 294 del TFUE.

Aunque la Propuesta no ha sido formalmente aceptada ni rechazada todavía, se han introducido modificaciones al texto inicial presentado por la Comisión Europea durante el largo proceso de tramitación. Estas modificaciones han sido plasmadas en el Acuerdo provisional alcanzado, en marzo de 2019. Este acuerdo se encuentra pendiente de aprobación por el Parlamento Europeo y, una vez obtenida, deberá realizarse por el Consejo. Sin embargo, el procedimiento se ha paralizado en la primera fase dado que el Parlamento todavía no ha dado por concluida la primera lectura.

⁵³¹ Por todas, SSTJCE de 13 de julio de 1976 (19/76, asunto *Triches*, apartado 18); de 16 de julio de 2009 (C-208/07, asunto *von Chamier-Glisczinski*, apartados 84 y 85); y SSTJUE de 18 de julio de 2017 (C-566/15, asunto *Erzberger*, apartado 34); de 23 de enero de 2019 (C-272/17, asunto *Zyla*, apartado 45). Concretamente, en esta última sentencia se señaló que “*el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un trabajador que su desplazamiento a un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen sea neutro en materia social, puesto que, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de que se trate [...]. En efecto, el Derecho de la Unión garantiza únicamente que los trabajadores que ejercen una actividad en el territorio de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen están sujetos a las mismas condiciones que los trabajadores de ese otro Estado*”.

⁵³² RENNUY, N., “The emergence of a parallel system of social security coordination”, *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013, pp. 1221-1266 (1226).

⁵³³ Véase, ampliamente, CAPÍTULO III.

160. La reforma del artículo 4 del Reglamento 883/2004. El principio de igualdad de trato recogido en el artículo 4 del Reglamento de base fue uno de los temas –junto con las prestaciones de desempleo (duración del periodo de exportabilidad, principio de totalización y trabajadores fronterizos); las prestaciones asistenciales de duración indeterminada (dependencia); la Seguridad Social de los trabajadores desplazados; y las prestaciones familiares– que abordó la Propuesta de actualización.

Para comprender la importancia de la reforma pretendida, es necesario contextualizarla brevemente, teniendo en cuenta la situación política, económica y social del momento, así como la jurisprudencia comunitaria que dio origen a la misma.

IV.1.1.A. El contexto político, económico y social de la Propuesta

161. Los derechos sociales tras la crisis de 2008. Es bien sabido que la crisis económica y financiera mundial acontecida en 2008 puso contra las cuerdas al Estado de Bienestar⁵³⁴, surgido con el reconocimiento de los derechos sociales. Debido a su naturaleza prestacional⁵³⁵, estos derechos siguen un comportamiento cíclico, restringiéndose progresivamente en momentos de recesión económica (el gasto social se dispara y deviene imprescindible reducirlo al existir menor disponibilidad de recursos por parte del Estado)⁵³⁶. Como consecuencia de esta crisis, los Estados miembros de la Unión se vieron obligados a adoptar políticas para recuperar competitividad nacional a costa de desregularizar y flexibilizar el mercado laboral y recortar los derechos sociales⁵³⁷.

⁵³⁴ Para más información sobre el Estado de Bienestar, en particular, su origen, concepto y finalidades, pueden consultarse, entre otros: BARROSO GONZÁLEZ, M. y CASTRO VADILLO, N. J., “Estado del Bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica”, Actas de la XII Reunión de Economía Mundial, 2011, versión electrónica, disponible en https://portal.uah.es/portal/page/portal/epd2_asignaturas/asig200025/informacion_academica/Estado%20de%20bienestar%20y%20crisis.pdf; FERNÁNDEZ DÍAZ, A. y SALVADOR GARCÍA, M., “Las nuevas dimensiones del estado del bienestar en el contexto de la crisis”, Actualidad Administrativa, núm. 3, marzo 2017, versión electrónica; y GONZÁLEZ RABANAL, C., “La necesidad de repensar el Estado de Bienestar”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 31, 1999, pp. 15-35.

⁵³⁵ Lo que se traduce en que su efectividad suele depender, mayoritariamente, de una participación activa por parte del Estado (prestando servicios o poniendo a disposición de los ciudadanos ciertos bienes o servicios), con el consiguiente desembolso económico. BARROSO GONZÁLEZ, M. y CASTRO VADILLO, N. J., “Estado del Bienestar y crisis económica...”, *op. cit.*, pp. 6-7/29.

⁵³⁶ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “El “turismo social” en la Unión Europea antes y después del “Brexit”. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero y 14 de junio de 2016”, Información Laboral, núm. 3, 2017, pp. 23-33 (24). En igual sentido, MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Globalización, movilidad transnacional...*, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁵³⁷ GIL Y GIL, J. L., “Globalización y empleo...”, *op. cit.* (p. 1/36); PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica...”, *op. cit.* (p.5/30); SANAHUJA, J. A., “Las cuatro crisis de la Unión Europea”, en MESA, M. (Coord.), *Cambio de ciclo: crisis, resistencias y respuestas globales. Anuario 2012-2013*, CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, mayo 2012, pp. 51-84 (72), disponible en <http://eprints.sim.ucm.es/37358/1/ANUARIO%202012-Sanahuja.pdf>; y UXÓ GONZÁLEZ, J., “La UEM y los trabajadores: la protección social”, *op. cit.* (231). Sobre los motivos por los que se suelen recortar los gastos públicos, *vid.* UXÓ GONZÁLEZ, J., “La UEM y los trabajadores: la protección social”, *op. cit.* (230), que enumera tres principales razones: a) su elevado peso en las cuentas públicas; b) la fácil reducción

Una de las partidas del gasto social cuya reducción es más sencilla desde el punto de vista político, es la destinada a los inmigrantes, especialmente a los que carecen de recursos⁵³⁸. Cuando hay escasez de recursos públicos, la reducción de las partidas destinadas a este colectivo suele contar con mayor apoyo entre la ciudadanía. Esto podría explicar –al menos, en parte– el resurgir político del denominado “discurso del odio”⁵³⁹, no solo frente a los inmigrantes procedentes de terceros Estados, sino también de nacionales de la Unión⁵⁴⁰.

162. El “turismo social” y el “Brexit”. Un claro ejemplo de esta situación puede encontrarse en la Unión Europea, especialmente –aunque no de manera exclusiva–, en Reino Unido.

Durante el mandato del Primer Ministro británico David Cameron⁵⁴¹, no fueron pocas las ocasiones en las que se pudo escuchar al mandatario defendiendo restricciones a la libre circulación de personas en el seno de la Unión para combatir el temido “turismo social”⁵⁴². Sobre la base de estas intensas reivindicaciones (que no solo favorecían a Reino Unido), los jefes de Gobierno, en febrero de 2016, propusieron una modificación del Reglamento 492/2011⁵⁴³ para que los Estados pudiesen restringir el acceso a

de los mismos; y c) el predominio de una filosofía social favorable a la reducción de las intervenciones del Estado en esta materia.

⁵³⁸ En este sentido, GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDAS, C., “Desplazamientos al extranjero y trabajos realizados en la Unión Europea: las nuevas iniciativas europeas de protección a los desempleados”, en VV. AA., *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 285-300 (286); MARÍN SALAMERO, M. (Coord.), *Globalización y movimientos migratorios*, UOC, 1ª Edición, Barcelona, 2015, p. 112; y SANAHUJA, J. A., “Las cuatro crisis de la Unión Europea”, *op. cit.* (73).

⁵³⁹ Este discurso se caracteriza por vincular connotaciones negativas al concepto de “inmigrante”, tales como delincuencia, pobreza y atraso, culpabilidad y/o sospecha, potenciando los temores de la población y actitudes xenófobas. CRIADO, M. J., *La línea quebrada (historias de vida de migrantes)*, Consejo Económico y Social, 1ª Edición, Madrid, 2011, p. 426.

⁵⁴⁰ Sobre las consecuencias de la crisis para los migrantes, más ampliamente, LÓPEZ AGUILAR, J. F., “Ciudadanía y Parlamento: rescatar a la Unión Europea del naufragio”, en CLIMENT, V., MICHAVILA, F. y RIPOLLÉS, M. (Coords.), *Los males de la Europa social: buscando soluciones*, Tecnos, 1ª Edición, Madrid, 2017, pp. 207-224 (215-223).

⁵⁴¹ Este discurso del Primer Ministro británico se mantuvo desde, al menos, el año 2011, aunque se intensificó especialmente a partir del año 2014.

⁵⁴² El “turismo social” consiste en la movilidad de personas (especialmente, las más desfavorecidas) hacia aquellos lugares donde las prestaciones sociales son más generosas, propiciando un efecto llamado hacia dicho Estado “*por su atrayente sistema de bienestar social*”. Vid. GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDAS, C., “Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae. Cameron dixit”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Estudios Doctrinales*, núm. 3, 2015, pp. 35-58 (43). Sobre la extensión del miedo a este fenómeno, algunos autores la han calificado como una “*combinación de austeridad, ignorancia y algunas dosis de una cierta xenofobia*”. Así, MIRANDA BOTO, J. M., “Capítulo 3. La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en CARDENAL CARRO, M. y PÉREZ CAMPOS, A. I. (Dirs.), *Derecho del Trabajo y protección social...*, *op. cit.*, pp. 58-70 (60).

⁵⁴³ Incorporada en la Decisión del Consejo Europeo, sobre nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, de los días 18 y 19 de febrero de 2016.

prestaciones no contributivas por parte de nacionales de otros Estados miembros⁵⁴⁴. Esta modificación estaba supeditada al mantenimiento de Reino Unido en la Unión, por lo que, tras el “Brexit”, no siguió adelante. Sin embargo, el trasfondo de esta propuesta no fue totalmente abandonado, quedando patente en la jurisprudencia comunitaria del momento, que ha dado origen a la pretendida reforma del artículo 4 del Reglamento de base.

IV.1.1.B. La jurisprudencia comunitaria base de la Propuesta

163. Las restricciones enjuiciadas por el TJUE. El TJUE dictó cinco sentencias analizando la conformidad con el Derecho de la Unión de ciertas restricciones al acceso de prestaciones sociales incluidas dentro del ámbito de la coordinación comunitaria: 1) Sentencia de 19 de septiembre de 2013 (C-140/12, asunto *Brey*); 2) Sentencia de 11 de noviembre de 2014 (C-333/13, asunto *Dano*); 3) Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (C-67/14, asunto *Alimanovic*); 4) Sentencia de 25 de febrero de 2016 (C-299/14, asunto *García Nieto*); y 5) Sentencia de 14 de junio de 2016 (C-308/14, asunto *Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*).

La restricción incorporada en las normativas nacionales analizadas en estos pronunciamientos fue la misma: la exigencia de residencia legal en el Estado de acogida de conformidad con la Directiva 2004/38 para poder acceder a sus prestaciones sociales⁵⁴⁵. A simple vista, parece razonable la incorporación de este requisito; sin embargo, la cuestión es menos sencilla de lo que parece.

En los cuatro primeros pronunciamientos, el TJUE enjuició la legalidad de este requisito para el acceso a PENC destinadas a garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia (no las destinadas a personas con discapacidad), que fueron calificadas de prestaciones de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38. La introducción de

⁵⁴⁴ La citada modificación consistía en la introducción de un “mecanismo de alerta y garantía” que brindaba a los Estados miembros la posibilidad de restringir el acceso a las prestaciones no contributivas, vinculadas al ejercicio de una actividad profesional (incluidos los trabajadores que llegaran por primera vez), durante un periodo total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo y hasta un máximo de siete años (apartado 2.b de la sección D de la Decisión del Consejo Europeo, sobre nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, de los días 18 y 19 de febrero de 2016). Para poder acogerse a esta posibilidad, era necesario que el Estado miembro en cuestión se encontrara en una situación de flujo de entrada de trabajadores de otros Estados miembros “de una magnitud excepcional” durante un “periodo prolongado”, siempre que esta afectara a aspectos esenciales de su sistema de Seguridad Social. Resultó llamativo que, incluso antes de su aprobación, se reconociera esta posibilidad a Reino Unido por entender que concurrían las circunstancias necesarias para acogerse a la misma. Sobre esta modificación, *vid.* PANIZO ROBLES, J. A., “*Equal treatment in the EU? Bye, bye* (La incidencia en seguridad social de la Decisión del Consejo Europeo sobre nuevo régimen para el Reino Unión en la Unión Europea, de los días 18 y 19 de febrero)”, *CEF.- Laboral Social*, febrero 2016, versión electrónica, disponible en [http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/EXPRESS febrero 2016_panizo c s.pdf](http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/EXPRESS_febrero_2016_panizo_c_s.pdf)

⁵⁴⁵ En el asunto *Dano*, la cuestión fue algo diferente (aunque reitera la doctrina señalada en los anteriores casos). En este pronunciamiento, el Tribunal europeo avaló la denegación de PENC al entender que no era posible ejercitar el derecho a la igualdad de trato reconocido en el art. 24.1 de la Directiva 2004/38, dado que este señala expresamente que ese derecho está condicionado a cumplir con lo dispuesto en esa norma, es decir, a ser residente legal.

este requisito material, ajeno a la neutralidad del mecanismo de la norma de conflicto, ha sido interpretado como una importante regresión en el avance europeo de los derechos de los más pobres⁵⁴⁶.

Siguiendo lo dispuesto en la señalada Directiva, durante estancias inferiores a tres meses⁵⁴⁷, el Estado miembro de destino no está obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social (entre otras) a aquellas personas que no sean trabajadoras o mantengan dicho estatuto o sean miembros de sus familias, de conformidad con la interpretación dada al artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 en los asuntos *Alimanovic y García Nieto*⁵⁴⁸. Por su parte, en el caso de estancias temporales superiores a tres meses, aunque, formalmente, el requisito de residencia legal se exige a todos por igual, sean nacionales del Estado de destino o no, en la práctica, solo afecta a los segundos. Ello es consecuencia del derecho de residencia legal automático del que gozan los nacionales de un Estado miembro que no se extiende al resto de europeos. Estos últimos, salvo que sean trabajadores o asimilados, solo ostentarán el estatuto de residentes legales si tienen recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de destino (art. 7 de la Directiva 2004/38). Este doble rasero en función de la nacionalidad del beneficiario es uno de los principales motivos de crítica a esta doctrina⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, *op. cit.* (185).

⁵⁴⁷ O un periodo más largo en los casos de búsqueda activa de empleo con posibilidades reales de contratación en los términos del artículo 14.4 de la Directiva 2004/38.

⁵⁴⁸ Conviene precisar que el artículo 24.2 de la citada Directiva ofrece una mera posibilidad a los Estados miembros, pues son estos los que deberán determinar si conceden o no prestaciones de asistencia social a los colectivos indicados (en este sentido, considerando 21 de esta norma). En esta línea, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: La primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, versión electrónica (p. 5/7). Sobre la transposición española de esta limitación, véase nota al pie 92.

⁵⁴⁹ La misma cuestión que dio origen a estos cuatro pronunciamientos fue planteada, nuevamente, en la cuestión prejudicial resuelta mediante STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-442/16, asunto *Gusa*). En esta ocasión, el tribunal remitente se cuestionaba, subsidiariamente, si era compatible con el Derecho de la Unión (en particular, con el artículo 4 del Reglamento 883/2004), la denegación de una PENC por no haber acreditado tener derecho de residencia en el Estado miembro de acogida. El propio Abogado General señaló en su escrito de Conclusiones que “*el órgano jurisdiccional remitente brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar el alcance de la ciudadanía de la Unión Europea y disipar las posibles dudas a este respecto que no resolvieron las sentencias de 11 de noviembre de 2014, Dano (C-333/13, EU:C:2014:2358); de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597); de 25 de febrero de 2016, García-Nieto y otros (C-299/14, EU:C:2016:114), y de 14 de junio de 2016, Comisión/Reino Unido (C-308/14, EU:C:2016:436)*” (apartado 2). Sin embargo, no llegó a resolverse sobre ello dado que, a diferencia de los asuntos de los ligios precedentes, se concluyó que el demandante mantenía la consideración de trabajador por cuenta propia de conformidad con el artículo 7.3.b) de la Directiva 2004/38 y, por tanto, era titular de un derecho de residencia legal a los efectos del artículo 7.1.a) de la Directiva 2004/38, por lo que no había lugar a responder a la cuestión planteada subsidiariamente. A pesar de ello, parte de la doctrina ha considerado que esta sentencia ha mostrado que la “*jurisprudencia expansiva*” del TJUE aún sigue vigente, al menos, en los casos –como el aquí enjuiciado– en los que existe, al menos, “*una tenue conexión económica con el mercado de trabajo*”. En este sentido, MIRANDA BOTO, J. M., “Capítulo 3. La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *op. cit.* (64).

En el último pronunciamiento (asunto *Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*), el más polémico de todos, se enjuició la legalidad del requisito de residencia legal para el acceso a prestaciones familiares⁵⁵⁰, excluidas del concepto de asistencia social de la Directiva 2004/238, por lo que se recurrió al juicio de proporcionalidad para su análisis⁵⁵¹.

164. La prioridad comunitaria de salvaguardar las finanzas públicas. La conclusión general a la que ha llegado el Tribunal de Luxemburgo en estos pronunciamientos puede resumirse en la prevalencia de la salvaguarda de las finanzas

A esta denominada “jurisprudencia expansiva” también podría añadirse la STJUE de 11 abril de 2019 (C-483/17, asunto *Tarola*). En este pronunciamiento, el TJUE concluyó que un ciudadano europeo que, tras trabajar por cuenta ajena en el Estado miembro de acogida durante un periodo de dos semanas en virtud de un contrato que no era de duración determinada, quedó en paro involuntario y se inscribió en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo, está comprendido en el supuesto del artículo 7.3.c) de la Directiva 2004/38. Ello implica que, durante un periodo no inferior a 6 meses, esa persona mantendrá el estatuto de trabajador y, consiguientemente, el derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida, gozando de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado miembro en el ámbito de aplicación del TFUE, incluyendo el acceso a prestaciones sociales. Puede consultarse un comentario sobre esta sentencia en MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S., “Prestaciones de asistencia social o de seguridad social y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, La Ley Unión Europea, núm. 70, mayo 2019, versión electrónica.

⁵⁵⁰ Estas prestaciones, que pueden ser tanto en especie como en metálico, pretenden cubrir los gastos familiares, excluyendo los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el Anexo I (art. 1.z del Reglamento 883/2004). Su finalidad es aligerar las cargas derivadas de la formación de una familia y son consideradas verdaderas prestaciones de Seguridad Social por concederse en función del cumplimiento de determinados requisitos objetivos y, por tanto, al margen de necesidades personales (por todas, SSTJCE de 15 de marzo de 2001 –C-85/99, asunto *Offermanns*, apartados 28 y 41– y de 7 de noviembre de 2002 –C-333/00, asunto *Maaheimo*, apartados 22 y 25–; y SSTJUE de 19 de septiembre de 2013 –C-216/12 y C-217/12, asuntos acumulados *Hliddal y Bornand*, apartados 48-49 y 55–; de 21 de junio de 2017 –C-449/16, asunto *Martínez Silva*, apartados 22-23–; de 2 de abril de 2020 –C-802/18, asunto *Caisse pour l’avenir des enfants*, apartados 37-38–; y de 25 de noviembre de 2020 –C-302/19, asunto *INPS*, apartado 40–). Ampliamente, VV. AA., “Seguridad Social trabajadores migrantes: Seguridad Social de trabajadores migrantes en la Unión Europea”, Aranzadi Experto Social, 2016, versión electrónica (p. 21/31).

⁵⁵¹ Una de las cuestiones más llamativas de esta sentencia fue que el Tribunal europeo no exigió ningún elemento probatorio para avalar la existencia de un riesgo para las finanzas públicas que sustentara la introducción de tal requisito de residencia legal. Sin embargo, en anteriores pronunciamientos, el Tribunal señaló expresamente que, “*si bien es cierto que un riesgo de grave perjuicio al equilibrio financiero de un sistema de seguridad social puede constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en particular, la sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll, C-158/96, Rec. p. I-1931, apartado 41)*”, es necesaria la acreditación de tal riesgo en el caso concreto para poder obstaculizar la libre circulación (STJCE de 11 de enero de 2007 –C-208/05, asunto *ITC*, apartado 43–). De hecho, solo unos meses antes del asunto *Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, el TJUE volvió a reiterar, en su sentencia de 21 de enero de 2016 (C-515/14, asunto *Comisión vs. Chipre*, apartado 54), que “*según jurisprudencia bien asentada del Tribunal de Justicia, corresponde a las autoridades nacionales competentes, al adoptar una medida que supone una excepción a un principio reconocido por el Derecho de la Unión, probar, en cada caso, que dicha medida es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado y que no excede de lo necesario para alcanzarlo. Por tanto, las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de pruebas adecuadas o de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación. Es importante que este examen objetivo, detallado y con cifras concretas, pueda probar con datos fiables, contrastados y fehacientes que efectivamente existen riesgos para el equilibrio del sistema de seguridad social (véanse, en particular, las sentencias Comisión/Bélgica, C-254/05, EU:C:2007:319, apartado 36, y Bressol y otros, C-73/08, EU:C:2010:181, apartado 71)*”.

públicas, base suficiente para dotar de validez al requisito nacional de residencia legal. Lo más llamativo en este punto es que el peligro de la estabilidad de las arcas públicas no ha sido, ni mucho menos, acreditado. De hecho, hay más razones empíricas para decantarse por lo contrario. Así, hay estudios que, aun asumiendo la existencia de turismo social, desmienten que sea una verdadera amenaza para las finanzas públicas nacionales⁵⁵².

Pero, además del inexistente respaldo empírico, existen reproches jurídicos a esta jurisprudencia comunitaria⁵⁵³ (que ha contado también con defensores⁵⁵⁴); reproches que,

⁵⁵² Pueden destacarse, entre otros, a nivel general: 1) el estudio realizado por la OCDE sobre el impacto fiscal de la migración en el año 2013 (“The fiscal impact of immigration in OECD countries”, en OCDE, *International Migration Outlook*, 2013, disponible en https://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2013-6-en); y 2) el estudio realizado por ICF GHK CONSULTING LTD. y MILIEU LTD., denominado *Fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence*, DG Employment, Social Affairs and Inclusion via DG Justice Framework Contract, de 14 de octubre de 2013, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10972>.

A nivel de Reino Unido, conviene tener en cuenta también, entre otros, dos estudios adicionales: 1) el análisis realizado por el CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS DE MIGRACIÓN DE LA UCL (CReAM en inglés) de Londres, titulado *Yes, EU immigrants do have a positive impact on public finances*, de fecha 5 de noviembre de 2014, disponible en <http://theconversation.com/yes-eu-immigrants-do-have-a-positive-impact-on-public-finances-33815>; y 2) el estudio realizado por el MIGRATION ADVISORY COMMITTEE (MAC), titulado *EEA migration in the UK: Final report*, de septiembre de 2018, disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/741926/Final_EEA_report.PDF

⁵⁵³ Un amplio análisis de los problemas de coherencia de esta jurisprudencia con la actual normativa comunitaria, así como su relación con el Brexit, puede consultarse en MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Crónica de un “Brexit” anunciado: análisis de las causas sociales y su judicialización”, *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, núm. 15, 2018, pp. 49-63, disponible en https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N15/contenido/PDFs/05-ensayo-04.pdf, y doctrina ahí citada.

⁵⁵⁴ Defendiendo las conclusiones alcanzadas en esta jurisprudencia, pero sobre la base del ámbito personal de las normas de coordinación, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y controversia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 62, 2017, pp. 93-125 (118-125). El argumento que defiende esta autora es que los ciudadanos inactivos “no están dentro del campo de aplicación personal de los Reglamentos de Seguridad Social puesto que no son trabajadores afiliados ni asegurados sociales, son (solo) ciudadanos de la Unión Europea residentes en un Estado de acogida”, por ello, “la norma a aplicar no es el Reglamento 883/2004 sino la Directiva 2004/38”, matizando que la condición de ciudadano de la Unión “no supone la inclusión en el campo de aplicación personal de los Reglamentos” (123 y 125). Respecto de este argumento –y bajo mi punto de vista–, de conformidad con lo señalado *supra* sobre el requisito de aseguramiento exigido por los Reglamentos (apartado II.2.1.B), este tiene una extensión muy amplia, pudiendo cumplirse tanto si este aseguramiento es presente como si fue pasado, aceptando que sea en cualquier calidad, incluso como mero ciudadano, es decir, al margen de cualquier relación laboral o profesional. Ello hace que estos ciudadanos europeos económicamente inactivos puedan entenderse incluidos también en el ámbito subjetivo de estas normas. Además, la regulación de las PENC no hace uso del término “persona asegurada” en los términos del artículo 1.c) del Reglamento 883/2004 –circunscrito a las ramas de Seguridad Social contempladas en los Capítulos 1 y 3 del Título III del Reglamento de base–, sino que utiliza el concepto general de “persona interesada” (véase artículo 70.4 del Reglamento de base).

en parte, son extrapolables al contenido de la Propuesta de reforma del artículo 4 del Reglamento de base.

IV.1.1.C. El contenido de la pretendida reforma del artículo 4 del Reglamento de base y sus principales críticas

165. El contenido de la reforma del artículo 4 del Reglamento 883/2004 propuesta⁵⁵⁵. Siguiendo la línea jurisprudencial expuesta, la Comisión Europea propuso incorporar un segundo apartado en el artículo 4 del Reglamento de base con el siguiente contenido: “2. *Un Estado miembro podrá exigir que el acceso de una persona que no ejerza una actividad económica y resida en dicho Estado miembro a sus prestaciones de Seguridad Social esté supeditada a la condición de tener derecho de residencia legal, tal como se expone en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*”.

Como puede observarse, este nuevo apartado ofrece la posibilidad (y, por tanto, no la obligación) de que los Estados miembros exijan como requisito para acceder a sus prestaciones sociales, que los ciudadanos económicamente inactivos (es decir, aquellos que no están trabajando o buscando empleo activamente) sean residentes legales en su territorio de conformidad con la Directiva 2004/38⁵⁵⁶. No obstante, la Comisión ya matizó que este condicionante no afectaría a aquellos ciudadanos europeos que se desplazaran fuera del Estado miembro de su nacionalidad para buscar activamente empleo, pues su derecho de residencia se reconoce directamente en el artículo 45 del TFUE.

Aunque la jurisprudencia comunitaria versaba sobre PENC y prestaciones familiares, la reforma mencionaba, genéricamente, “*prestaciones de seguridad social*”. La utilización de este concepto tan amplio implicaba la posibilidad de extender la limitación estatal a todas las prestaciones incluidas dentro del ámbito de las normas de coordinación⁵⁵⁷, sin necesidad de justificar circunstancia excepcional alguna⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Puede consultarse un análisis en mayor profundidad de esta propuesta de reforma del principio de igualdad de trato en MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á., “Propuesta de Actualización de los Reglamentos europeos de coordinación: ¿hacia una protección social más “decente”?”, en MONEREO PÉREZ, J. L., BARROSO, F. T., y LAS HERAS, H. (Dir.), *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: Congreso internacional*, Laborum, 1ª Edición, España, 2018, pp. 615-634.

⁵⁵⁶ Cabe recordar a este respecto que los ciudadanos económicamente inactivos tienen derecho de residencia solo cuando disponen de medios de subsistencia suficientes y una cobertura sanitaria completa.

⁵⁵⁷ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea...”, *op. cit.* (38-39).

⁵⁵⁸ Tal y como sí se exigía en la fallida reforma del Reglamento 492/2011, realizada en febrero de 2016.

Esta solución propuesta por la Comisión fue considerada una regresión en la coordinación comunitaria (cambiando profundamente su filosofía) y, por ende, en la protección social en el marco de la Unión⁵⁵⁹.

166. La complicada relación entre el Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38. Una de las conclusiones que se extrae de la jurisprudencia citada y que se ha visto confirmada por la Propuesta de la Comisión, es la prevalencia de la Directiva 2004/38 frente al Reglamento 883/2004. Y ello a pesar de que, en puridad, no existe una jerarquía normativa entre estos dos tipos de actos legislativos de la UE⁵⁶⁰, sin que se prevea ninguna regla específica en caso de discrepancia entre ambos. Esta ausencia de regla destinada a la resolución del conflicto normativo se extiende al texto de estas normas, pues ambas guardan silencio respecto de la existencia de la otra, sin realizar ningún tipo de remisión, expresa o tácita, entre ellas⁵⁶¹. Además, el principio de orden cronológico, tan importante en el ámbito nacional, tampoco resolvería la disputa dado que ambas normas fueron aprobadas el mismo día –el 24 de abril de 2004–⁵⁶² (sin perjuicio de que la entrada en vigor de la Directiva se pospuso hasta su transposición, y la del Reglamento 883/2004, hasta el 1 de mayo de 2010⁵⁶³). En cualquier caso, este criterio de prevalencia temporal no ha sido utilizado nunca por el TJUE para resolver las cuestiones prejudiciales en esta materia⁵⁶⁴.

Como ya se ha señalado, el concepto de asistencia social en el ámbito de la coordinación es muy estricto. Contrariamente, en la esfera de la Directiva 2004/38, este concepto es mucho más amplio al incluir “*a todos los regímenes de ayudas establecidos por las autoridades públicas [...] a los que recurre un individuo que no dispone de*

⁵⁵⁹ PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, *op. cit.* (188). En esta línea crítica, parte de la doctrina ha señalado que, de salir adelante esta reforma, “*deja(re)mos de ser iguales en materia de Seguridad Social (no solo en orden a la asistencia social), salvo que tengamos recursos económicos*” (MALDONADO MOLINA, J. A., “Libertad de circulación y protección social”, *op. cit.* –158–). Asimismo, se ha advertido de que nos encontramos frente a una situación de “*riesgo de desmembración del Derecho social europeo*” (ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “Libre circulación, derecho de residencia y acceso a prestaciones de Seguridad Social”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 219-231 –231–).

⁵⁶⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 49, 2018, pp. 229-259 (236).

⁵⁶¹ BOLLO AROCENA, M. D., “Salvaguarda de las finanzas públicas, derecho de residencia y obtención de prestaciones de seguridad social en el estado miembro de acogida: Comentario a la Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2016. Asunto C-308/14”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2016, versión electrónica (p. 2/5).

⁵⁶² LHERNOULD, J.-P. (Ed.), *Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons*, Analytical Report 2015, FreSsco, European Commission, June 2015, p. 14, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=16959&langId=en>

⁵⁶³ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Libre circulación de ciudadanos comunitarios...”, *op. cit.* (510).

⁵⁶⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Los divergentes conceptos...”, *op. cit.* (236).

recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado” (apartado 61 del asunto *Brey*⁵⁶⁵).

Así, las PENC están excluidas del concepto de asistencia social de las normas de coordinación y, al mismo tiempo, incluidas dentro del de la Directiva 2004/38 (apartado 60 del asunto *Brey*). La consecuencia práctica de ello es que, si un ciudadano europeo no tiene recursos suficientes para ser residente legal en el Estado miembro de destino, no tendrá derecho a las PENC por la aplicación prioritaria de la Directiva 2004/38 (solo si se cumple lo dispuesto en esta norma, se aplicará lo dispuesto en las normas de coordinación). Con la reforma del artículo 4 del Reglamento de base se hace primar, expresamente, el contenido de la Directiva 2004/38⁵⁶⁶, sin unificar el concepto de asistencia social para toda la Unión⁵⁶⁷.

167. La posible creación de vacíos de protección. De cuanto antecede se concluye que, si un ciudadano europeo no tiene recursos suficientes para ostentar la residencia legal en el Estado miembro de destino, entonces no tendría derecho a las PENC. Así, el solicitante no tendría derecho a las prestaciones sociales necesarias para vivir dignamente porque no ostenta el derecho de residencia legal al carecer de los recursos suficientes para subsistir, siendo esta carencia, paradójicamente, el presupuesto para acceder a las citadas prestaciones (lo que parte de la doctrina ha considerado “*un vicio de origen impeditivo*”⁵⁶⁸).

La ley aplicable a efectos de solicitar este tipo de prestaciones es la del Estado del lugar de residencia del solicitante (art. 70.4 del Reglamento 883/2004). En las normas de coordinación, la residencia que se tiene en cuenta es la habitual o “de hecho”. Concretamente, el art. 1.j del Reglamento de base define la “residencia” como el “*lugar en que una persona reside habitualmente*”. Por su parte, el artículo 11 del Reglamento de aplicación, recoge un listado de elementos que deben valorarse conjuntamente para determinar la residencia de una persona física (“*en el caso de discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros*”), entendiéndose por tal “*el centro de interés*”.

⁵⁶⁵ En esta misma línea, previamente, SSTJCE de 15 de marzo de 2005 (C-209/03, asunto *Bidar*, apartado 56); de 11 de diciembre de 2007 (C-291/05, asunto *Eind*, apartado 29); y de 18 de noviembre de 2008 (C-158/07, asunto *Förster*, apartado 48).

⁵⁶⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea ...”, *op. cit.* (38).

⁵⁶⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Los divergentes conceptos...”, *op. cit.* (254).

⁵⁶⁸ Así, LÓPEZ GANDÍA, J., “El requisito de residencia para el acceso a prestaciones no contributivas de Seguridad Social. Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2017, pp. 351-360 (360).

*del interesado*⁵⁶⁹. En consecuencia, la residencia a efectos de la coordinación no coincide siempre con la residencia legal de la Directiva 2004/38⁵⁷⁰.

En atención a estas normas, la ley aplicable a estas prestaciones será la del Estado donde el interesado tenga su centro de intereses, normalmente, el Estado de acogida. Sin embargo, si el Estado competente incluye el requisito de residencia legal para acceder a sus PENC y una persona no lo cumpliera, quedaría ante un evidente vacío de protección al no poder acceder a las PENC del Estado de acogida por no ser residente legal⁵⁷¹, ni a las del Estado de origen por no residir habitualmente en él⁵⁷². En otras palabras, estaremos ante un conflicto negativo de leyes, proscrito por el principio de unicidad de ley aplicable⁵⁷³. Para evitar esta situación, se podrían valorar dos opciones: en primer lugar, considerar que estas personas conservan su residencia en el Estado de origen para no conculcar el derecho fundamental de la libertad de circulación; o, en segundo lugar, mantener la ley aplicable del Estado de destino, pero siendo responsable del pago final de estas prestaciones el Estado de origen⁵⁷⁴.

En contra de esta postura, el Tribunal europeo señaló que, en realidad, no estamos ante un vacío de ley aplicable, sino ante un mero incumplimiento de los requisitos materiales para el acceso a una prestación que fija la normativa nacional identificada como aplicable por los Reglamentos de coordinación (apartado 40 del asunto *Brey* y 64 del asunto *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*)⁵⁷⁵. Sin embargo, es jurisprudencia comunitaria consolidada la que ha reconocido que las normas de conflicto se oponen a requisitos nacionales que dejen sin efecto la designación de la ley aplicable a su amparo, impidiendo así el acceso a la cobertura (por todas, SSTJCE de 4 de octubre de 1991 –196/90, asunto *De Paep*– y de 3 de mayo de

⁵⁶⁹ Sobre este concepto, *vid.* apartado VI.1.2.D.

⁵⁷⁰ En este sentido, BOLLO AROCENA, M. D., “Salv guarda de las finanzas públicas...”, *op. cit.* (p. 4/5).

⁵⁷¹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de Seguridad Social. ¿Retroceso para la libre circulación de nacionales de la UE?”, Unión Europea Aranzadi, núm. 8-9, 2016, versión electrónica (p. 14/22).

⁵⁷² PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Prestaciones sociales y libertad de circulación de personas. El TJUE prosigue en su senda regresiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2016, asunto C-308/14”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 403, 2016, pp. 153-160 (156).

⁵⁷³ Sobre este principio, véase *infra*, apartado IV.5.

⁵⁷⁴ LHERNOULD, J.-P. (Ed.), *Assessment of the impact...*, *op. cit.*, pp. 59-60 (referidas, específicamente, a un periodo inicial de 3 meses).

⁵⁷⁵ En contra de este razonamiento del TJUE en el ámbito de las prestaciones familiares, PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, *op. cit.* (186-188). Este autor considera que, en realidad, con la exigencia de la residencia legal se prohíbe, *ab initio*, que la ley designada como competente por los Reglamentos de coordinación se aplique a los europeos sin recursos, es decir, se “*impide pura y simplemente la aplicación de la ley aplicable cuando el beneficiario es nacional de otro Estado*”, lo que afecta gravemente a los principios fundamentales de la coordinación comunitaria, particularmente, al principio de unicidad de ley aplicable.

1990 –2/89, asunto *Kits Van Heijningen*–)⁵⁷⁶. Igualmente, en el ejercicio de esta competencia, los Estados miembros no pueden desconocer el Derecho de la Unión, entre el que se encuentra el principio de igualdad de trato. Es muy discutible que la exigencia de este requisito de residencia legal pueda dar lugar a considerar que se están exigiendo “*las mismas condiciones*” de acceso a prestaciones sociales a todos los ciudadanos europeos⁵⁷⁷.

A mayor abundamiento, cuando se normativizó el régimen de coordinación de las PENC en el año 1992⁵⁷⁸, se reconoció expresamente su carácter inexportable⁵⁷⁹ como contrapartida a la igualdad de trato en el Estado de destino (permitiendo la totalización para el cumplimiento de los periodos de residencia que exigiera la normativa nacional), precisamente con la finalidad de evitar las lagunas de protección⁵⁸⁰. En consecuencia, con la Propuesta de actualización pretendida, al amparo de la jurisprudencia del TJUE, se podría estar condenando a estos ciudadanos a la exclusión social (todavía más problemática si estas personas tuvieran menores a su cargo)⁵⁸¹.

La doctrina científica se ha mostrado, mayoritariamente, muy crítica con esta jurisprudencia y el contenido de la Propuesta que la tiene como base. Algunos autores han cuestionado la proporcionalidad de esta actuación⁵⁸², mientras que otros han

⁵⁷⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 195-226 (211).

⁵⁷⁷ En esta línea, parte de la doctrina ha entendido que no se estarían sometiendo a estos ciudadanos “*a las mismas obligaciones*” que a los nacionales. *Vid.* PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Prestaciones sociales...”, *op. cit.* (158).

⁵⁷⁸ Incorporada en el anterior reglamento de coordinación –Reglamento 1408/71– mediante el Reglamento 1247/92. Con esta modificación se trató de satisfacer a los Estados miembros que reiteradamente ponían trabas a la exportación de prestaciones que consideraban de asistencia social –y, por tanto, no exportables– pero que el TJCE calificaba de PENC –plenamente exportables– (por todas, SSTJCE de 22 de junio de 1972 –1/72, asunto *Frilli*–; y de 9 de octubre de 1974 –24/74, asunto *Biason*–). Sobre esta reforma y la finalidad de modificar la jurisprudencia recaída sobre este particular, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, 1ª Edición, Granada, 1997, pp. 5-11 y 30-32; y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea ...”, *op. cit.* (34).

⁵⁷⁹ Esta limitación al principio de exportación (sobre este principio, véase *infra*, apartado IV.3.1) se ha justificado en que estas prestaciones son expresión de la solidaridad interna de cada Estado miembro, por lo que es el Estado en cuya comunidad solidaria se inserta el beneficiario el que deberá asumir su sustento mínimo vital. MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, *op. cit.* (136).

⁵⁸⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea ...”, *op. cit.* (34). Sobre el incumplimiento de este acuerdo, así como del principio de continuidad de derechos en casos de movilidad transnacional, con esta modificación pretendida, LHERNOULD, J.-P., “Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture. À propos de la proposition de la Commission du 13 décembre 2016”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)*, Vol. 54, núm. 1, 2018, versión electrónica (pp. 2-3/12).

⁵⁸¹ SUÁREZ CORUJO, B., “Ciudadanos de segunda...”, *op. cit.* (p. 5/7).

⁵⁸² CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea ...”, *op. cit.* (39); y POLICY DEPARTMENT A, *Coordination of Social Security Systems in Europe*. Study for the European

propuesto regulaciones alternativas para perjudicar en menor medida los derechos de los ciudadanos afectados⁵⁸³.

168. El escaso impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales. El Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), aprobado el 17 de noviembre de 2017, en la Cumbre social de Gotemburgo (Suecia), tiene como objetivo “*servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como para garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales*” (apartado 12 del preámbulo).

Uno de sus veinte principios (el número 14, sobre renta mínima), establece que “*toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida [...]*”. A pesar de ello, en el propio preámbulo del PEDS ya se matiza que son los Estados miembros los competentes para “*gestionar sus finanzas públicas*” y que este texto “*no debe afectar de modo sensible a su equilibrio financiero*” (apartado 19). Además, los principios y derechos que forman parte del PEDS carecen de fuerza ejecutiva por lo que es “*necesario adoptar antes medidas específicas o legislación al nivel adecuado*” (apartado 14 del preámbulo). Por todo ello, la eficacia del PEDS en esta cuestión puede considerarse más bien escasa⁵⁸⁴.

IV.1.1.D. El contenido del Acuerdo provisional sobre esta reforma

169. El informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Las críticas a esta propuesta de reforma en materia de igualdad de trato no se ciñeron exclusivamente a la doctrina científica, sino que también se manifestaron, entre otros, en el Informe sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, elaborado por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales en el año 2018⁵⁸⁵. En este Informe, se mantuvo

Parliament's Committee on Employment and Social Affairs (EMPL), 2017, pp. 33-34, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614185/IPOL_STU\(2017\)614185_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614185/IPOL_STU(2017)614185_EN.pdf)

⁵⁸³ En este sentido, Sánchez-Rodas Navarro propone una solución alternativa: modificar la Directiva 2004/38 para supeditar el acceso a las prestaciones de asistencia social por parte de los ciudadanos económicamente inactivos al requisito de la residencia fiscal en el Estado miembro de destino (respetando así los pronunciamientos del TEDH en la materia, el último, mediante sentencia de 7 de marzo de 2017, asunto *Baczúr*). Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Los divergentes conceptos...”, *op. cit.* (256-258).

⁵⁸⁴ En esta línea, apuntado la insuficiencia del PEDS para contrarrestar las trabas a las que se está enfrentando el progreso social en la Unión Europea en los últimos años, PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, *op. cit.* (170).

⁵⁸⁵ COMISIÓN DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES (CEAS), *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004*, Documento núm. A8-0386/2018, 2018, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0386_EN.html

una posición contraria a esta modificación reglamentaria, argumentando que no era el momento adecuado para incorporar estas limitaciones “*dado que la jurisprudencia en esta área aún está evolucionando*”⁵⁸⁶, a lo que el ponente del mismo, Guillaume Balas, añadió que espera que los debates sobre la revisión de estas normas “*se alejen de las posturas y acusaciones de "turismo social", "fraude generalizado" y "proteccionismo disfrazado"*. *Esta revisión debe garantizar la continuidad de los derechos sociales de los ciudadanos, al tiempo que promover la movilidad eficiente en Europa*”.

170. La supresión de la reforma del artículo 4 del Reglamento 883/2004 en el Acuerdo provisional. El Acuerdo provisional de marzo de 2019 parece haber atendido a las críticas recibidas y a la evaluación desfavorable emitida en el estudio del *Policy Department A*, suprimiendo la reforma del artículo 4 del Reglamento de base. No obstante, como ha señalado doctrina cualificada en la materia, “*sería ingenuo creer que la causa del statu quo legislativo radica en el deseo de preservar la coherencia de las normas de coordinación y los derechos de los pobres*”⁵⁸⁷.

Sí se ha mantenido, en cambio, una modificación en este sentido en el considerando número 5, donde se ha introducido la necesidad de respetar la jurisprudencia comunitaria indicada que interpreta el principio de igualdad de trato y establece la relación entre el Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38 a estos efectos. En un considerando posterior se ha matizado que los ciudadanos económicamente inactivos no deberían estar obligados a cumplir la condición de tener una cobertura completa de seguro de enfermedad en el Estado miembro de acogida (de conformidad con la Directiva 2004/38), debiendo permitirles, de conformidad con las leyes y prácticas nacionales, contribuir de manera proporcional a un plan de cobertura de enfermedad, si de otro modo no pueden cumplir los criterios necesarios para acceder al seguro de enfermedad en el Estado miembro en el que residen habitualmente. En cualquier caso, la inclusión de estas referencias en los considerandos no es especialmente relevante desde el punto de vista jurídico pues la jurisprudencia sería de aplicación igualmente, sin necesidad de mención

⁵⁸⁶ En esta misma línea ya se había manifestado un grupo de reconocidos expertos en la materia en un informe, elaborado en el año 2015, en el que se analizaban tres opciones de reforma del Reglamento 883/2004 sobre la base de los asuntos *Brey* y *Dano*: 1) no hacer ninguna modificación (con la aplicación directa de la jurisprudencia comunitaria); 2) limitar la igualdad de trato para las PENC de renta mínima (no para las destinadas a personas con discapacidad) haciendo referencia a las disposiciones de la Directiva 2004/38; y 3) eliminar las PENC señaladas del ámbito objetivo de la coordinación (en cuyo caso tendría gran relevancia la STJCE de 21 de junio de 2011 –C-503/09, asunto *Stewart*, apartados 88 a 104–). A pesar de que todas estas opciones presentan problemas, la opción que se consideró menos negativa en todos los aspectos analizados (clarificación, simplificación, derechos, carga administrativa, fraude y abuso) fue la primera, aunque matizando que su validez no se podría mantener a largo plazo, ya que sería necesario realizar modificaciones legislativas en el momento en el que la labor del TJUE fuera lo suficientemente madura (especialmente, para clarificar la relación entre las dos normas implicadas). *Vid.* LHERNOULD, J.-P. (Ed.), *Assessment of the impact...*, *op. cit.*

⁵⁸⁷ LHERNOULD, J.-P., “Les règlements coordonnant...”, *op. cit.* (p. 3/12).

alguna en el texto reglamentario, en tanto no se modifique por el TJUE. Pese a ello, el mensaje enviado por los Estados miembros es claro: cambio legislativo, no... por ahora.

IV.1.1.E. Valoración crítica

171. Una reforma momentáneamente paralizada ante un problema que continúa vigente. De todo cuanto antecede se concluye que nos encontramos ante un problema con multitud de aristas, tanto jurídicas como políticas, económicas y sociales. Si atendemos a todas ellas en su conjunto, considero que hay espacio para la esperanza de la Europa social. Es claro que el TJUE ha mantenido un posicionamiento restrictivo de derechos sociales en los cinco pronunciamientos señalados, pero es igualmente cierto que estas sentencias tuvieron lugar en un momento de inestabilidad política en el seno de la Unión, principalmente, por las tensiones originadas con Reino Unido y su preocupación por el turismo social derivado de la libre circulación de personas. Una vez producido el Brexit, la situación política podría considerarse menos vehemente⁵⁸⁸, aunque no hay que olvidar que otros Estados miembros también se han mostrado interesados en el mantenimiento de esta posición restrictiva (por ejemplo, Alemania⁵⁸⁹).

Igualmente, el Acuerdo provisional alcanzado en marzo de 2019 se aleja de la consolidación legislativa de esta jurisprudencia, al menos por el momento, siguiendo las recomendaciones de muchos expertos que abogan por esperar a que esta se consolide definitivamente para, en su caso, adoptar las decisiones oportunas.

172. ¿Visos de viraje en el rumbo del TJUE? Con el Acuerdo provisional de marzo de 2019 se ha otorgado mayor importancia –si cabe– a la labor del TJUE, dejando en sus manos continuar en la senda restrictiva que ha mantenido hasta ahora o, por el contrario, cambiar de rumbo y dejar la jurisprudencia señalada en el recuerdo. Hasta el momento, no existe ningún pronunciamiento que vuelva a enjuiciar un caso como los expuestos en los ya comentados asuntos *Brey*, *Dano*, *Alimanovic*, *García Nieto*, *Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Sin embargo, reviste especial relevancia la STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020 (C-181/19, asunto *JD*).

⁵⁸⁸ Tal y como ha señalado parte de la doctrina, el proceso del “Brexit” ha influido, en gran medida, en el contenido de la Propuesta de actualización de la Comisión Europea. Ejemplo de ello es que los principales temas abordados en esta han sido los más conflictivos para Reino Unido (acceso a prestaciones sociales por ciudadanos inactivos, cuidados de larga duración, prestaciones familiares y prestaciones de desempleo, entre otros). *Vid.* GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C, “El *brexit* en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 49, 2018, pp. 1-31 (22-23).

⁵⁸⁹ Un estudio realizado en Alemania en el año 2010 ya puso de manifiesto que un elevado porcentaje de alemanes creía que la mayoría de inmigrantes habían llegado a este Estado con la finalidad de acogerse a beneficios sociales. En ese mismo año, la canciller alemana, Angela Merkel, hizo unas declaraciones en las que apuntaba al fracaso del multiculturalismo en este país (MARÍN SALAMERO, M. (Coord.), *Globalización y movimientos migratorios*, *op. cit.*, p. 111).

En este reciente pronunciamiento, el Tribunal europeo ha enjuiciado el ajuste al Derecho europeo de una norma alemana en virtud de la cual se denegaron prestaciones de seguro básico alemanas (consideradas prestaciones de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38 –apartado 57– y PENC a efectos de los Reglamentos de coordinación –apartado 82–) a un nacional polaco que residía en Alemania con sus hijas, escolarizadas en este país, que había perdido la condición de trabajador de conformidad con el artículo 7.3.c) de la Directiva 2004/38, y que se encontraba en búsqueda de un nuevo empleo.

Para resolver esta cuestión prejudicial, el TJUE ha basado su razonamiento, en gran medida, en la jurisprudencia comentada, aunque no ha llegado a la misma conclusión. Ello se ha debido a que, en el litigio origen de la decisión prejudicial, el demandante y sus hijas gozaban de un derecho de residencia legal que, aunque no está contemplado en la Directiva 2004/38, deriva del artículo 10 del Reglamento 492/2011 (derecho de residencia del progenitor que ejerce efectivamente la custodia de hijos menores escolarizados en el Estado miembro de acogida). Esta diferencia con los casos resueltos de manera precedente ha llevado a fallar en sentido contrario, admitiendo la vulneración del principio de igualdad de trato por parte de la normativa nacional alemana que excluía, en cualesquiera circunstancias y automáticamente, del derecho a percibir PENC a personas que no eran residentes legales según la Directiva 2004/38.

A pesar del fallo final, en esta sentencia se ha reiterado lo dispuesto en la jurisprudencia precedente, siendo especialmente ilustrador que se haya vuelto a reconocer que *“nada se opone a que la concesión de tales prestaciones (las PENC) a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que estos cumplan los requisitos para disponer de un derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida”* (apartado 84).

Así pues, esta sentencia parece augurar una voluntad continuista de la jurisprudencia previa en los términos restrictivos en los que fue expuesta⁵⁹⁰. No obstante, también puede considerarse, al mismo tiempo, que sigue la senda extensiva de las SSTJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-442/16, asunto *Gusa*) y de 11 abril de 2019 (C-483/17, asunto *Tarola*), en los casos en los que existe cierta vinculación (especialmente, económica) con el país de acogida, aunque esta conexión sea tenue⁵⁹¹. En cualquier caso, parece necesario esperar a que el Tribunal de Luxemburgo vuelva a pronunciarse sobre un caso similar para comprobar si, tras el Brexit y las numerosas críticas recibidas a la

⁵⁹⁰ Apoyando la idea de que nos encontramos ante una línea continuista, incorporando *“una novedosa base interpretativa en casos de menores escolarizados en el país miembro de acogida”*, GARCÍA ROMERO, B., *“Libre circulación de trabajadores...”*, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

⁵⁹¹ Sobre estas dos sentencias, véase nota al pie 549.

Propuesta de reforma del artículo 4 del Reglamento de base, su posición ha cambiado y, en su caso, en qué medida.

173. Una propuesta alternativa más integradora. Pese a la línea mantenida hasta el momento por el Tribunal de Luxemburgo, considero que existe una solución alternativa más coherente con el conjunto del Derecho de la Unión (incluyendo el derecho a la libre circulación y el principio de proporcionalidad) y la voluntad del legislador comunitario al incluir las PENC en el ámbito de la coordinación⁵⁹². Esta otra solución a la problemática señalada pasaría por corregir la interpretación previa respecto de la relación entre el Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38, optando por establecer una relación más integradora entre ambas normas. Así, en primer lugar, podrían aplicarse los Reglamentos de coordinación para determinar si el solicitante tiene derecho a las prestaciones incluidas dentro de su ámbito de aplicación (entre ellas, las PENC); y, en segundo lugar, valorar si tiene o no derecho de residencia legal, para lo que deberían tenerse en cuenta los ingresos obtenidos por estas prestaciones⁵⁹³. En cambio, en el caso de encontrarnos ante prestaciones excluidas del ámbito de la coordinación, sería de aplicación exclusiva la Directiva 2004/38. En términos prácticos, ello se podría conseguir dando primacía a la aplicación de las normas de coordinación (por aplicación del principio *lex specialis*). Sin embargo, considero más acorde con la voluntad de simplificación que motivó la aprobación de las nuevas normas reglamentarias la exclusión de las PENC del concepto de “asistencia social” a efectos de la Directiva 2004/38⁵⁹⁴, incluso aunque este concepto y el previsto en la esfera de la coordinación de Seguridad Social continúen siendo parcialmente divergentes.

174. Necesidad de una decisión política. En definitiva, como ha quedado patente a lo largo de la última década, existen varias soluciones jurídicas a este problema, la duda reside en saber si, políticamente, se quieren adoptar en un sentido restrictivo como ha venido haciendo el TJUE y la Comisión o, por el contrario, respetuoso con los postulados de la Europa social vigentes antes de la crisis de 2008⁵⁹⁵.

⁵⁹² Sobre la contradicción de la jurisprudencia citada con la voluntad legislativa, PATAUT, E., “Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Quelle solidarité ? Sécurité sociale et assistance sociale”, Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE), 2015, versión electrónica (p. 5/7).

⁵⁹³ En estos casos, normalmente, se cumpliría ese requisito. Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y., “Derecho comunitario de residencia...”, *op. cit.* (pp. 10-11/30).

⁵⁹⁴ Estas dos alternativas han sido puestas de relieve en LHERNOULD, J.-P. (Ed.), *Assessment of the impact...*, *op. cit.*, pp. 56-62.

⁵⁹⁵ Como ha señalado parte de la doctrina, “(en realidad), se trata de una decisión política y de responder con sinceridad a la siguiente pregunta: ¿queremos más solidaridad entre Estados miembros o que cada Estado se ocupe de las personas en estado de necesidad?”. En estos términos, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Libre circulación de ciudadanos comunitarios...”, *op. cit.* (513).

IV.2. El principio de asimilación de ingresos, hechos o acontecimientos

175. La relación entre los principios de asimilación y de igualdad de trato. El principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos y acontecimientos fue incluido expresamente en las normas de coordinación, por vez primera, en su última versión, concretamente, en el artículo 5 del Reglamento de base⁵⁹⁶. Este precepto es el resultado de la positivización de la jurisprudencia comunitaria recaída alrededor del principio general de no discriminación (en este sentido, considerando 9 del Reglamento 883/2004)⁵⁹⁷ –del cual el principio de asimilación constituye una expresión concreta⁵⁹⁸–, con el objetivo de combatir mejor las discriminaciones indirectas⁵⁹⁹. De ello se deriva la aplicación prioritaria del artículo 5 frente al principio general de igualdad de trato del artículo 4 (*in extenso*, véase *supra*, número 152).

176. La técnica de la asimilación. La asimilación es una técnica en virtud de la cual se crea la ficción jurídica de que unos determinados ingresos, hechos o acontecimientos han tenido lugar dentro del sistema legal o en el territorio del Estado miembro cuya legislación resulte de aplicación, a pesar de haberse producido realmente en otro distinto.

177. El doble contenido del principio de asimilación del artículo 5 del Reglamento 883/2004. En las actuales normas de coordinación se reconoce, por primera vez, la asimilación generalizada de condiciones, lo que implica que esta técnica opera salvo que se diga lo contrario (teniendo en cuenta las disposiciones particulares de aplicación)⁶⁰⁰. Este principio general tiene dos vertientes⁶⁰¹: por un lado, la relativa a las prestaciones de Seguridad Social o ingresos adquiridos en otro Estado miembro (apartado a), tendente a evitar acumulaciones abusivas; y, por otro lado, la relativa a hechos o acontecimientos ocurridos en otro Estado miembro (apartado b), tendente a favorecer el

⁵⁹⁶ La introducción de este principio general de asimilación contribuyó a lograr la pretendida simplificación de las normas de coordinación, permitiendo la eliminación de disposiciones específicas sobre este particular previstas a lo largo de los textos reglamentarios. CORNELISSEN, R., “Les axes de réforme...”, *op. cit.* (p. 2/11).

⁵⁹⁷ Entre otras, SSTJCE de 22 de noviembre de 1995 (C-443/93, asunto *Vougioukas*); de 25 de junio de 1997 (C-131/96, asunto *Romero*); de 23 de noviembre de 2000 (C-135/99, asunto *Elsen*); y de 21 de febrero de 2008 (C-507/06, asunto *Klöppel*).

⁵⁹⁸ Por todas, STJCE de 21 de febrero de 2008 (C-507/06, asunto *Klöppel*, apartado 22); y STJUE de 5 de diciembre de 2019 (C-398/18 y C-428/18, asuntos acumulados *Bocero Torrico y otros*, apartado 39).

⁵⁹⁹ En este sentido, MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, *op. cit.* (131).

⁶⁰⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (207).

⁶⁰¹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6885.

cumplimiento de las condiciones y requisitos fijados en la norma nacional que resulte de aplicación por parte de los migrantes⁶⁰².

178. Los principales instrumentos de asimilación de condiciones: la totalización y la *prorrata temporis*. Para llevar a cabo la asimilación de condiciones, la normativa comunitaria prevé dos instrumentos principales: la totalización de periodos y el pago a prorrata o *prorrata temporis*.

De un lado, por lo que respecta a la totalización, prevista en el artículo 6 del Reglamento 883/2004 –principio que, junto con el de exportación, forma parte del contenido mínimo de las normas de coordinación *ex* artículo 48 del TFUE–, constituye un instrumento que permite que los trabajadores migrantes puedan acreditar el cumplimiento de los requisitos de periodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia exigidos por una norma nacional⁶⁰³ para la adquisición, conservación, duración o recuperación del derecho a prestaciones, admisión a una legislación o acceso o exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, computando los periodos cumplidos en otro Estado miembro, “*como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica*” (salvo disposición en contrario en las normas de coordinación⁶⁰⁴). Ello responde a la voluntad

⁶⁰² Una limitación a esta vertiente del principio de asimilación puede encontrarse en el artículo 14.4 del Reglamento de base, en materia de seguro voluntario o facultativo continuado (véase *infra*, número 352).

⁶⁰³ La definición de qué debe entenderse por cada uno de estos conceptos se recoge en el artículo 1 del Reglamento de base. Así, por “períodos de seguro” deben entenderse los periodos de cotización, o de actividad por cuenta ajena o propia, tal como se definen o admiten como periodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los periodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los periodos de seguro (letra t); por “períodos de empleo” o “períodos de actividad por cuenta propia”, los periodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos, así como todos los periodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los periodos de empleo o a los periodos de actividad por cuenta propia (letra u); y por “períodos de residencia”, los periodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos o sean considerados como cubiertos (letra v).

⁶⁰⁴ Este principio no resulta aplicable a las prestaciones de prejubilación, de conformidad con lo previsto en el artículo 66 del Reglamento 883/2004.

En materia de prestaciones de desempleo, aunque formalmente no se establece ninguna excepción, algunos Estados miembros exigen ciertos periodos de trabajo en destino previo para que opere este principio (desde un día en algunos, hasta un mes en otros pocos). Sobre esta cuestión, WEBER, H., “Critical view on some issues of the EU-Commission’s proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending regulation (EC) N° 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) N° 987/2009 laying down the procedure for implementing regulation (EC) N° 883/2004”, *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, núm. 2, 2017, pp. 4-17 (12), disponible en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/76337/148-552-1-PB.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. La Propuesta de actualización presentada por la Comisión en 2016 prevé normativizar una excepción expresa al principio de totalización para estas prestaciones. Concretamente, la Comisión propuso modificar el artículo 61 del Reglamento 883/2004 para incluir la exigencia de que los solicitantes de prestaciones de desempleo trabajen durante, al menos, 3 meses en el territorio del Estado miembro donde soliciten dicha prestación para poder aplicar el principio de totalización. Esta iniciativa, ampliamente criticada, ha sido modificada en el Acuerdo provisional alcanzado en marzo de 2019. Así, se ha reducido de 3 a 1 mes el periodo de seguro previo exigido (especificando, además, que debe ser ininterrumpido) y se ha añadido una

de mantener, en la medida de lo posible, la unidad de carrera de seguro de los migrantes (STJCE de 5 de octubre de 1994 –C-165/91, asunto *van Munster*, apartado 29–). Los periodos que hayan sido comunicados por otros Estados miembros deberán tenerse en cuenta, a estos efectos, sin cuestionar su valor⁶⁰⁵. Consecuentemente, la única legislación nacional competente para la definición, admisión y acreditación de estos periodos será aquella bajo la que fueron cubiertos, sin posibilidad de cuestionarse bajo la legislación que los totaliza o asimila⁶⁰⁶.

No obstante, deben respetarse las reglas del artículo 12 del Reglamento de aplicación, especialmente en caso de superposición de periodos⁶⁰⁷, y del artículo 13 de este mismo texto, relativas a la conversión de periodos.

Es importante matizar que, de conformidad con el considerando 10 del Reglamento de base, los periodos cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro deberán tenerse en cuenta únicamente mediante la aplicación del principio de totalización de periodos, sin que el principio de asimilación de condiciones del artículo 5 interfiera con el de totalización. De esta forma, se otorga al principio de totalización la categoría de *lex specialis* frente al principio general de asimilación, priorizando su aplicación⁶⁰⁸.

De otro lado, por lo que respecta a la *pro rata temporis*, se trata de una técnica utilizada en el procedimiento de cálculo de pensiones cuando han sido de aplicación diversas legislaciones nacionales y ha entrado en juego el principio de totalización señalado⁶⁰⁹. En estos casos, cada Estado miembro implicado calculará el importe de la pensión teórica correspondiente en atención a su legislación interna y, posteriormente, aplicará la “pro rata” que proceda para reducir y adecuar su cuantía de manera proporcional al esfuerzo contributivo realizado por el trabajador en dicho sistema⁶¹⁰. Esta

regla específica para los casos en los que no se cumpla este requisito (el Estado miembro del seguro, empleo o autoempleo más reciente será el competente, debiendo proporcionar las prestaciones de desempleo en atención a su legislación –aplicando, si procede, el principio de totalización–). Más ampliamente sobre este tema, *vid.* MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Retos actuales de la coordinación comunitaria...”, *op. cit.* (148-150).

⁶⁰⁵ Apartado 2 de la *Decisión núm. H6, de 16 de diciembre de 2010, relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social* (DOUE núm. C 45, de 12 febrero 2011, pp. 5-7). Sobre estos certificados, véase la STJCE de 11 de noviembre de 2004 (C-372/02, asunto *Adanez-Vega*, apartados 36 y 48).

⁶⁰⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (567). Sobre la validez de estos documentos, véase *infra*, número 193.

⁶⁰⁷ Conviene mencionar, específicamente, que en los casos de superposición de periodos de seguro cubiertos en el marco de un seguro obligatorio y un seguro voluntario o facultativo continuado, solo se computará el periodo cubierto en el marco del seguro obligatorio (art. 12.3 del Reglamento 987/2009).

⁶⁰⁸ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 123 y 125.

⁶⁰⁹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6891.

⁶¹⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (209).

prorrata se trata de un porcentaje obtenido de dividir el tiempo que el solicitante ha estado sometido a la legislación del Estado miembro pagador (numerador), entre el tiempo total de aseguramiento tomado en consideración para el cálculo de la pensión teórica en todos los sistemas nacionales por aplicación del principio de totalización (denominador)⁶¹¹. Por tanto, en estos casos, el trabajador migrante puede tener derecho a varias pensiones en distintos Estados miembros, evitando mediante la aplicación de esta técnica una sobreprotección del mismo⁶¹².

179. Requisitos y límites de la asimilación. No obstante lo anterior, esta técnica no puede utilizarse en todo caso. Para ello, es necesario que las condiciones cuya asimilación se pretende sean análogas en ambos Estados miembros (esto es, que sean identificables por su semejanza o por cumplir una función similar, aunque no sean homologables)⁶¹³. Además, para la correcta aplicación de este principio se requiere la presencia de confianza entre los Estados miembros, de tal modo que no pueden cuestionarse, salvo fraude probado, la validez y exactitud de los documentos acreditativos de condiciones asimilables emitidos por una autoridad de otro Estado miembro⁶¹⁴.

Asimismo, existen limitaciones a la aplicación del principio de asimilación. Por una parte, no se permite que, mediante esta técnica, se otorgue competencia a otro Estado miembro o se aplique su legislación (considerando 11), es decir, que afecte al juego de las reglas de conflicto previstas en los propios Reglamentos de coordinación. Por otra parte, tampoco se permite que se conculque la debida proporcionalidad, dando lugar a resultados objetivamente injustificados o a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo periodo (considerando 12).

IV.3. Los principios vinculados específicamente con prestaciones: los principios de exportación y no acumulación de prestaciones

180. Introducción. Las normas de coordinación incorporan dos principios vinculados específicamente a las prestaciones y que, aunque importantes para comprender el funcionamiento general de estos textos, revisten menor importancia desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación.

⁶¹¹ El cálculo del importe prorrateado de las pensiones de vejez y de supervivencia se establece en el artículo 52.1.b) del Reglamento 883/2004, con las especialidades previstas en los apartados 4 y 5 de este precepto.

⁶¹² VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6757.

⁶¹³ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (208). En este sentido, como ya se ha adelantado anteriormente, la STJUE de 21 de enero de 2016 (C-453/14, asunto *Knauer*, apartado 34), recoge que, para determinar si dos situaciones son comparables a estos efectos en materia de prestaciones, “*es preciso tener en cuenta el objetivo perseguido por esas prestaciones y por las normativas que las establecieron*”.

⁶¹⁴ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (566). Sobre la validez de estos documentos, véase *infra*, número 193.

IV.3.1. El principio de exportación

181. Evolución. El principio de exportación⁶¹⁵ ha estado presente en todas las versiones reglamentarias, aunque su regulación ha ido variando, hasta llegar a la formulación tan amplia contenida en el actual Reglamento 883/2004⁶¹⁶. El Reglamento 3/58 establecía una norma de supresión de las cláusulas de residencia en su artículo 10.1, pero referida, exclusivamente, a las pensiones o rentas y los subsidios por defunción, mientras que en el apartado siguiente se señalaban las excepciones a esta regla (recogidas en el Anexo E). Posteriormente, el Reglamento 1408/71 incluyó un listado más amplio de prestaciones a las que resultaba de aplicación la supresión de las cláusulas de residencia en su artículo 10 (prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción⁶¹⁷), salvo disposición reglamentaria en contrario, recogiendo la excepción particular relativa a las PENC en su artículo 10 *bis*.

182. El contenido del principio de exportación. En la actualidad, el principio de exportación –o de supresión de las cláusulas de residencia–, regulado en el artículo 7 del Reglamento 883/2004 –principio que, junto con el de totalización, constituye el contenido mínimo de las normas de coordinación *ex* artículo 48 del TFUE–, garantiza que, salvo disposición en contrario, las prestaciones en metálico, con carácter general, no serán reducidas, modificadas, suspendidas, suprimidas o confiscadas por el cambio de residencia del beneficiario o de los miembros de su familia a un Estado miembro distinto del país donde se encuentre la institución deudora. De este modo, se trata de garantizar la conservación de los derechos ya adquiridos⁶¹⁸ por los beneficiarios de algunas prestaciones (pensiones, especialmente⁶¹⁹).

Igualmente, este principio también impide que el nacimiento de un derecho pueda denegarse sobre la sola base de la residencia del interesado situada en otro Estado miembro diferente al de la institución deudora⁶²⁰. En consecuencia, en virtud del artículo

⁶¹⁵ Exportación a la que algunos autores también han denominado “portabilidad”. Por todos, LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, Dalloz, 8ª Edición, París, 1993, p. 247.

⁶¹⁶ KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 396.

⁶¹⁷ Así como a las prestaciones consistentes en entrega de capital concedidas en caso de nuevas nupcias del cónyuge superviviente que tuviera derecho a una pensión o una renta de supervivencia.

Este listado del artículo 10.1 no implicaba que las prestaciones no incluidas en el mismo no fueran, en modo alguno, exportables. Sobre esta cuestión, *vid.* VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 257-258 y 265-276.

⁶¹⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (211) y LÓPEZ TERRADA, E., “Capítulo quinto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social...”, *op. cit.* (194).

⁶¹⁹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6763.

⁶²⁰ Por todas, SSTJCE de 7 de noviembre de 1973 (51/73, asunto *Smieja*, apartados 15 y 22); de 10 de junio de 1982 (92/81, asunto *Camera*, apartados 14 y 16); de 23 de octubre de 1986 (300/84, asunto *Van*

7 del Reglamento 883/2004, se establece un principio general de que las prestaciones son exportables y adquiribles cuando el titular de estas (o los miembros de su familia) resida en un Estado miembro diferente al competente para su abono o reconocimiento⁶²¹.

183. El ámbito espacial del principio de exportación. La supresión de las cláusulas de residencia tiene operatividad dentro del ámbito espacial de aplicación de los Reglamentos de coordinación. Así, el artículo 7 del Reglamento 883/2004 no puede servir de base para la exportación de prestaciones hacia terceros Estados, pues ello dependerá de lo dispuesto en la legislación nacional concreta o, en su caso, en los convenios internacionales vigentes sobre este particular⁶²².

184. Aplicación a trabajadores migrantes y sedentarios. Este principio no solo ampara la exportación de prestaciones generadas por trabajadores migrantes a otros Estados miembros, sino que también ampara la exportación de algunas prestaciones cuyos beneficiarios son trabajadores sedentarios, es decir, trabajadores que durante su vida laboral nunca han ejercitado su derecho a la libre circulación en el seno de la Unión, ejercitándolo con posterioridad a la obtención de una determinación prestación⁶²³. Así se ha recogido en el propio artículo 7 del Reglamento 883/2004, donde se menciona la posibilidad de que las prestaciones sean debidas en virtud de la legislación de un único Estado miembro.

185. Límites del principio de exportación. No obstante, este principio también tiene limitaciones. Así, no resulta aplicable a determinadas prestaciones en metálico (como es el caso de las ya comentadas PENC –artículo 70.3 del Reglamento 883/2004–)

Roosmalen, apartado 39); de 24 de febrero de 1987 (379/85, 380/85, 381/85 y 93/86, asuntos acumulados *Galetti y otros*, apartados 15 y 17); de 6 de julio de 2000 (C-73/99, asunto *Movrin*, apartado 33); y de 21 de julio de 2011 (C-503/09, asunto *Stewart*, apartados 61 y 62).

⁶²¹ Respecto del Reglamento 148/71, VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 262; y MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, *op. cit.*, p. 246.

⁶²² FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 132. Sobre la extensión jurisprudencial del ámbito personal de estos convenios (doctrina *Gottardo*), véanse *supra*, números 144 y ss.

⁶²³ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (211); AGÍS DASILVA, M., “Lección 2. El derecho europeo de coordinación...”, *op. cit.* (83); y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6763.

y se aplica de manera limitada a otras (como las prestaciones de desempleo⁶²⁴ –artículo 64 del Reglamento 883/2004–⁶²⁵).

IV.3.2. El principio de no acumulación de prestaciones

186. El contenido del principio de no acumulación de prestaciones. El principio de no acumulación de prestaciones, recogido en el artículo 10 del Reglamento 883/2004 –que varía poco el régimen previo–, supone, salvo que se establezca lo contrario en las normas de coordinación, que no se pueda conferir ni mantener “*el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio*”. Así pues, se establece una regla general anticúmulo de prestaciones que será de aplicación cuando se den dos requisitos simultáneamente⁶²⁶:

- 1) Que las prestaciones tengan la misma naturaleza, es decir, traten de cubrir la misma contingencia. El TJUE ha matizado, en multitud de ocasiones, que dos prestaciones de Seguridad Social serán consideradas de la misma naturaleza cuando su objeto y finalidad, así como su base de cálculo y requisitos de concesión, sean idénticos, con independencia de las características propias de las diferentes legislaciones nacionales y de las características meramente formales, por no ser elementos constitutivos⁶²⁷. No obstante, no siempre se exige que esta

⁶²⁴ El TJCE ha validado, en varias ocasiones, la posibilidad de imponer limitaciones a la exportación de las prestaciones de desempleo al amparo del artículo 48 del TFUE (por todas, SSTJCE de 19 de junio de 1980 –41/79, 121/79 y 796/79, asuntos acumulados *Testa y otros*–; y de 18 de julio de 2006 –C-406/04, asunto *Cuyper*–).

⁶²⁵ Concretamente, el actual artículo 64.1.c) del Reglamento de base limita la posibilidad de exportar las prestaciones de desempleo hasta un máximo de 3 meses, contando desde la fecha en la que el beneficiario/a haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente (siempre y cuando “*la duración total del periodo durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del periodo de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado*”, como matiza artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004), con posibilidad de prorrogar dicho periodo hasta un máximo de 6 meses (art. 64.1.c). Sobre la naturaleza potestativa y no obligatoria de esta prórroga para los Estados miembros, *vid.* STJUE de 21 de marzo de 2018 (C-551/16, asunto *Klein*).

Este periodo de exportación ha sido otro de los puntos que ha abordado la Propuesta de actualización de la Comisión, de diciembre de 2016. La Comisión propuso ampliar el periodo mínimo de exportación de 3 a 6 meses, permitiendo a los servicios o instituciones competentes prorrogar la conservación del derecho a las prestaciones de desempleo hasta el final del periodo al que tenga derecho el beneficiario/a. El Acuerdo provisional de marzo de 2019 ha añadido expresamente, además, el contenido del citado asunto *Klein* en las normas comunitarias. Algunas críticas a esta propuesta, generalmente aceptada, pueden consultarse en MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Retos actuales de la coordinación comunitaria...”, *op. cit.* (148) y doctrina ahí citada. No obstante, el debate sobre la modificación de la exportación de las prestaciones de desempleo sigue sin estar cerrado.

⁶²⁶ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6897.

⁶²⁷ Por todas, SSTJCE de 5 de julio de 1983 (171/82, asunto *Valentini*, apartado 13); de 8 de julio de 1992 (C-102/91, asunto *Knoch*, apartados 42); de 11 de agosto de 1995 (C-98/94, asunto *Schmidt*, apartado 24); de 18 de julio de 2006 (C-406/04, asunto *De Cuyper*, apartado 25); de 11 de septiembre de 2008 (C-228/07, asunto *Petersen*, apartado 21); y SSTJUE de 15 de marzo de 2018 (C-431/16, asunto *Blanco Marqués*, apartado 50); de 30 de mayo de 2018 (C-517/16, asunto *Czerwiński*, apartado 43); de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartado 30).

identidad en la base de cálculo y requisitos sea plena, pues se admiten ciertas discrepancias en la medida en que se deban a diferencias estructurales entre los regímenes nacionales (procede hacer un examen en el marco del régimen global de Seguridad Social vigente en el Estado miembro de que se trate)⁶²⁸.

- 2) Que el reconocimiento de las prestaciones se base en los mismos periodos de seguro obligatorio.

No obstante, a pesar de esta regla general, existen normas específicas sobre la acumulación de pensiones de la misma naturaleza y sobre la acumulación de pensiones de distinta naturaleza⁶²⁹.

Para la aplicación de este principio también debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento 987/2009, precepto que trata de solventar los posibles problemas derivados de una aplicación estricta de las reglas de no acumulación. Específicamente, se establece que, cuando las prestaciones sean reducidas, suspendidas o suprimidas mutuamente, las cuantías que no se abonarían en caso de tal aplicación estricta de las reglas de reducción, suspensión o supresión contenidas en la legislación de los Estados miembros implicados, se dividirán por el número de prestaciones en cuestión.

187. Principio de intangibilidad de los derechos adquiridos en el marco exclusivo de normas nacionales (principio *Petroni*⁶³⁰). Las normas comunitarias anticúmulo no resultan de aplicación a las prestaciones nacionales concedidas únicamente al amparo de una norma nacional, sin intervención de las normas de coordinación (considerando 30 del Reglamento 883/2004). La razón de ello reside en la finalidad de los artículos 45 a 48 del TFUE (base de las normas de coordinación), que no se alcanzaría si los migrantes, por ejercer su derecho a la libre circulación, perdieran los beneficios de Seguridad Social que, en todo caso, les garantiza la sola legislación de un Estado miembro, especialmente cuando esos beneficios son contrapartida de cotizaciones previas⁶³¹. Las normas de coordinación, por su carácter tuitivo, no pueden restar

⁶²⁸ STJCE de 8 de julio de 1992 (C-102/91, asunto *Knoch*, apartado 43).

⁶²⁹ Para más información sobre estas normas específicas (arts. 53 a 55 del Reglamento 883/2004), *vid.* VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6900 y 6901, respectivamente.

⁶³⁰ Expresión acuñada por el Abogado General Warner. VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 493.

⁶³¹ En este sentido, por todas, SSTJCE de 10 de diciembre de 1969 (34/69 asunto *Duffy*, apartado 7); de 15 de mayo de 1974 (184/73, asunto *Kaufmann*, apartados 9 y 10); de 21 de octubre de 1975 (24/75, asunto *Petroni*, apartado 13); de 25 de febrero de 1986 (284/84, asunto *Spruyt*, apartado 19); de 27 de febrero de 1997 (C-59/95, asunto *Bastos Moriana y otros*, apartado 17); de 18 de diciembre de 2007 (C-396/05, C-419/05 y 450/05, asuntos acumulados *Habelt y otros*, apartado 64); de 30 de junio de 2011 (C-388/09, asunto *Silva Martins*, apartado 74); y SSTJUE de 18 de abril de 2013 (C-548/11, asunto *Mulders*, apartado 46); de 6 de octubre de 2016 (C-466/15, asunto *Adrien y otros*, apartado 28).

protección a los migrantes que, precisamente, es el colectivo que trata de proteger⁶³². Así pues, este principio solo afecta a las denominadas “prestaciones comunitarias”⁶³³.

188. Vías para la efectividad del principio de no acumulación. Además de la regla general anticúmulo, las normas comunitarias de coordinación también establecen otras vías para lograr la efectividad de este principio.

Por un lado, y con carácter preventivo, las normas de coordinación tratan de evitar la concurrencia de prestaciones mediante la designación de una única legislación aplicable⁶³⁴. En el caso de que resulten de aplicación varias legislaciones nacionales (como suele ocurrir en las pensiones), entonces se trata de evitar la sobreprotección o enriquecimiento injusto de los beneficiarios mediante la utilización de la técnica de la *prorrata temporis* comentada *supra*⁶³⁵.

Por otro lado, las normas comunitarias de coordinación también coordinan la aplicación de las legislaciones nacionales anticúmulo con la finalidad de evitar la pérdida o reducción desproporcionada de derechos por parte de los eventuales beneficiarios, que podría producirse si se aplicaran estas de manera independiente por cada Estado miembro⁶³⁶.

IV.4. El principio instrumental de la colaboración administrativa

189. La necesidad de cooperación entre administraciones nacionales. Como ya se ha tenido ocasión de señalar, la complejidad es una de las notas característica de la regulación de la coordinación comunitaria. Las administraciones nacionales son las encargadas de la aplicación de estas normas y, en multitud de ocasiones, no podrán hacerlo adecuadamente sin la participación de las instituciones de otro Estado miembro. Tanto es así que se ha considerado que la cooperación estrecha y eficaz entre las

⁶³² Parte de la doctrina ha señalado que, con este principio, se ha mitigado la neutralidad característica de las normas comunitarias en materia de Seguridad Social, mediante el establecimiento de un “suelo de protección”. Así se ha pronunciado RENNUY, N., “The emergence...”, *op. cit.* (1243).

⁶³³ En este sentido, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (pp. 210-211); y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6895.

⁶³⁴ Por todos, VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6896. Sobre esta cuestión, véase *infra*, apartado IV.5.

⁶³⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (210); VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6896; y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 8/15).

⁶³⁶ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6899.

autoridades y las instituciones de los distintos Estados miembros constituye uno de los factores clave para lograr la eficacia de las normas de coordinación⁶³⁷.

Por ello, los Reglamentos de coordinación establecen una serie de obligaciones recíprocas de información, cooperación y ayuda mutua entre las instituciones competentes de los distintos Estados miembros y las personas incluidas dentro de su ámbito de aplicación, siguiendo los procedimientos previstos en el Reglamento de aplicación⁶³⁸. De conformidad con ello, el considerando 2 del Reglamento 987/2009 señala la necesidad de organizar una cooperación más eficaz y estrecha entre las instituciones para que las personas cubiertas por los Reglamentos de coordinación puedan hacer uso de sus derechos en los menores plazos y las mejores condiciones posibles.

Este principio instrumental puede desglosarse en dos vertientes, una centrada en la actuación entre instituciones nacionales (asistencia administrativa), y otra más centrada en las relaciones de estas instituciones con las personas interesadas (buena administración)⁶³⁹.

190. Asistencia administrativa. A los efectos de garantizar esta necesaria colaboración –en línea con el principio general de cooperación leal previsto en el artículo 4.3 del TUE⁶⁴⁰, que implica también el de confianza mutua⁶⁴¹– el Reglamento de base prevé, entre otras cuestiones (art. 76): 1) que las autoridades nacionales competentes se comuniquen las medidas adoptadas para la aplicación de los Reglamentos de coordinación y las modificaciones de sus respectivas legislaciones que puedan afectar a la aplicación de los mismos (apartado 1); 2) que las autoridades y las instituciones de los Estados miembros se presten sus buenos oficios y actúen como si se tratase de aplicar sus

⁶³⁷ En este sentido, considerando primero de la *Decisión núm. A1, de 12 de junio de 2009, relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo* (en lo sucesivo, Decisión núm. A1). DOUE núm. C 106/1, de 24 de abril de 2010, pp. 1 a 4.

⁶³⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (pp. 212-213) y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6915.

⁶³⁹ Sobre esta distinción, MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 111.

⁶⁴⁰ Conforme a este principio, la Unión y los Estados miembros “*se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados*”; “*adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión*”; y “*ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión*”. Sobre este principio, el TJUE ha señalado que no se estaría respetando cuando una normativa nacional “*no permite que se computen los años de trabajo que un nacional comunitario haya cumplido al servicio de una institución comunitaria, en orden al reconocimiento de un derecho a pensión de jubilación*” (STJUE de 10 de septiembre de 2015 –C-408/14, asunto *Wojciechowski*, apartado 37–).

⁶⁴¹ SSTJUE de 6 de febrero de 2018 (C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 40); de 2 de abril de 2020 (C-370/17 y C-37/18, asuntos acumulados *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*, apartado 62); y de 14 de mayo de 2020 (C-17/19, asunto *Bouygues travaux publics y otros*, apartado 40).

propias legislaciones (art. 76, apartado 2); y 3) que las instituciones se informen mutuamente y cooperen entre sí para garantizar la buena aplicación de las normas (apartado 4)⁶⁴². Los intercambios que se produzcan entre todas ellas deberán basarse en los principios de servicio público, eficacia, asistencia activa, servicio rápido y accesibilidad (art. 2.1 del Reglamento 987/2009).

191. Buena administración. Igualmente, los Reglamentos de coordinación prevén una doble obligación: por un lado, responder a todas las peticiones que se le formulen en un plazo razonable y, por otro lado, comunicar a las personas interesadas cualquier información necesaria para que puedan hacer valer los derechos que les otorgan estas normas (art. 76.4 del Reglamento 883/2004). Como contrapartida, las personas interesadas están obligadas a informar de los datos, documentos o justificantes necesarios para determinar su situación (o la de sus familias), derechos, obligaciones y ley aplicable (art. 3.2 del Reglamento 987/2009); así como de los cambios en su situación personal o familiar que incidan en los derechos a las prestaciones coordinadas (art. 76.4 del Reglamento 883/2004). Por último, al igual que en el caso de intercambios entre instituciones, los intercambios entre las instituciones y las personas interesadas deberán basarse en los principios de servicio público, eficacia, asistencia activa, servicio rápido y accesibilidad (art. 2.1 del Reglamento 987/2009).

192. Los órganos europeos dedicados a la coordinación. Para facilitar el cumplimiento de este principio, los Reglamentos de coordinación han creado dos órganos específicos. El primero de ellos es la ya nombrada CACSS (arts. 71 y 72 del Reglamento de base), encargada, en particular, de resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de la aplicación de las normas de coordinación y fomentar la máxima cooperación posible entre los Estados miembros (considerando 38 del Reglamento 883/2004)⁶⁴³. De la CACSS dependen la Comisión Técnica de Tratamiento de la Información (art. 73 del Reglamento de base), con responsabilidades específicas en materia de tratamiento de datos (considerando 39 del Reglamento 883/2004), y la Comisión de Cuentas (art. 74 del Reglamento de base).

El segundo órgano es el Comité Consultivo de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social (CCSS), compuesto por un representante del Gobierno, un representante de las organizaciones sindicales de trabajadores y un representante de las organizaciones empresariales, de cada uno de los Estados miembros (art. 75 del Reglamento de base).

⁶⁴² En esta línea también se pronuncia el artículo 20 del Reglamento 987/2009, relativo a la cooperación entre instituciones.

⁶⁴³ Sobre el importante papel de la CACSS en la coordinación comunitaria, véase *supra*, número 42.

193. La necesaria regulación de soluciones ante discrepancias entre instituciones nacionales. La configuración de este principio de cooperación administrativa no estaría completa si no se estableciera procedimiento alguno para solucionar las posibles discrepancias que puedan originarse entre las diferentes instituciones nacionales implicadas en la aplicación y/o interpretación de las normas de coordinación. No puede obviarse la existencia de conflictos de intereses y de disparidades de criterios entre Estados miembros, por lo que deviene fundamental dotar a la coordinación comunitaria de medios para poder ser efectiva y eficaz (sin perjuicio del posible recurso a la vía jurisdiccional⁶⁴⁴).

Ello no ha pasado desapercibido para el legislador comunitario que, en aras de evitar la puesta en peligro de los derechos de los interesados, decidió incluir una obligación de comunicación entre las instituciones implicadas⁶⁴⁵ para tratar de buscar una solución –en un plazo razonable– a las dificultades de interpretación o de aplicación de los Reglamentos de coordinación que pudieran originarse. En caso de no poder alcanzar un acuerdo en estos términos, las instituciones implicadas deberán trasladar la controversia ante sus autoridades nacionales⁶⁴⁶ y, si estas tampoco son capaces de adoptar una solución, podrán acudir a la CACSS⁶⁴⁷ (art. 76.6 del Reglamento 883/2004)⁶⁴⁸.

Además de esta previsión genérica, el Reglamento de aplicación contiene reglas específicas para determinados asuntos. Una de estas reglas es la prevista en el artículo 5, que aborda el espinoso tema del valor jurídico de los documentos y justificantes emitidos en otro Estado miembro⁶⁴⁹. Este artículo es el resultado, en gran medida, de la

⁶⁴⁴ Fundamentalmente, mediante el recurso por incumplimiento regulado en los artículos 258 a 260 TFUE, al margen de posibles impugnaciones por la vía jurisdiccional prevista en el Estado miembro expedidor del documento, especialmente relevantes en el ámbito de los PD A1 (por todas, SSTJCE de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 58–; de 30 de marzo de 2000 –C-178/97, asunto *Banks y otros*, apartado 45–; de 26 de enero de 2006 –C-2/05, asunto *Herbosch Kiere*, apartado 29–; y SSTJUE de 27 de abril de 2017 –C-620/15, asunto *A-Rosa*, apartado 46–; de 6 de febrero de 2018 –C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 45–; de 6 de septiembre de 2018 –C-527/16, asunto *Apenrind*, apartado 61–).

⁶⁴⁵ A instancia de “*la institución del Estado miembro competente o del Estado miembro de residencia de la persona en cuestión*”.

⁶⁴⁶ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 454.

⁶⁴⁷ De conformidad con la tarea asignada a esta comisión en el artículo 72.a) del Reglamento 883/2004.

⁶⁴⁸ Más ampliamente sobre este sistema de diálogo y conciliación, Decisión núm. A1, de 12 de junio de 2009 precitada.

⁶⁴⁹ Para garantizar la correcta aplicación de las normas de coordinación, se han adoptado sendas recomendaciones por parte de la CACSS, tendentes a evitar la falsificación de documentos portátiles expedidos por las instituciones de los Estados miembros que acrediten la situación de una persona a efectos de aplicación de los Reglamentos de coordinación. Estas recomendaciones son, para los trabajadores desplazados, la *Recomendación núm. A1 de la CACSS, de 18 de octubre de 2017, relativa a la emisión del certificado a que se refiere el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo* (DOUE núm. C 183, de 29 de mayo de 2018, pp. 5 a 14), y con carácter general, para el resto de documentos (excluyendo la tarjeta sanitaria europea, con regulación específica), la *Recomendación núm. H2, de 10 de octubre de 2018, relativa a la inclusión de elementos de autenticación en los documentos portátiles expedidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación*

positivación de la jurisprudencia recaída en materia de certificados de legislación aplicable (denominados “PD A1”, antes E-101), que, de este modo, se ha generalizado⁶⁵⁰.

La regla general que sustenta este precepto es la de validez de los documentos emitidos por la institución de un Estado miembro⁶⁵¹ y los justificantes sobre cuya base se hayan emitido estos⁶⁵², ante las instituciones, autoridades y tribunales del resto de Estados miembros⁶⁵³. Esta validez se mantendrá mientras que no sean retirados o invalidados por el Estado emisor (apartado 1)⁶⁵⁴. En caso de que existan dudas sobre la validez de un documento o la exactitud de los hechos sobre los que se basa su contenido, la institución receptora se podrá dirigir a la emisora para pedir aclaraciones y, en su caso, la retirada del documento. La institución emisora deberá verificar el documento o información en cuestión, reconsiderar su posición y, si procede, retirar el documento (apartados 2 y 3). Cuando esta discrepancia no pueda resolverse por las instituciones nacionales, podrá elevarse el asunto a la CACSS, transcurrido al menos un mes desde la fecha de

de una persona a efectos de la aplicación de los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE núm. 147, de 29 de abril de 2019, pp. 6-7). Las recomendaciones específicas en esta materia hacen referencia a la incorporación de ciertas características de autenticación en los certificados emitidos, distinguiendo entre documentos expedidos manualmente y los emitidos electrónicamente. Para los primeros, se recomienda que se impriman en ambas caras de cada hoja y que se unan de manera que no puedan separarse fácilmente (por ejemplo, doblando la esquina superior izquierda, grapándola y poniendo un sello en el reverso). Para los segundos, se recomienda que lleven un número de serie o número de identificación en cada página. En ambos supuestos se recomienda, además, que todos los documentos expedidos sean objeto de registro por parte de la institución emisora para facilitar y agilizar su verificación.

⁶⁵⁰ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, op. cit., p. 454

⁶⁵¹ A estos efectos, el término “documentos” se define, de manera amplia, como “*un conjunto de datos, cualquiera que sea su soporte, estructurado de modo que pueda ser intercambiado por vía electrónica y cuya comunicación sea necesaria para el funcionamiento del Reglamento de base y del Reglamento de aplicación*” (art. 1.2.c) del Reglamento 987/2009).

⁶⁵² Por ejemplo, un certificado de nacimiento o de matrimonio.

⁶⁵³ El citado precepto hace una referencia genérica a que estos documentos “*podrán hacerse valer ante las instituciones de los demás Estado miembros*”, sin mencionar explícitamente a sus tribunales. Sin embargo, haciendo una interpretación del conjunto de la disposición, los trabajos preparatorios del artículo 5.1 del Reglamento 987/2009 y el contexto en el que fue aprobado este precepto, debe concluirse el carácter vinculante de estos documentos también frente a los tribunales del resto de Estados miembros (STJUE de 6 de septiembre de 2018 –C-527/16, asunto *Alpenrind*, apartados 37 a 47–, doctrina citada, nuevamente, en la STJUE de 14 de mayo de 2020 –C-17/19, asunto *Bouygues travaux publics y otros*, apartado 40–), con independencia de la naturaleza penal o civil del procedimiento incoado (Auto del TJUE de 24 de octubre de 2017 –C-474/16, asunto *Nikless*, apartado 17–).

⁶⁵⁴ Este efecto vinculante deriva de las obligaciones de cooperación recogidas en el TUE y de los propios objetivos perseguidos por los Reglamentos de coordinación (SSTJCE de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 52–; y de 26 de enero de 2006 –C-2/05, asunto *Herbosch Kiere*, apartado 23–). En esta línea, se ha señalado que “*el valor jurídico de los documentos y justificantes eman(a) del principio de cooperación leal*”. En este sentido se ha pronunciado ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, op. cit., p. 239.

presentación de la solicitud de la institución receptora, órgano que tratará de conciliar posturas en los seis meses siguientes a la fecha de la consulta (apartado 4)⁶⁵⁵.

Con la reciente creación de la Autoridad Laboral Europea⁶⁵⁶, aunque las tareas de la CACSS no se han visto modificadas (art. 13.10 del Reglamento 2019/1149), puede que alguna de las cuestiones en materia de Seguridad Social no sea planteada ante esta Comisión, de conformidad con lo expuesto, sino ante la propia ALE. Así se prevé en el artículo 13.11 del Reglamento 2019/1149, al que hace referencia el nuevo artículo 74 *bis* del Reglamento 883/2004. La ALE está facultada para mediar (si la cuestión litigiosa no es objeto de actuaciones judiciales nacionales o de la Unión), con vistas a adoptar un dictamen no vinculante, en litigios originados entre Estados miembros en aplicación de la legislación de la Unión (apartado 1), incluyendo los Reglamentos de coordinación (apartado 11). Este procedimiento puede iniciarse a petición de los Estados miembros, pero también puede proponer la mediación la propia ALE. En ambos casos, es necesario contar con el consentimiento de todos los Estados miembros implicados.

Cuando la ALE tenga la competencia para mediar en un litigio de Seguridad Social, además de informar a la CACSS sobre ello (apartado primero del artículo 13.11 del Reglamento 2019/1149), deberá proceder respetando dos limitaciones. En primer lugar, la ALE deberá tener en cuenta todas las decisiones pertinentes de la CACSS (art. 13.10 del Reglamento 2019/1149). En segundo lugar, deberá remitir la cuestión a la CASS a petición de cualquier Estado miembro que sea parte en el litigio, así como a petición de la propia CACSS –en este último caso, si esta remisión cuenta con el beneplácito de todos los Estados miembros parte del litigio– (apartados tercero y cuarto del artículo 13.11 del Reglamento 2019/1149 y artículo 74 *bis*.1 del Reglamento 883/2004). De cualquier modo, habrá que esperar a la celebración del acuerdo de cooperación, anunciado en los artículos 74 *bis*.1 del Reglamento 883/2004 y 13.11.2º del Reglamento 2019/1149, para ver los términos exactos de esta cooperación.

Por su parte, los artículos 6 y 16 del Reglamento 987/2009 también recogen reglas específicas en materia de solución de discrepancias, en estos casos, en materia de determinación de la ley aplicable. Así, el artículo 6 prevé reglas para la aplicación provisional de una legislación y concesión provisional de prestaciones, y el artículo 16, el procedimiento de aplicación del artículo 13 del Reglamento de base (ley aplicable cuando se ejercen actividades en dos o más Estados miembros)⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Sobre la evolución de la jurisprudencia acerca de la validez de estos documentos y el contenido de la Propuesta de actualización en este ámbito, véase *infra*, apartado VI.5.1.B.a.

⁶⁵⁶ Sobre el papel de la nueva Autoridad Laboral Europea, *vid. supra*, número 43.

⁶⁵⁷ La determinación de la ley aplicable en general, y el análisis de estas normas en particular, se aborda en el CAPÍTULO VI.

IV.5. El principio de unicidad de ley aplicable

194. El origen jurisprudencial del principio. El último de los grandes principios sobre los que se asienta el modelo comunitario de coordinación es el principio de unicidad de ley aplicable, actualmente recogido en el artículo 11 del Reglamento 883/2004. Este principio apareció expresamente enunciado por primera vez en el artículo 13.1 del Reglamento 1408/71, precepto que codificó la jurisprudencia comunitaria en este punto, surgida al amparo del Reglamento 3/58 (especial relevancia tienen las SSTJCE de 5 de diciembre de 1967 –19/67, asunto *van der Vecht*– y de 1 de marzo de 1973 –73/72, asunto *Bentzinger*–)⁶⁵⁸. Con la aprobación del nuevo Reglamento de base, este principio se ha visto aún más reforzado⁶⁵⁹.

195. El contenido del principio de unicidad de ley aplicable. En virtud de este principio –que contribuye a la seguridad jurídica⁶⁶⁰–, las personas a las que se les apliquen las normas de coordinación estarán sometidas, con carácter general, a una única legislación nacional. La determinación de esta legislación aplicable se realizará de conformidad con lo establecido en el Título II del Reglamento 883/2004, con las particularidades previstas en el Título III para determinadas prestaciones.

196. Los dos problemas clásicos en materia de determinación de la ley aplicable. Como se ha señalado, la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social ha presentado, tradicionalmente, dos tipos de problemas fundamentales: 1) determinar la ley aplicable a la relación de afiliación-cotización; y, 2) determinar la ley aplicable a la relación de protección. El principio de unicidad es operativo, como regla general, en ambos casos.

Así, generalmente, en materia de afiliación-cotización, la ley aplicable suele ser la del lugar de trabajo, esto es, la *lex loci laboris* (art. 11.3.a del Reglamento de base)⁶⁶¹, si bien existen multitud de excepciones recogidas en las normas de coordinación⁶⁶². Por su

⁶⁵⁸ RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartados 192 a 194.

⁶⁵⁹ MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁶⁰ STJUE de 12 de junio de 2012 (C-611/10 y C-612/10, asuntos acumulados *Hudzinski y Waerzyniak*, apartado 67).

⁶⁶¹ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6870. Esta regla general de aplicación de la *lex loci laboris* puede considerarse como una muestra del principio de territorialidad de las normas de Seguridad Social, probablemente por su consideración de normas de carácter público. En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999, versión electrónica (p. 3/13).

⁶⁶² Se considera que estas excepciones recogidas en los Reglamentos de coordinación, las cuales tratan de garantizar la libre circulación en el seno de la Unión, suponen una ampliación “extraterritorial interna” de las normas nacionales de Seguridad Social (dentro de la UE). En este sentido, *vid.* LLOBERA, M., “Expansión territorial y personal de la frontera exterior de la seguridad social comunitaria: un análisis a partir del artículo 12.1 del Reglamento (CE) 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.),

parte, en materia de protección, la regla general es la aplicación de la ley del Estado de afiliación o aseguramiento del trabajador en cuestión en el momento del hecho causante (que suele coincidir con la *lex loci laboris*)⁶⁶³. No obstante, en el caso de pensiones de vejez y supervivencia, y a veces en el caso de pensiones de invalidez, se prevé la aplicación simultánea de todas las legislaciones nacionales de Seguridad Social dentro del ámbito de aplicación de la normativa de coordinación en las que el trabajador en cuestión haya estado afiliado sucesivamente durante su vida laboral⁶⁶⁴. Sin embargo, también existen numerosas excepciones a esta regla en los Reglamentos de coordinación.

197. La doble finalidad del principio de unicidad de ley aplicable. El objetivo de este principio es lograr que las personas que decidan ejercer su derecho a la libre circulación en el seno de la Unión queden sujetas a un único sistema de Seguridad Social nacional, evitando así la concurrencia de legislaciones nacionales en la materia (conflictos positivos) y, por consiguiente, los problemas derivados de la misma (considerando 15). El principal problema derivado de ello –al margen de las complicaciones administrativas– sería la existencia de doble cotización⁶⁶⁵. Aunque las normas de coordinación no aborden directamente esta cuestión, mediante el sistema de normas de conflicto se repercute indirectamente sobre este problema, prohibiendo las dobles cotizaciones al existir una única ley aplicable⁶⁶⁶. Lo contrario conduciría a un evidente obstáculo a la libre circulación sobre la que se erige la coordinación comunitaria⁶⁶⁷, pero también a la libre prestación de servicios (SSTJCE de 4 de febrero de 1982 –62/81 y 63/81, asuntos acumulados *Seco y otros*, apartados 9-10–; de 12 de febrero de 1996 –C-53/95, asunto *Kemmler*, apartado 12–; de 28 de marzo de 1996 –C-272/94, asunto *Guiot*, apartados 14-15–; de 23 de noviembre de 1999 –C-369/96 y C-376/96, asuntos acumulados *Arblade y otros*, apartado 50–; de 15 de abril de 2000 –C-96/08, asunto

Vicisitudes de la aplicación del derecho comunitario en España, Laborum, 2ª Edición, Murcia, 2007, pp. 279-305 (279-280).

⁶⁶³ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (205), VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6870; y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* (p. 7/15).

⁶⁶⁴ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6870. No obstante, en estos casos, se trata de una aplicación de leyes simultánea a los solos efectos del acceso y cálculo de las prestaciones, pero no afecta al principio del efecto exclusivo de las normas de conflicto dado que, el afectado, ha estado sujeto, en todo momento, a una única legislación nacional de Seguridad Social durante su carrera de seguro. Sobre esta importante distinción, MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 141; y PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁶⁵ Sobre el amplio concepto comunitario de “cotización”, independiente de la distinción nacional entre contribuciones fiscales y sociales, véase número 102, especialmente, nota al pie 334.

⁶⁶⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁶⁷ En este sentido, por todas, SSTJCE de 5 de mayo de 1977 (102/76, asunto *Perenboom*, apartado 13); de 29 de junio de 1994 (C-60/93, asunto *Alderwereld*, apartado 26); de 15 de junio de 2000 (C-302/98, asunto *Sehrer*, apartado 35); de 18 de julio de 2006 (C-50/05, asunto *Nikula*, apartados 33-34); de 27 de septiembre de 2012 (C-137/11, asunto *Partena*, apartado 54).

CIBA, apartado 31–; entre otras)⁶⁶⁸. Asimismo, también se trata de evitar vacíos de protección de las personas incluidas dentro del ámbito de la coordinación, tratando de que siempre haya una legislación designada como aplicable (conflictos negativos)⁶⁶⁹.

198. La aplicación exclusiva y global de la ley designada. De este doble objetivo señalado se derivan dos rasgos generales de la aplicación de la ley designada como competente: su aplicación exclusiva y global. De esta manera, la ley designada como competente para regir la situación de Seguridad Social del interesado, será exclusiva, es decir, no podrá concurrir, simultáneamente con otra legislación designada como competente –efecto excluyente⁶⁷⁰– (entre muchas otras, SSTJCE de 12 de junio de 1986 –302/84, asunto *Ten Holder*, apartados 19-20 y 23–; de 20 de mayo de 2008 –C-352/06, asunto *Bosmann*, apartado 16-17–; y de 23 de abril de 2015 –C-382/13, asunto *Franzen y otros*, apartados 41-42–).

Asimismo, cuando los Reglamentos de coordinación designen una norma nacional de Seguridad Social como aplicable, esta norma regirá todos los aspectos de la relación de protección social del migrante, sin que esta pueda variar de una contingencia a otra (aplicación global)⁶⁷¹. Por tanto, cuando se produzca un cambio de ley aplicable, la nueva ley competente será la encargada de regular globalmente la totalidad de la situación de Seguridad Social del interesado (SSTJCE de 1 de marzo de 1973 –73/72, asunto *Bentzinger*, apartado 4–; y de 7 de julio de 2005 –C-227/03, asunto *van Pommeren-Bourgon diën*–)⁶⁷².

199. El debate sobre la exclusividad de la ley aplicable. La exclusividad de la ley designada como competente por los Reglamentos de coordinación, a pesar de ser la regla general, no ha estado exenta de debate. En el marco de la relación de afiliación, esta exclusividad se ha interpretado de manera estricta por el Tribunal de Luxemburgo, con el

⁶⁶⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁶⁹ SSTJCE de 9 de junio de 1964 (92/63, asunto *Nonnenmacher*, pp. 68-69); de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, asunto *Kits van Heijningen*, apartado 12); de 11 de junio de 1998 (C-275/96, asunto *Kuusijärvi*, apartado 28); de 1 de febrero de 2017 (C-430/15, asunto *Tolley*, apartado 58); de 25 de octubre de 2018 (C-451/17, asunto *Walltopia*, apartado 41); de 8 de mayo de 2019 (C-631/17, asunto *SF*, apartado 33); de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartado 46); de 16 de julio de 2020 (C-610/18, asunto *AFMB y otros*, apartado 40).

⁶⁷⁰ LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (461).

⁶⁷¹ MAVRIDIS, P., “Y a-t-il encore des règles de conflits de lois en matière de sécurité sociale ? Quelques réflexions”, en VV. AA., *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière : droit social international et européen en mouvement*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2019, pp. 247-268 (251).

⁶⁷² RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartados 196-197. Sobre el efecto de “integración” del principio de unicidad de ley aplicable en el sentido de aplicación integral de la ley designada como competente (prestaciones y cotizaciones), *vid.* LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (461).

objetivo principal de evitar las dobles cotizaciones⁶⁷³. En esta línea, el legislador comunitario, en la versión de 2004, optó por reforzar la exclusividad de la ley aplicable eliminando las excepciones que reconocía el Reglamento 1408/71 en esta materia (contribuyendo al objetivo de simplificación administrativa)⁶⁷⁴. Sin embargo, en el ámbito de la relación de protección, este Tribunal se ha mostrado más flexible, y así se ha trasladado también a los Reglamentos de coordinación. No obstante, ha existido una importante variación de la jurisprudencia a lo largo de los años.

La sentencia que abrió el debate sobre la exclusividad de la ley aplicable data, nada más y nada menos, que de la década de los sesenta: la célebre sentencia del TJCE de 9 de junio de 1964 (92/63, asunto *Nonnenmacher*⁶⁷⁵). En este pronunciamiento, el TJCE partió de la base de inexistencia de prohibición expresa en el Reglamento 3/58 de aplicar simultáneamente varias legislaciones (recordemos que la positivización de este principio se realizó con el Reglamento 1408/71), por lo que esta concurrencia solo debería entenderse prohibida cuando atente contra el espíritu del Tratado, particularmente, los artículos relativos a la libre circulación (por ejemplo, cuando haya doble cotización sin ventajas de protección social adicionales). En este sentido, la conclusión a la que se llegó es que, aunque las normas de coordinación no imponen la obligación de aplicar una ley de Seguridad Social nacional diferente a la designada por ellas, no se oponen a la posibilidad de que exista una aplicación acumulativa de dos leyes, la designada por estas normas y otra legislación nacional distinta, si así se prevé en esta última, aportando una protección social adicional al migrante.

Tras esta sentencia, el TJCE se volvió a pronunciar en términos similares, abriendo la puerta a posibles situaciones de cotizaciones simultáneas, siempre que el aumento de la carga contributiva repercutiera en un complemento en la protección social del migrante⁶⁷⁶. Ante la fisura que esta sentencia supuso para el principio de unicidad de ley aplicable, el legislador comunitario y la jurisprudencia comunitaria parecieron ponerse de acuerdo para limitar sus efectos. Siguiendo esta voluntad legislativa, el Reglamento

⁶⁷³ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 32, 2012, versión electrónica (pp. 17-18/39).

⁶⁷⁴ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁶⁷⁵ El procedimiento judicial de origen fue iniciado por la Sra. Nonnenmacher, viuda del Sr. Moebs. El Sr. Moebs era nacional francés, que residió en los Países Bajos desde 1956 hasta su fallecimiento, pero prestaba sus servicios en Francia, a cuya legislación de Seguridad Social se hallaba sometido. La Sra. Nonnenmacher solicitó en diversas ocasiones, desde el fallecimiento de su marido el 21/10/1959, el reconocimiento de su derecho a una pensión de viudedad neerlandesa, solicitud que le fue denegada por ser aplicable la ley francesa. Sin embargo, la demandante no estaba de acuerdo con esa denegación dado que la ley neerlandesa reguladora de tal pensión confería el derecho a todos los residentes en los Países Bajos, sin exigir la prestación de servicios en tal Estado, obteniendo una protección menor al amparo de la legislación francesa.

⁶⁷⁶ En esta línea, SSTJCE de 5 de diciembre de 1967 (19/67, asunto *van der Vecht*, p. 354); y de 25 de noviembre de 1975 (50/75, asunto *Massonet*, apartado 15).

1408/71 plasmó expresamente el principio de unicidad de ley aplicable (art. 13.1), previendo solo algunas excepciones concretas (así, artículo 15 –seguro voluntario o facultativo continuado– o artículo 14 *quater* –personas que ejerzan simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados miembros–). De este modo, se vedó a las legislaciones estatales la posibilidad de imponer obligaciones de afiliación complementaria, pues las normas de coordinación permiten una única afiliación obligatoria, salvo las excepciones expresamente contempladas en el texto reglamentario. Por ejemplo, en materia de pensiones de invalidez, vejez y supervivencia, se admitía de manera expresa la posibilidad de que los interesados pudieran afiliarse, adicionalmente, a un seguro voluntario o facultativo continuado de otro Estado miembro diferente del designado como competente (si esa acumulación era admitida explícita o implícitamente en ese Estado no competente –artículo 15.3 del reglamento 1408/71–).

Con el Reglamento 883/2004 se ha establecido claramente la exclusividad de la ley aplicable a la relación de afiliación, con la única salvedad prevista en su artículo 14.3, respecto del seguro voluntario o facultativo continuado⁶⁷⁷.

Respecto de la exclusividad en la relación de protección, en cambio, la tendencia jurisprudencial ha sido más flexible, así como también la literalidad de los textos reglamentarios. Una de las posibilidades recogidas en el Reglamento 1408/71 que más polémica ha suscitado desde sus inicios ha sido el llamado “complemento diferencial” en la esfera de las prestaciones familiares⁶⁷⁸ (art. 76, tras la modificación operada por el Reglamento 3427/89⁶⁷⁹, regulación que ha sido trasladada al actual artículo 68.2 del Reglamento 883/2004 –donde se incluye una excepción⁶⁸⁰ para los hijos que residan en otro Estado miembro cuando el derecho a la prestación de que se trate se funde exclusivamente en la residencia–)⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ El contenido de este precepto, aunque similar al del artículo 15.3 del anterior Reglamento, incorpora una importante matización. Ampliamente, véase *infra*, apartado VI.7.2.

⁶⁷⁸ Sobre este complemento diferencial, *vid.* VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 456-458 y 478-480.

⁶⁷⁹ *Reglamento (CEE) núm. 3427/89 del Consejo, de 30 de octubre de 1989, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71.*

⁶⁸⁰ Excepción que ha sido criticada por parte de la doctrina “*porque deja a la discrecionalidad de los Estados abonar en tales casos el complemento y, sobre todo, porque puede ser constitutivo de un obstáculo a la libre circulación*”. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo XIII. La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social...*, *op. cit.*, pp. 333-348 (345).

⁶⁸¹ El artículo 76 del Reglamento 1408/71 ya fue validado por el TJCE en su sentencia de 9 de diciembre de 1992 (C-119/91, asunto *Una McMenamin*). En este pronunciamiento se señaló que “*la norma de la sujeción exclusiva a la legislación del Estado miembro de empleo, formulada por dicho artículo 13, no*

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo más fluctuante en esta materia se ha centrado en debatir sobre la posibilidad de permitir el nacimiento de derechos prestacionales al amparo de leyes nacionales, complementarios de los nacidos al amparo de la ley designada como aplicable por las normas de conflicto comunitarias, cuando la ley no competente los otorga por sí misma (es decir, sin necesidad de aplicar las técnicas de coordinación). A pesar de la existencia de una tendencia restrictiva durante los primeros años⁶⁸² (defensora del “efecto excluyente”⁶⁸³), el Tribunal de Luxemburgo ha vuelto a una senda más flexible en sus pronunciamientos más recientes (principal, aunque no exclusivamente, en el marco de las prestaciones familiares)⁶⁸⁴. Con esta última jurisprudencia, el Tribunal europeo parece haberse decantado, finalmente, por la aplicación de una nueva variante del principio de intangibilidad de los derechos nacionales adquiridos al margen de las normas de coordinación (principio *Petroni*)⁶⁸⁵ y del principio de progreso social⁶⁸⁶, a costa del aparente sacrosanto principio de unicidad de ley aplicable⁶⁸⁷ (no obstante, esta aplicación de la ley no competente no será global,

excluye que determinadas prestaciones se regulen por normas más específicas del mismo Reglamento”, entre las que se encuentra el citado artículo 76.

⁶⁸² Muestra de ello son las SSTCE de 12 de junio de 1986 (302/84, asunto *Ten Holder*, apartado 22); de 12 de junio de 1986 (1/85, asunto *Miethe*, apartados 11-12); y de 10 de julio de 1986 (60/85, asunto *Luijten*, apartado 15). Sobre la evolución de la jurisprudencia hasta llegar a estos pronunciamientos y los diferentes posicionamientos doctrinales al respecto, *vid.* ampliamente VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 323-331.

⁶⁸³ DEVETZI, S., “The coordination of family benefits by Regulation 883/2004”, *European Journal of Social Security*, Vol. 11, 1-2, 2009, pp. 205-216 (213).

⁶⁸⁴ SSTJCE de 20 enero de 2005 (C-302/02, asunto *Effing*, apartado 39); de 20 de mayo de 2008 (C-352/06, asunto *Bosmann*, apartados 20-21 y 27-31); de 16 de julio de 2009 (C-208/07, asunto *Chamier-Glisczynski*, apartado 56); de 14 de octubre de 2010 (C-16/09, asunto *Schwemmer*, apartado 58); de 12 de junio de 2012 (C-611/10 y C-612/10, asuntos acumulados *Hudzinski y Waerzyniak*, apartados 57 y 67-68); y SSTJUE de 23 de abril de 2015 (C-382/13, asunto *Franzen y otros*, apartados 58-66); y de 19 de septiembre de 2019 (C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados *van den Berg y Giesen y otros*, apartados 68-77). Con carácter general, para la aplicación de esta jurisprudencia, se viene exigiendo la existencia de una “conexión precisa y especialmente estrecha” entre el territorio de ese Estado miembro competente a título complementario y la situación considerada (SSTJUE de 12 de junio de 2012 –C-611/10 y C-612/10, asuntos acumulados *Hudzinski y Waerzyniak*, apartados 65-66–; y de 11 de septiembre de 2014 –C-394/13, asunto *B*, apartado 28–). Esta conexión no se ha entendido concurrente cuando solo se ha registrado el domicilio en el Estado miembro en el que se solicitan las prestaciones a título complementario –República Checa–, mientras que la persona solicitante y su familia mantienen su residencia en el Estado miembro competente a título principal –Francia– (STJUE de 11 de septiembre de 2014 –C-394/13, asunto *B*, apartado 29–). Un análisis en profundidad sobre esta jurisprudencia puede encontrarse en RENNUIY, N., “The emergence...”, *op. cit.*

⁶⁸⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Coordinación de las prestaciones familiares...”, *op. cit.* (pp. 18-19/39).

⁶⁸⁶ El citado principio de progreso social y de mejora de las condiciones de vida, promovido por el Derecho originario (art. 3.3 del TUE), está expresamente recogido en el considerando 1 del Reglamento 883/2004 y se considera parte de la base sobre la que se ha sustentado la jurisprudencia comentada. En este sentido, MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, *op. cit.* (144 y 166).

⁶⁸⁷ Sobre estos pronunciamientos del TJUE, por todos: MARTIN, D. y LHERNOULD, J.-P., “Conflit de lois en matière de sécurité sociale : la CJCE vient-elle d’inventer le concept de législation subsidiairement compétente ? A propos de CJCE 20 mai 2008, aff. C-352/06, *Bosmann c/ Bundesagentur für Arbeit*”, *Journal des tribunaux du travail*, núm. 1016, 2008, pp. 345-347; DEVETZI, S., “The coordination of family benefits...”, *op. cit.* (212-214); MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, pp. 139-146; PENNING, F.,

sino que se limitará al riesgo particular vinculado a la situación injusta que se pretende reparar⁶⁸⁸), en aras de evitar un resultado negativo de protección social que pueda obstaculizar la libre circulación de personas⁶⁸⁹.

IV.5.1. Introducción al sistema de normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación

200. La configuración del sistema. El Tribunal de Luxemburgo ha señalado en numerosas ocasiones que, en cumplimiento del principio de unicidad, las reglas para designar la ley aplicable en materia de Seguridad Social contenidas en los Reglamentos de coordinación constituyen un sistema “completo y uniforme” de “normas de conflicto”⁶⁹⁰ tendente a solventar los “conflictos de leyes”⁶⁹¹, tanto positivos como negativos⁶⁹², que puedan originarse por el ejercicio del derecho a la libre circulación en el ámbito de la Unión⁶⁹³.

201. Un sistema completo, uniforme, imperativo y objetivo. El sistema de reglas de conflicto previsto en las normas de coordinación se caracteriza, esencialmente, por cuatro notas distintivas: su carácter completo, uniforme, imperativo y objetivo⁶⁹⁴.

European Social Security Law, op. cit., pp. 84-88; LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (461-463); RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartados 206-207. Asimismo, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Coordinación de las prestaciones familiares...”, *op. cit.* (pp. 24-25/39), quien señala que “(c)on esa finalidad tuitiva el Tribunal de Justicia está huyendo de nuevo de las normas de coordinación, quizás demasiado complejas, refugiándose en su fundamento en los Tratados, siempre a costa de la aplicación uniforme del derecho derivado de coordinación y de la seguridad jurídica en una cuestión clave como es la determinación de la legislación competente”.

⁶⁸⁸ RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartado 208.

⁶⁸⁹ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales et conflit de lois (quelques observations)”, *Revue de Droit Sanitaire et Sociale (RDSS)*, núm. enero-febrero, 2016, pp. 63-79 (73).

⁶⁹⁰ Entre muchas otras, SSTJCE de 12 de junio de 1986 (302/84, asunto *Ten Holder*, apartado 21); de 10 de julio de 1986 (60/85, asunto *Luijten*, apartado 14); de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, asunto *Kits van Heijningen*, apartado 12); de 4 de octubre de 1991 (C-196/90, asunto *De Paep*, apartado 18); y de 14 de octubre de 2010 (C-345/09, asunto *van Delft*, apartado 51); y SSTJUE de 6 de febrero de 2018 (C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 29); de 23 de enero de 2019 (C-272/17, asunto *Zyla*, apartado 38); de 19 de septiembre de 2019 (C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados *van den Berg y Giesen y otros*, apartado 30).

⁶⁹¹ Una parte de la doctrina ha apuntado que, para ser más precisos terminológicamente, más que conflicto de “leyes” debería hacerse referencia a un conflicto de “sistemas” dado que estas normas designan el sistema nacional de Seguridad Social aplicable; una vez fijado este, se aplicará la legislación estatal –sustantiva y/o material– del Estado competente. *Vid.* ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social, op. cit.*, p. 81.

⁶⁹² Por todas, STJCE de 25 de noviembre de 1975 (50/75, asunto *Massonet*, apartado 15) y, más recientemente, STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartado 46).

⁶⁹³ Sobre la verdadera adecuación del empleo de estos términos, propios del DIPr, en el ámbito de la coordinación comunitaria, véase el CAPÍTULO V.

⁶⁹⁴ Sistema que algunos autores han calificado como “un régimen original, sofisticado y eficaz de coordinación”. PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, *op. cit.* (173).

El carácter completo del sistema reside en ofrecer, en todo caso comprendido en el ámbito de aplicación de los Reglamentos, la determinación de una, y solo una, ley aplicable a la situación. Este resultado se consigue con la utilización de reglas uniformes por todos los Estados miembros, sustrayendo del poder nacional la posibilidad de determinar, a su arbitrio, tanto el ámbito como los requisitos de aplicación de su legislación nacional de Seguridad Social en relación con las personas sujetas a ella –ámbito personal– y al territorio en que esta legislación produce sus efectos –ámbito territorial–⁶⁹⁵. A este respecto, es necesario tener en cuenta que uno de los objetivos principales de la coordinación en materia de Seguridad Social (no solo comunitaria, sino también internacional⁶⁹⁶) es garantizar una protección continua a los migrantes y sus familias, objetivo que también se irradia sobre las normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación⁶⁹⁷.

De todo ello se deriva el carácter imperativo e inexorable de las normas de conflicto comunitarias, a las que no pueden escapar los Estados miembros, las empresas, ni los propios asegurados⁶⁹⁸ (con independencia de la mayor favorabilidad o no de la ley designada como competente). Esta imperatividad se ve respaldada por la inclusión de las normas de conflicto en un Reglamento europeo, lo que las dota de aplicabilidad directa e invocación de oficio por los órganos jurisdiccionales⁶⁹⁹.

La última característica de este sistema, pero no por ello menos importante, es su carácter objetivo, en el sentido de que la aplicación del sistema previsto para la solución de los conflictos de leyes establecido por los Reglamentos depende únicamente de la situación (condiciones y circunstancias) objetiva en la que se encuentra el interesado⁷⁰⁰.

⁶⁹⁵ Por todas, SSTJCE de 12 de junio de 1986 (302/84, asunto *Ten Holder*, apartado 21); de 10 de julio de 1986 (60/85, asunto *Luijten*, apartado 14); y SSTJUE de 26 de febrero de 2015 (C-623/13, asunto *Ruyter*, apartado 35); de 23 de enero de 2019 (C-272/17, asunto *Zyla*, apartado 38); de 19 de septiembre de 2019 (C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados *van den Berg y Giesen y otros*, apartado 50).

⁶⁹⁶ VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁹⁷ En este sentido se manifestó el TJUE en su sentencia de 4 de junio de 2015 (C-543/13, asunto *Fischer-Lintjens*, apartado 40), al señalar que “uno de los objetivos de las normas de conflicto previstas por el Reglamento núm. 1408/71 es que todo asegurado social que esté comprendido en su ámbito de aplicación disfrute de una cobertura continua, sin que dicha continuidad pueda verse afectada por las decisiones discrecionales de los individuos o de las instituciones competentes de los Estados miembros”.

⁶⁹⁸ No es admisible que los asegurados sociales comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas de coordinación puedan contrarrestar sus efectos optando por sustraerse o renunciar a ellas. En este sentido, SSTJCE de 5 de marzo de 1998 (C-160/96, asunto *Molenaar*, apartado 42); de 14 de octubre de 2010 (C-345/09, asunto *van Delft y otros*, apartado 52); de 5 de noviembre de 2014 (C-103/13, asunto *Somova*, apartado 55); de 4 de junio de 2015 (C-543/13, asunto *Fischer-Lintjens*, apartado 38); y 13 de julio de 2017 (C-89/16, asunto *Szoja*, apartado 42).

⁶⁹⁹ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (66).

⁷⁰⁰ Por todas, SSTJCE de 12 de diciembre de 1967 (11/67, asunto *Couture*, p. 388 de la versión inglesa); de 13 de diciembre de 1967 (12/67, asunto *Guissart*, p. 433 de la versión inglesa); de 29 de junio de 1994 (C-60/93, asunto *Aldewereld*, apartados 18 a 21); de 14 de octubre de 2010 (C-345/09, asunto *van Delft y otros*, apartado 52); y SSTJUE de 5 de noviembre de 2014 (C-103/13, asunto *Somova*, apartado 55); de 4

Esto es, la determinación de la ley aplicable en cada caso se realiza sobre la base de criterios objetivos como el lugar de ejecución del trabajo o de la residencia habitual⁷⁰¹.

La configuración del sistema sobre estos pilares no es arbitraria. El legislador europeo es conocedor de que la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social afecta tanto a los trabajadores, como a los empleadores (en casos de trabajadores por cuenta ajena) y a los propios Estados miembros (al ser los encargados de recaudar las cotizaciones que, en su caso, se deban ingresar, y abonar las prestaciones que se generen en su sistema). La multitud de intereses contrapuestos en juego podría llevar a soluciones poco satisfactorias, especialmente, cuando estamos ante una relación laboral, donde la parte más débil de esta relación triangular podría resultar especialmente perjudicada (al margen de la existencia de posibles perjuicios para los propios Estados). Por ello, es necesario contar con un sistema completo, uniforme y, sobre todo, imperativo, de normas de conflicto, que elimine, en la medida de lo posible, el riesgo de “*law shopping*”⁷⁰² que, además, sea neutral, para conciliar adecuadamente los intereses en juego⁷⁰³.

El objetivo pretendido con el establecimiento de este sistema es dotar a la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social de las tan deseadas características de previsibilidad y seguridad jurídica, al tiempo que se ofrecen soluciones económicamente aceptables⁷⁰⁴. No obstante, como se analizará en los capítulos siguientes, este objetivo no siempre está plenamente garantizado.

202. Las tres fisuras del sistema. A pesar de que las características señaladas constituyen los cimientos del sistema de normas de conflicto comunitarias, existen tres

de junio de 2015 (C-543/13, asunto *Fischer-Lintjens*, apartado 38); y de 16 de julio de 2020 (C-610/18, asunto *AFMB y otros*, apartado 54).

⁷⁰¹ PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, *op. cit.* (172). El hecho de que estas normas se basen en la situación factual no impide que, en ocasiones, las partes implicadas puedan, indirectamente, influenciar la determinación de la ley aplicable a través de la alteración de esos elementos fácticos (lugar de residencia del trabajador, lugar de trabajo, la localización de la sede empresarial, etc.). JORENS, Y., “Towards new rules for the determination of the applicable legislation?”, en JORENS, Y. (Ed.), *50 years of Social Security Coordination. Past, present, future*, España, 2010, pp. 168-186 (182).

⁷⁰² MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, *op. cit.* (132-133). Sobre el limitado y conflictivo papel que la autonomía de la voluntad podría tener en la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 216-219; y JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (183).

⁷⁰³ No puede olvidarse que el origen de estas normas de conflicto reside en el acuerdo de voluntades estatales. Por ello, se hace imprescindible que, para alcanzar los acuerdos necesarios, haya una “*distribución armoniosa de las competencias estatales en el espacio*”. Sobre esta distribución como una de los objetivos perseguidos por los Reglamentos de coordinación, PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé : L'exemple de la sécurité sociale”, en VV. AA., *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 663-677 (676-677). En este mismo sentido, se ha señalado que “*la cuestión de elegir el régimen nacional de Seguridad Social competente es también, y sobre todo, un problema de reparto financiero, entre los Estados miembros, de los costes de la Seguridad Social de los trabajadores que circulan dentro de la Comunidad*”. Vid. VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 318.

⁷⁰⁴ LHERNOULD, J.-P., “Les entreprises face à la coordination européenne...”, *op. cit.* (pp. 2 y 3/18).

supuestos en los que estas quiebran. Por un lado, el propio Reglamento de base ofrece la posibilidad de que dos o más Estados miembros, en determinados casos, puedan celebrar acuerdos en otro sentido (art. 16.1). Por otro lado, no puede obviarse la posible aplicación preferente de las normas de conflicto contenidas en los convenios internacionales. Por último, en algunos casos especiales –escasos–, las propias normas de conflicto le otorgan la posibilidad de elección de la ley aplicable al propio interesado entre varias posibilidades (muestra de ello es el artículo 15 del Reglamento 883/2004, relativo a los agentes contractuales de la Unión Europea)⁷⁰⁵.

203. Las características de las normas de conflicto comunitarias. De lo señalado hasta el momento, se pueden deducir cuatro características de las normas de conflicto contenidas en los Reglamentos de coordinación: unicidad, exclusividad, imperatividad y neutralidad. A estas cuatro notas deben añadirse dos adicionales, propias de la naturaleza de normas de conflicto: su carácter indirecto y proximidad.

En primer lugar, respecto de la unicidad y exclusividad de la ley designada como competente, basta resumir lo señalado anteriormente en la idea general de que esta ley aplicable será solo una, excluyendo la aplicación obligatoria de la ley de cualquier otro Estado miembro de manera simultánea.

En segundo lugar, el carácter imperativo de las normas de conflicto deriva, precisamente, del carácter imperativo del sistema en el que se integran. Esta imperatividad implica que los Estados miembros no pueden sustraerse al juego de las reglas previstas en los Títulos II y III del Reglamento 883/2004, careciendo de competencia tanto para determinar si su legislación es aplicable como para determinar si es la de otro Estado miembro⁷⁰⁶. Coherentemente, en caso de existir normas de conflicto nacionales, estas serán desplazadas por las disposiciones reglamentarias, directamente aplicables y obligatorias.

En tercer lugar, la neutralidad de estas normas hace referencia al hecho de que la designación de una ley nacional de Seguridad Social se realiza al margen del contenido material de esta. Así, la ley competente puede no ser la más favorable para el trabajador

⁷⁰⁵ Sobre estas tres quiebras al principio de aplicación uniforme e imperativa de las normas de conflicto plasmadas en las normas de coordinación, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, op. cit., pp. 162-163.

⁷⁰⁶ En este sentido, entre otras, SSTJCE de 23 de septiembre de 1982 (276/81, asunto *Kuijpers*, apartado 14); de 12 de junio de 1986 (302/84, asunto *Ten Holder*, apartado 21); de 14 de octubre de 2010 (C-345/09, asunto *van Delft y otros*, apartados 51 y 52); de 13 de julio de 2017 (C-89/16, asunto *Szoja*, apartado 42); de 25 de octubre de 2018 (C-451/17, asunto *Walltopia*, apartado 48); de 8 de mayo de 2019 (C-631/17, asunto *SF*, apartado 45); y de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartado 43).

en términos de protección⁷⁰⁷, ni para el empresario en términos de coste social. No obstante, en la práctica, la designación de esta legislación estatal competente suele realizarse sobre la base de conexiones que tienden a conectar la situación de los particulares con las legislaciones donde es más probable que se puedan cumplir los requisitos de afiliación/protección (finalidad tuitiva)⁷⁰⁸ y, de este modo, cumplir con el objetivo fundamental base de toda esta construcción europea como es la libertad de circulación⁷⁰⁹.

En cuarto lugar, el carácter indirecto de estas normas deriva de su naturaleza de normas de conflicto, lo que significa que en ellas no se contiene la solución a los problemas de afiliación-cotización ni protección, sino que se limitan a señalar cuál es la legislación nacional de Seguridad Social que deberá dar respuesta a estas cuestiones. Dicho de otro modo, una regla de conflicto del Reglamento 883/2004 no puede determinar si una persona puede afiliarse y, en su caso, cotizar a un determinado sistema nacional de Seguridad Social, así como tampoco puede determinar si una persona tiene derecho o no a prestaciones nacionales de Seguridad Social. Para responder a estas preguntas, habrá que hacer uso de las reglas de conflicto comunitarias para determinar la ley de qué Estado miembro será la encargada de dar una respuesta de fondo a tales cuestiones, pues solo el legislador nacional es el competente para determinar los requisitos materiales para acceder a su sistema de protección social. Ahora bien, en la fijación de estos requisitos, el legislador nacional debe respetar el Derecho europeo.

En último lugar, el sistema de normas de conflicto comunitarias se basa, en gran medida, en el principio de proximidad a la hora de seleccionar los criterios de conexión de una determinada situación con un ordenamiento estatal de Seguridad Social⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ El “principio de favoritismo” no se encuentra presente en las normas comunitarias de coordinación en materia de Seguridad Social, a diferencia de lo que ocurre respecto de la ley aplicable al contrato de trabajo (Reglamento Roma I y Directiva 96/71). JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (180-181).

⁷⁰⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, pp. 166 y 172. Coherentemente con esta postura, es interesante poner de relieve la definición de “persona asegurada” en atención al artículo 1.c) del Reglamento 883/2004. Este precepto define a este sujeto como “*toda persona que reúna las condiciones requeridas por la legislación del Estado miembro competente con arreglo al título II para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta de las disposiciones del presente Reglamento*”. Así pues, puede considerarse que las normas de coordinación parten de la base de que la persona que pretenda la aplicación de esta normativa designada como competente cumple los requisitos de la legislación nacional aplicable (DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación...”, *op. cit.* -p. 6/15-).

⁷⁰⁹ Sobre la importancia de garantizar este principio a la hora de definir los criterios de conexión de las normas de conflicto, PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation...”, *op. cit.* (172-173); y más genéricamente, para la interpretación de los Reglamentos de coordinación, LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, *op. cit.*, p. 222. Estos últimos dos autores señalaron, respecto del Reglamento 3/58, que dado que la libre circulación es el fundamento de los Reglamentos, ello explica la interpretación “*extensiva, útil y finalista*” que se ha dado a estas normas cuando sus disposiciones penalizan al migrante.

⁷¹⁰ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (65); MAVRIDIS, P., “Y a-t-il encore des règles de conflits de lois...”, *op. cit.* (251).

Consecuentemente, las reglas plasmadas en los Reglamentos buscan localizar la relación en un ordenamiento nacional con el que presente los vínculos más estrechos⁷¹¹.

204. La no afectación a la normativa nacional material. Dado que las normas de coordinación prevén únicamente normas de conflicto, para que una persona pueda afiliarse y cotizar en un sistema nacional de Seguridad Social, o tener derecho a una determinada prestación, será necesario que cumpla los requisitos señalados en la normativa nacional designada como aplicable por los Reglamentos de coordinación⁷¹². Esta competencia estatal, sin embargo, está limitada por el deber de respetar el Derecho de la Unión, lo que implica, especialmente: 1) que no será válida la exigencia de requisitos que puedan dar lugar a que se excluya del ámbito de aplicación de la legislación designada como competente a las personas a las que, en virtud de los Reglamentos, debe aplicarse dicha legislación⁷¹³ –por ejemplo, la exigencia de residencia en territorio nacional– (esto es, que vacíen de contenido el sistema de las normas de conflicto, poniendo en peligro su efecto útil⁷¹⁴); y 2) de la misma manera, no serán válidos otros requisitos que conculquen normas comunitarias como el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad⁷¹⁵.

⁷¹¹ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 145; LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (458). El criterio de la proximidad también se ha dejado sentir en los pronunciamientos del Tribunal europeo, por ejemplo, en la STJUE de 24 de enero de 2019 (C-477/17, asunto *Balandin*), donde se recoge que “la distinción entre el concepto de «residencia» y de «estancia» tiene por objeto, como ha señalado el Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones, determinar el Estado miembro al que los ciudadanos de la Unión estén más estrechamente vinculados y a cuya legislación están, por lo tanto, sujetos” (apartado 36). Igualmente, sobre el principio de proximidad en las normas de conflicto en materia de coordinación de Seguridad Social, escrito de Conclusiones del Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el 11 de julio de 2019 (asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18), apartado 147.

⁷¹² VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 6870 y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, *op. cit.* (201).

⁷¹³ De la jurisprudencia constante del TJUE se desprende que, cuando una persona está incluida en el ámbito de aplicación personal de los Reglamentos de coordinación, le es aplicable, con carácter general, el principio de unicidad de ley aplicable, y esta ley se designará en atención a lo dispuesto en el Título II del Reglamento 883/2004. Entre otras, STJCE de 29 de junio de 1994 (C-60/93, asunto *Aldewereld*, apartado 10); y SSTJUE de 17 de enero de 2012 (C-347/10, asunto *Salemink*, apartados 39-44); de 19 de marzo de 2015 (C-266/13, asunto *Kik*, apartado 47); de 1 de febrero de 2017 (C-430/15, asunto *Tolley*, apartado 59); y de 25 de octubre de 2018 (C-451/17, asunto *Walltopia*, apartado 42).

⁷¹⁴ Sobre la exclusión de normas nacionales cuando pueden poner en peligro el efecto útil de las normas comunitarias en general, y de las de coordinación en particular (a la luz del asunto *Salemink*), RODRÍGUEZ MAGDALENO, R., “De nuevo el ámbito de aplicación ¿territorial? del Derecho de la Unión Europea y la plataforma continental: el asunto *Salemink*”, *La ley*, núm. 7891, 2012, versión electrónica (pp. 5-6/10).

⁷¹⁵ Por todas, SSTJCE de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, asunto *Kits van Heijningen*, apartado 20); de 11 de junio de 1998 (C-275/96, asunto *Kuusijärvi*, apartados 29-30); de 7 de julio de 2005 (C-227/03, asunto *van Pommeren-Bourgon diën*, apartados 33 y 39); de 21 de febrero de 2013 (C-282/11, asunto *Salgado González*, apartados 35-37); de 8 de mayo de 2019 (C-631/17, asunto *SF*, apartados 45-46); de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartados 43-44).

CAPÍTULO V. EL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS EFECTOS SOBRE EL SISTEMA CLÁSICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

V.1. La caracterización de la Seguridad Social

205. La evolución de la cobertura de los riesgos sociales. Los orígenes remotos de lo que hoy conocemos como Seguridad Social pueden situarse en los antiguos Seguros Sociales. Esta protección inicial frente a necesidades sociales adoptó la técnica del seguro privado, de carácter voluntario en un primer momento⁷¹⁶. En esta primera etapa, el Estado se mantuvo al margen de la cobertura de los riesgos sociales por considerarlos una cuestión meramente privada. Sin embargo, poco a poco, el Estado fue interviniendo en mayor medida en este ámbito, en un segundo momento, estableciendo la obligatoriedad de estos Seguros Sociales –cuyo funcionamiento se sometía al Derecho público– y, posteriormente, creando un verdadero sistema estatal de Seguros Sociales⁷¹⁷. De este modo, la intervención estatal se fue incrementando progresivamente, sobre todo en el siglo XX, momento en el que apareció el concepto actual de Seguridad Social⁷¹⁸. Este mayor intervencionismo estatal se debió a un cambio de mentalidad: de concebir esta cobertura como una mera cuestión privada, se empezó por reconocer un interés estatal en la materia, hasta llegar a proclamar el carácter de fin público de la Seguridad Social⁷¹⁹. Así, la iniciativa privada de la cobertura de los riesgos sociales fue sustituida por un servicio público para toda la comunidad⁷²⁰.

206. La estrecha relación de la Seguridad Social con la prestación laboral. La protección inicial de las necesidades sociales nació unida a la relación laboral, pues sus primeros destinatarios fueron, como es de sobra conocido, los trabajadores asalariados, ampliando posteriormente a los trabajadores autónomos⁷²¹. El eje sobre el que pivotaba esta protección era, indudablemente, la actividad profesional. Ello explica que, desde sus inicios, la Seguridad Social haya ido muy unida al contrato de trabajo, y que la internacionalización de las relaciones laborales haya repercutido en gran medida en el

⁷¹⁶ Entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J., “Lección 1. Formación histórica de la Seguridad Social: conceptos y técnicas. La Seguridad Social en España. El modelo constitucional de Seguridad Social. Las fuentes de la Seguridad Social”, en BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2016, pp. 9-45 (12-14); y GOERLICH PESET, J. M., “Lección 1. El derecho de la Seguridad Social”, *op. cit.* (35-36).

⁷¹⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “El Estado y la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pp. 41-83 (41-47).

⁷¹⁸ Por todos, GOERLICH PESET, J. M., “Lección 1. El derecho de la Seguridad Social”, *op. cit.* (37-38).

⁷¹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “El Estado y la Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 41-83.

⁷²⁰ DURAND, P., *Politique contemporaine de Sécurité Sociale*, Dalloz, 1ª Edición, París, 1953, pp. 403-404.

⁷²¹ GOERLICH PESET, J. M., “Lección 1. El derecho de la Seguridad Social”, *op. cit.* (36).

ámbito de la protección social. Tanto es así que se hablaba de un Derecho internacional de la Seguridad Social –definido como el orden jurídico tendente a regular las relaciones de Seguridad Social en el ámbito internacional y cuyo objeto son las relaciones jurídicas de Seguridad Social en las que interviene un elemento de extranjería– integrado en el Derecho internacional del Trabajo, aunque “*cada vez con más pretensiones de autonomía*”⁷²².

207. La Seguridad Social como parte integrante del Derecho Público o cuasi Público. Hace cerca de cincuenta años, se aceptó la inclusión de la materia laboral en la esfera del Derecho Internacional Privado, a pesar de tener un marcado carácter imperativo en multitud de ordenamientos internos, que incluyen muchos de sus aspectos dentro del Derecho “Público”⁷²³. Sin embargo, a pesar de la estrecha relación –sobre todo inicial– de la prestación laboral con la Seguridad Social, esta no ha sido incluida dentro del citado concepto de “materia laboral” y ha sido objeto de un tratamiento diferenciado.

Debido a la mencionada evolución de la Seguridad Social, esta materia ha sido tradicionalmente considerada de naturaleza híbrida, lo que derivó en una falta de unidad en cuanto a su clasificación como parte integrante del Derecho Público o Privado⁷²⁴. Así, la Seguridad Social ha sido incluida en el Derecho Público en algunos países, y en una “zona marginal” situada entre el Derecho Privado y el Derecho Público en otros. En este sentido se pronunció el Informe justificativo del Convenio de Bruselas, conocido como “Informe *Jenard*”⁷²⁵ (apartado IV.C del Capítulo III) –presentado como comentario al texto normativo y al que se le concede valor de interpretación auténtica⁷²⁶–, al que se remite el Informe *Jenard-Möller*, sobre el Convenio de Lugano⁷²⁷ (apartado 23). En idéntico sentido se pronunció también el Informe *Schlosser*, relativo al Convenio de

⁷²² MONTOYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pp. 395-426 (399 y 419) y doctrina ahí citada.

⁷²³ MORGENSTERN, F., *Conflictos internacionales de derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 9 (sobre ley aplicable); y AUDIT, B. y D'AVOUT, L., *Droit International Privé*, LGDJ-Lextenso éditions, 8ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 505 (sobre competencia judicial internacional). Algunos autores han considerado que el Derecho del Trabajo es mixto en cuanto que posee normas que podrían calificarse como integrantes de Derecho Público (imposibles de modificar) y de Derecho Privado (por no tener carácter imperativo absoluto, al poder ser mejoradas o, en algunos casos, incluso, empeoradas). *Vid.* COURSIER, P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en Droit International Privé français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1ª Edición, París, 1993, pp. 157-158 y doctrina ahí citada.

⁷²⁴ MONTOYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *op. cit.* (399); WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *Droit Social*, núm. 5, 1965, pp. 318-326 (319).

⁷²⁵ DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990, p. 122 y ss.

⁷²⁶ LOUSADA AROCHENA J. F., y RON LATAS R. P., *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 59.

⁷²⁷ DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990, p. 57 y ss.

adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas⁷²⁸ (apartado 60).

Hoy en día, la naturaleza de Derecho Público de los sistemas nacionales de Seguridad Social es algo generalizado en el ámbito comunitario en la medida en la que estos se conceptúan como un servicio público –si bien, especial⁷²⁹– prestado por un sujeto que actúa con *imperium* (el Estado) y bajo el principio de supremacía⁷³⁰.

V.2. La caracterización de la coordinación comunitaria

208. El uso generalizado de términos de DIPr en el ámbito de la coordinación comunitaria. *A priori*, podría pensarse que el carácter de Derecho Público de la Seguridad Social la aleja por completo de la esfera del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, lo cierto es que la distinción entre Derecho Público y Privado no es tan estanca como pudiera parecer, existiendo unos límites difusos entre ambas ramas del Derecho y una creciente influencia del primero sobre el segundo⁷³¹.

Como se ha tenido ocasión de señalar al estudiar el principio de unicidad de ley aplicable (véase número 200), el TJUE (al igual que su antecesor, el TJCE) ha utilizado en multitud de ocasiones, y desde hace mucho tiempo, conceptos propios del DIPr al referirse a las reglas sobre determinación de la ley aplicable contenidas en los reglamentos de coordinación. Así, como se ha indicado *supra*, se ha señalado que estas reglas constituyen un sistema “completo y uniforme” de “normas de conflicto” tendente a solventar los “conflictos de leyes”, tanto positivos como negativos, que puedan originarse por el ejercicio del derecho a la libre circulación en el ámbito de la Unión. De igual modo,

⁷²⁸ DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990, p. 184 y ss.

⁷²⁹ La Seguridad Social posee una configuración particular que la diferencia del resto de servicios públicos. Por un lado, en esta materia existen verdaderos derechos subjetivos titularidad de los asegurados que cumplan con los requisitos legalmente establecidos (FREYRIA, C., “Sécurité sociale et droit international privé”, *op. cit.* –437-45–); por otro lado, los servicios públicos son facultativos, indeterminados y colectivos mientras que la Seguridad Social es obligatoria y tiene un disfrute *uti singuli* (GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 94, nota 125). Aunque la Seguridad Social pueda configurarse de muy diversas formas por cada Estado, tendrá consideración de servicio público en la medida en que está ligada a la consecución de un interés general, frecuentemente se atribuye a órganos de gestión con prerrogativas propias del poder público y cuenta, al menos, con una estrecha supervisión del Estado (JAMBU-MERLIN, R., “La loi applicable aux accidents du travail en droit international et en droit communautaire”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, Tomo 180, 1984, pp. 241-294 –269–).

⁷³⁰ CORREA CARRASCO, M., “El contrato de trabajo internacional...”, *op. cit.* (28). Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que “organismos privados de carácter mutualista intervengan en la aplicación de la legislación de Seguridad Social, a título principal o complementario”, “que algunos regímenes de Seguridad Social no sean obligatorios” o “que se continúan aplicando ciertas técnicas del Derecho Privado (especialmente en materia de accidentes de trabajo)”, *vid.* VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 309.

⁷³¹ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 1ª. El Derecho internacional privado: características generales”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2019, pp. 87-106 (94).

es fácil encontrar manifestaciones de la Comisión Europea y los Abogados Generales haciendo uso de estos términos⁷³². Sin embargo, esta nomenclatura no ha sido utilizada oficialmente en ninguno de los textos normativos⁷³³.

209. Las similitudes entre los Reglamentos de coordinación y el sistema de DIPr. La utilización de esta terminología no es tan descabellada si tenemos en cuenta los diferentes rasgos que comparten el sistema europeo de coordinación y el sistema de DIPr. El primero de ellos, y más básico, es la necesaria concurrencia de un elemento de extranjería. El DIPr se ocupa, exclusivamente, de situaciones en las que concurre, al menos, un elemento internacional o extranjero, es decir, situaciones que se encuentran vinculadas con más de un ordenamiento jurídico nacional. Así, si todos los elementos de una relación jurídica están conectados con un mismo ordenamiento nacional (esto es, puramente interna), la relación en cuestión será ajena a esta rama del Derecho⁷³⁴. Como se ha señalado en el apartado II.2.1.A, este requisito también es indispensable en el marco de los Reglamentos de coordinación, pues estos solo se ocupan de situaciones de transnacionalidad.

El segundo de estos rasgos comunes, es su carácter facilitador o coordinador. El DIPr se caracteriza por ser un sector del Derecho privado estatal cuyo objetivo es tratar de garantizar la continuidad de las relaciones que podrían verse afectadas por la existencia de una multitud de ordenamientos jurídicos independientes⁷³⁵. De este modo, el DIPr ha sido considerado como un “facilitador” de las transacciones internacionales, al limitarse a establecer conexiones entre los diferentes ordenamientos jurídicos, es decir, actuando como mero puente de comunicación entre ellos⁷³⁶. De igual modo, como se ha indicado anteriormente, los Reglamentos de coordinación tienen como finalidad la coordinación

⁷³² Ejemplo de ello son las SSTJCE de 9 de junio de 1964 (92/63, asunto *Nonnenmacher*, p. 286 de la versión inglesa) y de 5 de diciembre de 1967 (19/67, asunto *van der Vecht*, pp. 350, 352 y 357).

⁷³³ Sobre el Reglamento 1408/71, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 151. Esta autora señala que, a pesar de que en el texto finalmente aprobado de este reglamento no se incorporaran estos conceptos *iusprivatistas*, en la Propuesta del mismo se llegó a utilizar el concepto “conflicto de ley” respecto del contenido de las normas en materia de legislación aplicable.

⁷³⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo I. Objeto, contenido y fuentes”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 2018, Thomson Reuters, 10ª Edición, libro electrónico, apartados 1 y 2; ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 1ª. El Derecho internacional privado...”, *op. cit.* (88-92); y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, 5ª Edición, junio 2019, libro electrónico, apartados 1.5-1.7. Sobre la ambigüedad de la noción de internacional, pudiendo diferenciar entre relaciones objetiva o subjetivamente internacionales, *vid.* MAYER, P., HEUZÉ, V. y RÉMY, B., *Droit International Privé*, LGDJ-Lextenso éditions, 12ª Edición, París, 2019, pp. 27-28; y BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit International Privé, Tome I. Partie générale*, PUF, 4ª Edición, París, 2017, pp. 15-16.

⁷³⁵ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 1ª. El Derecho internacional privado...”, *op. cit.* (87-88).

⁷³⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartados 1.29-1.31.

de los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social, actuando también como un mero punto de unión entre ellos.

En tercer lugar, el método sobre el que se erige la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social no dista mucho, a simple vista, del método clásico del DIPr⁷³⁷: el recurso a normas de conflicto para resolver conflictos positivos y negativos de leyes, buscando la vinculación con el Estado más próximo a la relación jurídica, con abstracción del resultado material⁷³⁸. Sin embargo, la particular configuración de la Seguridad Social la dota de singularidades importantes que afectan a la concepción clásica del método de DIPr, lo que ha originado un largo e intenso debate doctrinal acerca de la verdadera naturaleza del sistema de determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social.

210. El modelo de DIPr como punto de partida del análisis. Por todo lo anterior, considero oportuno estudiar, antes de entrar en el análisis de las reglas de determinación de la ley aplicable contenidas en los Reglamentos de coordinación, las peculiaridades que presentan estas normas de Seguridad Social respecto de la técnica clásica utilizada en el DIPr y cómo ello repercute también en la determinación de la competencia judicial internacional (pues, como ya señalara la doctrina, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Estado también interviene en la Seguridad Social⁷³⁹). Para ello, se hace necesario comenzar con una breve síntesis del sistema tradicional de DIPr (sin ánimo de ahondar demasiado en este aspecto, al no ser ese el objeto de esta tesis) para, a continuación, destacar cómo afecta a este modelo el carácter peculiar de la Seguridad Social.

V.2.1. Nociones básicas sobre el sistema de DIPr

211. Los tres escalones básicos del DIPr. El DIPr, respondiendo a su carácter de Derecho facilitador ya mencionado, trata de dar respuesta, fundamentalmente, a tres cuestiones diferentes: 1) la determinación de la competencia judicial internacional (conflicto de jurisdicciones); 2) la determinación de la ley aplicable (conflicto de leyes); y 3) el reconocimiento y ejecución de decisiones o actos extranjeros⁷⁴⁰. Para resolver esta

⁷³⁷ Lo que ha llevado a algunos autores a declarar que “*pese a las peculiaridades de las normas comunitarias en el sector, es menester acudir a técnica clásicas del DIPr, para solucionar los problemas que se presentan en cada caso concreto, llegándose a hablar de la existencia de un DIPr comunitario de la Seguridad Social*”. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Derecho Internacional Privado y Derecho comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, núm. 3, 1990, pp. 785-826 (822).

⁷³⁸ Por todos, RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (64-65).

⁷³⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “El Estado y la Seguridad Social”, *op. cit.* (78).

⁷⁴⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo I. Objeto, contenido y fuentes”, *op. cit.*, apartados 7-9; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartados 1.9-1.11.

triple problemática, cada Estado aplica sus propias normas de DIPr, si bien estas pueden ser de origen institucional, internacional o nacional⁷⁴¹. En el caso español, muchas de estas normas provienen de textos europeos y convenios internacionales⁷⁴², siendo especialmente importantes los primeros por las características propias del Derecho de la Unión Europea que ya fueron señaladas en el Capítulo I.

Las dos primeras cuestiones se encuentran estrechamente unidas: el primer paso lógico será determinar los órganos jurisdiccionales de qué Estado son competentes para resolver un determinado litigio. Una vez determinada esta competencia, el órgano jurisdiccional competente deberá determinar cuál es la ley material estatal aplicable para resolver el litigio planteado. Por su parte, el reconocimiento y ejecución de decisiones o actos extranjeros está dotado de sustantividad propia como sector específico del DIPr, y tiene lugar cuando ya se ha producido una decisión o un acto que resuelve y sanciona una determinada situación surgiendo el problema de determinar qué efectos tendrán estos allende las fronteras nacionales donde se han dictado⁷⁴³.

212. El “conflicto de jurisdicciones” y el “conflicto de autoridades”. De lo expuesto se concluye que, en primer lugar, debe resolverse sobre la propia competencia del órgano en cuestión para conocer de un determinado asunto con elemento de extranjería, cuestión que se ha incluido, tradicionalmente, dentro del término “conflicto de jurisdicciones”. Dado que, en la práctica, la competencia para conocer de un determinado asunto o actuación no es una cuestión que se planteen solo órganos jurisdiccionales, sino también autoridades que pueden no ejercer tal potestad jurisdiccional, ha ido ganando protagonismo la expresión “conflicto de autoridades”⁷⁴⁴. Este concepto hace referencia, por tanto, a la búsqueda, entre las diferentes autoridades posibles, de la autoridad pública que estará habilitada para emitir ciertos actos o realizar ciertos controles⁷⁴⁵.

213. La noción y tipología de “conflicto de leyes”. El conflicto de leyes, por su parte, es un concepto clásico del Derecho Internacional Privado utilizado para denominar

⁷⁴¹ COURSIER, P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁴² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartado 1.15.

⁷⁴³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo I. Objeto, contenido y fuentes”, *op. cit.*, apartados 7, 8 y 9.

⁷⁴⁴ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 1ª. El Derecho internacional privado...”, *op. cit.* (95-96). Este autor señala que el conflicto de autoridades suele englobarse en el concepto amplio de conflicto de jurisdicciones. No obstante, como señala amplia parte de la doctrina internacionalprivatista, no hay que confundir ambos términos ya que no son idénticos.

⁷⁴⁵ CACHARD, O. y KLÖTGEN, P., *Droit international privé*, Bruylant, 8ª Edición, Bélgica, 2019, p. 210. Sobre las diferentes acepciones del concepto de “conflicto de autoridades”, *vid.* NIBOYET, M-L. y DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit International Privé*, LGDJ-Lextenso éditions, 6ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2017, pp. 214-217.

el problema de determinación del Derecho aplicable⁷⁴⁶. En su concepción tradicional, el conflicto de leyes supone la existencia de una relación o situación jurídica internacional que podría estar sujeta a varias leyes nacionales, por lo que surge el problema de determinar qué ley concreta debería ser de aplicación. Pero no solo eso, esta noción tradicional también requiere que, una vez determinada la ley aplicable, la institución o juez nacional competente aplique la ley designada, ya sea la nacional o una ley extranjera. Por tanto, la concepción tradicional de conflicto de leyes requiere la posibilidad de recepción del derecho extranjero⁷⁴⁷.

Los conflictos de leyes pueden ser de dos tipos. Por un lado, cabe la posibilidad de que una relación o situación jurídica se encuentre dentro del ámbito de aplicación de varias normas nacionales (conurrencia normativa), en cuyo caso estaremos ante un conflicto positivo de leyes. Por otro lado, cabe la posibilidad de que una relación o situación jurídica no se encuentre dentro del ámbito de aplicación de ninguna norma nacional, en cuyo caso estaremos ante un conflicto negativo de leyes.

214. El conflicto de leyes en Derecho Público. Una de las cuestiones históricas más controvertidas respecto del conflicto de leyes (tanto positivo como negativo) es si esta noción puede darse en el ámbito del Derecho Público o, por el contrario, es un término exclusivo del Derecho Privado. Es claro que en el Derecho Público también pueden darse situaciones en las que varias normas nacionales pueden resultar de aplicación a una misma relación o situación jurídica, así como que esta no encuentre amparo en norma nacional alguna. Sin embargo, el problema de extrapolación de la noción tradicional de conflicto de leyes al ámbito del Derecho Público viene dado por la segunda característica de esta noción: la necesaria posibilidad de recepción del derecho extranjero en el foro.

En el Derecho Privado, la competencia judicial es independiente de la competencia legislativa, siendo posible la aplicación de una ley extranjera por un órgano judicial nacional. Sin embargo, en el Derecho Público, las competencias judicial y legislativa coinciden, no siendo posible la aplicación por el órgano judicial nacional de una ley pública extranjera. Esta característica es la que históricamente ha relegado el uso de este concepto a la esfera del Derecho Privado⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ GUZMÁN ZAPATER, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 44.

⁷⁴⁷ Por todos, FREYRIA, C., “Sécurité sociale et droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Tomo XLV, 1956, pp. 409-460 (446); y GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 50-51.

⁷⁴⁸ WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.*, p. 318.

Aunque todas las normas estatales son expresión de la soberanía del Estado, las normas integrantes del Derecho Público la expresan de manera más intensa, de ahí que el Estado las regule mediante normas de carácter imperativo, para garantizar su organización. Esta estrecha conexión del Derecho Público con la soberanía estatal es la que ha llevado a entender que el sistema conflictual no puede entrar en juego dado que las reglas de DIPr no pueden “apropiarse” de esa soberanía⁷⁴⁹.

Sin embargo, este principio casi dogmático de inaplicación del Derecho Público extranjero ha ido cediendo, llegando a admitirse esta posibilidad⁷⁵⁰. Esto puso en jaque el denominado “tabú del derecho público”, que lo apartaba del campo del conflicto de leyes⁷⁵¹. A pesar de este cambio de tendencia (más teórico que práctico), en algunos casos, se sigue rechazando, con carácter general, la aplicación del Derecho Público extranjero, por ejemplo, cuando tal aplicación haga necesaria la intervención de un organismo público estatal extranjero⁷⁵².

215. La norma de conflicto. Desde mediados del siglo XIX⁷⁵³, la técnica de la norma de conflicto (o de atribución) ha sido tradicionalmente utilizada en el ámbito del Derecho Internacional Privado para resolver los conflictos de leyes con elemento de extranjería⁷⁵⁴. Así, la norma de conflicto es una norma diseñada específicamente con el objetivo de determinar la ley nacional aplicable a una relación o situación jurídica con elemento de extranjería, dicho de otro modo, de “localizar” el supuesto litigioso en un ordenamiento nacional determinado⁷⁵⁵. En definitiva, la norma de conflicto no aporta una solución al problema planteado –tarea encomendada a las normas sustantivas–, sino que

⁷⁴⁹ COURSIER, P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail...*, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁷⁵⁰ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “Résolution.- L'application du droit public étranger”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, disponible en www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1975_wies_04_fr.pdf

⁷⁵¹ BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit International Privé, Tome I. Partie générale*, *op. cit.*, pp. 400-401. Sobre la inexistencia de conflictos de leyes en Derecho Público, *vid.* MONTOYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *op. cit.* (402) y doctrina que ahí se cita.

⁷⁵² LALIVE, P., “Le droit public étranger et le droit international privé”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1977, pp. 215-257 (240); MAYER, P., “Le rôle du droit public en droit international privé”, *Revue internationale de droit comparé*, 1986, pp. 475-476 (468-474); y AUDIT, B. y D'AVOUT, L., *Droit International Privé*, *op. cit.*, pp. 319-320.

⁷⁵³ Fue en este momento cuando la doctrina de F. K. von Savigny, que situaba a la naturaleza de la relación jurídica en el centro del sistema de determinación de la ley aplicable, se impuso. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo III. Derecho aplicable”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, apartado 85.

⁷⁵⁴ COURSIER, P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail...*, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo III. Derecho aplicable”, *op. cit.*, apartado 90. Es importante tener en cuenta, como dicen estos autores, que las normas materiales designadas por la norma de conflicto “no pueden ser aplicadas sin consideración de la internacionalidad del supuesto. Su interpretación, aplicabilidad y actuación deben modularse teniendo en cuenta cómo incide en el caso el elemento internacional. En suma, el segundo escalón, la aplicación del Derecho material de un Estado determinado, exige reintroducir en la respuesta el elemento internacional del caso”.

se limita a señalar la norma nacional que dará esa respuesta, razón por la que se califica de “indirecta”⁷⁵⁶.

216. Los puntos de conexión de la norma de conflicto. Precisamente por este carácter indirecto, a diferencia del resto de normas jurídicas cuya estructura es dual –supuesto de hecho y consecuencia jurídica–, la norma de conflicto presenta un tercer elemento particular denominado “punto de conexión” o “criterio de atribución” cuya función es, precisamente, vincular una serie de relaciones o situaciones jurídicas con un determinado ordenamiento jurídico nacional. Las relaciones internacionales presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico; la norma de conflicto toma uno o varios de esos elementos que conforman la relación jurídica y los eleva a la categoría de “vínculo o conexión relevante” a efectos de determinación de la ley aplicable, siendo este uno de los principales retos del legislador⁷⁵⁷.

217. Las características de la norma de conflicto clásica. Además de su carácter indirecto, las normas de conflicto clásicas presentan tres características fundamentales: su carácter multilateral (también denominado bilateral)⁷⁵⁸, neutral e imperativo⁷⁵⁹. La primera característica señalada se traduce en que la norma de conflicto localiza la situación jurídica en un concreto ordenamiento jurídico, pudiendo coincidir con el de la autoridad que la aplica o no. Una vez determinada la ley aplicable, el operador jurídico estatal competente deberá aplicar la norma sustantiva designada por la norma de conflicto para poder dar solución a la cuestión examinada⁷⁶⁰ (y ello por mandato del legislador⁷⁶¹).

Por su parte, la neutralidad característica de la norma de conflicto conlleva que la labor de localización del supuesto litigioso con un ordenamiento nacional se haga sin tener en cuenta el contenido material del mismo, es decir, tratando de localizar la relación en el ordenamiento estatal con el que presenta los vínculos más estrechos o relevantes

⁷⁵⁶ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 5ª. La determinación del derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales: aspectos generales”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 225-236 (225 y 228). También se califica de indirecta porque trata a la ley de la autoridad que la aplica y al resto de leyes extranjeras en términos de igualdad. Vid. AUDIT, B. y D’AVOUT, L., *Droit International Privé*, op. cit., p. 153.

⁷⁵⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., apartados 20.5 y 20.8. Este autor recoge algunos de los elementos que el legislador debe tener en cuenta a la hora de fijar los puntos de conexión: las expectativas de las partes, el entorno socio-económico en el que se establece y desarrolla su relación o la comunidad estatal que se ve más afectada por esta.

⁷⁵⁸ Se ha defendido el uso del término “bilateral” en el sentido de que la norma de conflicto, en caso de no designar la ley de la autoridad que la aplica, designa una ley de todas las extranjeras como la aplicable a ese caso concreto. Vid. AUDIT, B. y D’AVOUT, L., *Droit International Privé*, op. cit., p. 153.

⁷⁵⁹ AUDIT, B. y D’AVOUT, L., *Droit International Privé*, op. cit., pp. 152-153.

⁷⁶⁰ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 5ª. La determinación...”, op. cit. (228-229).

⁷⁶¹ GUZMÁN ZAPATER, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 254.

(criterio de proximidad). Por último, el carácter imperativo de las normas de conflicto, con independencia de su origen (estatal, convencional o institucional), se traduce en su aplicación obligatoria y de oficio por parte de los operadores jurídicos (sin esperar a la alegación a instancia de parte)⁷⁶².

Como se ha indicado, estas son las notas clásicas de las normas de conflicto; sin embargo, existen normas que no cumplen con todas ellas. De esta forma, aunque las normas de conflicto multilaterales predominan ampliamente en el DIPr, pueden encontrarse normas de conflicto unilaterales o de extensión. Estas otras normas de conflicto se limitan a extender o delimitar el campo de aplicación internacional de una ley estatal⁷⁶³; es decir, se limitan a señalar si esta ley nacional (la del foro) es aplicable y, en caso de no serlo, el juez nacional no está obligado a interrogarse sobre qué ley extranjera resultaría de aplicación⁷⁶⁴. Asimismo, también existen normas de conflicto que no son estrictamente neutrales, incorporando criterios orientados a la consecución de un determinado resultado: las denominadas normas de conflicto “materialmente orientadas”⁷⁶⁵.

V.2.2. El sistema particular de las normas de coordinación comunitarias

218. Las referidas notas básicas del DIPr están pensadas, evidentemente, para relaciones jurídico-privadas, es decir, relaciones entre sujetos de Derecho privado o que, no siéndolo, actúan como tales en el tráfico jurídico (es decir, con exclusión de los actos de *iure imperii*)⁷⁶⁶. Debido a la naturaleza pública –o cuasi pública– de la Seguridad Social, materia donde las relaciones se producen entre el Estado y los particulares, es evidente que algunos postulados del DIPr no pueden encajar plenamente. Esta dificultad de encaje afecta tanto a la competencia judicial internacional como al derecho aplicable; sin embargo, el debate doctrinal se ha centrado en el segundo aspecto, motivo por el que se van a estudiar estas cuestiones en el orden señalado, a pesar de que la lógica del DIPr postula el orden inverso.

⁷⁶² ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 5ª. La determinación ...”, *op. cit.* (235-236). En la mayoría de países europeos también se dota a las normas de conflicto de este carácter imperativo. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo III. Derecho aplicable”, *op. cit.*, apartado 98.

⁷⁶³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartado 20.13.

⁷⁶⁴ Por todos, HOLLEAUX, D., FOYER, J. y GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit international privé*, MASSON, París, 1987, p. 184 ; y CACHARD, O. y KLÖTGEN, P., *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 196.

⁷⁶⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartado 20.12. Estas normas se presentan, principalmente, mediante la introducción de criterios de conexión múltiples. *Vid.* AUDIT, B. y D’AVOUT, L., *Droit International Privé*, *op. cit.*, pp. 175.

⁷⁶⁶ Por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo I. Objeto, contenido y fuentes”, *op. cit.*, apartados 1.3 y 1.4.

V.2.2.A. La ley aplicable como centro de imputación de competencia

219. El debate sobre la existencia de “conflictos de leyes” en el ámbito de la Seguridad Social. Como ya se ha indicado anteriormente, la práctica habitual revela que el uso de terminología propia del DIPr en la esfera de las normas comunitarias de coordinación se ha realizado de modo generalizado. Sin embargo, la extrapolación de estos términos en su sentido técnico-jurídico al ámbito de la Seguridad Social ha planteado problemas desde sus inicios, dando lugar a un intenso y largo debate doctrinal iniciado en el siglo pasado y que se ha mantenido vigente hasta nuestros días.

En el caso de la relación de afiliación, es posible que un mismo sujeto esté obligado a afiliarse a varios sistemas nacionales de Seguridad Social simultáneamente (con la consiguiente doble cotización); pero también puede darse la situación contraria si el trabajador no puede afiliarse a ningún sistema nacional por no cumplir los requisitos exigidos en ninguno de ellos. En el caso de la relación de protección, en cambio, los conflictos positivos podrían dar lugar a situaciones de sobreprotección (cúmulo indebido de prestaciones) o de infraprotección (en caso de aplicación simultánea y descoordinada de normas nacionales anticúmulo) y los negativos a situaciones de desprotección (vacíos de protección). Estas situaciones han sido calificadas, unánimemente, como conflictos de leyes en el sentido “vulgar”⁷⁶⁷ o impropio de la expresión. Ahora bien, estos comúnmente denominados “conflictos de leyes”, ¿pueden calificarse de verdaderos “conflictos de leyes” en el sentido iusprivatista tradicional del término? Nuevamente, el problema se suscita respecto de la necesidad de recepción del derecho extranjero en el foro, existiendo diferentes posicionamientos doctrinales.

Una primera posición doctrinal descarta esta posibilidad de traslación de la noción al ámbito del Derecho Público en general, y al Derecho de la Seguridad Social en particular. Concretamente, esta postura reconoce las similitudes de las situaciones que pueden darse en el ámbito de la Seguridad Social con el concepto de conflicto de leyes, pero, sin embargo, no pueden denominarse de tal modo dada la imposible recepción del derecho extranjero por parte de la autoridad administrativa o judicial nacional⁷⁶⁸. Así pues, aunque se reconoce que, efectivamente, puede existir una concurrencia de normas nacionales que requiera determinar cuál de ellas es la ley material aplicable a la situación jurídica en cuestión a través de una norma de conflicto, niegan la existencia de conflictos

⁷⁶⁷ MONTROYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *op. cit.* (400).

⁷⁶⁸ En este sentido, FREYRIA, C., “Sécurité sociale et droit international privé”, *op. cit.* (437-452), con referencia a las normas internacionales previas a los primeros reglamentos de coordinación; y MONTROYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *op. cit.* (400-403).

de leyes en su acepción técnica. Por ello, algunos autores consideraron más acertado hablar de “conurrencia de leyes en el espacio” en esta materia⁷⁶⁹.

Una posición más flexible ha llegado a admitir la existencia de conflictos de leyes en la esfera de la Seguridad Social, si bien calificados como “*sui generis*” por la falta de recepción clásica del derecho extranjero en el foro, dando lugar a normas de conflicto también particulares en el ámbito europeo⁷⁷⁰. Esto ha sido, precisamente, lo que algunos autores han considerado como “*el último bastión de resistencia al acercamiento entre el Derecho Internacional Privado y la protección social*”⁷⁷¹. Como se ha indicado anteriormente, la regla general es que la norma de conflicto tiene carácter multilateral en el sentido de que puede designar como aplicable tanto una ley nacional como una extranjera. Sin embargo, en el ámbito europeo de la Seguridad Social, se ha defendido la existencia de una norma de conflicto que no cumple con esta característica, al ser de carácter unilateral (las de carácter multilateral se entienden reservadas al ámbito del DIPr). De este modo, las normas de conflicto comunitarias han sido calificadas de normas unilaterales al designar, de manera conjunta, la ley aplicable y la institución competente, debiendo coincidir la nacionalidad de ambas⁷⁷².

Dando un paso más, una tercera posición doctrinal ha llegado a admitir la existencia de verdaderos conflictos de leyes, pudiendo existir normas de conflicto tanto unilaterales como multilaterales en materia de Seguridad Social⁷⁷³. En este sentido, algunos autores han considerado que no existe impedimento teórico alguno para que pueda darse la

⁷⁶⁹ MONTOYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *op. cit.* (400-401) y doctrina ahí citada. Esta terminología es la recomendada por doctrina internacional-privatista para referirse, generalmente, a situaciones en las que varias normas son potencialmente aplicables. En este sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartado 20.13.

⁷⁷⁰ Por todos, COURSIER, P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail...*, *op. cit.*, pp. 159-160; CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 156; PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé...”, *op. cit.*; y MAYER, P., “Le rôle du droit public en droit international privé”, *op. cit.* (467). García Rodríguez también descarta la existencia de una aplicación clásica del derecho extranjero en materia de Seguridad Social, y, consecuentemente, la existencia de un conflicto de leyes en su forma tradicional, pero entiende que este existe de una forma “más evolucionada y actual”, proponiendo una ampliación del concepto para englobar “*aquellas tensiones legislativas que sólo pueden resolverse con la colaboración legislativa total o parcial, administrativa o judicial, en donde se aprecian las interrelaciones existentes entre los conflictos de leyes y de autoridades, ya administrativas ya judiciales, y que se solucionan a través de distintos procedimientos técnicos de reglamentación, entre los que juegan un papel fundamental las normas materiales de ajuste o adaptación que suponen la concurrencia de normas materiales del foro y normas materiales extranjeras y no sólo normas procesales del foro y materiales extranjeras*”. Vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 69. Avalando esta ampliación del concepto, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Derecho Internacional Privado y Derecho comunitario”, *op. cit.* (820).

⁷⁷¹ PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé...”, *op. cit.* (675).

⁷⁷² CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁷³ En esta línea, WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.*

recepción del derecho extranjero en el foro⁷⁷⁴, sino un mero problema práctico derivado de la necesaria intervención de las administraciones nacionales en el ámbito de la Seguridad Social. Por ello, para que exista una verdadera aplicación de una ley extranjera en este ámbito, es necesario que concurren dos requisitos: 1) la existencia de normas especiales y expresas en este sentido; y 2) una necesaria colaboración administrativa entre las instituciones de los países implicados⁷⁷⁵. Sobre la base de esta teoría, parte de la doctrina llegó a afirmar que, dado que las normas comunitarias de coordinación cumplían ambos condicionantes, nos encontrábamos ante verdaderos conflictos de leyes (aunque con las particularidades derivadas del carácter de Derecho público de la Seguridad Social)⁷⁷⁶.

Por último, otra parte de la doctrina ha realizado una teoría que vendría a compatibilizar las dos anteriores, poniendo el punto de unión en la noción de “aplicación” del derecho extranjero⁷⁷⁷. Esta teoría parte de una distinción histórica entre la cuestión principal y las cuestiones incidentales. La cuestión principal puede definirse como aquella sobre la que versa el litigio, es decir, la que debe responderse para dar solución a la pretensión en debate. En materia de Seguridad Social, se ha entendido que existen dos tipos de cuestiones principales: 1) si una persona está obligada a pagar sus cotizaciones sociales en un sistema nacional de Seguridad Social; y 2) si una persona tiene derecho a una prestación social⁷⁷⁸. Por su parte, las cuestiones incidentales pueden definirse como aquellas que no dan respuesta al litigio planteado, pero cuya resolución es necesaria para poder aplicar la ley que resuelve la cuestión principal, de ahí que sean consideradas como “condiciones de aplicación” de esta (un ejemplo claro sería la comprobación de la validez

⁷⁷⁴ Reconociendo la inexistencia de impedimentos teóricos y prácticos que respalden el principio de inaplicabilidad *a priori* del derecho público extranjero, con carácter general, INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “Résolution.- L'application du droit public étranger”, *op. cit.*

⁷⁷⁵ WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* (325-326). La obra de este autor es una respuesta al estudio realizado por FREYRIA, tras el auge de la movilidad internacional y la aparición de los primeros reglamentos de coordinación. Defendiendo también esta doble exigencia, MAYER, P. “Le rôle du droit public en droit international privé”, *op. cit.* (474). Este autor matizó que las excepciones al principio general de aplicación de la ley nacional eran muy escasas, tanto en el ámbito penal, como social y fiscal.

⁷⁷⁶ WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* Algunos autores han afirmado el carácter bilateral de las normas de conflicto previstas en los Reglamentos de coordinación por la finalidad que persiguen (no se ciñen a tomar una decisión a favor o en contra de la aplicación de una determinada legislación nacional, sino que señalan cuál de todas las envueltas en la controversia es la aplicable), reconociendo que la discusión sobre este carácter de las normas de conflicto comunitarias descansa sobre la cuestión conceptual de si el mismo está necesariamente conectado con la posible recepción del derecho extranjero. Sobre este particular, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 145.

⁷⁷⁷ Defendiendo esta postura intermedia, RENNUIY, N., *EU Social Security Law: territoriality, solidarity and equality*, tesis (Dir. Y. Jorens), Gent, Universiteit Gent, junio 2017, pp. 52-58.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. vii.

de un matrimonio celebrado en el extranjero para poder determinar la concesión o no de una prestación de supervivencia)⁷⁷⁹.

Sobre la base de esta distinción clásica, un sector doctrinal ha entendido que las normas de conflicto comunitarias son unilaterales respecto de la determinación de la ley material aplicable a la cuestión principal; sin embargo, existen normas de conflicto multilaterales respecto de la determinación de la ley aplicable a cuestiones incidentales. De este modo, una administración o juez nacional nunca aplicará una norma extranjera para resolver la cuestión principal, pero sí la podría aplicar para resolver cuestiones incidentales⁷⁸⁰.

220. La dudosa aplicación del derecho extranjero de Seguridad Social por las autoridades nacionales al amparo de los Reglamentos de coordinación. En definitiva, el debate sobre si nos encontramos ante verdaderos conflictos de leyes en el ámbito de la coordinación comunitaria se ha centrado en la posible aplicación o no de las leyes de Seguridad Social extranjeras por parte de una autoridad nacional.

Es fundamental determinar, por tanto, qué debe entenderse por “aplicación” a estos efectos, si bien es un término utilizado de manera polisémica. Con carácter general, aplicar una ley consiste en verificar si la situación en cuestión puede subsumirse en su presupuesto de hecho y, en su caso, aplicar la consecuencia jurídica por ella establecida⁷⁸¹. Cuando se hace referencia a la aplicación de una ley extranjera, una “aplicación directa” o en sentido estricto de la misma requiere que esta ley sea incluida en el silogismo judicial con el fin de resolver el fondo de la disputa⁷⁸². Esta aplicación directa ha sido diferenciada de la “toma en consideración” de la ley extranjera⁷⁸³, técnica jurídica que consiste en la consulta de una ley extranjera durante la aplicación de otra ley, teniendo en cuenta, así, la pluralidad de órdenes jurídicos relacionados con la disputa. De esta manera, la ley extranjera no da respuesta a la cuestión planteada, sino que proporciona información sobre la situación jurídica debatida, lo que permite aplicar la

⁷⁷⁹ Por todos, WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* (318 y 325); VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 309-310.

⁷⁸⁰ RENNUY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 58.

⁷⁸¹ FOHRER-DEDEURWAERDER en FOHRER-DEDEURWAERDER, E., *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ-Lextenso éditions, París, 2008, p. 20.

⁷⁸² LALIVE, P., “Sur l’application du droit public étranger”, *Annuaire suisse de droit international*, Volumen XXVII, 1971, pp. 103-142 (126); FOHRER-DEDEURWAERDER en FOHRER-DEDEURWAERDER, E., *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 21 y doctrina que ahí se cita.

⁷⁸³ Denominación utilizada por LALIVE, P., “Le droit public étranger et le droit international privé”, *op. cit.* (236). Sobre la “aplicación indirecta”, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 65-69 y 476.

regla sustantiva correspondiente⁷⁸⁴. De este modo, la ley extranjera –que intervendrá en un momento posterior a la elección de la ley aplicable para resolver el fondo del asunto–, se “descualifica” de norma a simple hecho⁷⁸⁵.

Que la aplicación de la ley extranjera a título principal en materia de Seguridad Social es una *rara avis*, es algo unánimemente aceptado. Y ello porque, cuando se trata de resolver la cuestión principal, las autoridades nacionales aplican su propia ley (lo cual es acorde con la calificación de esta materia como integrante del Derecho Público y la necesaria intervención administrativa). Consecuentemente, ninguna autoridad nacional podría imponer obligaciones de afiliación, cotización o prestaciones a una autoridad extranjera por aplicación de la ley de esta; en caso de hacerlo, la eventual resolución carecería de efectos vinculantes en el Estado cuya legislación se ha aplicado, al no existir ningún instrumento –ni supranacional ni internacional– que permita su reconocimiento y ejecución⁷⁸⁶. Esta conclusión se ve respaldada por una regla básica del Derecho Internacional Público como es la no injerencia en el funcionamiento de los servicios públicos del resto de Estados, servicios entre los que se incluye la Seguridad Social⁷⁸⁷.

Los autores que han defendido la posible aplicación del derecho extranjero a título principal en materia de Seguridad Social se han basado más en una posibilidad teórica que real, pero reconociendo que, en la práctica, las normas de conflicto comunitarias no prevén, con carácter de principio, esta posibilidad⁷⁸⁸. Cuestión distinta es la participación que las normas de coordinación otorgan a la ley extranjera en determinados casos, al margen de la resolución de la cuestión principal.

Los defensores de la idea de que los Reglamentos de coordinación encierran la posibilidad de aplicar el derecho extranjero han señalado multitud de preceptos como

⁷⁸⁴ FOHRER-DEDEURWAERDER, E., *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 43 (en esta obra, la autora distingue tres modos diferentes de “toma en consideración” de la ley extranjera: pp. 56-64). Como señaló, Mayer, en estos casos, la ley aplicada no proporciona la solución sustancial a la cuestión planteada, sino que se integra en el presupuesto de la ley llamada a dar tal solución. MAYER, P. “Le rôle du droit public en droit international privé”, *op. cit.* (484).

⁷⁸⁵ BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit International Privé, Tome I. Partie générale*, *op. cit.*, pp. 513-514 y 516 y doctrina que ahí se cita.

⁷⁸⁶ VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7190; LÓPEZ TERRADA, E., *El régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración española en el exterior. Especial referencia a las cuestiones relativas a la competencia judicial y determinación de la ley aplicable*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2020, p. 144. Esta autora (pp. 144-145) hace referencia a una interesante sentencia del TSJ Madrid, de 31 de mayo de 2004 (Rec. 2498/2004), en la que se determinó aplicable la ley estadounidense para resolver una pretensión de Seguridad Social (prestación de maternidad) y, en aplicación de esta, desestimó la demanda interpuesta por la actora. Dado que la ley estadounidense no preveía una prestación de tal naturaleza, el fallo de la sentencia no fue tan problemático, pero el razonamiento utilizado para llegar al mismo, aunque no era descabellado, no puede reputarse como el más idóneo si tenemos en cuenta todo lo expuesto hasta el momento.

⁷⁸⁷ MAYER, P., HEUZÉ, V. y RÉMY, B., *Droit International Privé*, *op. cit.*, pp. 89-90 y 224-225.

⁷⁸⁸ Por todos, WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* (325-326); y MAYER, P. “Le rôle du droit public en droit international privé”, *op. cit.* (476).

ejemplo, la mayoría de ellos, relacionados con los precitados principios de asimilación de condiciones, exportación y cooperación administrativa⁷⁸⁹ (el recurso a la totalización o a la *pro rata temporis*; la exportación de prestaciones; el traslado de solicitudes, declaraciones o recursos al Estado miembro correspondiente; etc.⁷⁹⁰). Estos ejemplos, si bien no encierran la aplicación de la ley extranjera a título principal, han sido vistos, por una parte de la doctrina, como demostrativos de la aplicación de la ley extranjera para resolver cuestiones incidentales⁷⁹¹.

A este respecto, considero más acertada la posición doctrinal que, sin negar que con estas técnicas se logra una evidente comunicación entre legislaciones nacionales, rompiendo, así, el carácter estanco de las normas nacionales de Seguridad Social, defiende que, en todos estos casos, la autoridad competente aplica exclusivamente su propia ley a título principal (son los requisitos de esta ley los que deberán cumplirse), aunque se puedan tener en cuenta hechos o acontecimientos ocurridos en otro lugar⁷⁹². Así, las autoridades nacionales, en aplicación de sus propias leyes, pueden emitir actos que podrán hacerse valer ante las instituciones de los demás Estados miembros, sobre la base del artículo 5 del Reglamento 987/2009, y cuyo control recaerá exclusivamente en el Estado miembro emisor de tales documentos –sus autoridades administrativas y jurisdiccionales– (ampliamente, *supra*, número 193). Sin embargo, que estos actos o documentos, resultado de la aplicación de una ley extranjera, puedan surtir efectos en el resto de Estados miembros, no puede equipararse a una verdadera aplicación de tal ley

⁷⁸⁹ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, pp. 154-155.

⁷⁹⁰ Por todos, WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.*, pp. 323-325; TANTAROUDES, C., *La protection juridique des travailleurs migrants de la C.E.E. en matière de Sécurité Sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés*, Economica, París, 1976, pp. 387-389; y VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 312-314.

⁷⁹¹ Para algunos autores, esta aplicación accesoria de la ley extranjera sería suficiente para apreciar la existencia de un conflicto de leyes en su sentido técnico-jurídico en el ámbito de estas normas de Seguridad Social (así, WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.*, pp. 325-326). En contra de esta opinión, otro sector doctrinal ha señalado que las cuestiones incidentales que se pueden resolver en aplicación de leyes foráneas son cuestiones civiles completamente ajenas a la relación de Seguridad Social y, por ello, gozan de un régimen independiente (así, FREYRIA, C., “Sécurité sociale et droit international privé”, *op. cit.* –448–; y MONTOYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *op. cit.* (402-403) y doctrina que ahí se cita).

⁷⁹² Por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, pp. 154-155; y RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (75-76). La primera autora señala expresamente que “*nadie cuestiona que la coordinación propicia, mediante las asimilaciones de condiciones, una comunicación entre legislaciones nacionales permitiendo que se tengan en cuenta hechos producidos en el marco de una legislación foránea*”, ni “*que esta técnica rompa el carácter estanco de las mismas, pero la asimilación que se estipula siempre es para el cumplimiento de los requisitos exigidos por su propia normativa nacional, única legislación aplicable a título principal*”. En contra, por todos, RENNUY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 58. Este autor argumenta que, con independencia de si la aplicación la lleva a cabo una institución extranjera o no, la ley extranjera es igualmente aplicable. Sin embargo, por cuestiones de conveniencia, se delega la tarea de aplicar el derecho extranjero correspondiente a la institución que lo administra (se confía esta delicada misión a la institución mejor ubicada para realizarla, sin afectar el resultado del caso), sin que el artículo 5 del Reglamento de aplicación afecte a esta conclusión.

por el Estado receptor⁷⁹³. Para estar ante una verdadera aplicación de la ley extranjera, como ya se ha indicado anteriormente, se exigiría responder a la cuestión jurídica planteada en atención a la consecuencia jurídica por ella establecida, tras verificar que la situación puede subsumirse en su presupuesto de hecho. Por ello, considero que, más bien, nos encontramos ante una toma en consideración de elementos ocurridos o producidos bajo una legislación extranjera “con carácter meramente instrumental o fáctico”, por mandato de los Reglamentos de coordinación⁷⁹⁴.

Mención especial requieren, por su recurrente uso como ejemplo paradigmático de aplicación de la ley extranjera, las prestaciones de enfermedad en especie en caso de estancia o residencia del beneficiario en un Estado miembro diferente del competente (principalmente, artículos 17.1, 19.1, 20.2 y 27 del Reglamento 883/2004). En estos casos, se prevé que la institución del lugar de residencia o estancia facilite a las personas beneficiarias las prestaciones en especie correspondientes según las disposiciones de su propia legislación, “*como si estuvieran aseguradas*” en virtud de la misma, pero por cuenta de la institución competente de otro Estado miembro. Posteriormente, se deberá iniciar el complejo y largo procedimiento de reembolso entre las instituciones implicadas, previsto en el artículo 35 del Reglamento de base y artículos 62 y siguientes del Reglamento de aplicación (debiendo tener en cuenta también la Decisión núm. S9, de 20 de junio de 2013, relativa a los procedimientos de reembolso en aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento 883/2004⁷⁹⁵).

Algunos autores han visto en este precepto una forma “original” de aplicación de la ley extranjera, aunque necesitada de una amplia cooperación administrativa⁷⁹⁶. Desde este punto de vista, mediante una ficción (que la institución del Estado de estancia o residencia trate a los beneficiarios como si fueran sus propios asegurados), se consigue el mismo efecto que si la institución del Estado competente aplicara la ley de ese otro Estado miembro. No puede negarse la oportunidad de tal razonamiento, pero, sin embargo, no es menos cierto que ninguna de las instituciones implicadas está llamada a aplicar, propiamente, una ley que no sea la suya propia⁷⁹⁷. Así, mientras la institución del Estado

⁷⁹³ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (77-78).

⁷⁹⁴ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 154.

⁷⁹⁵ DOUE núm. C 279/8, de 27 de septiembre de 2013, p. 8 y ss.

⁷⁹⁶ PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé...”, *op. cit.* (673). En sentido análogo, MAVRIDIS, P., “Y a-t-il encore des règles de conflits de lois...”, *op. cit.* (255-256). En esta línea, algunos autores han identificado estos preceptos como un ejemplo de “participación” de las instituciones en la aplicación de la legislación extranjera. *Vid.* VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 313.

⁷⁹⁷ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.*, p. 76. En sentido análogo, respecto de la regulación contenida en el Reglamento 1408/71 (que contaba con una particularidad respecto de la duración de estas prestaciones), CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 155.

de estancia o residencia aplicará su propia ley (con la particularidad de considerar al beneficiario asegurado en su sistema de Seguridad Social cuando no lo está), la institución del Estado competente se limitará a realizar el reembolso de los gastos ocasionados (ya sea el importe real, ya sea un importe a tanto alzado, según proceda). Las posibilidades de actuación de esta última institución son muy limitadas, pudiendo optar, básicamente, entre proceder al reembolso o, en determinados casos tasados, rechazar y devolver la solicitud, bien por sospechar que ha habido abuso (art. 3 de la Decisión S9), bien por dudar de la corrección de los datos incorporados con la finalidad de que la solicitud sea revisada por la institución emisora (art. 11 de la Decisión S9).

En conclusión, a mi parecer, no podemos afirmar que exista una verdadera aplicación del derecho extranjero por imperativo de las normas de conflicto comunitarias. Es cierto, como se ha señalado, que estas normas de origen institucional podrían establecer esta recepción del derecho extranjero (en la medida en la que los Estados, a través de estas normas, accedieran a ello –cediendo parte de su soberanía en este sentido⁷⁹⁸–, y prestaran la necesaria colaboración administrativa), pero no lo hacen, al menos no en el sentido clásico. Por ello, debemos coincidir en que, en Seguridad Social a nivel europeo, la aplicación de la ley extranjera solo se encuentra en una forma “deformada”⁷⁹⁹. Ello me lleva a posicionarme a favor de la existencia de un conflicto de leyes *sui generis* en materia de Seguridad Social. En consonancia con ello, a pesar de la apariencia de normas de conflicto multilaterales de algunas de las reglas de conflicto comunitarias respecto de la cuestión principal, debemos descartar que estas posean tal naturaleza⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ COURSIER, P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail...*, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁹⁹ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁰⁰ Las especialidades de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social descritas la han alejado de los mecanismos típicos del DIPr. Sin embargo, parte de la doctrina ha defendido que, aunque no pueda incluirse dentro del método conflictual clásico (por todos, PRÉTOT, X., “Les travailleurs détachés et expatriés et la Sécurité sociale”, *Droit Social*, núm. 12, 1991, pp. 868-876 –868-869–), estas normas incorporan un mecanismo muy similar (PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé...”, *op. cit.* –672–). Así, se ha argumentado que, aunque no se acepte la recepción del derecho extranjero en el ámbito de la Seguridad Social, se podría admitir esta equiparación. Para ello, se toma como ejemplo la protección de los menores y su regulación contenida en el *Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* (en adelante, “Convenio de La Haya”).

La protección del menor, si bien es admitida como parte integrante del DIPr, se ha considerado vinculada, al menos parcialmente, al Derecho Público en la medida en la que el Estado asume, subsidiariamente, esta protección encomendada a título principal a particulares –los progenitores– (HÉRON, J., “Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (exemple de la protection des mineurs et des procédures collectives)”, *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 1990-1991, pp. 65-91 –74–). En el artículo 5 del Convenio de La Haya se establece la regla general de competencia internacional de las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. Por su parte, el apartado primero del artículo 15 del mismo texto normativo señala, como regla general, la aplicación por parte de estas autoridades de su propia ley. En definitiva, se ha considerado que esta norma

221. La necesaria coincidencia de las competencias legislativa, administrativa y judicial en materia de Seguridad Social. Debido a las particularidades que presenta la Seguridad Social, esta materia ha sido objeto de una exclusión generalizada del ámbito de aplicación material de las normas supranacionales e internacionales tendentes a regular la determinación de la competencia judicial internacional. Ejemplos de ello son el Reglamento Bruselas I *bis* (art. 1.2.c) y el Convenio de Lugano II (art. 1.2.c), así como los antecesores de tales textos (el Reglamentos Bruselas I y Convenio de Bruselas en el primer caso, y el Convenio de Lugano en el segundo)⁸⁰¹. La misma exclusión puede encontrarse también en el Convenio bilateral suscrito entre el Reino de España y la República de El Salvador en esta materia, de 7 de noviembre de 2000 (art. 1.2.d)⁸⁰².

está impregnada de un amplio *lex forismo* (PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé...”, *op. cit.* –672– y doctrina ahí citada), pero ello no la ha excluido del ámbito del DIPr. Este *lex forismo* podría explicarse, justamente, por la citada vinculación de la materia con el Derecho Público (Mayer, Heuzé y Rémy indican que la elección de la ley de la residencia habitual buscaba, precisamente, facilitar la transición entre la “responsabilidad parental” y la protección judicial o administrativa subsidiaria, que requiere la intervención de una autoridad pública; en estos últimos casos, la protección del menor requiere una acción estatal debido a su vinculación con los intereses estatales, justificando, así, la actuación predominante –que no exclusiva y en todo caso– de la *lex fori* o *lex auctoris*: MAYER, P., HEUZÉ, V. y RÉMY, B., *Droit International Privé*, *op. cit.*, pp. 386-389).

De este modo, en el *lex forismo*, la determinación de la competencia judicial internacional conlleva, sistemáticamente, la aplicación de la ley del foro y no una ley extranjera, de ahí que se haya intentado buscar un paralelismo con la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social para acercarla a la esfera del DIPr a pesar de la falta de recepción de derecho extranjero: en este caso, el procedimiento será el mismo pero en sentido inverso, pues será la determinación de la ley aplicable de la que se deducirá la competencia del órgano nacional encargado de aplicarla. El hecho de que una multitud de Estados compartan las mismas normas de conflicto en materia de Seguridad Social –que constituyen un sistema completo–, las sitúa muy cerca de los mecanismos conflictuales del DIPr.

⁸⁰¹ Esta exclusión solo abarca “*los pleitos que surgen de las relaciones entre la Administración y los empresarios o los empleados*”, pero no cuando “*la Administración hace valer un derecho de recurso directo contra un tercero responsable del daño o se subroga frente a este tercero en los derechos de una víctima asegurada por ella, puesto que entonces actúa según las normas del Derecho Común*” (Informes *Jenard y Schlosser*). En esta línea se pronunció el TJCE, en su sentencia de 14 de noviembre de 2002 (C-271/00, asunto *Baten*). Concretamente, el Tribunal de Luxemburgo matizó que el Convenio de Bruselas podría resultar de aplicación a resoluciones judiciales dictadas en litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado, pero para ello, el fundamento y las modalidades de ejercicio de la acción entablada por el organismo público deberían estar reguladas por normas de Derecho común; en cambio, la situación es diferente cuando esa autoridad pública actúa en ejercicio de poder público, con prerrogativas propias específicamente concedidas por el legislador. En este mismo sentido, SSTJUE de 15 de febrero de 2007 (C-292/05, asunto *Lechouritou y otros*, apartado 31); de 11 de abril de 2013 (C-645/11, asunto *Sapir y otros*, apartado 33); de 11 de junio de 2015 (C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13, asuntos acumulados *Fahnenbrock y otros*, apartado 50); de 28 de julio de 2016 (C-102/15, asunto *Siemens Aktiengesellschaft Österreich*, apartado 32); y de 15 de noviembre de 2018 (C-308/17, asunto *Kuhn*, apartado 34).

⁸⁰² Sobre los motivos tras esta exclusión generalizada de la Seguridad Social de los textos en materia de competencia judicial internacional, *vid.* JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002, pp. 39-40. Esta autora señala diversos motivos, destacando los siguientes: falta de consenso sobre la definición del término “Seguridad Social” y su naturaleza jurídico-pública o privada; la falta de consenso acerca de la jurisdicción competente para resolver estos litigios, que puede variar entre los diferentes Estados (tribunales ordinarios, administrativos o mixtos); y la falta de conflictividad en esta materia por la asunción de su vinculación con la determinación de la ley aplicable.

En el Informe *Jenard* ya se reconoció que no es posible la existencia de conflictos de jurisdicción en este ámbito dado que la competencia judicial coincide con la competencia legislativa⁸⁰³, la cual es determinada por los Reglamentos de coordinación. De este modo, en materia de Seguridad Social⁸⁰⁴, la determinación de la ley aplicable designará, automáticamente, el foro competente. Y no solo eso, también es generalmente aceptado que la ley aplicable determinará, asimismo, la institución administrativa competente⁸⁰⁵.

Así lo reconoció el TJCE, en su sentencia de 14 de noviembre de 2002 (C-271/00, asunto *Baten*). En el apartado 44 de este pronunciamiento, se señala que los reglamentos de coordinación “*crean un régimen en el que, en principio, la competencia legislativa exclusiva de un Estado miembro se corresponde con la competencia de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de ese mismo Estado*”, esto es, designan “*un sistema nacional íntegramente competente*”. Precisamente por ello, se entendió que la tutela efectiva quedaba garantizada con esta designación, sin necesidad de asegurar el reconocimiento de las resoluciones adoptadas en esta materia en un Estado miembro (a excepción de lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento 987/2009⁸⁰⁶), tercer escalón del sistema clásico del DIPr.

Esta triple coincidencia de competencias es la expresión de la territorialidad de las normas de Seguridad Social, que supone su inaplicación por un órgano extranjero, no su inaplicación a situaciones localizadas en el extranjero⁸⁰⁷.

Esta coincidencia de competencias debe entenderse respecto de la cuestión principal objeto del litigio en materia de Seguridad Social (sobre la que inciden especialmente las normas de conflicto comunitarias y sobre la que se centrará el estudio en los capítulos siguientes), sin que, por lo tanto, pueda verse afectada por la posible intervención de una ley extranjera respecto de cuestiones incidentales. Este hecho encontraría apoyo en la ya mencionada regla del Derecho Internacional Público de no injerencia en los servicios públicos extranjeros, que impediría a los órganos judiciales

⁸⁰³ Coincidencia que se da, con carácter general, en el ámbito del Derecho Público en contraposición al Derecho Privado. *Vid.* WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* (318); CAMUS, C., *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 36-37.

⁸⁰⁴ A estos efectos, se ha entendido que el concepto de Seguridad Social es coincidente con el ámbito material de los Reglamentos de coordinación (*vid.* VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, *op. cit.*, marginal 7190). Sobre la precisión del ámbito objetivo de las normas comunitarias de coordinación, véase *supra*, apartado II.3.

⁸⁰⁵ Por todos, WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* (322-323).

⁸⁰⁶ RENNUIY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁰⁷ Entre otros, FREYRIA, C., “Sécurité sociale et droit international privé”, *op. cit.* (447); WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* (322); MAYER, P., “Le rôle du droit public en droit international privé”, *op. cit.* (481).

nacionales imponer obligaciones de esta naturaleza a órganos estatales extranjeros⁸⁰⁸. Consecuentemente, en materia de Seguridad Social, existen elementos que alteran el sistema tradicional de determinación de la competencia judicial internacional del DIPr.

V.2.2.B. El recurso a las normas de derecho internacional autónomo para la determinación de la competencia judicial internacional: el caso español

222. Los efectos del régimen particular de la Seguridad Social sobre la competencia judicial internacional. Las peculiaridades que presenta la Seguridad Social respecto de los conflictos de leyes y, en consecuencia, de la norma de conflicto, también tienen un gran impacto en la determinación de la competencia judicial internacional. Como ya se ha indicado, las competencias legislativa, judicial y administrativa coinciden en materia de Seguridad Social, existiendo un elevado número de normas institucionales e internacionales destinadas a determinar la ley aplicable en estos supuestos. De cuanto antecede, parece deducirse que, si la ley aplicable en materia de Seguridad Social a una situación jurídica es la española, la competencia administrativa y judicial la ostentarán instituciones españolas. En sentido inverso, si la ley aplicable en materia de Seguridad Social a una concreta relación jurídica no resulta ser la española, podría pensarse que los Tribunales nacionales deberían declararse incompetentes, sistemáticamente, para conocer toda clase de pretensiones de Seguridad Social que las partes pudieran interponer ante los mismos.

223. El necesario recurso al Derecho internacional autónomo. Sin embargo, los Tribunales españoles han realizado una interpretación diferente de esta cuestión. Para ello, siguiendo el esquema típico del DIPr, han partido de la inexistencia de norma supranacional o internacional⁸⁰⁹ expresa que determine la competencia judicial internacional en estos casos. Por tanto, para saber si los órganos jurisdiccionales estatales son competentes para conocer de un litigio en materia de Seguridad Social, cada Estado deberá recurrir a sus normas de Derecho internacional autónomo. En el caso español, estas normas están incorporadas en la LOPJ⁸¹⁰.

224. La norma española de determinación de la competencia judicial internacional en materia de Seguridad Social. En primer lugar, es importante señalar que, a diferencia de las normas institucionales e internacionales, las normas internas

⁸⁰⁸ MAYER, P., HEUZÉ, V. y RÉMY, B., *Droit Internacional Privé*, op. cit., p. 225.

⁸⁰⁹ A este respecto, conviene precisar que los convenios internacionales suscritos por el Estado español en materia de Seguridad Social tampoco establecen disposiciones en materia de competencia judicial internacional. En este sentido, ZARZALEJO CARBAJO, M., “La determinación de la competencia judicial internacional en materia de protección social”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social...*, op. cit., pp. 520-531 (523).

⁸¹⁰ Siguiendo este planteamiento, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero...*, op. cit., p. 161.

carecen de naturaleza distributiva de la competencia por ser de carácter unilateral. De este modo, las disposiciones de la LOPJ se limitan a señalar los supuestos en los que los Tribunales españoles son competentes, sin indicar qué Tribunales extranjeros tendrían competencia en caso contrario. Asimismo, estas disposiciones son de carácter exclusivo, de forma que, fuera de los casos establecidos en la LOPJ, los Tribunales españoles deberán declararse incompetentes⁸¹¹.

La competencia de los Tribunales españoles en el orden social se encuentra regulada, específicamente, en el artículo 25.3 de la LOPJ. En este apartado se recoge la competencia de los Tribunales españoles del orden social para resolver litigios en materia de pretensiones de Seguridad Social cuando la acción judicial se presente “*frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España*”⁸¹². Este precepto ha sido considerado como manifestación del foro general del domicilio del demandado que rige en esta materia dado que, en el caso de las entidades españolas, su domicilio está situado en el territorio del que ostentan la nacionalidad⁸¹³.

V.2.2.B.a. Reclamaciones contra entidades españolas

225. Concepto amplio de “entidades españolas”. De conformidad con lo estipulado en el artículo 25.3 de la LOPJ, los Tribunales españoles serán competentes, en primer lugar, en los casos de demandas interpuestas contra entidades españolas. A estos efectos, el término “entidades españolas” debe interpretarse en un sentido amplio, incluyendo tanto Entidades Gestoras y Servicios Comunes, como entidades colaboradoras –Mutuas colaboradoras y empresas–⁸¹⁴.

⁸¹¹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Lección 3ª. La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen convencional y estatal”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, pp. 157-188 (170).

⁸¹² Como puede observarse, esta norma de competencia específica en materia de Seguridad Social no hace referencia a los supuestos en los que las entidades son la parte demandante. Sobre esta cuestión, *vid.* MOLINER TAMBORERO, G., “La competencia judicial internacional de los órganos de la jurisdicción española en el orden social (con dos adendas: I) sobre cuestiones procesales relacionadas con ella; II) relación de sentencias del contenido internacional dictadas por la Sala IV del Tribunal Supremo”, en SALINAS MOLINA, F. (Dir.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 375-520 (472); y ZARZALEJO CARBAJO, M., “La determinación de la competencia judicial internacional...”, *op. cit.* (528-529).

⁸¹³ MOLINER TAMBORERO, G., “La competencia judicial internacional...”, *op. cit.* (473).

⁸¹⁴ VV. AA. “Parte I. Capítulo II. Jurisdicción y competencia”, en VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre Procedimiento Laboral*, Francis Lefebvre, noviembre 2018, marginal 654; y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes” *op. cit.*, marginal 7190. En esta línea se pronunció la STSJ de Galicia, de 16 de noviembre de 1999 (Rec. 1682/1999, FD tercero).

226. El debate central sobre la competencia de los Tribunales españoles. En sede judicial, se ha planteado un debate acerca de la interpretación que debe darse a este precepto, debate que llegó en dos ocasiones al Tribunal Supremo. La cuestión suscitada se ha centrado en determinar la competencia o incompetencia de los Tribunales españoles cuando se interpone una demanda contra entidades españolas, solicitando prestaciones españolas de Seguridad Social, cuando la ley aplicable a tal situación no sea la española.

Mientras una parte de la doctrina de suplicación rechazaba la competencia de los Tribunales españoles en estos casos dada la necesidad de que existiera, al menos, una mínima conexión del litigio con el sistema español⁸¹⁵; otra se decantaba por la opción contraria por entender que esta competencia era ineludible dada la pretensión (prestaciones españolas) y demandados (entidades españolas) del litigio⁸¹⁶.

La primera vez que se planteó esta cuestión ante nuestro Alto Tribunal fue con ocasión de la sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga), de 4 de diciembre de 1998 (Rec. 1154/1998), que incorporaba –en cierta forma– las dos posiciones anteriores. El actor de estos autos era un nacional marroquí que prestó sus servicios en la ciudad de Melilla en el Servicio de Conservación de la vía y cargadero para la Compañía Española de Minas del Rif, S.A. hasta 1972 y, posteriormente, para Embarques y Transportes del Rif, S.A. (empresa marroquí que continuaba la actividad de aquella) hasta 1978. Debido a esta prestación de servicios para las dos empresas, el actor contrajo silicosis.

El demandante se dirigió al INSS de Melilla, solicitando prestaciones de Incapacidad Permanente pero esta solicitud le fue denegada al no existir antecedentes suyos en la Seguridad Social española (no había sido dado de alta ni estaba afiliado a ningún régimen del sistema español)⁸¹⁷. Ante esta denegación, el trabajador afectado

⁸¹⁵ Defendiendo esta primera postura, SSTSSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), de 11 de junio de 1998 (Rec. 474/1996) y de Andalucía (Málaga), de 21 de mayo de 1999 (Rec. 659/1999). Más argumentativas fueron las sentencias dictadas por el TSJ de Andalucía (Málaga) en una multitud de casos prácticamente idénticos (una de las cuales fue recurrida ante el TS), entre otras muchas: sentencias de fecha 3 de septiembre de 1998 (Recs. 851/1998, 891/1998, 901/1998 y 931/1998); sentencias de 4 de diciembre de 1998 (Recs. 877/1998, 898/1998, 952/1998, 994/1998, 998/1998 y 1154/1998); sentencia de 22 de diciembre de 1998 (Rec. 1247/1998); sentencias de 12 de febrero de 1999 (Recs. 852/1998 y 876/1998); y sentencias de 9 de abril de 1999 (Recs. 1507/1998 y 1896/1998).

⁸¹⁶ Defendiendo esta segunda postura, STSJ de Galicia, de 27 de abril de 1998 (Rec. 897/1998).

⁸¹⁷ Tal y como señala el TSJ en su sentencia de instancia, es importante tener en cuenta una serie de peculiaridades vigentes durante el periodo de prestación de servicios del actor en Melilla: "1º.- *Que conforme al antiguo artículo 1 del Código Civil vigente desde el año 1889 hasta la reforma del Título Preliminar de 31 de Mayo de 1.973, "Las Leyes obligaran en la Península, Islas adyacentes, Canarias y Territorios sujetos a la Legislación Peninsular etc."* y la *Zona del Protectorado de España en Marruecos nunca estuvo sujeta a la Legislación Peninsular, sino que disponía de otra Autóctona derivada de la Autoridad de su S.A.R. el Califa de Tetuan promulgada en Dahiress con normativa propia* y 2º.- *Que el Convenio Hispano Marroquí sobre la Seguridad Social de 8 de Noviembre de 1.979 y Protocolo Adicional de 1.984, vigente a partir del día 1 de Octubre de 1.982, de acuerdo con el artículo 47 del Primero de los Textos, expresa en su preámbulo que su finalidad es "Asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos Países que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro País una mejor garantía de los Derechos que ellos hayan adquirido". Con lo cual se resuelve la situación de los Españoles que trabajen*

interpuso demanda en materia de Incapacidad Permanente en grado de absoluta contra el INSS, la TGSS y dos compañías de seguro españolas.

En la instancia, el Juzgado de lo Social desestimó la excepción de falta de competencia judicial internacional y estimó la demanda declarando al actor afecto de Invalidez Permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Sin embargo, en sede de suplicación, se estimó esta excepción. Por un lado, el TSJ de Andalucía reconoció que, con carácter general, el conocimiento y resolución sobre una prestación de Seguridad Social regulada por el sistema español solicitada ante una entidad gestora española debería atribuirse a la jurisdicción española (sin perjuicio de que, posteriormente, pueda desestimarse la demanda). Pero, por otro lado, este Tribunal señaló que, en un caso como el de autos (donde la prestación de servicios la realizó un extranjero en un país extranjero y siendo aplicable la ley de ese país extranjero), se debía excluir la competencia de los Tribunales españoles *“resultando indiferente para fijar la competencia de jurisdicción que se postule una prestación de las reguladas en el sistema de la Seguridad Social española frente a la Entidad Gestora española, porque representa dos elementos teóricos que no pasan del nomen iuris, al no concurrir los requisitos necesarios para fundamentar la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social español”* (lo que no obsta para que el actor pudiera ejercitar los derechos que le pudieran corresponder ante la jurisdicción extranjera correspondiente).

Esta sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, recurso que fue resuelto mediante STS de 2 de marzo de 2000 (Rec. 1111/1999). El escueto razonamiento del Alto Tribunal español en este punto se limitó a señalar que, dado que se trataba del ejercicio de una acción solicitando prestaciones de Seguridad Social españolas contra entidades españolas (INSS y TGSS), debía concluirse, necesariamente, la competencia de los Tribunales españoles sobre la base del artículo 25.3 de la LOPJ. Sobre el resto de apreciaciones realizadas por el Tribunal de suplicación (inexistencia de antecedentes del actor en la Seguridad Social española y motivos alegados por el actor para defender su vinculación con este sistema), el TS matizó que no debían valorarse a efectos de determinar la competencia o incompetencia de los tribunales españoles, sino para estimar o no la pretensión formulada (FS segundo).

Cinco años más tarde, el Tribunal Supremo reafirmó esta interpretación, resolviendo un nuevo recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Andalucía (Granada), de 23 de marzo de 2004 (Rec. 2133/2003), mediante STS de 28 de diciembre de 2005 (Rec. 2152/2004). En esta ocasión, el actor era un geólogo de nacionalidad española que suscribió un contrato de trabajo con

o hayan trabajado en Marruecos y de los Marroquíes que trabajen o hayan trabajado en España, situación en la que nunca ha estado el demandante”.

GEOSERVICIOS INTERNACIONAL, S.A., empresa registrada en Panamá y con dirección de Suiza, para prestar sus servicios como geólogo para la empresa GEOSERVICIOS, S.A., domiciliada en París y legalmente domiciliada en Venezuela. La prestación de servicios se realizó en Venezuela, país donde el actor sufrió una profunda depresión a causa de su prestación laboral por la que fue trasladado a España. Una vez en territorio español, como consecuencia de su estado, el actor se precipitó por la ventana del hospital, lo que le causó graves lesiones. El INSS le consideró afecto de una Gran Invalidez por su estado de psicosis esquizofrénica, paranoide y hemiplejía, sin derecho a pensión española por no constar cotizaciones en la Seguridad Social nacional, no estar dado de alta en la misma, ni acreditar cotizaciones en Suiza o Francia (solo constaban cotizaciones en Venezuela por un periodo de 30 semanas). Ante esta denegación de prestaciones, el actor interpuso demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo contra el INSS, la TGSS, la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, el FOGASA, y las empresas GEOSERVICIOS, S.A. y GEOSERVICIOS INTERNACIONAL, S.A.

El Juzgado de instancia estimó la excepción de falta de competencia judicial internacional, estimación que fue confirmada por el Tribunal de suplicación al entender que no existía ninguna conexión que pudiera justificar la actuación de la jurisdicción española en este supuesto⁸¹⁸. Además, el TSJ de Andalucía señaló que, aunque se reconociera tal competencia, *“tampoco sería posible la ejecución de las resoluciones dictadas por la misma”*.

Esta sentencia fue recurrida ante el TS, quien reiteró que el “factor decisivo” para atribuir o denegar la competencia a los Tribunales españoles es que la acción verse sobre prestaciones de Seguridad Social españolas y se dirija contra entidades españolas, siendo la regla contenida en el artículo 25.3 de la LOPJ “clara y precisa” en este punto (FD cuarto). No obstante, esta regla no afecta a las empresas demandadas, respecto de las que se deberá atender a las normas generales de determinación de la competencia judicial internacional. Así, el TS falló declarando la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda interpuesta frente a las entidades españolas, pero manteniendo el pronunciamiento de incompetencia respecto de las empresas demandadas (por no encontrarse en ninguno de los supuestos del artículo 25.1 de la LOPJ).

De cuanto antecede, en mi opinión, se colige que el Alto Tribunal español ha realizado una interpretación literal del artículo 25.3 de la LOPJ, en línea con el principio de territorialidad presente en el ámbito de la Seguridad Social. Ello se traduce en una

⁸¹⁸ El TSJ de Andalucía también señaló que esta conclusión no se veía afectada por el hecho de que el actor hubiese demandado a las entidades españolas *“pues no se puede considerar a dichas entidades como demandadas principales, sino a la Empresa, por lo que no cabe estimar que por razón de conexión pueda alterarse la competencia jurisdiccional”*.

competencia ineludible y exclusiva de los órganos judiciales españoles para conocer de acciones sobre prestaciones del sistema de Seguridad Social español frente a entidades españolas. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que la ley aplicable, finalmente, sea la de otro Estado, pues la pretensión versa sobre prestaciones españolas de Seguridad Social, por lo que, en aras de respetar el requisito de congruencia que se exige a toda sentencia, el tribunal en cuestión deberá responder a esta petición. Solo los Tribunales españoles pueden determinar válidamente si los actores tienen o no derecho a tales prestaciones, pues en caso de ejercitar tal pretensión ante tribunales extranjeros, estos se deberían declarar incompetentes para resolver el litigio.

El resto de circunstancias del caso podrán tener incidencia sobre el fondo del asunto, conduciendo, generalmente, a la desestimación de las pretensiones ejercitadas, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar prestaciones extranjeras ante los Tribunales competentes. No obstante, debe recordarse la posibilidad de que, siendo competente la ley de otro Estado miembro en aplicación de las reglas del Reglamento 883/2004, un nacional de un Estado miembro pueda tener acceso a prestaciones españolas si cumple los requisitos definidos en esta norma, sin necesidad de recurrir a las técnicas de coordinación, de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia del TJUE (asuntos *Effing, Bosmann, Chamier-Glisczinski, Schwemmer, Hudzinski y Waerzyniak, Franzen y otros, van den Berg y otros*⁸¹⁹). En estos casos, la demanda interpuesta ante una eventual denegación de las prestaciones, podría conducir a una sentencia estimatoria (o parcialmente estimatoria) ante los tribunales españoles.

La mayoría de sentencias de suplicación dictadas con posterioridad a esta jurisprudencia del Tribunal Supremo español han seguido la estela marcada por el Alto Tribunal⁸²⁰, aunque aún pueden encontrarse algunos pronunciamientos en los que se sigue argumentando la necesaria conexión de estas peticiones judiciales con el sistema español para poder declarar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles⁸²¹.

V.2.2.B.b. Reclamaciones contra entidades extranjeras

227. La necesidad de representación específica en España. En segundo lugar, en virtud del artículo 25.3 de la LOPJ, los Tribunales españoles del orden social también serán competentes para conocer de demandas interpuestas contra entidades extranjeras que tengan su domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.

⁸¹⁹ Sobre esta jurisprudencia, *vid.* ampliamente *supra*, número 199.

⁸²⁰ Ejemplo de ello son las SSTTSSJ de Andalucía (Granada), de 23 de abril de 2008 (Rec. 3198/2007); de Cataluña, de 23 de enero de 2009 (Rec. 7307/2007); de las Islas Baleares, de 4 de noviembre de 2015 (Rec. 246/2015); de Cataluña, de 14 de enero de 2014 (Rec. 1137/2013) y de 31 de enero de 2017 (Rec. 6799/2016); y de la Comunidad Valenciana, de 26 de enero de 2017 (Rec. 368/2016).

⁸²¹ Aplicando esta posición minoritaria, SSTTSSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2015 (Rec. 978/2014); y de Cataluña, de 3 de julio de 2015 (Rec. 2534/2015).

En este sentido, esa representación en territorio nacional debe ser específica de esa entidad, no bastando la mera existencia de una embajada o consulado del Estado extranjero en cuestión en España⁸²².

228. La cooperación entre autoridades europeas. En línea con lo anterior, los Reglamentos de coordinación prevén una importante colaboración entre las distintas autoridades de los Estados miembros, colaboración que algunos autores han calificado como de garantías procesales⁸²³.

Entre estas reglas de cooperación, conviene destacar en este momento el artículo 81 del Reglamento de base. Este precepto recoge que las autoridades, instituciones y órganos jurisdiccionales de un Estado miembro ante los que se presenten peticiones, declaraciones o recursos dentro del plazo establecido en la legislación de otro Estado miembro (siendo este el competente para conocer de los mismos), deberán admitirlos y darles traslado, sin demora, a la autoridad, institución u órgano jurisdiccional competente del otro Estado. En estos casos, la fecha que se tendrá en cuenta a efectos procesales será la de presentación ante las autoridades, instituciones u órganos jurisdiccionales del primer Estado miembro que las recibió. Este precepto general, se complementa con las disposiciones previstas en los apartados 3⁸²⁴ y 4⁸²⁵ del artículo 2 del Reglamento 987/2009 y algunas previsiones específicas para determinadas prestaciones (véase, como ejemplo, el artículo 45 de esta norma).

Esta cooperación –concebida como expresión particular de la asimilación prevista en el artículo 5.b del Reglamento 883/2004– ha sido regulada con la finalidad de no penalizar a aquellos ciudadanos que presenten sus peticiones o recursos ante un órgano

⁸²² VV. AA. “Parte I. Capítulo II. Jurisdicción y competencia”, *op. cit.*, marginal 654; y VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes” *op. cit.*, marginal 7190. En esta línea se pronunció la STSJ Andalucía (Sevilla) de 11 de marzo de 1999 (Rec. 3202/1997, FD único).

⁸²³ Así se señala en KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 409.

⁸²⁴ No obstante, el ámbito de este precepto se diferencia del ámbito del artículo 81 del Reglamento de base en tres aspectos fundamentales: 1) no hace referencia a los documentos que puedan interponerse ante un tribunal (es decir, no prevé el auxilio judicial); 2) exige que esa presentación frente a instituciones del Estado no competente se deba a un error; y 3) se excluye la posibilidad de que, debido a retrasos en el traslado de estas actuaciones, las instituciones competentes puedan incurrir en responsabilidad o considerarse que han tomado una decisión por defecto. *Vid.* FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 471-472.

⁸²⁵ Este precepto regula los casos en los que la comunicación de datos se haya realizado de manera indirecta a través del organismo de enlace del Estado miembro de destino. En estos casos, los plazos de respuesta a las solicitudes comenzarán a contar a partir de la fecha en que el organismo de enlace haya recibido la solicitud, como si la hubiera recibido la institución de ese Estado miembro. Sobre los pocos casos que podrían estar cubiertos por este precepto, *vid.* FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 472.

equivocado⁸²⁶ (ello adquiere especial importancia si tenemos en cuenta la complejidad de las normas contenidas en estos Reglamentos).

En la doctrina de suplicación española podemos encontrar algunos ejemplos de interposición de demandas contra entidades de otro Estado miembro sobre la base de su legislación, ante las que los tribunales españoles han declarado su incompetencia para resolver sobre el fondo del asunto, pero reconociendo sus obligaciones de colaboración al amparo de las normas comunitarias de coordinación⁸²⁷.

V.2.2.C. Las normas comunitarias de conflicto: ¿ante un conflicto de leyes sui generis o un conflicto de autoridades?

229. La apuesta doctrinal por el “conflicto de autoridades”. Sobre la base de lo analizado en los apartados anteriores de este Capítulo, ¿resulta más acertado afirmar que las normas de conflicto comunitarias resuelven un conflicto normativo “singular”, o, por el contrario, están más cerca de resolver un conflicto de autoridades “tradicional”? Parte de la doctrina se ha posicionado a favor de esta segunda opción, considerando que, en realidad, las normas comunitarias de coordinación resuelven un “conflicto de autoridades”⁸²⁸ dado que “*simplemente indica(n) en qué Estado miembro deberá afiliarse el trabajador y gestionará su situación respecto a la Seguridad Social*”, Estado que aplicará su propia ley nacional, si bien, modificada por las disposiciones reglamentarias⁸²⁹. En otros términos, estas normas solo determinan la competencia internacional de las autoridades administrativas nacionales⁸³⁰. En esta línea, respecto de la determinación del orden jurídico competente en materia de Derecho Público, se ha argumentado que cuando existe “*una coincidencia entre la competencia legislativa y la competencia de los órganos de decisión, no surge el problema de la designación del orden jurídico competente*” (salvo excepciones “insignificantes”)⁸³¹.

Algunos autores vieron respaldada esta concepción en el propio texto normativo, no del Reglamento de base, sino en el de aplicación: el procedimiento establecido en el

⁸²⁶ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 468-469.

⁸²⁷ Ejemplo de ello son las SSTTSSJ del Principado de Asturias, de 7 de noviembre de 2003 (Rec. 3153/2001); de la Comunidad Valenciana, de 16 de junio de 2004 (Rec. 1967/2004); y de Cantabria, de 23 de noviembre de 2006 (Rec. 931/2006).

⁸²⁸ Respecto del artículo 13 del Reglamento 1408/71, BATIFFOL, H. y LAGARDE, P., *Traité de Droit International Privé*, Tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 8ª Edición, París, 1993, pp. 419-420; con carácter general, sobre las normas de conflicto comunitarias, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 156.

⁸²⁹ BATIFFOL, H. y LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, *op. cit.*, pp. 419-420. Estos autores hacen referencia únicamente al artículo 13 del Reglamento 883/2004, pero el mismo razonamiento puede utilizarse respecto del resto de reglas de “determinación de la ley aplicable” de este Reglamento, que siguen el mismo método.

⁸³⁰ MAYER, P., “Le rôle du droit public en droit international privé”, *op. cit.* (475-476).

⁸³¹ *Ibid.* (476).

Reglamento 574/72 (arts. 10 *ter* y siguientes, actuales artículos 14 y siguientes del Reglamento 987/2009), hace referencia continuamente a la “autoridad competente del Estado cuya legislación sea aplicable” —a través de las instituciones que aquella designe—, por ser esta sobre la que recae la tramitación y resolución de las diversas peticiones realizadas en este ámbito. Sobre esta base, se consideró que los reglamentos de coordinación vienen a determinar directamente la autoridad administrativa competente para resolver los conflictos “externos” de Seguridad Social, determinando así, indirectamente, la competencia judicial internacional⁸³². Este razonamiento puede encontrar soporte también en el citado Informe *Jenard*: al reconocer que la competencia judicial internacional coincide con la competencia legislativa y que esta es determinada por los Reglamentos de coordinación, podría deducirse que estos Reglamentos designan, al menos indirectamente, la competencia judicial internacional.

Si, efectivamente, las normas de conflicto comunitarias designan la autoridad competente en materia de Seguridad Social, al ser esta una materia de Derecho Público requerida de intervención administrativa, la citada autoridad aplicará su propia ley para resolver la cuestión a ella sometida. Igualmente, el control y supervisión en esta materia recaerá sobre los órganos jurisdiccionales del mismo Estado que la autoridad administrativa competente, de modo que solo ellos ostentarán competencia para resolver las cuestiones que se susciten en materia de Seguridad Social y, además, resolverán tales litigios en aplicación de su propia ley⁸³³.

230. La doble función de las reglas de conflicto comunitarias. A pesar de la aparente contraposición de ambas posturas, podría entenderse que los Reglamentos de coordinación determinan, de manera conjunta, la ley aplicable y la autoridad

⁸³² MOLINER TAMBORERO, G., “La competencia judicial internacional...”, *op. cit.* (441). Este autor señaló, respecto de los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que constituían “*un ejemplo único de solución de problemas posibles de competencia judicial internacional en materia de Seguridad Social de alcance comunitario. Se da solución directa a un problema de competencia judicial internacional por vía institucional, o sea, por vía de una norma comunitaria propia del derecho derivado*”.

⁸³³ Este posicionamiento podría englobarse dentro de lo que algunos autores han denominado el “concepto amplio de conflicto de autoridades”. Desde este punto de vista, la determinación de la autoridad competente absorbe el resto de problemas por estar sometida la competencia legislativa a la competencia de la autoridad (la regla *auctor regit actum*). En estos casos, el conflicto de leyes, aunque no desaparece totalmente, se reduce en gran medida (para resolver cuestiones tales como, por ejemplo, en materia de matrimonio, las condiciones de validez relativas al consentimiento de los esposos). Este concepto amplio es minoritario hoy en día, dándose en la práctica solo cuando una norma establece expresamente la vinculación entre la competencia legislativa y la competencia de las autoridades (como así establece el ya citado Convenio de La Haya). Más ampliamente sobre este particular, *vid.* NIBOYET, M-L. y DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit International Privé, op. cit.*, pp. 214-217.

Este posicionamiento fue creado por NIBOYET, autor que señaló que, en estos casos, no se plantea conflicto de ley alguno, pues la autoridad que se declare competente solo aplicará la ley del país que le ha dado su poder y la ha instituido. De tal modo, para este autor, el único problema internacional que se plantea es la determinación de la autoridad competente, rigiendo la regla *auctor regit actum*. NIBOYET, J.-P., *Traité de droit international privé français*, Tomo IV, Sirey, 1ª Edición, París, 1949, apartado 1571. Siguiendo esta línea, CACHARD, O. y KLÖTGEN, P., *Droit international privé, op. cit.*, pp. 210-213.

administrativa competente. En palabras más acordes con los textos normativos, las normas de conflicto comunitarias designan el “Estado miembro competente”, que será el que aplique su propia ley y cuyas administraciones deberán intervenir aplicando su propia ley (*auctor regit actum*)⁸³⁴. Consecuentemente, ambas posiciones podrían entenderse complementarias más que contradictorias.

Esta particularidad viene motivada por la naturaleza de la Seguridad Social que requiere la intervención de una administración pública, lo que nos aleja del DIPr para situarnos en la esfera del Derecho Público⁸³⁵. Igualmente, el carácter público de la Seguridad Social también se impregna en el ámbito procesal, pues los litigios que se susciten en esta materia surgirán entre particulares y una administración de Seguridad Social, regida por normas de Derecho Público (que, normalmente, habrá dictado un acto cuya validez se cuestiona en sede judicial). Por consiguiente, los tribunales nacionales solo tendrían competencia, con carácter general, para aplicar su propia ley en esta materia⁸³⁶.

No obstante lo anterior, como ya se ha señalado a lo largo de este Capítulo, en teoría, sería posible la aplicación de una ley extranjera de Derecho Público y, por tanto, también de Seguridad Social, en la medida en la que existiera una norma expresa que así lo permitiera, con la debida cooperación internacional. Así, los Reglamentos de coordinación, por su carácter de norma institucional, podrían determinar la autoridad competente, optando entre dos alternativas respecto de la ley aplicable: 1) imponer la recepción del derecho extranjero por las autoridades nacionales, con una importante colaboración administrativa (en línea con lo señalado por parte de la doctrina⁸³⁷); o 2) imponer la aplicación de la ley propia de cada autoridad (opción que debería entenderse realizada en defecto de elección por las normas comunitarias). Dado que los Reglamentos de coordinación regulan, de manera conjunta, la determinación de la ley aplicable y la autoridad competente, a mi entender, el legislador comunitario ha optado claramente por la segunda posibilidad, vedando, con carácter de principio, la recepción tradicional del derecho extranjero en el ámbito de la coordinación comunitaria. De esta forma, podría entenderse que los Reglamentos de coordinación, mediante el establecimiento expreso de esta coincidencia de competencias, excluyen la aplicación del derecho extranjero de

⁸³⁴ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (65 y 74). En igual sentido, defendiendo que al designar la ley aplicable se designa también el “Estado competente”, ya sea la administración o el control judicial, KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 379.

⁸³⁵ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (65).

⁸³⁶ *Ibid.* (74).

⁸³⁷ WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *op. cit.* (325-326); MAYER, P. “Le rôle du droit public en droit international privé”, *op. cit.* (474). Ampliamente, *supra*, número 219.

Seguridad Social, estando en presencia de un conflicto de autoridades en su sentido tradicional.

En definitiva, en mi opinión, en materia de Seguridad Social a nivel europeo, los conflictos normativos se entremezclan con conflictos de autoridades, de ahí que no podamos hablar, propiamente, de conflictos de leyes en su sentido técnico-jurídico aunque, sin duda, existan multitud de similitudes con el sistema *iusprivatista* clásico, en general, y con el método del conflicto de leyes en particular.

231. Consecuencias en el plano procesal. Esta distinción, fundamentalmente teórica, podría tener consecuencias desde el punto de vista procesal, aunque con poca incidencia práctica. En la actualidad, parece evidente que ningún Estado miembro puede imponer obligaciones principales de Seguridad Social a otro sobre la base de los actuales Reglamentos de coordinación, es decir, un Estado no puede obligar a otro a afiliarse a un trabajador en su sistema nacional ni tampoco le puede imponer obligaciones prestacionales. Asimismo, ningún Estado puede enjuiciar la validez de un acto administrativo de otro en materia de Seguridad Social, existiendo competencia exclusiva del Estado cuya administración ha emitido tal acto⁸³⁸. Esta conclusión no se vería alterada si entendiéramos que las normas de conflicto comunitarias resuelven un conflicto de autoridades ordinario más que un conflicto de leyes particular o, incluso, aunque se entendiera que resuelven ambos simultáneamente. Sin embargo, sí podría verse alterado, parcialmente, el modelo de determinación de la competencia judicial internacional.

Anteriormente se ha señalado que, dada la ausencia de normas institucionales e internacionales en este punto, para determinar si los tribunales nacionales son competentes para conocer de un litigio en materia de Seguridad Social, sería de aplicación la normativa nacional de Derecho internacional autónomo. En el caso español, esta norma es el artículo 25.3 de la LOPJ, que, como ya se ha señalado, prevé la competencia de los tribunales españoles del orden social en materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas y frente a entidades extranjeras que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España. Si entendemos que las normas comunitarias de coordinación resuelven un conflicto de autoridades administrativas de modo directo e, indirectamente, determinan la competencia judicial internacional dentro de su ámbito de aplicación, ¿no nos encontraríamos en presencia de una norma de origen institucional que desplazaría la normativa nacional de Derecho internacional autónomo? Si otorgamos el carácter de norma de competencia judicial internacional a la regla de conflicto comunitaria, le estaríamos reconociendo la labor de distribución de la competencia entre los diferentes Estados miembros, competencia que,

⁸³⁸ MAYER, P. HEUZÉ, V., y RÉMY, B., *Droit International Privé*, op. cit., p. 222; RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, op. cit. (75).

además, tendría carácter de exclusiva al estar en presencia de una materia de Derecho Público necesitada de una actuación administrativa nacional.

Coherentemente, ante asuntos incluidos dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación, si una persona interpusiera una demanda en materia de Seguridad Social frente a entidades españolas, siendo aplicable la ley española de conformidad con tales normas comunitarias, los tribunales españoles serían competentes, no por aplicación del artículo 25.3 de la LOPJ, sino por aplicación de la propia norma de conflicto comunitaria que desplazaría en este ámbito a la norma interna⁸³⁹. Igualmente, si una persona presentara una demanda ante los tribunales españoles frente a un entidad extranjera y/o solicitando prestaciones de otro Estado miembro, siendo este el Estado competente en virtud de las normas de conflicto comunitarias, estos tribunales deberían declararse incompetentes –además, de oficio– para resolver de la cuestión, no por no tener cabida dentro del artículo 25.3 de la LOPJ (por la probable inexistencia de domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación de tal Entidad extranjera en España), sino por aplicación de las reglas de distribución de competencia judicial internacional del Reglamento 883/2004 que sustituirían, dentro de su ámbito de aplicación, a la normativa interna (sin perjuicio de las obligaciones de cooperación antes señaladas previstas en los Reglamentos de coordinación)⁸⁴⁰. La misma consecuencia supondría respecto de las normas nacionales de Derecho internacional autónomo del resto de Estados miembros.

Situación distinta sería determinar la competencia de los tribunales españoles ante pretensiones de Seguridad Social españolas interpuestas frente a entidades españolas cuando la ley aplicable sea una extranjera (cuestión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo). En estos casos, evidentemente, la competencia de los tribunales españoles no puede venir determinada por las normas de conflicto comunitarias. Sin embargo, como acertadamente –considero– ha entendido nuestro Alto Tribunal, los tribunales españoles sí serían competentes para conocer del asunto. La razón de ser de esta competencia podría situarse en dos motivos: 1) el carácter de servicio público de la Seguridad Social, cuya puesta en marcha requiere la intervención de la autoridad administrativa española, implica que solo los tribunales de este Estado puedan

⁸³⁹ Ello podría tener cierta relevancia en función de la amplitud con la que la norma nacional determine la extensión de su competencia en materia de Seguridad Social. Así, podría darse algún supuesto excepcional en el que las normas de coordinación otorgaran competencia a los tribunales de un Estado miembro que, de conformidad con sus normas de derecho internacional autónomo, no la tendrían. En el caso de la norma española, por ejemplo, dada la amplia competencia otorgada a los tribunales del orden social en esta materia, estaríamos ante un mero cambio de norma de atribución de competencia, pero el resultado se alcanzaría igualmente en aplicación de la norma interna.

⁸⁴⁰ Respecto del efecto sustitutorio de los Reglamentos de coordinación sobre el artículo 25.3 de la LOPJ en caso de demanda frente a entidades extranjeras de otro Estado miembro, MOLINER TAMBORERO, G., “La competencia judicial internacional...”, *op. cit.* (442).

pronunciarse sobre las pretensiones de Seguridad Social española que se ejerciten frente a sus entidades gestoras; y 2) el acto que, generalmente, será origen del litigio, que no es otro que un acto administrativo emitido por una autoridad española (por ejemplo, una resolución de la TGSS, el INSS o el SEPE) y que, por lo tanto, solo puede ser verificado por un tribunal español. La declaración de incompetencia de los tribunales españoles en este ámbito supondría dejar sin posibilidad de acceso a la justicia a la parte perjudicada por este acto administrativo (afectando, así, al derecho a la tutela judicial efectiva), pues ningún órgano judicial extranjero podría declararse competente para conocer sobre pretensiones de Seguridad Social española. Por tanto, en estos casos, la competencia de los tribunales españoles sí estaría fundamentada en el artículo 25.3 de la LOPJ por quedar fuera del efecto sustitutivo de las normas de conflicto incluidas en el Reglamento de base.

Este posicionamiento es, además, respetuoso con la jurisprudencia comunitaria (asuntos *Bosmann* y *Franzen*, entre otros) que postula la posible aplicación, a título complementario, de una legislación de un Estado miembro no designado como competente por los Reglamentos de coordinación, respecto de la relación de protección. Sobre la base de esta posición del TJUE, no se puede negar la competencia de un tribunal estatal para resolver sobre una petición de prestaciones nacionales con el argumento de que la ley nacional no es la competente en aplicación de las normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación, pues no existe un efecto excluyente absoluto de otras legislaciones nacionales que, por sí mismas, confieran derechos a los nacionales de los Estados miembros, sin necesidad de recurrir a las técnicas de coordinación.

En definitiva, en la medida en la que se entienda que las normas de conflicto comunitarias contienen reglas de competencia judicial internacional –al menos, de carácter indirecto–, existiría una sustitución parcial de la norma nacional de Derecho internacional autónomo: para declarar la competencia de los tribunales del Estado miembro competente y para declarar la incompetencia de los tribunales del resto de Estados miembros para conocer de pretensiones de Seguridad Social sobre la base de la ley del Estado miembro competente y/o contra sus entidades.

232. Precisiones terminológicas para los capítulos siguientes. A pesar de las peculiaridades que presenta esta materia respecto del sistema de DIPr, en aras de dotar de mayor simplicidad los siguientes análisis, se va a utilizar la nomenclatura generalmente aceptada –incluso por las instituciones europeas– para las normas comunitarias de coordinación. Así, se hará referencia a “conflicto de leyes”, si bien, como ya se ha expuesto, existen dudas más que fundadas sobre la existencia de estos conflictos en su sentido propio. Además, ya se ha señalado que, a mi entender, los conflictos normativos se combinan con conflictos de autoridades, lo que deriva en un régimen peculiar.

Asimismo, se hará referencia a “normas de conflicto comunitarias”, si bien, como ya se ha indicado, estas normas presentan particularidades respecto de la norma de conflicto clásica del DIPr (fundamentalmente, la ausencia de carácter multilateral), derivadas, precisamente, de las particularidades que impiden aceptar la existencia de verdaderos conflictos de leyes en este ámbito.

CAPÍTULO VI. LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL TÍTULO II DEL REGLAMENTO 883/2004 A EXAMEN

233. La labor fundamental de las normas de conflicto. Las normas internacionales y supranacionales en materia de Seguridad Social incluyen reglas tendentes a la determinación de la legislación nacional aplicable en situaciones de transnacionalidad. Esto no es fruto de la simple casualidad. Desde antiguo, se ha reconocido que una verdadera protección de los migrantes debe pasar, necesariamente, por la determinación de la legislación nacional de Seguridad Social aplicable en los casos en los que se pudieran originar conflictos de leyes, tanto positivos como negativos⁸⁴¹.

Los Reglamentos de coordinación incorporan, en su Título II, normas de conflicto para determinar la ley competente respecto de la relación de afiliación-cotización del trabajador. A pesar de que el epicentro de estas reglas es el trabajador, también afectan a su empleador, como la otra cara de la moneda de la relación laboral y, por tanto, de la relación de afiliación-cotización, siendo este último, además, el principal sujeto de obligaciones de Seguridad Social, especialmente, en materia de cotización (por todas, STJCE de 24 de junio de 1975 –C-8/75, asunto *Association du Foot-Ball Club d’Andlau*, apartado 15–).

VI.1. Nociones elementales sobre el sistema de normas de conflicto para determinar la ley aplicable a la relación de afiliación de los trabajadores por cuenta ajena

234. Introducción a las normas de conflicto. Antes de abordar el estudio del contenido de las diferentes normas de conflicto previstas en el Título II del Reglamento 883/2004, es imprescindible asentar una serie de nociones elementales. En primer lugar, conviene conocer el funcionamiento del sistema de normas de conflicto. En segundo lugar, deviene fundamental clarificar quién ostenta la categoría de “trabajador por cuenta ajena” en la coordinación comunitaria, personas cuya situación centra el objeto de análisis del presente Capítulo. Asimismo, conviene conocer el significado de los tres principales criterios de conexión utilizados por las normas de conflicto del Título II y que, en ocasiones, también juegan un papel fundamental para determinar la aplicación de una norma u otra e, incluso, la aplicabilidad de los propios Reglamentos de coordinación: el lugar de ejercicio de una actividad; el lugar de residencia de una persona; y el lugar de la sede o domicilio de una empresa o empleador.

⁸⁴¹ Por todos, TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...*, op. cit., p. 270.

VI.1.1. Sistemática general de las normas de conflicto del Título II del Reglamento 883/2004

235. Sistemática del Título II del Reglamento de base. El Título II del Reglamento de base se compone de tan solo seis artículos (del 11 al 16) dirigidos a determinar la ley aplicable a la relación de afiliación. A pesar de su brevedad –resultado de un importante trabajo de simplificación de las normas de coordinación previas–, estas reglas encierran multitud de problemas en su puesta en práctica.

En este Título del Reglamento de base se proclama, como regla general para los trabajadores (por cuenta ajena o propia), la *lex loci laboris*, contenida en el artículo 11.3.a). Sin embargo, debido a las numerosas excepciones a la misma, se ha cuestionado su verdadera naturaleza de regla general⁸⁴².

Asimismo, para determinadas situaciones particulares, el resto de disposiciones prevén una serie de reglas que matizan o excepcionan la *lex loci laboris* (considerando 18). Con esta actuación se pretende evitar el riesgo de que la aplicación pura y simple de esta regla general no evite, sino, al contrario, origine, complicaciones administrativas para el trabajador, el empresario y/o los organismos de Seguridad Social que podrían tener como efecto obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas a quienes se aplica dicho Reglamento (por todas, SSTJCE de 17 de mayo de 1984 –101/83, asunto *Brusse*, apartado 16–; de 4 de octubre de 2012 –C-115/11, asunto *Format*, apartado 31–; de 13 de septiembre de 2017 –C-570/15, asunto *X*, apartado 16–; de 6 de febrero de 2018 –C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 31–; y de 16 de julio de 2020 (C-610/18, asunto *AFMB y otros*, apartado 43–).

Estas reglas específicas pueden agruparse en tres categorías diferentes, en atención al criterio distintivo que las caracteriza y hace conveniente su existencia⁸⁴³:

- Las normas de conflicto particulares a consecuencia de la especialidad de los empleadores (trabajadores de entes públicos u organismos internacionales):
 - o Funcionarios (art. 11.3.b).
 - o Personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o civil (art. 11.3.d).
 - o Agentes contractuales de la Unión Europea (art. 15).
- Normas de conflicto para trabajadores que prestan servicios en lugares con características especiales:
 - o Trabajadores del mar (art. 11.4).

⁸⁴² Por todos, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, op. cit., p. 296.

⁸⁴³ Además de la regla específica para los perceptores de prestaciones de desempleo (art. 11.3.c), que no es objeto de este análisis.

- Miembros de tripulación de vuelo o de cabina –a los que me referiré, de forma abreviada, como “personal aéreo”– (art. 11.5).
- Normas de conflicto especiales para trabajadores que prestan servicios en más de un Estado miembro:
 - Con vocación temporal: trabajadores desplazados (art. 12).
 - Con vocación de permanencia: trabajadores que prestan sus servicios en dos o más Estados miembros (art. 13).

Para cerrar el sistema de solución de conflictos de leyes, el artículo 11.3.e) incorpora una regla subsidiaria, la *lex loci domicilii*, que entrará en juego a falta de otra norma de conflicto aplicable. Por último, el Título II del Reglamento 883/2004 también incorpora disposiciones en referencia al seguro voluntario o seguro facultativo continuado (art. 14), así como una cláusula de escape que permite excepcionar el sistema previsto en todas las disposiciones anteriores, contenidas en los artículos 11 a 15 (art. 16).

VI.1.2. Conceptos clave para la correcta aplicación de las normas de conflicto

VI.1.2.A. El concepto de “trabajador por cuenta ajena” en la coordinación comunitaria

236. La preferencia por la expresión “persona que ejerza una actividad por cuenta ajena”. De una lectura del Título II del Reglamento de base se puede comprobar la ausencia generalizada del concepto “trabajador”. Este término solo aparece en dos ocasiones en este Título, concretamente, en los apartados 3 y 4 del artículo 14⁸⁴⁴.

A diferencia del Reglamento 1408/71⁸⁴⁵, el concepto utilizado en el Reglamento 883/2004 es, en cambio, el de “persona que ejerza una actividad por cuenta ajena”⁸⁴⁶. En virtud del artículo 1.a) del Reglamento de base, “actividad por cuenta ajena” es “*toda actividad o situación asimilada considerada como tal a efectos de la legislación de*

⁸⁴⁴ **3.** *No obstante, en materia de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia, el interesado podrá ser admitido al seguro voluntario o facultativo continuado de un Estado miembro, incluso cuando esté obligatoriamente sometido a la legislación de otro Estado miembro, siempre que haya estado sometido, en un momento de su carrera en el pasado, a la legislación del primer Estado miembro por el hecho o como consecuencia de una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia y a condición de que dicha acumulación esté admitida explícita o implícitamente en virtud de la legislación del primer Estado miembro.*

4. *Cuando la legislación de un Estado miembro supedita el derecho al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia.*

⁸⁴⁵ Donde se hacía referencia a la noción de trabajador, definida en el artículo 1.a) de manera compleja.

⁸⁴⁶ El artículo 12.1 del Reglamento de base hace referencia a “*la persona que ejerza una actividad asalariada*”, como término equivalente.

*Seguridad Social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad o se produzca dicha situación*⁸⁴⁷. Dicho de otro modo, una persona ejercerá una actividad por cuenta ajena en el ámbito de la coordinación comunitaria si está considerada como tal en el sistema nacional de Seguridad Social donde ejerza esta actividad o se produzca la situación asimilada, esto es, si está asegurada en un régimen para trabajadores⁸⁴⁸. Por tanto, es competencia de la legislación nacional de cada Estado miembro determinar quién ostenta la categoría de trabajador por cuenta ajena a los efectos de Seguridad Social, sin que exista un concepto homogéneo a nivel de la Unión⁸⁴⁹. La legislación nacional de Seguridad Social será, pues, la encargada de definir los requisitos que deben cumplirse para poder afiliarse a su sistema nacional como trabajador por cuenta ajena o asimilado, pero siempre con respeto al Derecho europeo en el ejercicio de esta tarea.

Esta conceptualización de “persona que ejerza una actividad por cuenta ajena”, con remisión a la legislación nacional del Estado donde se ejerce dicha actividad (o situación asimilada), implica que la primera cuestión a dilucidar sea la del lugar donde se entiende ejercida esa actividad, concepto que, como veremos, sí ostenta alcance comunitario. Una vez identificado el Estado miembro de ejercicio de la actividad, corresponderá a la legislación de este catalogar una determinada prestación como actividad por cuenta ajena (STJUE de 27 de septiembre de 2012 –C-137/11, asunto *Partena*, apartados 52-53–). No obstante, los supuestos de desplazamiento del artículo 12 del Reglamento 883/2004 constituyen una excepción a esta regla porque, en estos casos, el Estado miembro de envío mantiene la competencia de calificación sobre las actividades en cuestión⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ El artículo 11.2 del Reglamento de base extiende esta calificación a las personas que reciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad, salvo en los casos de pensiones de invalidez, vejez o supervivencia, rentas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, y prestaciones por enfermedad en metálico de duración ilimitada. En la práctica, entre las prestaciones incluidas en el artículo 11.2 destacan las prestaciones de desempleo e incapacidad temporal no derivadas de contingencias profesionales. Así, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales en el Sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 249-279 (255); y, en sentido similar, KESSLER, F., “Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable”, *Revue de Droit Sanitaire et Social (RDSS)*, núm. 1, 2010, versión electrónica, p. 4/13 Sobre estas y otras prestaciones que pueden incluirse en esta categoría, *vid.* SCHOUKENS, P. y PIETERS, D., “The rules within Regulation 883/2004...”, *op. cit.* (94-95); y RENNUIY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 433.

En términos análogos, una “actividad por cuenta propia” es “*toda actividad o situación asimilada considerada como tal a efectos de la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad o se produzca dicha situación*” (art. 1.b del Reglamento 883/2004), aplicando la misma extensión del artículo 11.2 mencionada.

⁸⁴⁸ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 93.

⁸⁴⁹ Por motivos de simplicidad, a lo largo de la tesis se hará referencia al término “trabajador” o “trabajador por cuenta ajena” con el significado otorgado por los Reglamentos de coordinación a la expresión “persona que ejerza una actividad por cuenta ajena”.

⁸⁵⁰ SCHOUKENS, P. y PIETERS, D., “The rules within Regulation 883/2004...”, *op. cit.* (110); y STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: interrelation, challenges and prospects*, MoveS Analytical report 2018, julio 2020, pp. 29-30.

237. Disparidades de conceptos a escala nacional. En muchos Estados miembros, el concepto de trabajador por cuenta ajena en materia de Seguridad Social equivale al utilizado en el ámbito laboral (es el caso de Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal y República Checa)⁸⁵¹. Sin embargo, hay otros Estados en los que existe una definición independiente para la Seguridad Social, diferente de la prevista para la normativa laboral (Eslovaquia, Islandia, Liechtenstein, Malta, Rumanía, Suecia y Suiza); otros que no cuentan con una definición a efectos laborales, pero sí a efectos de Seguridad Social (como ocurre en Austria); e, incluso, hay Estados que no definen sus sistemas de Seguridad Social en torno al concepto de trabajador (es el caso de Estonia y Suecia). Adicionalmente, aunque muchos países no condicionan el acceso de los trabajadores a la afiliación a sus sistemas de Seguridad Social a unos umbrales mínimos de ingresos, salario u horas de trabajo, algunos Estados miembros sí lo hacen (tal es el caso de Austria para el aseguramiento contra determinadas contingencias, o el de los denominado “*mini-jobs*” en Alemania –umbrales fijados entre 400-450 €/mes–)⁸⁵². En definitiva, en algunas situaciones, el desempeño de un trabajo no será una condición suficiente para ostentar la categoría de asegurado social a estos efectos⁸⁵³.

238. La ausencia de una definición homogénea a nivel comunitario. De este modo, a diferencia de lo que ocurre respecto de la legislación laboral en la Unión, donde se ha construido un concepto comunitario de contrato de trabajo y, por ende, de trabajador por cuenta ajena, en el ámbito de la Seguridad Social no existe, lo que supone la posibilidad –e inconveniente– de que, en un supuesto concreto, una persona pueda ser considerada trabajadora a efectos laborales, pero no de Seguridad Social y viceversa⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ En el caso español, existe una remisión expresa en la norma de Seguridad Social a la normativa laboral. Así, el artículo 7.1.a) de la LGSS incluye en el sistema de la Seguridad Social española, a efectos de prestaciones contributivas, entre otros, a los “(t) *trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral*” (incluyendo en su apartado e) también a los funcionarios públicos, civiles y militares).

⁸⁵² STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, pp. 18-20.

⁸⁵³ LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (461). Este autor apunta el paradójico y sorprendente efecto de que, en ocasiones, una persona puede perder protección social por el mero hecho de comenzar a trabajar en otro Estado miembro (por ejemplo, si se aceptara un “*mini-job*” alemán o un “contrato de cero horas” inglés, con baja o nula cobertura social, cuando de no aceptarse tal trabajo se mantendría el aseguramiento en el Estado miembro de residencia). Para este tipo de situaciones, el TJUE ha creado el ya mencionado concepto de la ley subsidiariamente competente (*supra*, número 199).

⁸⁵⁴ LHERNOULD, J.-P. (Coord.), *The interrelation between social security coordination law and labour law*, Analytical Report 2017, FreSsco, European Commission, December 2017, p. 15, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=19404&langId=en> Esta disociación de ambos ámbitos fue

Unida a esta dificultad se halla la compleja aplicación de los Reglamentos de coordinación en determinados casos en los que existen dudas sobre la propia calificación de las personas interesadas como verdaderas trabajadoras por cuenta ajena; o, incluso, cuando ostentan esta categoría en un Estado miembro, pero no en el resto de Estado/s involucrados⁸⁵⁵. Estas situaciones conflictivas son todavía más frecuentes a raíz de la aparición de nuevas realidades laborales (trabajo atípico), que están siendo abordadas de manera dispar en los distintos Estados miembros⁸⁵⁶.

239. La relevancia de este concepto para la aplicación de las normas de conflicto. Es cierto que, según se indicó, la ampliación del ámbito personal de aplicación de los Reglamentos ha hecho innecesario catalogar a una persona como trabajadora por cuenta ajena para que pueda considerarse amparada por los Reglamentos de coordinación. Sin embargo, esta categorización sigue siendo necesaria para la determinación de la concreta norma de conflicto a aplicar para resolver el conflicto de leyes originado, con importantes diferencias prácticas entre todas ellas.

VI.1.2.B. La determinación del “lugar de ejercicio” de una actividad

240. El papel fundamental de esta noción en los Reglamentos de coordinación. El lugar de ejercicio de una actividad tiene una importancia vital en la aplicación de las normas de coordinación. Por un lado, constituye uno de los criterios de conexión utilizados por las normas de conflicto comunitarias. Y, por otro lado, como se acaba de

amparada por el TJCE en su sentencia de 30 de enero de 1997 (C-340/94, asunto *de Jaeck*, apartados 19 y 28).

⁸⁵⁵ Estos problemas derivados de las diferentes calificaciones nacionales siguen sin estar resueltos en la normativa actual. Especialmente, queda pendiente la cuestión de en qué medida el Estado miembro competente deberá respetar la calificación jurídica realizada por el otro u otros Estado/s miembro/s involucrado/s. Aunque en la CACSS se llegó a un consenso (en virtud del cual, el eventual Estado miembro competente debería ser quien decidiera sobre la calificación de todas las actividades involucradas –fueran ejercidas en su territorio o en el de otro Estado miembro–, pudiendo, por tanto, recalificar esta actividad realizada en el territorio de otros Estados miembros), hubo informes nacionales disidentes, por lo que sigue sin existir un acuerdo final. Algunas de las soluciones propuestas se han basado en el recurso de criterios más neutrales desde el punto de vista del estatuto profesional o en una formulación más neutral de las normas de conflicto desde esta perspectiva. Ampliamente sobre estos problemas y soluciones propuestas, STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, pp. 29-30, 34 y 65. En esta línea, se ha considerado conveniente abordar esta problemática en el procedimiento legislativo actualmente en marcha para reformar los Reglamentos de coordinación. Ante la ausencia de propuesta específica al respecto, se ha señalado que una vía para intentar solventar esta situación podría provenir del poder dado a la Comisión en el propuesto artículo 76 *bis* del Reglamento 883/2004, para adoptar actos de ejecución tendentes a garantizar la aplicación uniforme de los artículos 12 y 13 de dicha norma. No obstante, todavía queda por ver si este precepto podría cubrir estas situaciones. *Vid.* VUKOREPA, I., “Cross-border platform work: riddles for free movement of workers and social security coordination”, *Collected papers of Zagreb Law Faculty*, Vol. 70, núm. 4, 2020, pp. 481-511 (501). Otros autores han considerado, desde una perspectiva más radical, que la vía de mejora de estos problemas sería a través de una armonización parcial de las legislaciones nacionales en la materia. En esta segunda línea, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

⁸⁵⁶ Sobre estas nuevas realidades, *infra*, número 358.

exponer, la legislación del Estado miembro donde se sitúe la prestación de servicios será la encargada de otorgar la categoría de trabajador a efectos de Seguridad Social o no a una determinada persona y, en su caso, si es por cuenta ajena o por cuenta propia. Esta catalogación repercute en la norma de conflicto aplicable a la persona en cuestión, así como también el hecho de que se entienda que la actividad es ejercida en más de un Estado miembro (aplicación de las reglas especiales de los artículos 12 ó 13 del Reglamento de base) o en un lugar ajeno al ámbito territorial de las normas de coordinación (que, como se ha indicado, no siempre supone la inaplicación de estas).

241. La ausencia de definición legal. A pesar de la importancia de la noción “lugar de ejercicio de una actividad”, los Reglamentos de coordinación guardan silencio respecto de su definición y determinación. Por ello, la intervención del Tribunal de Luxemburgo ha sido necesaria, de nuevo, para completar el contenido de las normas de coordinación.

En un primer momento, y antes de la existencia de una norma de conflicto especial para prestaciones de servicios en más de un Estado miembro, el TJCE se pronunció en un supuesto de accidente *in itinere* de un ciudadano neerlandés que sufrió dicho accidente en los Países Bajos mientras se trasladaba en autobús a su puesto de trabajo situado en Bélgica, clarificando que el lugar de ejercicio de una actividad era unitario y único (STJCE de 5 de diciembre de 1967 –19/67, asunto *van der Vecht*)⁸⁵⁷. Esta idea fue confirmada en la sentencia de 12 de julio de 1973 (13/73, asunto *Hakenberg*), relativa a un trabajador francés que prestaba servicios como representante a comisión para una empresa francesa, prestando sus servicios tres meses al año en la sede de la empresa en Francia, y el resto del tiempo viajando en caravana por Alemania⁸⁵⁸.

242. La definición jurisprudencial. Más recientemente, el TJUE se pronunció sobre la interpretación de esta noción, de modo general, en su sentencia de 27 de septiembre de 2012 (C-137/11, asunto *Partena*), optando por una concepción “realista” del lugar de actividad⁸⁵⁹. El Tribunal europeo señaló que el concepto “lugar de ejercicio” de una actividad a efectos del Reglamento 1408/71 (antecesor del Reglamento 883/2004), debe interpretarse de manera autónoma en el ámbito comunitario, sin que tal definición

⁸⁵⁷ Por todos, TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...*, *op. cit.*, p. 283; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 270. Asimismo, se ha considerado que este pronunciamiento negó relevancia a acciones esporádicas o colaterales respecto del trabajo en sí mismo para la determinación de este lugar, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, *op. cit.*, p. 231.

⁸⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 271-272. Un análisis crítico con esta sentencia y la opción por el criterio del “vínculo preponderante” de la actividad con el territorio de uno de los Estados implicados (Francia), TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...* *op. cit.*, pp. 284-294.

⁸⁵⁹ RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartado 155.

dependa de las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros (apartado 53), con la finalidad de evitar interpretaciones contradictorias que pudieran ir en contra de los objetivos perseguidos por las normas de coordinación, entre ellos, el principio de unicidad de ley aplicable (apartado 54).

Pues bien, partiendo de este concepto comunitario de “lugar de ejercicio” de una actividad, recuerda jurisprudencia previa en la que ya se indicó que, en la medida en la que el significado y alcance de los términos de un concepto no hayan sido definidos por el Derecho de la Unión (tal y como sucede en este supuesto), la interpretación de los mismos debe efectuarse de conformidad con el sentido habitual de estos en el lenguaje corriente, debiendo tener en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte (apartado 56). Sobre la base de todo ello, el Tribunal concluye que la interpretación que debe darse al término “lugar de ejercicio” de una actividad en este contexto es el del lugar concreto en el que la persona realiza los actos relacionados con esa actividad (apartado 57).

Si bien esta jurisprudencia se dictó al amparo del Reglamento 1408/71, se podría extrapolar al ámbito del Reglamento 883/2004, por ser este su sucesor con un contenido equivalente⁸⁶⁰.

VI.1.2.C. La definición de “sede de la actividad económica” o “domicilio social” en los Reglamentos de coordinación

243. La escueta definición contenida en los Reglamentos de coordinación. Uno de los conceptos básicos utilizados en las normas de conflicto del Reglamento 883/2004 es el de “sede o domicilio” de la empresa o empleador (al que me referiré, genéricamente, como “sede empresarial” o “establecimiento del empleador”), especialmente en el caso de prestación de servicios en más de un Estado miembro (art. 13 del Reglamento 883/2004); pero no exclusivamente, pues también es relevante para la determinación de la ley aplicable a los trabajadores del mar (art. 11.4 del Reglamento 883/2004). A pesar de ello, la única precisión que ofrecen los Reglamentos de coordinación es que, a los efectos de la aplicación de las normas previstas en el Título II del Reglamento 883/2004, la sede o domicilio de la empresa será aquella sede o domicilio en el que se adopten las decisiones fundamentales de esta y en el que se ejerzan las funciones de su administración central (art. 14.5 *bis* del Reglamento 987/2009). La CACSS ha matizado que esta definición es el resultado de las numerosas orientaciones incorporadas en la jurisprudencia del TJUE y en otras normas de la Unión. El principio sobre el que se asienta esta definición es combatir las empresas “con domicilio de conveniencia”, entendiendo por tales aquellas “*en las que la Seguridad Social de los empleados está*

⁸⁶⁰ Sobre los argumentos a favor de esta continuidad en la labor del TJUE, *vid. supra*, número 129.

vinculada a una empresa puramente administrativa a la que no se han transferido atribuciones decisorias efectivas”⁸⁶¹, o sea, “empresas buzón”⁸⁶².

244. Las precisiones incorporadas en la Guía Práctica de la CACSS. Para ayudar a las instituciones nacionales a identificar la sede empresarial en casos de posibles “empresas buzón”, la Guía Práctica de la CACSS ofrece algunas orientaciones que pueden ser de gran utilidad⁸⁶³. Así, de entre los criterios que podrían tenerse en cuenta en este proceso de determinación de la sede empresarial, pueden citarse los siguientes que, considero, podrían ser agrupados en dos categorías:

- Criterios administrativos: 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; y el lugar donde se realiza la selección y contratación de los empleados.
- Criterios comerciales y operativos: 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.

⁸⁶¹ CACSS, *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*, Comisión Europea, Bruselas, diciembre 2013, p. 37/57, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=es> (en lo sucesivo, “Guía Práctica de la CACSS”).

⁸⁶² Las empresas buzón o “*letter-box companies*”, también denominadas “empresas pantalla”, han sido definidas desde multitud de puntos de vista, por afectar a diversas esferas jurídicas. En general, puede decirse que este tipo de empresas son aquellas que carecen de una verdadera actividad real en el lugar de establecimiento (funcionan como una mera “pantalla” o “buzón”), y cuya creación obedece a intereses económicos derivados de la elusión de la correspondiente normativa fiscal, laboral y/o social. Sobre la definición de estas empresas, ampliamente, CAIRÓS BARRETO, D., M., “Capítulo V. El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 1ª Edición, Barcelona, 2017, pp. 121-150 (127-129). En la esfera que a este estudio interesa, una empresa buzón será aquella carente de actividad real y sustancial en el Estado de establecimiento, cuyo motivo de asentamiento en dicho lugar obedece a la voluntad de aprovecharse de los menores costes sociales de ese Estado y, por consiguiente, obtener una ventaja competitiva.

⁸⁶³ Guía Práctica de la CACSS, pp. 37-39/57. El elenco de criterios señalados en esta Guía se basa en lo establecido por el TJUE en materia fiscal, en su sentencia de 28 de junio de 2007 (C-73/06, asunto *Planzer Luxembourg*, apartado 61). En este pronunciamiento se indicaron, en particular: el domicilio social, el lugar de la administración central, el lugar de reunión de los directivos de la sociedad y aquel, habitualmente idéntico, donde se decide la política general de dicha sociedad. Junto a estos, también se indicaba la posibilidad de tener en cuenta otros elementos, como el domicilio de los directivos principales, el lugar de reunión de las Juntas de accionistas, el de llevanza de los documentos administrativos y contables, y el de principal desenvolvimiento de las actividades financieras (en especial, las bancarias).

Si tras la toma en consideración de todos estos criterios no puede definirse el verdadero lugar de la sede empresarial, esto es, que no sea considerada de “conveniencia”, la Guía ofrece un último recurso: aplicar a la persona afectada la legislación del Estado miembro en el que esté situado el establecimiento con el que tenga la conexión más próxima en cuanto a la realización de su actividad laboral (remitiéndose a la STJCE de 15 de marzo de 2011 –C-29/10, asunto *Koelzsch*, apartados 42 a 45⁸⁶⁴–, en materia de competencia judicial internacional). Ahora bien, es indispensable que dicho establecimiento tenga efectivamente empleada a la persona afectada, existiendo una relación directa entre ella y aquel⁸⁶⁵. Cuando confluyan todos estos elementos, el establecimiento en cuestión será considerado el domicilio social o la sede de la actividad económica de la empresa para la que trabaja la persona afectada a efectos de los Reglamentos de coordinación.

245. La conflictiva propuesta de modificación de la definición actual. Esta definición fue objeto de la Propuesta de actualización de 2016. En este texto se propuso incorporar una limitación importante: para que esta definición operara, sería condición necesaria que la empresa llevara a cabo una actividad sustancial en dicho Estado miembro. De lo contrario, se consideraría que la empresa estaba situada en el Estado miembro en el que se encontrara el centro de interés de las actividades de la empresa. Para la determinación de este centro se tendrían en cuenta –por remisión a los apartados 9 y 10 del artículo 14 del Reglamento de aplicación⁸⁶⁶– todos los aspectos de las actividades desarrolladas, en particular, el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades, el carácter habitual o la duración de estas, el número de servicios prestados y la voluntad del interesado (en este caso, la propia empresa), según se desprenda de todas las circunstancias, todo ello teniendo en cuenta la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes.

Sin embargo, este cambio propuesto ha sufrido importantes modificaciones en el Acuerdo provisional de 2019. En esta fase del procedimiento legislativo, se ha eliminado la exigencia de actividad sustancial en el Estado miembro en cuestión⁸⁶⁷. Asimismo, se

⁸⁶⁴ En estos apartados de la sentencia se aboga por una interpretación amplia del criterio del país en el que el trabajador “realice habitualmente su trabajo” incorporado en el artículo 6.2.a) del Convenio de Roma, para los casos de prestaciones laborales en más de un Estado miembro, siendo de aplicación en la medida en la que se pueda “determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo” (apartado 44). Para ello, este criterio deberá interpretarse “en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo” (apartado 45).

⁸⁶⁵ Sobre esta relación, véase *infra*, apartado VI.5.1.A.a.

⁸⁶⁶ Relativos a la concreción del “centro de interés” de las actividades de un trabajador por cuenta propia a efectos de la aplicación del artículo 13.2 del Reglamento de base.

⁸⁶⁷ Requisito que muchos países consideraron inaceptable por afectar negativamente a sus empresas de transporte internacional. MORSA, M., “La révision du cadre légal européen du détachement des travailleurs et la coordination des systèmes de sécurité sociale : état des lieux”, en DORSSEMONT, F., FRANKART,

ha suprimido la remisión a los apartados 9 y 10 del artículo 14 del Reglamento 987/2009, incorporando criterios específicos, de carácter no exclusivo y de necesaria valoración global, tales como el volumen de negocios, el número de servicios prestados por sus empleados y/o ingresos, el tiempo de trabajo realizado en cada Estado miembro donde la actividad se desarrolla, los lugares donde se celebran las juntas generales, y el carácter habitual de la actividad que se desarrolla⁸⁶⁸. Asimismo, se encomienda la tarea de establecer reglas detalladas para la determinación de dicho lugar a la CACSS (art. 14.5.bis *in fine* propuesto). Como puede observarse, a pesar de un cambio sustancial en el tenor del precepto propuesto, es clara la voluntad reformista de luchar contra las empresas buzón al tratar de vincular la determinación de la sede empresarial con criterios menos formalistas y relacionados con la actividad real de la empresa.

A pesar de la incorporación de esta nueva definición propuesta en el Acuerdo provisional de 2019, existe un importante desacuerdo entre los Estados miembros en este punto, por lo que sigue siendo objeto de negociaciones⁸⁶⁹. Respecto de este debate, resulta interesante apuntar que el centro de la controversia es la inclusión del criterio referente al “*tiempo de trabajo realizado en cada Estado miembro donde la actividad se desarrolla*”. Los motivos alegados en contra de este elemento han sido, principalmente, la posibilidad de fragmentar la carrera de seguro del trabajador en muchos casos⁸⁷⁰; así como la

A., MORSA, M., y TRAVERSA, E. (Coords.), *Le travail détaché face au droit européen : perspectives de droit social et de droit fiscal*, Larcier, 1ª Edición, Bruselas, 2019, pp. 103-170 (161).

⁸⁶⁸ Criterios que difieren, de manera considerable, de los incorporados en la Guía Práctica de la CACSS, señalados anteriormente. Coinciden en mayor medida, en cambio, con los criterios subsidiarios recogidos en el artículo 12 bis.5.d) del anterior Reglamento 574/72, utilizados para determinar la actividad principal de una persona que ejerciera normalmente una actividad por cuenta propia en el territorio de dos o más Estados miembro (criterios tales como el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerce, el número de prestaciones efectuadas y los ingresos que se deriven de dichas actividades).

⁸⁶⁹ Así lo acreditan diversos documentos de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea (solo disponibles en versión inglesa): Orientaciones para la continuación del trabajo en la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación, de 11 de octubre de 2019 (ST 12917/19) –disponibles en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12917-2019-INIT/en/pdf>–; y los documentos de Preparación para los siguientes debates a tres bandas, de 31 de octubre de 2019 (ST 13582/19) –disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13582-2019-INIT/en/pdf>–, de 22 de noviembre de 2019 (ST 14389/19) –disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14389-2019-INIT/en/pdf>–, de 29 de mayo de 2020 (ST 8134/20) –disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8134-2020-INIT/en/pdf>–, y de 16 de octubre de 2020 (ST 11785/20) –disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11785-2020-INIT/en/pdf>–. En estos textos se especifican los tres temas que continúan siendo objeto de negociaciones entre los diferentes Estados miembros, los dos primeros en materia de ley aplicable, y el último en materia de prestaciones de desempleo: 1) la obligación de notificación previa y la exención en los casos de viajes de negocios del deber de solicitar la emisión de un certificado A1; 2) el método de determinación del centro de intereses de una empresa en caso de actividad en dos o más Estados miembros; y 3) reglas en materia de prestaciones de desempleo para trabajadores fronterizos.

⁸⁷⁰ Si tenemos en cuenta que, en función del tiempo trabajado en los diferentes Estados miembros, se puede modificar la ley aplicable, los casos de cambios frecuentes en la proporción de operaciones efectuadas por el trabajador en los diferentes Estados, podrían conducir a indeseados cambios frecuentes de legislación aplicable.

dificultad, casi imposibilidad, de verificación por parte de las diferentes instituciones, lo cual puede incrementar situaciones de fraude.

Esta dificultad de verificación es especialmente intensa en el sector del transporte internacional. Como se verá más adelante, la CACSS ha especificado en su Guía Práctica que, en este sector de actividad, es posible que existan dudas para determinar la actividad ejercida por el trabajador en los diferentes Estados miembros tras realizar la correspondiente evaluación global de la situación, por lo que se ha considerado necesario incorporar una serie de criterios especiales para este colectivo. El criterio principal seleccionado ha sido, precisamente, el tiempo de trabajo realizado en cada Estado implicado por parte del trabajador en cuestión. Sin embargo, debido a la propia naturaleza de la actividad, en muchas ocasiones, será difícil deslindar el tiempo de trabajo realizado en un Estado del realizado en el Estado colindante, motivo por el cual, en ausencia de justificantes que puedan acreditar razonablemente esta división del tiempo de trabajo, se ofrece también un criterio alternativo⁸⁷¹. En definitiva, la CACSS ha venido a reconocer en esta Guía la difícil puesta en práctica del criterio temporal en el ámbito del transporte internacional, cuya aplicación suele conducir a considerar, en muchos casos, que estos trabajadores no ejercen una actividad sustancial en su Estado de residencia, siendo aplicable la ley del Estado de la sede empresarial. Si se condiciona la determinación de la sede empresarial y, por ende, la competencia de la ley de ese Estado miembro, también, al ejercicio por parte de cada trabajador implicado de una parte significativa de su actividad en dicho Estado, podría conllevar importantes problemas para estas empresas. Asimismo, el hecho de que la diferente distribución del tiempo de trabajo de los distintos trabajadores de un mismo empleador pudiera derivar en la consideración de una sede o domicilio en diferentes Estados miembros para cada uno de ellos (o para diferentes grupos de ellos), podría conducir a situaciones desiguales y a un posible “caos normativo” para la empresa en cuestión. Esto podría explicar, al menos parcialmente, el rechazo de esta modificación por muchos países, así como el sentido de las modificaciones que se han ido adoptando posteriormente a lo largo del proceso legislativo.

Así, ante la posibilidad de suprimir este criterio problemático del texto normativo, el Parlamento europeo ha considerado más oportuno incluir expresamente, respecto del primer problema anteriormente mencionado, que esta determinación del centro de intereses de la empresa “*no debe conllevar cambios frecuentes e inapropiados de ley aplicable*”; y respecto del segundo problema, que el factor a considerar es “*el tiempo de trabajo acumulado de la empresa y no del trabajador individual*”. La Presidencia del Consejo (en aquel momento, finlandesa) consideró bien encaminada esta modificación del Parlamento para lograr un acuerdo en este punto. No obstante, en el último documento

⁸⁷¹ Ampliamente, *infra*, número 312.

de preparación para futuras negociaciones, de 16 de octubre de 2020, la Presidencia del Consejo (ahora, alemana) mantiene su propuesta de eliminar la referencia al criterio del tiempo de trabajo, a pesar de que el Parlamento Europeo propuso clarificar la utilización de este criterio solo en caso de discrepancias entre instituciones. Asimismo, este último órgano se ha mostrado abierto a un criterio alternativo para determinar la sede empresarial en la medida en la que contribuya igualmente a luchar contra las denominadas “empresas buzón”. Cabe retener, pues, que estamos ante un tema conflictivo para los Estados miembros (no se ha decidido tras doce sesiones de negociaciones informales), cuya resolución requerirá de futuras negociaciones adicionales.

VI.1.2.D. La determinación de la “residencia” a efectos de la coordinación comunitaria

246. La relevancia de la residencia en las normas de conflicto comunitarias.

Las normas de coordinación hacen referencia a la “residencia” de los interesados en multitud de ocasiones. De las referencias a este término, se podría deducir que la importancia de este concepto en estos textos normativos en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación, es doble: por un lado, la residencia se erige como el criterio de conexión privilegiado para determinar la ley aplicable en algunos casos (como ocurre en los artículos 11.3.e), 13.1.a) y 13.1.b.iv) del Reglamento 883/2004 y el artículo 14.11 del Reglamento 987/2009); y, por otro lado, el lugar de residencia, aun cuando no constituya el punto de conexión elegido, tiene un impacto directo en la determinación de dicha ley (ejemplo de ello son los artículos 11.4 y 13.1.b.i) a iii) del Reglamento 883/2004).

247. La diferenciación entre “residencia” y “estancia” en los textos reglamentarios. Los Reglamentos de coordinación conceptúan la “residencia” desde un punto de vista “de hecho” (residencia habitual). Concretamente, en el art. 1.j) del Reglamento de base se define la “residencia” como el “*lugar en que una persona reside habitualmente*”, distinguiéndola de “estancia”, que se define en el apartado k) del mismo precepto como “*residencia temporal*” (término que no implica, necesariamente, una presencia física de breve duración, tal y como se ha reconocido en la STJUE de 5 de junio de 2014 –C-255/13, asunto I, apartado 50⁸⁷²–).

⁸⁷² En este pronunciamiento, el TJUE concluyó que es posible estar de “estancia” en otro Estado miembro por un largo periodo de tiempo (en este caso, once años), si el centro de intereses se puede considerar situado en otro Estado miembro. Así podría ocurrir en el caso de un nacional de la Unión que residía en un primer Estado miembro y contrajo una enfermedad grave y repentina durante sus vacaciones en un segundo Estado miembro, viéndose obligado a permanecer durante once años en ese Estado, como consecuencia de dicha enfermedad y de la disponibilidad de cuidados médicos especializados próximos al lugar en el que vive (apartado 59).

248. La compleja identificación de la residencia en determinados supuestos.

En la mayoría de casos, la determinación del lugar de residencia del interesado será pacífica, sin necesidad de mayores cuestionamientos. De hecho, en la práctica, las instituciones suelen asumir frecuentemente que el lugar de residencia coincide con el lugar en el que una persona ha declarado tener su domicilio personal⁸⁷³. Sin embargo, la complejidad de las situaciones posibles en la realidad, puede hacer complicada la determinación de este lugar. Esta complejidad existiría ante la acumulación de lugares susceptibles de ser considerados “residencia” del interesado (conflictos positivos), por ejemplo, cuando la persona en cuestión se desplace con frecuencia de un Estado miembro a otro (alta movilidad) o viva en varios Estado de manera simultánea. Pero también cuando no exista, aparentemente, un lugar concreto al que se le pueda atribuir tal característica (conflictos negativos), por ejemplo, porque la persona interesada viva en condiciones relativamente inestables (alojamientos precarios, hospitales, residencias estudiantiles, prisiones, etc.)⁸⁷⁴.

249. Los elementos a valorar para determinar la “residencia”. Los posibles problemas que puede conllevar la determinación correcta del lugar de residencia y las implicaciones tan importantes que de ella se derivan, hacen necesario que los Estados miembros cooperen entre ellos para determinar el lugar de residencia de las personas dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación (considerando 11 del Reglamento 987/2009). Para ello, la definición tan parca del Reglamento de base se completa con el artículo 11 del Reglamento de aplicación –resultado de la codificación de la jurisprudencia comunitaria precedente⁸⁷⁵–, donde se señalan una serie de elementos que deberán valorarse globalmente para la determinación de la residencia de una persona en el caso de discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros⁸⁷⁶, identificando la misma con “*el centro de interés del interesado*”. Entre estos criterios (de carácter factual, no exhaustivo y sin orden jerárquico entre ellos⁸⁷⁷), se pueden identificar los siguientes:

⁸⁷³ Guía Práctica de la CACSS, p. 47/57. No obstante, es importante precisar que, si bien este registro podría considerarse una indicación de la voluntad de la persona, “*no es de ninguna manera decisivo y no puede utilizarse como una condición previa para aceptar que una persona reside en un lugar específico*”.

⁸⁷⁴ Sobre estos conflictos, ampliamente, Guía Práctica de la CACSS, pp. 48-53/57.

⁸⁷⁵ Entre otras, en SSTJCE de 17 de febrero de 1973 (76/76, asunto *Di Paolo*, apartado 22); de 12 de julio de 1973 (13/73, asunto *Hakenberg*, apartados 29 a 32); de 8 de julio de 1992 (C-102/91, asunto *Knoch*, apartados 21 y 23); y de 25 de febrero de 1999 (C-90/97, asunto *Swaddling*, apartado 29).

⁸⁷⁶ Aunque, en la práctica –como ha puntualizado la doctrina–, el TJUE también ha aceptado la utilización de estos elementos en casos de discrepancia entre un asegurado y una administración nacional de Seguridad Social (STJUE de 5 de junio de 2014 –C-255/13, asunto *I*–). Así, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea ...”, *op. cit.* (45, nota al pie 96).

⁸⁷⁷ La Guía Práctica de la CACSS (p. 47/57) especifica el mero carácter factual de estos elementos, lo que se traduce en su evaluación con independencia de su legalidad (por ejemplo, respecto al criterio de la

- La duración y continuidad de la presencia del interesado en el territorio de los Estados miembros afectados.
- La situación personal del interesado, pudiendo diferenciar, a su vez, entre:
 - o Criterios estrictamente personales: situación familiar y lazos familiares; el alojamiento, en particular su grado de permanencia; y el Estado miembro en el que se considere que tiene su residencia fiscal.
 - o Criterios profesionales: la naturaleza y las condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad; la estabilidad de la actividad y la duración del contrato de trabajo; y, en su caso, el ejercicio de una actividad no remunerada⁸⁷⁸.

Cuando, teniendo en cuenta estos elementos, las instituciones implicadas no lleguen a un acuerdo, se considerará decisiva la voluntad de la persona en cuestión para determinar su lugar de residencia. La voluntad de la persona deberá evaluarse “*según se desprenda de tales hechos y circunstancias*”, es decir, solamente puede ser tenida en cuenta cuando esté respaldada por circunstancias y hechos objetivos (por lo que la simple declaración de que una persona considere o desee tener su residencia en un lugar específico no es suficiente)⁸⁷⁹, dando especial importancia a las razones que le llevaron a trasladarse.

250. El carácter exclusivo de la residencia. La aplicación de estos criterios debe conducir a la determinación, en todo caso, de un lugar de residencia, y solo uno. Este carácter exclusivo se deriva de la propia configuración del sistema de normas de conflicto, tendente a evitar conflictos positivos y negativos de leyes. Dado que la residencia es un criterio de conexión utilizado por determinadas normas de conflicto del Título II, la existencia de una residencia en múltiples Estados, podría dar lugar al nacimiento de conflictos positivos de leyes (SSTJUE de 16 de mayo de 2013 –C-589/10, asunto *Wencel*,

naturaleza y las características específicas de una actividad remunerada, también deben tomarse en consideración en caso de empleo ilegal).

⁸⁷⁸ En el caso de los estudiantes, se añade el criterio de su fuente de ingresos.

⁸⁷⁹ Guía Práctica de la CACSS, p. 47/57, en sentido análogo a la STJUE de 5 de junio de 2014 (C-255/13, asunto *I*, apartado 54). En esta Guía se indica que, una persona que se desplaza a otro país sin mantener ningún vínculo sustancial con su país de origen (no deja ningún miembro de su familia, ninguna casa o ningún apartamento alquilado, ni ninguna dirección, que todavía permita ponerse en contacto con esa persona en dicho Estado), no puede considerarse residente en este, incluso cuando tenga intención de volver. Por el contrario, en el caso de trabajadores fronterizos, si mantienen vínculos estrechos con el Estado de origen, donde se encuentra la residencia familiar y a donde regresan todos los fines de semana, su residencia podría considerarse en este Estado, a pesar de trabajar en otro Estado durante toda la semana laboral y vivir ahí en un apartamento alquilado (STJCE de 17 de febrero de 1973 –76/76, asunto *Di Paolo*–).

apartados 48-51–; de 5 de junio de 2014 –C-255/13, asunto *I*, apartado 47–)⁸⁸⁰. Contrariamente, la ausencia de determinación de un lugar de residencia, podría suponer la existencia de un conflicto negativo de leyes. No obstante, este lugar de residencia no debe estar, necesariamente, incluido en el ámbito geográfico de aplicación de las normas comunitarias de coordinación, dado que, en atención a las circunstancias concretas del caso, podría considerarse situado en un tercer Estado⁸⁸¹.

251. La residencia como concepto homogéneo a nivel comunitario. Así pues, cuando las normas de coordinación hacen referencia al concepto de “residencia”, deben aplicarse los artículos 1.j) del Reglamento de base y 11 del Reglamento de aplicación, por tratarse de un término comunitario, esto es, con significado a escala de toda la Unión Europea⁸⁸². Es fácil deducir de lo expuesto que este concepto de residencia no coincide con el concepto de residencia legal manejado en las normas en materia de libertad de circulación (Directiva 2004/38), pues los criterios y requisitos para determinar una y otra son muy diferentes (especialmente relevante es que en las normas de coordinación no se haga referencia a la suficiencia económica)⁸⁸³.

VI.2. La *lex loci laboris* como solución principal al conflicto de leyes

252. Orígenes de la regla general. La preferencia por la *lex loci laboris* para solventar los conflictos de leyes en materia de Seguridad Social está ampliamente extendida en los textos internacionales y supranacionales. En el caso de las normas de coordinación, esta regla se ha mantenido intacta desde su primera versión de 1958. En este sentido se pronunciaba tempranamente el artículo 12 del Reglamento 3/58, matizando que esta regla se aplicaría con independencia de si los trabajadores “*residen en el territorio de otro Estado miembro o si su empleador o la sede de la empresa que los emplea se encuentra en el territorio de otro Estado miembro*”. En términos similares se pronunciaba el artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71, modificando levemente la redacción (aplicación “*aunque la empresa o el empresario que le ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro*”). Por último, en línea con el objetivo de simplificación encomendado al Reglamento 883/2004, el actual artículo 11.3.a) recoge esta regla general en términos simplificados y generales, mediante una norma de conflicto

⁸⁸⁰ De igual manera, como ya se ha señalado, antes de la introducción de la norma especial para supuestos de prestación de servicios en más de un Estado miembro, el TJCE consideró que el lugar de ejercicio de una actividad debía reputarse unitario y único, para evitar estas situaciones conflictivas (véase *supra*, número 241).

⁸⁸¹ Guía Práctica de la CACSS, p. 46.

⁸⁸² STJCE de 25 de febrero de 1999 (C-90/97, asunto *Swaddling*, apartado 28).

⁸⁸³ En este sentido, BOLLO AROCENA, M. D., “Salv guarda de las finanzas públicas...”, *op. cit.* (p. 4/5).

con conexión única⁸⁸⁴, indicando 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, sin mayores especificaciones⁸⁸⁵.

253. Motivos de su carácter preferente. Los motivos por los que todos los reglamentos de coordinación se han decantado por el lugar de ejercicio de la actividad como factor de conexión relevante de la regla de conflicto para los trabajadores han sido diversos. En primer lugar, se han apuntado razones vinculadas con el propio origen laboral de la Seguridad Social. Así, se ha visto la selección de esta conexión como expresión de la concepción comunitaria de la Seguridad Social, creada en torno a la idea de cubrir los riesgos relacionados con el desempeño de una actividad profesional⁸⁸⁶, y ampliamente basada en el modelo contributivo y profesional *bismarckiano*⁸⁸⁷. Precisamente por esta concepción de la Seguridad Social ampliamente extendida en el contexto europeo, la conexión por el lugar de trabajo es la que, normalmente, garantiza la afiliación del trabajador migrante a un sistema nacional de Seguridad Social, dado que las legislaciones estatales suelen contemplar la obligación de afiliación de quienes ejercen una actividad en su territorio⁸⁸⁸. Se ha apoyado este posicionamiento en el motivo mismo de la movilidad internacional, ampliamente centrado en la búsqueda de empleo o en la movilidad en el propio empleo, siendo esta la razón para la presencia o residencia en el Estado miembro de acogida⁸⁸⁹. Además, de conformidad con el patrón migratorio tradicional, los Estados miembros de empleo (ricos) solían ofrecer mejor cobertura social para los trabajadores migrantes que los Estados miembros de origen (pobres)⁸⁹⁰. Sin

⁸⁸⁴ Siguiendo la clasificación de normas de conflicto realizada en MOREAU BOURLES, M.-A., *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, tesis (Dir. B. Goldman), París, Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris, 1985, pp. 12-24; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartados 20.10 a 20.12.

⁸⁸⁵ A este respecto, es importante recordar que, de conformidad con el artículo 11.2 del Reglamento de base, algunas personas que reciben prestaciones en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad, son consideradas como si ejercieran dicha actividad. Por ello, a estas personas les resulta de aplicación la regla general del artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004, salvo excepciones recogidas en los propios Reglamentos. Como se ha indicado previamente, en la práctica, estas situaciones suelen darse, principalmente, con perceptores de prestaciones de desempleo (con una regla particular en el artículo 11.3.c) o de incapacidad temporal no derivada de contingencias profesionales (*supra*, nota al pie 847).

⁸⁸⁶ RODIÈRE, P., "Sécurité sociale", *op. cit.*, apartado 65.

⁸⁸⁷ VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 317-318; y ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁸⁸ TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...*, *op. cit.*, p. 276; y CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁸⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 267 y doctrina que ahí se cita.

⁸⁹⁰ PENNING, F., "Co-ordination of social security on the basis of the state-of-employment principle: time for an alternative?", *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, pp. 67-89 (69).

olvidar el respeto al principio de territorialidad tan característico de las normas de Seguridad Social ya expuesto⁸⁹¹.

En segundo lugar, se ha argumentado a favor de las bondades de la *lex loci laboris* para garantizar la igualdad de trato entre las personas que presten sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro (considerandos 5, 8 y 17 del Reglamento 883/2004)⁸⁹², lo que contribuye a evitar el riesgo de *dumping* social, es decir, se evita la reducción de costes empresariales vía “importación” de trabajadores más baratos procedentes de otros Estados miembros⁸⁹³ (este efecto se podría producir si el criterio de conexión fuera la residencia del trabajador⁸⁹⁴). De esta forma se conseguirían evitar carreras a la baja en el coste y, por tanto, nivel de protección social en los diferentes Estados miembros, en sintonía con el objetivo de progreso social del artículo 3.3 del TUE⁸⁹⁵.

En tercer lugar, también se ha señalado la idoneidad de este criterio de conexión desde una perspectiva económica por ser el Estado donde se realiza la actividad profesional el lugar donde se generan los beneficios vinculados a esta y por la que se cotizará a la Seguridad Social, siendo este lugar también donde se pueden realizar algunos de los riesgos profesionales cubiertos mediante prestaciones en especie de carácter inexportable⁸⁹⁶.

Por último, y como resultado de las razones anteriores, el *locus laboris* se ha considerado tradicionalmente como el criterio adecuado desde el punto de vista del principio de proximidad sobre la base de que será el sistema de Seguridad Social del Estado miembro de empleo el que estará más vinculado con la vida diaria del trabajador. Siguiendo este mismo razonamiento, la *lex loci laboris* ha sido seleccionada en las

⁸⁹¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, op. cit., p. 109; y ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, op. cit., p. 110.

⁸⁹² El principio de la *lex loci laboris* es considerado una manifestación del principio de igualdad de trato del artículo 45 del TFUE. Por todos, CORNELISSEN, R., “Les axes de réforme...”, op. cit. (p. 2/11).

⁸⁹³ Por todos, PENNING, F., *European Social Security Law*, op. cit., p. 81; MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, op. cit., pp. 156-157; y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, op. cit. (555). Una interesante comparación de la gran disparidad de costes laborales entre los diferentes Estados miembros de la Unión (incluidos, entre otros, los costes de Seguridad Social), puede consultarse en CONTRERAS HERNÁNDEZ, O., *Desplazamiento de trabajadores en la UE...*, op. cit., pp. 78-83.

⁸⁹⁴ JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation: new forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Think Tank Report 2008, trESS, 2008, p. 21/34, disponible en www.tress-network.org; JORENS, Y., “Towards new rules...”, op. cit. (169).

⁸⁹⁵ PENNING, F., “Co-ordination of social security...”, op. cit. (69); JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, op. cit., p. 21/34.

⁸⁹⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, op. cit., p. 108; y CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, op. cit., p. 195.

diferentes normas en materia de ley aplicable al contrato de trabajo, cuestión actualmente regulada en el ámbito europeo por el Reglamento Roma I⁸⁹⁷ (si bien, en esta norma, se hace referencia al lugar de prestación “habitual” de los servicios)⁸⁹⁸.

254. La ausencia de requisitos mínimos de tiempo de trabajo para la aplicación de esta regla. Como se ha indicado *supra*, el lugar de ejercicio de una actividad coincide con el lugar concreto en el que la persona realiza los actos relacionados con esa actividad. Conviene precisar, como ya hiciera el TJCE en su sentencia de 3 de mayo de 1990 (C-2/89, asunto *Kits van Heijningen*, apartados 14 y 15–)⁸⁹⁹, que no existe requisito mínimo de horas trabajadas para la aplicación de la regla prevista en el artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004 (anterior artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71), englobando tanto supuestos de jornada completa como a tiempo parcial. En estos últimos casos, el trabajador en cuestión estará sometido a la legislación del Estado miembro de empleo continuamente, es decir, tanto durante los días en que ejerce dicha actividad como durante los días en que no la ejerza. Esta doctrina fue reiterada en la STJUE de 23 de abril de 2015 (C-382/13, asunto *Franzen y otros*, apartados 45-53)⁹⁰⁰. En esta ocasión, además, se extendió esta misma respuesta a los casos de actividad ejercida con carácter eventual (*mini-jobs*), pues, para la aplicación de la regla *lex loci laboris*, “*carecen de pertinencia la existencia y la clase de relación laboral, como el trabajo a tiempo parcial o el trabajo eventual, o bien el número de horas trabajadas por el interesado*” (apartado 50), sin que pueda equipararse a cese temporal de la actividad el periodo durante el que no se ejerce la actividad en concepto de trabajo eventual (apartado 52). En un pronunciamiento posterior, con origen en los mismos casos, el TJUE precisó, además, que la competencia de la legislación designada por el artículo 11.3.a) del Reglamento de base no se ve enervada por el hecho de ofrecer una cobertura social limitada (STJUE de 19 de septiembre de 2019 –C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados *van den Berg y Giesen y otros*, apartados 60-62–).

⁸⁹⁷ Reglamento CE/593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, “Reglamento Roma I” o “RRI”).

⁸⁹⁸ Por todos, JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (169).

⁸⁹⁹ Esta cuestión prejudicial se planteó respecto del caso de un jubilado residente en Bélgica que continuaba su actividad de profesor dos horas al día durante dos días a la semana (lunes y sábado) en un instituto neerlandés. Reiterando la doctrina expuesta en esta sentencia, STJUE de 5 de febrero de 2015 (C-655/13, asunto *Mertens*, apartado 28).

⁹⁰⁰ Los casos origen de esta cuestión prejudicial fueron el de una peluquera con una jornada de 20 horas semanales con ingresos de escasa cuantía en Alemania, pero residente en los Países Bajos (Sra. Franzen); una vendedora en una tienda de ropa de vestir durante un número de horas al mes que no excedía de dos o tres días al mes en Alemania, pero residente en los Países Bajos (esposa del Sr. Giesen); y un trabajador, residente en los Países Bajos, que desarrolló una actividad en Alemania entre junio y julio de 1972 y entre enero de 1990 y diciembre de 1994, no todos los días, sino durante periodos cortos de tiempo, obteniendo ingresos demasiado bajos como para considerarle obligado a cotizar en Alemania (Sr. van den Berg). Todos ellos prestaron sus servicios en el marco de contratos de trabajo eventuales (*mini-jobs*).

255. La extensión de la conexión territorial a las plataformas *offshore*. Como ya se apuntó a la hora de precisar los contornos de la noción de territorio a los efectos de la coordinación comunitaria⁹⁰¹, deben considerarse parte del territorio de un Estado miembro las instalaciones fijas o flotantes (islas artificiales, instalaciones y estructuras) situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a este, en la medida en la que se utilicen en el marco de actividades de exploración y/o explotación de sus recursos naturales.

Así, cuando una persona dentro del ámbito de aplicación subjetivo de los Reglamentos de coordinación desempeñe una actividad asalariada en estas plataformas, será considerada como una prestación realizada en el Estado miembro ribereño que ostente soberanía –funcional y limitada– sobre la plataforma continental donde se encuentran tales instalaciones. Esta ficción supondrá la extensión de la aplicación de la regla general *lex loci laboris* a estos supuestos. Un ejemplo de ello puede encontrarse en la precitada sentencia de 17 de enero de 2012 (C-347/10, asunto *Salemink*). En esta ocasión, el Tribunal de Luxemburgo resolvió las dudas sobre la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social en favor del artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71 (actual artículo 11.3.a del Reglamento 883/2004) en el caso de un trabajador neerlandés que trabajó desde 1996 como enfermero y radiógrafo para una empresa establecida en los Países Bajos en una plataforma de producción situada fuera de las aguas territoriales de este Estado pero sobre su plataforma continental adyacente, a una distancia de unos 80 kilómetros de la costa neerlandesa, y que decidió trasladar su residencia a España en 2004.

Con ello, se evita que estas plataformas sean consideradas “zonas francas” en las que los derechos de Seguridad Social de los trabajadores puedan sustraerse a las normas de protección comunitarias⁹⁰². Respalda esta conclusión, el propio TJUE señaló, en el asunto *Salemink*, que con esta caracterización de la plataforma continental, limitada y funcional, “*el Estado miembro que se beneficia de las prerrogativas económicas de exploración y/o explotación de los recursos ejercidas sobre la parte de la plataforma continental que le es adyacente no puede sustraerse a la aplicación de las disposiciones de Derecho de la Unión dirigidas a garantizar la libre circulación de los trabajadores que ejercen su actividad profesional en dichas instalaciones*” (apartado 36)⁹⁰³.

⁹⁰¹ *Supra*, número 70.

⁹⁰² En esta línea, CHAUMETTE, P., “Du travail sur les plates formes gazières et pétrolières du plateau continental”, *Droit Social*, núm. 4, 2012, pp. 436-438 (438) y doctrina ahí citada.

⁹⁰³ Argumento que se ha considerado “*indudablemente inspirado en consideraciones deudoras del principio de buena fe*”. GONZÁLEZ VEGA, J. A., “¿A vueltas con la «obsesión por el territorio»?...”, *op. cit.* (p. 14/18).

Posteriormente, el TJUE realizó una matización a esta interpretación, respecto de los buques colocadores de tuberías a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado miembro ribereño (STJUE de 19 de marzo de 2015 –C-266/13, asunto *Kik*–). En este supuesto, el Tribunal europeo descartó que el trabajo ejecutado en dichos buques pudiera asimilarse al trabajo efectuado en el territorio de un Estado miembro (apartados 40 y 41). Por un lado, porque la Convención sobre el Derecho del mar reconoce una jurisdicción limitada del Estado ribereño a los cables y tuberías construidos o utilizados en relación con la exploración de su plataforma continental o con la explotación de sus recursos (art. 79.4), sin que se extienda a los buques que se ocupen de las tareas de colocación de aquellos; y, por otro lado, porque no pueden asimilarse estas embarcaciones a las mencionadas islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas sobre la plataforma continental adyacente al territorio de un Estado miembro ribereño (art. 80)⁹⁰⁴. En cualquier caso, la inoperancia de la regla general del artículo 11.3.a) del Reglamento de base en estos supuestos no impide, como se analizará, la aplicación de otras normas de conflicto del Título II.

VI.3. Las normas de conflicto particulares a consecuencia de la especial naturaleza de los empleadores: trabajadores de entes públicos u organismos internacionales

256. La concurrencia de empleadores de diferente naturaleza en la coordinación comunitaria. Con carácter general, el empleador de los trabajadores por cuenta ajena a quienes se apliquen los Reglamentos de coordinación serán sociedades de Derecho privado o, incluso, personas físicas con trabajadores a su cargo. Sin embargo, estas normas también resultan de aplicación cuando los empleadores son de naturaleza pública (administraciones) u organismos internacionales. Debido a las particularidades que presentan estos dos últimos colectivos de empleadores, se establecen unas normas particulares para ellos, como matización o excepción a la *lex loci laboris*.

257. Funcionarios (art. 11.3.b) del Reglamento de base). Los funcionarios de un Estado miembro a los efectos de la coordinación comunitaria, son aquellos que ostenten tal condición o una asimilada de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro del que dependa la administración empleadora (art. 1.d) del Reglamento de base)⁹⁰⁵. Esta referencia genérica a los funcionarios o asimilados debe entenderse

⁹⁰⁴ En cualquier caso, señala, a mayor abundamiento, que “*de la resolución de remisión no se deduce que las tuberías colocadas por el buque en el que trabajaba el Sr. Kik durante los períodos en que se encontraba a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros estuvieran destinadas a la exploración de la plataforma continental o la explotación de los recursos de ésta*”.

⁹⁰⁵ Antes de la inclusión de una definición en el articulado de las normas de coordinación, la jurisprudencia comunitaria ya venía interpretando este concepto por remisión al Derecho nacional, acorde con el espíritu

realizada con independencia del régimen de Seguridad Social al que se hallen adscritos tras la eliminación de la exclusión del ámbito de la coordinación comunitaria de los regímenes especiales de los funcionarios o personal asimilado (contenida en el artículo 4.4 del Reglamento 1408/71)⁹⁰⁶, mediante el ya citado Reglamento 1606/98⁹⁰⁷. No obstante, esta norma solo resulta aplicable mientras los funcionarios o asimilados permanezcan en activo, no cuando cesen su actividad (STJCE de 21 de febrero de 1989 –C-245/88, asunto *Daalmeijer*, apartados 12, 13 y 17–).

Como puede deducirse de la utilización amplia del concepto de funcionarios y asimilados, el artículo 11.3.b) del Reglamento 883/2004 hace referencia a un concepto amplio no equivalente, por tanto, al concepto restrictivo del artículo 45.4 del TFUE⁹⁰⁸, que engloba únicamente empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas, siempre que tal ejercicio de la soberanía nacional se realice de forma habitual, no cuando represente una parte muy reducida de las actividades desempeñadas⁹⁰⁹ (por todas, SSTJCE de 17 de diciembre de 1980 –149/79, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartados 10-12–; de 16 de junio de 1987 –225/85, asunto *Comisión vs. Italia*, apartados 9 y 10–; de 30 de septiembre de 2003 –C-405/01, asunto *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, apartados 41 y 44–; de 10 de septiembre de 2014 –C-270/13, asunto *Haralambidis*, apartado 44–)⁹¹⁰.

coordinador de estas normas comunitarias (en este sentido, STJCE de 9 de diciembre de 2010 –C-296/09, asunto *Baesen*, apartado 25–).

⁹⁰⁶ El Reglamento de base define como “régimen especial para funcionarios” todo aquel régimen de Seguridad Social distinto del régimen general de la Seguridad Social aplicable a los trabajadores por cuenta ajena en el Estado miembro de que se trate al que estén directamente sometidos la totalidad o determinadas categorías de funcionarios o personal asimilado (art. 1.e).

⁹⁰⁷ La modificación operada por el Reglamento 1606/98 tuvo su origen en la STJCE de 22 de noviembre de 1995 (C-443/93, asunto *Vougioukas*), tal y como se indica en su primer considerando. En este pronunciamiento se dejó patente la existencia de “*un vacío esencial en la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social*” al no extender su aplicación a los regímenes especiales de los funcionarios y del personal asimilado (apartado 31). Aunque se reconoció la pertinencia de esta exclusión en los orígenes de esta coordinación “*debido a las profundas diferencias que separan a los regímenes nacionales que, en su día, pudieron ser consideradas por el legislador comunitario como insalvables a la hora de llevar a cabo su coordinación*” (apartado 32), se concluyó que “*la existencia de dichas diferencias técnicas no puede justificar indefinidamente la falta de coordinación de los regímenes especiales de los funcionarios o del personal asimilado*” (apartado 33), bajo pena de incumplimiento parcial de la obligación impuesta por el actual artículo 48 del TFUE (apartado 34).

⁹⁰⁸ El art. 45.4 TFUE establece una excepción a la libre circulación y no discriminación de trabajadores de los Estados miembros del artículo 45 del TFUE para “*los empleos en la administración pública*”.

⁹⁰⁹ Sobre esta distinción de conceptos, *vid.* FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁹¹⁰ De conformidad con ello, en el caso español, el artículo 57.1 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)* establece que estos nacionales “*podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o*

En atención a lo señalado, cuando estemos ante un funcionario o asimilado a los efectos de la coordinación comunitaria, la ley nacional de Seguridad Social aplicable será la del Estado miembro del que dependa la administración pública empleadora (como ya preveía el artículo 13.2.c) –posterior 13.2.d)– del Reglamento 1408/71), y ello aunque se desarrolle el trabajo físicamente en otro Estado miembro. Así pues, podría decirse que esta norma de conflicto, formada por un único criterio de conexión, no es más que una variante de la ley de la sede empresarial provocada por el carácter especial del empleador⁹¹¹.

258. Persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil (art. 11.3.d) del Reglamento de base). Por su parte, y de manera similar al caso de los funcionarios, la persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro, estará sujeta a la legislación de Seguridad Social de ese Estado.

Aunque el criterio de conexión se ha mantenido en los nuevos Reglamentos, se eliminaron las precisiones adicionales incluidas en el Reglamento 1408/71. La más relevante fue la supresión de la consideración de que “*el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia llamado o vuelto a llamar al servicio militar o al servicio civil, conservará la calidad de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia*”. Es importante recordar que, en el ordenamiento español, no nos encontramos ante una relación de trabajo debido a la ausencia de voluntariedad en el prestador del servicio, sino ante el cumplimiento de un deber público⁹¹². Debido a la existencia de normas como la española, se eliminó esta conflictiva disposición en las normas de coordinación⁹¹³. Asimismo, conviene no confundir esta situación con la relación de trabajo público que une a los soldados profesionales, que se regirán por la regla del artículo 11.3.b) del Reglamento de base⁹¹⁴.

259. Agentes contractuales de la Unión Europea (art. 15 del Reglamento de base). Por último, los agentes contractuales –antes denominados “agentes auxiliares”⁹¹⁵–

indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas”.

⁹¹¹ Sobre esta catalogación de variante de la ley de la sede empresarial, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, op. cit., p. 281. Estas especialidades han dado como resultado la exclusión –de carácter constitutivo– de estas personas del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.3.a) y su regulación por una normativa especial (con carácter general, el EBEP).

⁹¹² En el ordenamiento español, las prestaciones personales obligatorias constituyen una de las exclusiones declarativas del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores (ET), contenida en el artículo 1.3.b).

⁹¹³ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, op. cit. (257).

⁹¹⁴ Sobre estas matizaciones, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, op. cit., pp. 160-161.

⁹¹⁵ La incorporación de una norma específica para este colectivo en el ámbito de la coordinación comunitaria se produjo a través del *Règlement n° 80/65/CEE du Conseil, du 15 juin 1965, modifiant et complétant les règlements n° 3 et 4 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (sécurité*

de las Comunidades Europeas (actualmente, de la Unión Europea)⁹¹⁶, cuentan con el único verdadero derecho de opción –aunque limitado– que se ha mantenido en el Título II del Reglamento 883/2004 para determinar la ley que les resulta aplicable (al margen de lo dispuesto en el artículo 16.2). Estos agentes –que no deben confundirse con los funcionarios europeos, con un régimen particular⁹¹⁷– pueden optar, solo una vez y con efectos desde la fecha de entrada en servicio, entre la aplicación de la legislación nacional de Seguridad Social del Estado en el que están ocupados y la aplicación de la legislación del Estado miembro al cual han estado sujetos en último lugar; o la legislación nacional de Seguridad Social del Estado miembro del que son nacionales⁹¹⁸. Se trata de la única norma de conflicto de conexión múltiple del Título II del Reglamento 883/2004 que combina conexiones alternativas⁹¹⁹. No obstante, este derecho de opción no abarca a las disposiciones relativas a subsidios familiares, concedidos en atención al régimen aplicable a estos agentes. En caso de no ejercitar el derecho de opción, y a falta de precisión normativa, se ha considerado aplicable la *lex loci laboris*⁹²⁰, lo cual debe considerarse, en mi opinión, la solución más acorde con el carácter de norma general del que se la ha investido.

Respecto del procedimiento de aplicación de este precepto, el Reglamento 987/2009 especifica que el momento de ejercicio del derecho de opción concedido es cuando se establezca el contrato de empleo. Asimismo, también se prevé el deber de que la autoridad capacitada para la conclusión del contrato informe a la institución designada del Estado miembro de la legislación elegida por el agente contractual (art. 17).

260. La extinta norma de conflicto específica para los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares. A diferencia de sus predecesores, el Reglamento 883/2004 no contiene ninguna previsión específica para la

sociale des agents auxiliaires des Communautés européennes). DOCE núm. P 111, de 25 de junio de 1965, pp. 1889-1891.

⁹¹⁶ Sobre los distintos tipos de contratos para estos agentes *vid.* FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 187-188 y la web de Comisión Europea sobre trabajos en esta institución, disponible en https://ec.europa.eu/info/jobs-european-commission_en

⁹¹⁷ Sobre esta distinción y el régimen particular de los funcionarios de la Unión Europea, regido por el Reglamento núm. 31/1962 por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOCE núm. 45, de 14 de junio de 1962, p. 1385-1386), *vid.* KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, pp. 390-391.

⁹¹⁸ Este derecho electivo se ha establecido con la finalidad de evitar dificultades de selección por parte del Estado miembro en cuestión entre sus propios ciudadanos, que podrían derivarse de la aplicación de la legislación del Estado miembro de empleo en aquellos casos en los que la legislación del Estado de origen les fuera más favorable (STJCE de 29 de junio de 1994 –C-60/93, asunto *Aldewereld*, apartado 19–).

⁹¹⁹ Siguiendo la clasificación de normas de conflicto realizada en MOREAU BOURLES, M.-A., *Structure du rattachement...*, *op. cit.*, pp. 12-24; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartados 20.10 a 20.12.

⁹²⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 284.

determinación de la ley aplicable al personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares.

El Reglamento 1408/71 incluía, en su artículo 16, dos apartados referentes a estos colectivos (en el mismo sentido que ya lo hacía el artículo 14 del Reglamento 3/58). Con carácter general, se extendía la aplicación de la regla principal del lugar de trabajo a los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares y el personal doméstico privado al servicio de agentes de estas misiones u oficinas (apartado 1). Sin embargo, cuando los trabajadores mencionados ostentaran la nacionalidad del Estado miembro al que representaban o del Estado miembro de envío, se les concedía el derecho de optar por la aplicación de la legislación de ese Estado⁹²¹. Este derecho de opción podía ser ejercido, nuevamente, al final de cada año civil, pero sin concederle efectos retroactivos (apartado 2).

Con la desaparición de esta regla específica, los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares incluidos en el ámbito de aplicación de la coordinación comunitaria, y a salvo de lo dispuesto en el artículo 87 del Reglamento de base en materia de periodo transitorio⁹²², pasarán a regirse por las normas correspondientes incluidas en el Reglamento 883/2004, básicamente, la regla general de la *lex loci laboris*, salvo que puedan considerarse funcionarios o asimilados del Estado miembro en cuestión, en cuyo caso, será de aplicación la mentada regla del artículo 11.3.b).

En el caso español⁹²³, para evitar la aplicación de la *lex loci laboris* a este colectivo, se ha incluido como personal asimilado a los funcionarios, a efectos de la aplicación de esta norma de conflicto específica, al personal laboral al servicio de misiones diplomáticas y de oficinas consulares españolas en el resto de Estados miembros, mediante la Resolución, de 25 de abril de 2019, conjunta de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de la Secretaría de Estado de Función Pública⁹²⁴. Esta equiparación

⁹²¹ Al igual que en el caso de los agentes contractuales de la Unión, este derecho electivo a favor de este colectivo se estableció con la finalidad de evitar dificultades de selección por parte del Estado miembro en cuestión entre sus propios ciudadanos, que podrían derivarse de la aplicación de la legislación del Estado miembro de empleo en aquellos casos en los que la legislación del Estado de origen les fuera más favorable (STJCE de 29 de junio de 1994 –C-60/93, asunto *Aldewereld*, apartado 19–).

⁹²² Sobre este periodo, véase, *infra*, números 341 y 342.

⁹²³ Ampliamente sobre este caso, LÓPEZ TERRADA, E., *El régimen jurídico del personal laboral...*, op. cit., pp. 167-169.

⁹²⁴ Resolución de 25 de abril de 2019, conjunta de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se declaran asimilados a funcionarios, a los exclusivos efectos de la aplicación del artículo 11.3.b del Reglamento CE n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, al personal laboral al servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza, que hubiera optado, antes del 1 de mayo de 2010, por permanecer sujeto a la legislación española de seguridad social (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2019, pp. 54811 a 54812). A efectos de esta Resolución, el término “Misión Diplomática” se entenderá

no ha sido generalizada, sino que se ha limitado a los trabajadores que cumplan tres requisitos de manera simultánea (art. 1.1):

- a) Haber estado comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 16.2 del Reglamento 1408/71 y haber ejercido el derecho de opción allí previsto en favor de la legislación de Seguridad Social española⁹²⁵;
- b) No haber solicitado, con posterioridad al ejercicio de la opción señalada, la sujeción a la legislación aplicable en virtud del Reglamento 883/2004, en los términos previstos en el artículo 87.8 de dicho Reglamento (lo que posibilitaba la sujeción a la legislación española hasta el pasado 1 de mayo de 2020); y
- c) Permanecer sujetos a la legislación de Seguridad Social española en la fecha de aplicación de la Resolución señalada.

La justificación de la adopción de esta Resolución –presentada en su exposición de motivos– se ha basado en dos argumentos. Por un lado, respetar las expectativas de derecho de estas personas respecto de su futura pensión de jubilación que podrían no verse satisfechas por el cambio normativo; y, por otro lado, la similitud de la situación de este personal, a efectos de Seguridad Social, con la de los funcionarios que desempeñan su labor en las citadas misiones diplomáticas u oficinas consulares de España en otro Estado miembro, que hace aconsejable declarar la asimilación de ambas categorías de empleados públicos a estos efectos.

VI.4. Las normas de conflicto para trabajadores que prestan servicios en lugares con características especiales

261. La necesidad de conexiones específicas. La aplicación de la *lex loci laboris* presenta problemas cuando la prestación de los servicios se efectúa en determinados lugares que, por sus características particulares, implican la movilidad constante del trabajador por cuenta ajena, estando físicamente en una variedad de Estados miembros. Es decir, prestaciones de servicios que se caracterizan por la naturaleza móvil del lugar de trabajo, básicamente, prestaciones desarrolladas a bordo de buques en el mar u océano (trabajadores del mar) o en una aeronave (personal aéreo). Esta naturaleza particular impide determinar, propiamente, un único lugar permanente de trabajo, lo que se traduce en tener que optar, bien por adaptar el criterio del lugar de ejercicio de la actividad a estos

con la extensión recogida en el artículo 45.1 de la *Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado* (art. 1.2 de la Resolución).

⁹²⁵ Este requisito excluye, por sí mismo, al personal laboral contratado a partir del 1 de mayo de 2010 (fecha de entrada en vigor del nuevo régimen de coordinación) al servicio de misiones diplomáticas y de oficinas consulares de España en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza. Sin embargo, se ha especificado expresamente en el artículo 1.1 *in fine* de la citada Resolución.

supuestos mediante ciertas ficciones jurídicas, o bien por buscar un criterio de conexión alternativo⁹²⁶.

La especificidad y conflictividad de estos dos supuestos (especialmente, los trabajadores del mar), hace inabarcable un estudio en profundidad de su régimen particular en el ámbito de este trabajo. Sin embargo, no puede obviarse la importancia de la evolución jurisprudencial en esta esfera, especialmente por su posible reflejo en futuros pronunciamientos del TJUE al amparo de otras normas de conflicto del Título II del Reglamento de base. Por ello, es necesario sentar los puntos clave de la evolución de la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación de estos colectivos.

VI.4.1. Trabajadores del mar

262. Los orígenes de la norma de conflicto especial para los trabajadores del mar. Desde antiguo, se ha reconocido la especialidad que los denominados “trabajadores del mar” presentan respecto de la aplicación de criterios de conexión típicos en el ámbito laboral y de Seguridad Social. Esta especialidad viene marcada por el hecho de que, a diferencia de una relación laboral “común o típica”, los trabajadores afectados están en una situación que podría denominarse de “desplazamiento constante” por el mar. Sin embargo, en contraste con los desplazamientos de trabajadores “comunes o típicos”, los trabajadores del mar a bordo de buques prestan sus servicios en un sitio fijo, pero móvil (el buque), que se desplaza por aguas que pueden ser consideradas parte del territorio de un Estado miembro, pero también por aguas de terceros Estados o carentes de propiedad específica⁹²⁷, pudiendo convertirse en un “*punto de convergencia*” de una variedad de normas nacionales de Seguridad Social –entre otras–⁹²⁸.

La peculiar relación de estos trabajadores no pasó desapercibida para el legislador comunitario desde los inicios de la coordinación en materia de Seguridad Social. Sin embargo, lejos de ofrecer una solución adaptada para este colectivo, el artículo 4.6 de la versión original del Reglamento 3/58 se limitó a remitir esta cuestión a la aprobación de un posterior Reglamento. El desarrollo normativo vino de la mano del citado Reglamento 47/67, de 7 de marzo de 1967, modificativo de los Reglamentos números 3 y 4 de 1958. En primer lugar, se suprimió el artículo 4.6 del Reglamento 3/58, que ya había cumplido su cometido. En segundo lugar, se añadió la no afectación de las disposiciones del Título III del Reglamento al contenido de la legislación de los Estados miembros relativo a las

⁹²⁶ Sobre esta doble opción cuando el *locus laboris* no es adecuado, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 280 y 282.

⁹²⁷ Sobre estas particularidades, MORGENSTERN, F., *Conflictos internacionales de derecho laboral...*, *op. cit.*, p. 54.

⁹²⁸ CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108, 2001, pp. 909-927 (909-910).

obligaciones del armador (art. 6.5)⁹²⁹. En tercer lugar, se incluyó, como regla general, el criterio del pabellón del buque –ampliamente utilizado a nivel internacional– para determinar la legislación nacional de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar, entendiendo por tales, a “*los trabajadores asalariados o asimilados ocupados a bordo de un buque*” (art. 12.2 del Reglamento 3/58). Junto a esta regla general se añadieron, asimismo, tres excepciones:

- Artículo 13.2.a) del Reglamento 3/58. Se preveía la posibilidad de desplazamiento temporal, tanto de trabajadores de tierra como de trabajadores del mar sometidos a la legislación de un Estado miembro, para prestar sus servicios a bordo de un buque que enarbolará pabellón de otro Estado miembro. En estos casos, siempre que se cumplieran el resto de condiciones exigidas para el desplazamiento⁹³⁰, se mantendría la aplicación de la legislación del primer Estado miembro.
- Artículo 13.2.b) del Reglamento 3/58. También se añadía una referencia expresa relativa a los trabajadores que, no prestando habitualmente sus servicios en el mar, estuviesen empleados en las aguas territoriales o en el puerto de un Estado miembro, en un buque que enarbolará pabellón de otro Estado, sin pertenecer a la tripulación de este. Estos trabajadores estarían sujetos a la ley del primer Estado y no a la del Estado del pabellón, debido a “*lo episódico del embarque*”⁹³¹.
- Artículo 13.2.c) del Reglamento 3/58. La última excepción regulada hacía referencia a los trabajadores o asimilados que, estando a bordo de un buque que enarbolará el pabellón de un Estado miembro, fueran remunerados por esa actividad por una empresa, un establecimiento o una persona que tuviera su sede o su domicilio legal en el territorio del Estado miembro de residencia del trabajador. En estos supuestos, se preveía la sujeción de estos trabajadores o asimilados a la legislación de este último Estado. Además, se atribuía la consideración de empleador a los efectos de dicha legislación a la empresa, persona o establecimiento pagador.

Esta regulación permaneció intacta en el Reglamento 1408/71, artículos 13.2.b) (regla general de la ley del pabellón) y 14.2 (excepciones a la regla general), posteriores artículos 13.2.c) y 14.ter. Estos últimos preceptos hacían referencia ya a “personas” y no solo a “trabajadores” para dar cabida a los nuevos sujetos que fueron incluyéndose,

⁹²⁹ Sobre esta precisión, que sigue vigente en el actual Reglamento de base (art. 3.4), puede consultarse el análisis realizado en VICENTE PALACIO, A., “Capítulo III. El Reglamento 883/2004 y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social...*, op. cit., pp. 65-90.

⁹³⁰ Sobre estos requisitos, véase *infra*, apartado VI.5.1.A.

⁹³¹ MIRANDA BOTO, J. M., “La Seguridad Social de los trabajadores del mar en los Reglamentos europeos”, CABEZA PEREIRO, J. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, 1ª Edición, Albacete, 2015, pp. 267-280 (272).

progresivamente, en el ámbito de la coordinación, particularmente, las personas que ejercieran una actividad por cuenta propia.

263. La regla del artículo 11.4 del Reglamento 883/2004. El actual Reglamento de base regula este supuesto particular en su artículo 11.4. Como primera apreciación, en este nuevo texto se ha matizado la propia definición de trabajadores del mar, entendiendo por estos a las personas que ejerzan normalmente una actividad –por cuenta ajena o propia– a bordo de un buque en el mar (con subrayado en las partes añadidas en la versión de 2004).

Por lo que respecta a las normas de conflicto para estos trabajadores, se ha mantenido, en esencia, la regulación previa, pero derivando las excepciones del desplazamiento temporal de trabajadores al precepto genérico que regula estas cuestiones, esto es, al artículo 12 del Reglamento 883/2004⁹³².

El artículo 11.4 del Reglamento de base incluye una norma de conflicto general y una excepción. La norma de conflicto general designa como aplicable la ley del Estado miembro del pabellón del buque (conexión principal), al equiparar el ejercicio de esta actividad a bordo de un buque en el mar como actividad ejercida en el Estado miembro del pabellón⁹³³. Puede decirse, entonces, que esta regla especial es una variante de la *lex loci laboris* adaptada al contexto del trabajo a bordo de buques (o “una ficción de territorialidad”⁹³⁴). La principal ventaja que ofrece esta regla, además de su uso extendido en el ámbito internacional, es brindar un criterio de conexión estable para un supuesto en el que la localización es complicada⁹³⁵ aunque, como se verá, no está exento de problemas.

Esta regla general, no obstante, se exceptúa en los casos en los que el buque enarbole el pabellón de un Estado miembro pero el trabajador sea remunerado por una empresa o persona que tenga su sede o domicilio en otro Estado miembro y este país coincida con el de la residencia del trabajador (conexión subsidiaria de excepción⁹³⁶). En estos supuestos, la ley aplicable será la de la sede o domicilio de la empresa o persona pagadora, que será considerada como empresario a efectos de dicha legislación. Como se

⁹³² MIRANDA BOTO, J. M., “La Seguridad Social de los trabajadores del mar...”, *op. cit.* (273-274).

⁹³³ La STJUE de 7 de junio de 2012 (C-106/11, asunto *Bakker*, apartados 25-26) descartó la exclusión del concepto de buque a estos efectos de unas dragas que, además, disponían de un certificado de matrícula y estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos, precisando que en dicha disposición reglamentaria “no se establece ningún requisito relativo al tipo de «buque» contemplado”.

⁹³⁴ FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Algunas reflexiones en relación con la Seguridad Social internacional...”, *op. cit.* (166).

⁹³⁵ TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...* *op. cit.*, p. 359.

⁹³⁶ Siguiendo la clasificación de normas de conflicto realizada en MOREAU BOURLES, M.-A., *Structure du rattachement...*, *op. cit.*, pp. 12-24; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartados 20.10 a 20.12.

ha apuntado por la doctrina científica, estamos ante una traslación del criterio de conexión tendente a vincular la situación con el Estado con el que se presentan los vínculos más estrechos⁹³⁷. Este desplazamiento de la ley del pabellón se ha percibido como una reacción frente a los pabellones de conveniencia⁹³⁸.

264. La aplicación de esta regla a supuestos de prestación de servicios fuera del ámbito territorial de las normas de coordinación. Originariamente, esta norma estaba pensada para trabajadores del mar a bordo de buques que navegaran por aguas de diferentes Estados miembros. Esta concepción podría llevarnos a considerar que, si el buque en cuestión navega por aguas de terceros Estados, esta norma no sería de aplicación, por encontrarnos fuera del ámbito de aplicación territorial de los Reglamentos de coordinación. Sin embargo, tal y como se tuvo ocasión de señalar, desde antiguo, el Tribunal de Luxemburgo ha considerado aplicable la normativa de coordinación en supuestos de prestación de servicios fuera del territorio comunitario, siempre que la relación laboral conserve una vinculación suficientemente estrecha con este territorio.

Sobre la base de esta doctrina, en sentencia de 7 de junio de 2012 (C-106/11, asunto *Bakker*), el TJUE consideró incluido dentro del ámbito de aplicación de las normas de coordinación (por aquel entonces, Reglamento 1408/71, pero totalmente extrapolable al actual Reglamento 883/2004), el caso de un nacional neerlandés, residente en España, que ejercía una actividad por cuenta ajena en dragas que navegaban bajo pabellón neerlandés para una empresa con domicilio social en los Países Bajos (país donde las dragas estaban inscritas en el Registro de buques marítimos), desarrollando sus actividades, principalmente, en aguas territoriales chinas y de los Emiratos Árabes Unidos (apartado 28). Una vez sentada la aplicación de las normas de coordinación, el siguiente paso era determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social al Sr. Bakker, sobre la base de las normas de conflicto contenidas en el Título II del Reglamento 1408/71. Al tratarse de un trabajador del mar, el TJUE consideró aplicable la norma de conflicto prevista en el artículo 13.2.c) de dicho Reglamento (actual artículo 11.4 del Reglamento 883/2004) y, por tanto, la competencia de la ley neerlandesa, como Estado del pabellón del buque⁹³⁹. Repárese en que la aplicación de los Reglamentos de coordinación solo

⁹³⁷ RIBES MORENO, M. I., “Capítulo X. La problemática derivada de la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004, y del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al personal que presta servicios a bordo de buques”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARRIDO PÉREZ, E. (Dir.), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 151-165 (158).

⁹³⁸ MORGENSTERN, F., *Conflictos internacionales de derecho laboral...*, *op. cit.*, p. 56. Sobre esta norma de conflicto excepcionando la ley del pabellón incorporada en convenios bilaterales para hacer frente a los pabellones de conveniencia, CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Aspectos laborales y de seguridad social...”, *op. cit.* (917-918).

⁹³⁹ Sobre esta sentencia, se ha comentado que, con ella, el TJUE “irrumpe” “*en la formulación clásica y tradicional de los espacios marítimos, donde se considera que las aguas territoriales son parte del territorio del Estado ribereño*”. FOTINOPOULOU BASURKO, O., ¿Es necesario reformular el art. 7 de

implica la exclusividad de ley aplicable de un Estado miembro, pero no excluye la posible sujeción simultánea a otra legislación de un tercer Estado, con la consiguiente doble cotización (a salvo de lo dispuesto en convenios internacionales⁹⁴⁰).

265. Límites a la aplicación de esta regla específica. Del tenor de esta norma, deben entenderse excluidos los casos en los que el buque en el que se desarrolle la actividad asalariada enarbole pabellón de un tercer Estado, navegue o no fuera del ámbito territorial de los Reglamentos de coordinación. Mas la inaplicación de esta regla no supone, necesariamente, la inaplicación de otras normas de conflicto previstas en estos Reglamentos (SSTJUE de 19 de marzo de 2015 –C-266/13, asunto *Kik*–; y de 8 de mayo de 2019 –C-631/17, asunto *SF*–).

Por el contrario, no constituye un límite a la aplicación de esta regla el establecimiento de criterios nacionales que impidan el aseguramiento de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta norma en el Estado miembro designado como competente, pues tales disposiciones estatales serían consideradas contrarias al Derecho de la Unión (SSTJCE de 4 de octubre de 1991 –C-196/90, asunto *De Paep*, apartados 16-21–, particularmente, sobre la exigencia estatal de pabellón nacional del buque; y de 7 de junio de 2012 –C-106/11, asunto *Bakker*, apartados 34-35–, sobre la exigencia estatal de residencia en el territorio nacional)⁹⁴¹.

Por último, es importante precisar la posibilidad de que los trabajadores del mar antes definidos puedan estar incluidos en un supuesto de desplazamiento temporal (en cuyo caso será de aplicación lo establecido en el artículo 12.1 del Reglamento de base), o de prestación de servicios en varios Estados miembros (siendo subsumibles en las reglas contenidas en el artículo 13 del Reglamento de base), supuestos frecuentes en la práctica⁹⁴².

266. Los problemas derivados de los pabellones de conveniencia. Los pabellones de conveniencia (a veces también denominados “banderas de

la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?, Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 5, 2015, pp. 63-73 (71).

⁹⁴⁰ Es posible que esta solución incorporada en el asunto *Bakker* sea incompatible con el contenido de algunos convenios internacionales suscritos. Sobre este problema, apuntado por Francia, JORENS, Y. y LHERNOULD, J.-P., *European report 2013, op. cit.*, p. 21/49.

⁹⁴¹ Sobre los límites estatales a la hora de fijar los requisitos materiales en las normas nacionales de Seguridad Social, con carácter general, véase *supra*, número 204.

⁹⁴² RIBES MORENO, M. I., “Capítulo X. La problemática derivada...”, *op. cit.* (158-159). Reconociendo también la posible aplicación del artículo 12 del Reglamento 883/2004 a este colectivo, OMARJEE, I., *Droit européen de la protection sociale, op. cit.*, pp. 224-225.

conveniencia”⁹⁴³), son aquellos que permiten que un buque obtenga la nacionalidad (pabellón/bandera) de un Estado con el que no existe un verdadero vínculo mediante una ficción jurídica, consiguiendo, así, disminuir los costes operativos de la actividad (en lo que a este trabajo atañe, los costes de Seguridad Social) y, por ende, obtener una ventaja competitiva⁹⁴⁴. En definitiva, nos encontramos ante meros abanderamientos formales de buques –o, de manera menos eufemística, abanderamientos “ficticios”⁹⁴⁵ o un supuesto de fraude jurídico consentido⁹⁴⁶–, que suponen una huida de los ordenamientos más protectores, con el correspondiente perjuicio para los trabajadores afectados⁹⁴⁷.

El recurso a este tipo de pabellones supone, sin duda, un “elemento distorsionador” de las normas de conflicto previstas en los Reglamentos de coordinación⁹⁴⁸, para el que los textos europeos no prevén una respuesta perfecta⁹⁴⁹.

La solución en estos casos, dada la imposibilidad de erradicar la existencia de estos supuestos, es la búsqueda de otros criterios de conexión para determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social. Un ejemplo de ello, como se ha anunciado, es la excepción realizada en el artículo 11.4 *in fine* del Reglamento 883/2004, presente desde 1967. Pese a ello, en la práctica, esta matización ha devenido insuficiente. Una muestra clara han sido los citados asuntos *Kik* y *SF*⁹⁵⁰.

⁹⁴³ Puede consultarse un listado con 35 registros declarados como Banderas de Conveniencia por el Comité de Prácticas Aceptables de la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF), comité conjunto de sindicatos de marinos y de trabajadores portuarios de la ITF, en el siguiente enlace: <https://www.itfseafarers.org/es/focs/banderas-de-bdc>

⁹⁴⁴ RIBES MORENO, M. I., “Capítulo X. La problemática derivada...”, *op. cit.* (161). Sobre el origen de los pabellones de conveniencia y su influencia en la aparición de los “segundos registros” en Europa (entre ellos, el denominado “Registro Canario” español creado en 1992), por todos, MARTÍNEZ DE LAUDALUCE, J. A., “De las banderas de conveniencia a los segundos registros”, *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 49, 1995, pp. 36-39; y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Aspectos laborales y de seguridad social...”, *op. cit.* (912-917).

⁹⁴⁵ En términos similares, CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Aspectos laborales y de seguridad social...”, *op. cit.* (916).

⁹⁴⁶ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia”, *Estudios Financieros: Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 260, 2004, pp. 65-90 (68). Este autor conceptúa los pabellones de conveniencia como “*un particular método de descentralización productiva*” (69-72). Sobre esta misma problemática de los pabellones de conveniencia para los trabajadores, RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., “La protección social de los trabajadores del mar”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social...*, *op. cit.*, pp. 496-519.

⁹⁴⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Capítulo II. 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.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social...*, *op. cit.*, pp. 39-64 (55).

⁹⁴⁸ RIBES MORENO, M. I., “Capítulo X. La problemática derivada...”, *op. cit.* (161).

⁹⁴⁹ Sobre la incapacidad de la regla del artículo 11.4 del Reglamento de base para combatir eficazmente el problema de los buques que navegaban por aguas comunitarias con pabellones de conveniencia, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 158.

⁹⁵⁰ Sobre el asunto *Kik* (aunque también predicable sobre el posterior asunto *SF*), RIBES MORENO, M. I., “Capítulo X. La problemática derivada...”, *op. cit.* (163). Ampliamente, *infra*, apartado VI.6.2.

VI.4.2. Tripulación de vuelo o de cabina en el transporte aéreo

267. Antecedentes normativos. Los Reglamentos 3/58 (art. 13.b) y 1408/71 (art. 14.1.b, posteriormente 14.2.a), incluían en su articulado una norma de conflicto específica para los trabajadores “circulantes/itinerantes o navegantes” dedicados al transporte internacional (bien de pasajeros, bien de mercancías)⁹⁵¹, incluyendo el transporte aéreo⁹⁵², dado el carácter internacional de la propia prestación de servicios⁹⁵³. La conexión privilegiada en estos casos era la de la sede empresarial situada en un Estado miembro, con dos excepciones⁹⁵⁴: 1) si el trabajador era ocupado por una sucursal o por una representación permanente de dicha empresa en el territorio de un Estado miembro distinto del de ubicación de la sede, la ley aplicable sería la de este otro Estado⁹⁵⁵; y 2) si

⁹⁵¹ Por tanto, con exclusión de trabajadores con un lugar de trabajo fijo como, por ejemplo, personal técnico o administrativo. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, op. cit., pp. 261-262.

⁹⁵² También se incluía el transporte internacional mediante navegación fluvial o interior, esto es, el realizado a través de aguas interiores como ríos, lagos o canales navegables (en contraposición al régimen específico de los trabajadores del mar antes analizado). Sobre este concepto de navegación, GÓMEZ CALERO, J., *El transporte internacional de mercancías*, Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1984, pp. 121-124.

⁹⁵³ Una comparativa entre las conexiones seleccionadas por la regulación comunitaria e internacional plasmada en convenios suscritos por el Estado español en materia de transporte internacional, con especial referencia al transporte aéreo y marítimo, en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Determinación de la normativa de Seguridad Social aplicable al transporte internacional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 72, 1995, pp. 571-607.

⁹⁵⁴ Estas reglas supusieron la plasmación en los Reglamentos comunitarios de las previstas en el artículo 15.1.b) del Convenio europeo, de 9 de julio de 1956, relativo a la Seguridad Social de los trabajadores de los transportes internacionales. Sobre esta armonización normativa, RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, op. cit., apartado 183.

⁹⁵⁵ El TJUE ha señalado, recientemente, que para la aplicación de esta regla se requiere el cumplimiento simultáneo de dos requisitos (STJUE de 2 abril de 2020 –C-370/17 y C-37/18, asuntos acumulados *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*, apartados 56 a 60–):

1) La existencia de una sucursal o representación permanente de la compañía aérea en un Estado miembro diferente al de su sede. Los conceptos de “sucursal” y “representación permanente” deben interpretarse de manera autónoma, dada la inexistencia de definición en el Reglamento 1408/71 o de remisión a los ordenamientos nacionales para esta tarea. Así, debe entenderse que estos conceptos hacen referencia “*a una forma de establecimiento secundario con carácter estable y continuo destinado a ejercer una actividad económica efectiva y que disponga, para tal fin, de medios materiales y humanos organizados y de cierta autonomía respecto del establecimiento principal*” (en este sentido, STJCE de 30 de noviembre de 1995 –C-55/94, asunto *Gebhard*, apartado 28–; y STJUE de 11 de abril de 2019 –C-464/18, asunto *Ryanair*, apartado 33). En definitiva, se requiere la presencia de tres elementos: 1) la existencia de una forma de establecimiento ejerciendo una actividad estable y continua, 2) que disponga de medios materiales y humanos organizados, y 3) que disponga de cierta autonomía respecto del establecimiento principal (sobre estos elementos y la utilidad de las precisiones realizadas por el TJUE en este pronunciamiento, CHATZILAOU, K., “La lutte contre la fraude sociale éclipsée par le dialogue administratif. À propos de l’arrêt CJUE 2 avril 2020, *Vueling*, aff. C-37/17 et C-37/18”, *Revue de Droit du Travail (RDT)*, núm. 6, 2020, pp. 380-387, versión electrónica –p. 3/14–).

2) Que la persona afectada esté empleada en dicha entidad. Sobre la base de jurisprudencia recaída en materia de competencia judicial internacional, el TJUE ha señalado que “*la relación laboral del personal de vuelo de una compañía aérea presenta un vínculo significativo con el lugar a partir del cual dicho personal cumple principalmente sus obligaciones respecto a su empresa*”, siendo este lugar “*aquel a partir del cual el referido personal desempeña sus misiones de transporte y al que regresa una vez finalizadas sus misiones, el lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo y el lugar en el que se encuentran las herramientas de trabajo, que puede coincidir con su base*” (así, STJUE de 14

el trabajador era ocupado de forma preponderante⁹⁵⁶ en el territorio del Estado miembro en el que tuviera su residencia, estaría sometido a la legislación de este Estado, y ello aunque la empresa no tuviera sede, ni sucursal, ni representación permanente en ese territorio. Estas dos excepciones estaban previstas para personas dedicadas al transporte internacional, pero carentes del carácter inminentemente itinerante que se presume a este colectivo⁹⁵⁷, motivo por el que se consideró oportuno proceder, nuevamente, a una traslación del criterio de conexión basada en el principio de proximidad, tendente a vincular la situación con el Estado con el que se presentan los vínculos más estrechos⁹⁵⁸ y ofrezca una conexión territorial estable⁹⁵⁹. Ello se consiguió mediante la utilización de una variante de la conexión de la sede empresarial en el primer caso, y la aplicación de la regla general *lex loci laboris* corregida por el criterio de residencia en el segundo⁹⁶⁰.

268. La regulación inicial contenida en el Reglamento 883/2004. Los nuevos Reglamentos de coordinación suprimieron el régimen específico para el personal del transporte internacional, sin establecer precisiones adicionales⁹⁶¹. Así, se entendió aplicable al personal del transporte aéreo, por su propia naturaleza internacional, el régimen general previsto para los casos de ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros (art. 13 del Reglamento 883/2004). La aplicación de las reglas contenidas en

de septiembre de 2017 –C-168/16 y C-169/16, asuntos acumulados *Nogueira y otros*, apartados 60, 63, 69, 73 y 77–). La utilización de la jurisprudencia sentada en materia de competencia judicial internacional puede verse como un nuevo ejemplo de lo que la doctrina viene señalando desde hace algún tiempo: la interrelación entre las diferentes ramas de las relaciones laborales internacionales, es decir, entre la competencia judicial internacional (*Forum*), y la ley aplicable, tanto al contrato de trabajo como a la Seguridad Social (*Ius*). Sobre esta reflexión, en materia de desplazamiento temporal de trabajadores, FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 71-99 (95). En esta misma línea, señalando la porosidad de las líneas divisorias de estas ramas, PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé...”, *op. cit.* (674-676).

⁹⁵⁶ En el texto del Reglamento 3/58, se hacía referencia a la prestación de forma “exclusiva o preponderante”. Sin embargo, como apuntó la doctrina científica, en caso de prestación de servicios “exclusiva” en el Estado miembro de residencia, podría resultar de aplicación la *lex loci laboris* sin mayor matización, siendo esta coincidente con la de la residencia del trabajador. TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...* *op. cit.*, p. 344 (nota al pie). Sobre la concreción del término “preponderante”, la doctrina señaló la ausencia de criterios expresos en los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Sin embargo, se apuntó la posible equivalencia entre este término y “actividad principal”, definida en el artículo 12 bis.5.d) del Reglamento 574/72, de ahí que pudiera hacerse uso de los mismos criterios expuestos: primero, se tendrá en cuenta el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado; subsidiariamente, se tendrán en cuenta criterios tales como el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerce, el número de prestaciones efectuadas y los ingresos que se deriven de dichas actividades. Sobre esta equivalencia, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, pp. 205-206.

⁹⁵⁷ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁵⁸ OMARJEE, I., *Droit européen de la protection sociale*, *op. cit.*, p. 223.

⁹⁵⁹ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁶⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 262.

⁹⁶¹ Sin perjuicio de las disposiciones transitorias, objeto de estudio en el apartado VI.7.1.

este precepto conducía, mayoritariamente, a la designación de la ley de la sede del empleador (ubicación de la sede de operaciones principal)⁹⁶², lugar que a veces se encontraba alejado de la realidad de la relación laboral (más próxima a la ubicación de ciertas bases de operaciones secundarias), representando, además, menores costes sociales⁹⁶³. En definitiva, la aplicación de las reglas del artículo 13 del Reglamento 883/2004 al personal aéreo suponía importantes problemas prácticos: por un lado, la posibilidad de cambios frecuentes en la ley aplicable en función del plan de operaciones de las compañías aéreas, al depender la designación de esta ley del tiempo trabajado en el Estado miembro de residencia del trabajador (que no requiere ser mayoritario o “preponderante”); y, por otro lado, la posibilidad de que estas compañías pudieran incidir en la determinación de la ley aplicable mediante la fijación del plan de operaciones⁹⁶⁴.

269. La introducción de una norma especial *ad hoc*. La expansión que ha experimentado el sector aéreo en las últimas décadas, especialmente con la irrupción de las denominadas aerolíneas “*low cost*”, no ha pasado desapercibida para el legislador europeo, así como los problemas prácticos expuestos. A pesar de que la versión original del Reglamento 883/2004 no incorporaban normas específicas en relación con este sector, esta situación cambió con la modificación producida mediante el Reglamento 465/2012⁹⁶⁵, aplicable desde el 29 de junio de 2012⁹⁶⁶. En el considerando 4 de esta norma –trasladado al considerando 18 *ter* del Reglamento 883/2004– se señaló la oportunidad de incorporar una norma de conflicto específica para los miembros de las tripulaciones

⁹⁶² Sobre la aplicación de la regla general de la sede empresarial al personal aéreo hasta 2012 por desarrollar su actividad en, al menos, dos Estados miembros, KESSLER, F., “Sécurité Sociale : Coordination des régimes de base – Champ d’application – Principes généraux”, en VV. AA., *Répertoire de droit européen*, Dalloz, París, de enero de 2016, marginal 230.

⁹⁶³ Sobre la diferencia del modelo de las compañías aéreas “históricas” (denominado “*hub-and-spoke*”) y las compañías aéreas “*low cost*” (denominado “*point-to-point*”) y la necesidad de adaptación de las normas del artículo 13 del Reglamento de base al sector aéreo debido a la aparición de las segundas, véase el escrito de Conclusiones del Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, presentado el 11 de julio de 2019 (asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18), apartados 116 y siguientes. En la misma línea, sobre el aprovechamiento de las compañías “*low cost*” de estas normas, FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores...”, *op. cit.* (93). Sobre esta problemática, especialmente intensa en Francia (dando origen a importantes cuestiones prejudiciales ante el TJUE), GAMET, L., “Personnel des aéronefs et lois sociales françaises : les compagnies *low cost* dans les turbulences du droit social français”, *Droit Social*, núm. 5, 2012, versión electrónica.

⁹⁶⁴ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 159. Sobre la falta de adaptación de estas normas al personal de las compañías aéreas de modo más general, GAMET, L., “Personnel des aéronefs...”, *op. cit.* (p. 5/14); y OMARJEE, I., *Droit européen de la protection sociale*, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁹⁶⁵ Reglamento (UE) núm. 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004 (DOUE núm. L 149, de 8 de junio de 2012, pp. 4-10).

⁹⁶⁶ Para los miembros de este colectivo contratados con anterioridad a esta fecha, véase el régimen transitorio analizado *infra*, apartado VI.7.1.

de vuelo y de cabina, con la finalidad de facilitar la aplicación del Título II a este colectivo⁹⁶⁷.

270. La “base” como criterio de conexión. Esta regla específica fue incorporada en el artículo 11.5 del Reglamento 883/2004. En virtud de la misma, la actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentre la “base”⁹⁶⁸. Nuevamente, estamos ante la adaptación de la *lex loci laboris* a un supuesto particular a través de una ficción jurídica, en este caso, en virtud de la cual –en palabras del Abogado General Saugmandsgaard Øe– “se presume que la actividad del personal de vuelo se lleva a cabo únicamente en el Estado miembro de su base, ficción que implica así la aplicación de la ley de ese Estado con arreglo a la *lex loci laboris*”⁹⁶⁹. El concepto de “base” hace referencia al “lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante” (Anexo III del Reglamento 3922/91, de 16 de diciembre de 1991⁹⁷⁰). A pesar de la selección de este criterio de conexión, el propio considerando 18 *ter* del Reglamento de base puntualiza que la legislación aplicable a este colectivo debe mantenerse estable y el principio de “base” no

⁹⁶⁷ La regulación tardía de esta situación específica fue vista como ejemplo de la falta de celeridad del legislador comunitario que, sin embargo, “*debe poder adaptarse más rápidamente a las nuevas formas de actividad económica si desea acompañar el crecimiento y la evolución de los métodos de trabajo*”. LHERNOULD, J.-P., “Les entreprises face à la coordination européenne...”, *op. cit.* (p. 8/18).

⁹⁶⁸ El criterio de la base, incorporado en las normas de coordinación en materia de Seguridad Social, también ha sido utilizado para determinar la competencia judicial internacional al amparo del RBI *bis* para el personal aéreo en la STJUE 14 de septiembre de 2017 (C-168/16 y C-169/16, asuntos acumulados *Nogueira y otros*). En este pronunciamiento se utilizan los indicios señalados en el citado asunto *Koelzsch*, además de otros particulares vinculados con el concepto de “base”; no obstante, se rechaza expresamente la asimilación de este último concepto con el de lugar de prestación habitual de los servicios, si bien se matiza que puede desempeñar un papel significativo en la identificación de ese lugar.

⁹⁶⁹ Escrito de Conclusiones del Abogado General (asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18) ya citado, apartado 120.

⁹⁷⁰ Reglamento 3922/91, del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil, tras la modificación operada en el Anexo III por el Reglamento (CE) núm. 859/2008 de la Comisión, de 20 de agosto de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo en lo relativo a los requisitos técnicos y los procedimientos administrativos comunes aplicables al transporte comercial por avión. No obstante, esta remisión pretende actualizarse, en caso de aprobación del Acuerdo provisional de marzo de 2019. En la Propuesta de reforma de 2016 y en el citado Acuerdo, se prevé modificar la remisión normativa al Reglamento 965/2012, de la Comisión, de 5 de octubre de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, que define la “base” en términos prácticamente idénticos: “lugar asignado por el operador a cada miembro de la tripulación, en el cual habitualmente este comienza y termina un período de actividad o una serie de períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza de su alojamiento” (Anexo III, Subparte FTL, punto 14).

ha de entrañar cambios frecuentes de legislación aplicable debido a los modelos de trabajo del sector industrial o a demandas estacionales⁹⁷¹.

Sin perjuicio del avance positivo producido con la nueva norma de conflicto para este colectivo (que, recordemos, será totalmente aplicable finalizado el periodo transitorio en 2022), lo cierto es que no se han solucionado todos los problemas porque el criterio de conexión recae sobre un lugar que es designado por la propia empresa (la base), lo que deriva en situaciones complejas en la práctica (trabajadores “multibase” o, directamente, utilización de bases ficticias)⁹⁷².

271. El carácter no exhaustivo de la regla específica. Esta regla prevista para el personal aéreo no es apta para resolver todas las situaciones en las que puede encontrarse este colectivo. Así ocurrirá en el caso de concurrencia de bases en diferentes Estados miembros (aunque sea de forma alternativa), que requerirá la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 13 del Reglamento de base para determinar la ley aplicable⁹⁷³.

Igualmente, cabe la posibilidad de que la base en cuestión esté situada en un tercer Estado, a pesar de que el trabajador desempeñe su actividad en diversos Estados miembros. En este otro caso, tampoco existe norma de conflicto específica alguna (sin que pueda utilizarse el concepto de “base” fuera del territorio de la UE por ser un concepto comunitario), por lo que deberá recurrirse, nuevamente, a la aplicación de las reglas del artículo 13 del Reglamento 883/2004⁹⁷⁴ (siempre que, claro está, se cumplan todos los requisitos para considerar la situación incluida dentro del ámbito de aplicación de las normas de coordinación).

No obstante, en ambos casos, el recurso a las reglas del artículo 13 podría derivar en los mismos problemas prácticos ya mencionados que dieron lugar a la introducción de una norma de conflicto *ad hoc* para este colectivo, sin perjuicio de la posible ayuda del contenido de la Guía Práctica de la CACSS para su puesta en práctica⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ Dada la inexistencia de requisito de residencia en el territorio comprendido en la coordinación comunitaria para aplicar su contenido a los ciudadanos de la Unión, cabría la posibilidad de aplicar la norma de conflicto del artículo 11.5 del Reglamento 883/2004 a un ciudadano europeo que resida en un tercer país pero trabaje desde una base situada en un Estado miembro. En este supuesto, el Estado miembro donde se encuentre situada la base sería el responsable de todas las actividades del trabajador en la Unión Europea. En este sentido, Guía Práctica de la CACSS, p. 36/57; y LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale...”, *op. cit.*, marginal 72.

⁹⁷² DELEUZE, Q., *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens : entre compétitivité et protection sociale*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2016, pp. 63-66, disponible en <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:7839>; y FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores...”, *op. cit.* (93).

⁹⁷³ Guía Práctica de la CACSS, p. 33/57.

⁹⁷⁴ Guía Práctica de la CACSS, p. 35/57; y LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale...”, *op. cit.*, marginal 72.

⁹⁷⁵ Ampliamente sobre esta labor adaptativa, véase *infra*, número 312.

VI.5. Las normas de conflicto especiales para trabajadores que prestan servicios en más de un Estado miembro

272. La necesidad de conexiones específicas. Al igual que ocurre en los casos de prestación de servicios en lugares especiales, existen otros supuestos no englobados en los anteriores en los que la naturaleza “móvil” de la actividad o del lugar de ejercicio de la actividad del propio trabajador (movilidad del lugar de trabajo), dificulta la determinación de un único lugar de trabajo a efectos de la aplicación de la *lex loci laboris*. Por ello, en estos supuestos, el legislador comunitario se ha enfrentado, nuevamente, a la dicotomía de optar entre adaptar el criterio del lugar de ejercicio de la actividad a estos supuestos mediante ciertas ficciones jurídicas, o buscar criterios alternativos de conexión⁹⁷⁶.

273. La relevancia pasada, presente y futura de estas normas especiales. Desde los orígenes de los reglamentos de coordinación, las normas destinadas al desplazamiento de trabajadores y a la prestación de servicios en más de un Estado miembro (inicialmente, centradas en el transporte internacional), han ostentado una importancia particular para el legislador comunitario. Es más, la complejidad y litigiosidad derivada de la regulación inicialmente contenida en el Reglamento 3/58 para estos dos colectivos, derivó en la primera “modificación real” del Título II de esta vetusta norma⁹⁷⁷.

Esta atención legislativa no ha sido casual, sino que ha estado motivada por la importancia práctica de estas normas de conflicto, asociadas en un importante número de ocasiones a prácticas abusivas o fraudulentas. Esto ha derivado en el recurso frecuente al TJCE/TJUE para solventar problemas aplicativos que han sido el motor, en gran medida, de los cambios legislativos posteriores. Tanto es así que, en el actual procedimiento legislativo sobre la modificación de los actuales Reglamentos de coordinación, estos dos colectivos copan, de manera directa o indirecta, gran parte de los cambios propuestos.

Igualmente, en un reciente estudio realizado por expertos en esta materia, se ha señalado que la mayor litigiosidad ante los tribunales nacionales de los Estados miembros en materia de ley aplicable se centra, precisamente, en la aplicación de estos dos artículos⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, pp. 280 y 282.

⁹⁷⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (250).

⁹⁷⁸ Concretamente, los litigios en materia de desplazamientos temporales se han centrado en el valor probatorio y validez de los certificados A1, así como en la existencia de empresas buzón. Por su parte, respecto de las actividades ejercidas en más de un Estado miembro, los litigios se han focalizado en la identificación del Estado miembro de residencia y en la consideración de una actividad desempeñada en alguno de los Estados implicados como “marginal”. *Vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D. y LHERNOULD, J.-P., *The application of free movement of workers and social security coordination rules by national*

VI.5.1. Carácter temporal de la concurrencia prestacional: el desplazamiento de trabajadores

274. La presencia constante del desplazamiento de trabajadores en el marco de la coordinación comunitaria. La particularidad que presenta el colectivo de los trabajadores desplazados (inicialmente denominados “destacados”) ha supuesto la inclusión de normas de conflicto especiales desde la primera versión de los reglamentos de coordinación. No obstante, los requisitos exigidos para la aplicación de estas normas han ido evolucionando a lo largo de los años, a la luz de la evolución de la jurisprudencia comunitaria, evolución que ha ido introduciendo más condicionantes, aumentando, consiguientemente, la complejidad del régimen jurídico, con la finalidad de combatir el fraude y el abuso de derecho⁹⁷⁹.

Una de las principales peculiaridades que presenta el desplazamiento de trabajadores es su propia génesis, pues estamos ante un supuesto de movilidad en el trabajo y no para la búsqueda del mismo⁹⁸⁰. Consecuentemente, no es solo la libertad de circulación de los trabajadores la que está en juego, también –y, especialmente– la libre prestación de servicios de las empresas que pueden recurrir para enviar a sus trabajadores a Estados miembros distintos de aquel en el que están establecidas⁹⁸¹, reforzándose ambas libertades mutuamente⁹⁸². En definitiva, en palabras del Tribunal de Luxemburgo, “*la finalidad de esta disposición es superar las trabas que pudieran obstaculizar la libre circulación de los trabajadores y favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, en particular, a los trabajadores y las empresas*” (por todas, SSTJCE de 17 de diciembre de 1970 –35/70, asunto *Manpower*, apartado 10–; de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 28–; y SSTJUE de 6 de febrero de 2018 –C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 32–; y de 25 de octubre de 2018 –C-451/17, asunto *Walltopia*, apartado 41–).

275. Norma de conflicto especial. En los supuestos de desplazamiento de trabajadores, se prevé una excepción a la aplicación de la ley del lugar de trabajo efectivo,

courts, Legal Report 2019, MoveS, European Commission, Luxemburgo, julio 2020, pp. 33-34, disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8317&furtherPubs=yes>

⁹⁷⁹ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (42).

⁹⁸⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 282.

⁹⁸¹ Por todos, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social...*, *op. cit.*, pp. 461-495 (462-463).

⁹⁸² LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores: libre prestación de Servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 117. Sobre la aplicación acumulativa o mutuamente excluyente de libertades fundamentales de la Unión, *vid.* HATZOPOULOS, V., “Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services”, *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pp. 43-82 (52-55).

en favor del lugar de prestación “habitual” de los servicios, dado el carácter temporal de la prestación en otro Estado miembro (concepto acorde con el incorporado en el artículo 8 del RRI sobre ley aplicable al contrato de trabajo). Desde un punto de vista contractual, la competencia de la ley de Seguridad Social se hace coincidir con el lugar de cumplimiento habitual de la obligación de trabajar (obligación más característica del contrato de trabajo)⁹⁸³. Con ello se consigue evitar que breves periodos de trabajo en otros Estados miembros puedan afectar a la continuidad de la carrera de seguro de los trabajadores, aumentando las cargas administrativas que, a la postre, podrían conducir a obstaculizar la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores⁹⁸⁴. De este modo, esta regla especial para los trabajadores desplazados se ha visto como una forma de potenciar el mercado interior, pero que tiene un lado negativo: el posible *dumping* social⁹⁸⁵.

Esta norma especial incorpora una “*conexión jerarquizada con límite temporal*”⁹⁸⁶ en la medida en la que el criterio de conexión será, en primer lugar, y durante el tiempo de cumplimiento de las condiciones fijadas (en principio, máximo de veinticuatro meses), el lugar de prestación “habitual” de los servicios, que coincide con el de la sede de la empresa de envío; y, una vez finalizado este cumplimiento de los requisitos del artículo 12 del Reglamento de base (básicamente, el temporal), el criterio de conexión prevalente volverá a ser el lugar de trabajo efectivo (art. 11.3.a) del Reglamento de base), derivando en un cambio de legislación aplicable.

Dado el carácter imperativo del sistema de normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación, cuando una situación esté incluida en el supuesto de hecho del artículo 12.1 del Reglamento de base, sería razonable deducir la aplicación obligatoria, *ex lege*, de lo en él dispuesto (como ya se expuso, no estamos ante normas cuya aplicación

⁹⁸³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados...”, *op. cit.* (466).

⁹⁸⁴ Repárese en la diferencia de la regulación de los desplazamientos de trabajadores en la esfera laboral (Directiva 96/71, con sus sucesivas modificaciones y directivas complementarias) y de Seguridad Social. Mientras que la primera trata de garantizar una serie de condiciones mínimas en el Estado de destino, en la segunda se pretende el mantenimiento de la ley del país de envío. La explicación ha sido encontrada en la propia especificidad de los derechos de Seguridad Social, cuya formación suele darse a lo largo de los años y, por tanto, las interrupciones en las carreras de seguro pueden ser perjudiciales para los trabajadores interesados. Las normas laborales se caracterizan, en cambio, por unos efectos inmediatos que se agotan en el momento mismo de la ejecución del contrato. Sobre esta diferencia, 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*, núm. 64, 2006, pp. 19-40 (20).

⁹⁸⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y *dumping* social...”, *op. cit.* (40).

⁹⁸⁶ Denominación acuñada por GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 284 y 291-292.

dependa de la voluntad de ninguna de las partes implicadas)⁹⁸⁷. A igual conclusión nos llevaría el propio tenor literal del precepto, que utiliza el imperativo “seguirá sujeta”⁹⁸⁸. A pesar de ello, se ha venido abogando por una clarificación expresa sobre este particular que concrete si la regla del artículo 12.1 es una obligación o una mera posibilidad⁹⁸⁹ y, en su caso, para quién (¿para el empleador, para el trabajador desplazado o por acuerdo de ambos?).

276. El concepto de “trabajador desplazado” en los Reglamentos de coordinación. No obstante, debido al riesgo de situaciones de *dumping* social fraudulentas o abusivas que pueden derivar de la utilización de esta norma especial, el legislador europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, así como la CACSS, han ido perfilando los contornos del supuesto de hecho de esta regla a lo largo de los años⁹⁹⁰.

En un primer momento, la versión inicial del Reglamento 3/58 sentó las bases del desplazamiento de trabajadores señalando, en su artículo 13.a), que los trabajadores o asimilados que tuvieran su residencia en el territorio de un Estado miembro y fueran empleados en el territorio de otro Estado miembro por una empresa que tuviera, en el territorio del primero, un establecimiento del que dependieran normalmente, estarían sujetos a la legislación de ese Estado, como si estuvieran empleados en su territorio, en la medida en que la duración probable de su ocupación en el territorio del segundo no excediera de doce meses, con posibilidad de prórroga por otros doce meses adicionales como máximo (con conformidad de la autoridad del Estado de destino antes de la finalización del periodo inicial). Esta redacción fue modificada en 1964, para precisar mejor el supuesto de hecho del destacamento dado el uso abusivo de esta figura⁹⁹¹. A través del Reglamento 24/64⁹⁹², se introdujo la expresión “trabajador destacado” en otro

⁹⁸⁷ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 112; MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 186. Esta es la postura mayoritaria entre la doctrina científica. *Vid.* RENNUIY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 422 y doctrina extranjera que ahí se cita.

⁹⁸⁸ En idénticos términos, las versiones inglesa (“*shall continue to be subject*”) y francesa (“*demeure soumise*”).

⁹⁸⁹ JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 8/34; y LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale...”, *op. cit.*, marginal 70.

⁹⁹⁰ RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartado 172. A pesar de esta evolución, lo cierto es que los poderes de reacción del Estado de destino ante estas prácticas son muy limitados, lo que imposibilita un combate realmente eficaz. *Vid.* RODIÈRE, P., “Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicabilité ?”, *Droit Social*, núm. 7-8, 2016, versión electrónica (p. 14/20).

⁹⁹¹ TANTARODAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...* *op. cit.*, pp. 320-321.

⁹⁹² *Règlement n° 24/64/CEE du Conseil, du 10 mars 1964, portant modification de l'article 13 du règlement n° 3 et de l'article 11 du règlement n° 4 (législation applicable aux travailleurs détachés et aux travailleurs exerçant normalement leur activité dans plusieurs pays)*, DOCE núm. P 47, de 18 de marzo de 1964, pp. 746-747 (en adelante, “Reglamento 24/64”).

Estado miembro y no “ocupado”; se modificó la duración “probable de su ocupación” por “duración previsible del trabajo que debe ejecutar”; y, por último, se introdujo una importante limitación adicional (aunque considerada no lo suficientemente clara⁹⁹³): este trabajador no podría ser enviado en sustitución de otro trabajador que hubiese llegado al término del periodo por el que hubiese sido destacado.

De manera similar, el posterior Reglamento 1408/71, en su artículo 14.1.a), preceptuó que el trabajador que ejerciera una actividad en el territorio de un Estado miembro al servicio de una empresa de la que dependiera normalmente y fuera destacado en el territorio de otro Estado miembro por esta empresa con el fin de efectuar allí un trabajo por su cuenta⁹⁹⁴, quedaría sujeto a la legislación del primer Estado miembro, si se cumplían dos condiciones: que la duración previsible de este trabajo no excediera de 12 meses, con posibilidad de prórroga –en caso de concurrencia de circunstancias imprevisibles– por un periodo máximo adicional de otros 12 meses (con conformidad de la autoridad del Estado de destino, solicitada previamente a la finalización del periodo inicial); y que se respetara la prohibición de sustitución antes señalada.

En la actualidad, cuando se emplea el término “trabajador desplazado” en el ámbito de la coordinación comunitaria, se hace referencia a un trabajador que ha sido enviado, por cuenta de su empleador, para prestar sus servicios en un Estado miembro diferente de aquel en el que venía prestando sus servicios con anterioridad y en el que su empleador ejerce normalmente sus actividades (requisito recogido, esta vez sí, expresamente), con una doble condición: que la duración previsible del trabajo a desempeñar allí no exceda de 24 meses (simplificando el régimen anterior, al suprimir la posible prórroga); y que dicho trabajador no sea enviado en sustitución de otra persona (expresión más genérica que la utilizada en la versión reglamentaria anterior)⁹⁹⁵. Dada la práctica identidad de contenido del nuevo Reglamento con sus predecesores, y el mismo objetivo perseguido por la norma de conflicto prevista para el desplazamiento de trabajadores, debe aplicarse, por analogía, la jurisprudencia al amparo de dichos textos anteriores (STJUE de 11 de julio de 2018 –C-356/15, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartado 84–).

⁹⁹³ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, op. cit., p. 234.

⁹⁹⁴ Sobre la expresión “con el fin de efectuar allí un trabajo por su cuenta”, es importante precisar que la versión española del texto original del Reglamento 1408/71 indica “efectuar allí un trabajo por cuenta ajena”, expresión no equivalente dado que, de esta última, no se deduce claramente que el trabajo en cuestión deba hacerse por cuenta del empleador de envío. Sin embargo, las versiones inglesa (“*to perform work there for that undertaking*”) y francesa (“*afin d’y effectuer un travail pour son compte*”) no dejan lugar a dudas sobre la preferencia de la primera traducción española señalada.

⁹⁹⁵ Sobre los pocos cambios operados por el Reglamento 883/2004 respecto del Reglamento 1408/71 en esta materia (aunque con una importante labor de clarificación en el Reglamento 987/2009 y en las decisiones de la CACSS), FILLON, J.-C., “Le détachement de travailleurs salariés version sécurité sociale (coordination des systèmes) : la loi de l’État d’envoi”, *Droit Social*, núm. 7-8, 2016, versión electrónica (pp. 7-8/18).

VI.5.1.A. El poliédrico supuesto de hecho del desplazamiento de trabajadores

277. Enumeración de los requisitos del desplazamiento. Del tenor del artículo 12.1 del Reglamento de base y la interpretación dada a este y sus predecesores por el TJCE/TJUE y la CACSS, se exige la concurrencia de tres requisitos de manera síncrona para poder aplicar esta norma de conflicto especial: un requisito organizativo (la implantación del empresario en el Estado miembro de origen), un requisito orgánico (la relación entre el empresario de origen y el trabajador) y un triple requisito temporal (la duración del desplazamiento; el tiempo previo de aseguramiento en el Estado de envío; y la prohibición de sustitución entre trabajadores desplazados –al que podríamos denominar “requisito de temporalidad global”–)⁹⁹⁶.

278. Orden propuesto de verificación de requisitos. Cada uno de los requisitos anteriores responde a una pregunta concreta, algunas de las cuales están estrechamente relacionadas. Debido a esta interrelación, considero que el orden de verificación de los distintos requisitos señalados debería ser el siguiente. En primer lugar, debería identificarse quién es el verdadero empleador del trabajador desplazado, para lo que deberá comprobarse la existencia de un vínculo orgánico entre el trabajador en cuestión y la empresa de envío. Una vez identificado el empleador, si resulta ser la empresa de envío, entonces deberemos determinar si la misma realiza normalmente sus actividades en el Estado de envío o no, pues solo en caso de respuesta positiva deberemos continuar con el análisis. En caso de respuesta afirmativa, deberemos determinar si se respeta el límite temporal previsto en el artículo 12.1 del Reglamento de base. Por último, cuando el empleador implantado en el Estado miembro de origen haya enviado al trabajador en cuestión a prestar unos servicios por su cuenta en otro Estado miembro durante un periodo de tiempo limitado (respetando los límites reglamentarios), deberemos verificar que se cumple con el requisito de aseguramiento previo y que no se hace con la intención de sustituir a otro trabajador previamente desplazado (salvo ciertas excepciones).

VI.5.1.A.a. El requisito orgánico

279. El carácter preferente de la identificación del empleador real del trabajador. El primer requisito que, en mi opinión, debe verificarse ante un posible supuesto de desplazamiento de trabajadores, es el relativo a la necesaria existencia de un

⁹⁹⁶ Parte de la doctrina ha diferenciado entre requisitos subjetivos y requisitos objetivos dentro del supuesto de hecho del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004. Haciendo esta distinción, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados...”, *op. cit.* (468 y ss.).

“vínculo orgánico”⁹⁹⁷ o “relación directa”⁹⁹⁸ entre el trabajador en cuestión y la empresa de envío⁹⁹⁹. Es decir, durante todo el tiempo que dure el desplazamiento, debe existir entre el trabajador y la empresa de envío una relación de subordinación y dependencia del primero respecto de la segunda (el trabajador se integra en la esfera organizativa y de dirección del empleador), pues solo en esos casos estaremos ante el mantenimiento de una relación laboral entre las partes.

Este requisito ha estado presente desde la versión reglamentaria de 1958, aunque de manera algo difusa. La primera vez que el TJCE tuvo ocasión de pronunciarse al respecto fue en su sentencia de 5 de diciembre de 1967 (19/67, asunto *van der Vecht*). En este pronunciamiento se precisó que, a la hora de determinar el “establecimiento del que dependiera normalmente” el trabajador, era necesario deducir de todas las circunstancias de su ocupación, si estaba bajo la autoridad de dicho establecimiento (p. 354 de la versión inglesa). Esta posición fue refrendada en la STJCE de 17 de diciembre 1970 (35/70, asunto *Manpower*, apartados 17-21), donde se matizó que “el vínculo de subordinación” entre el trabajador y el empresario del Estado de envío debe mantenerse durante toda la duración del destacamento. Nuevamente, esta vez ya bajo el Reglamento 1408/71, el TJCE señaló que el concepto “empresa de la que dependa normalmente” el trabajador destacado exige el “mantenimiento de un vínculo orgánico entre la empresa establecida en un Estado miembro y los trabajadores por ella desplazados en el territorio de otro Estado Miembro durante el tiempo de su desplazamiento” (STJCE de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 24–). En el Reglamento 883/2004, este requisito se deduce claramente del texto al recoger que el trabajador debe realizar el trabajo en el Estado miembro de empleo “por cuenta” del empleador establecido en el Estado de envío, por lo que debe mantenerse esta misma interpretación (así lo corrobora la Decisión de la CACSS núm. A2, de 12 de junio de 2009).

Si se mantiene este vínculo orgánico entre el empleador del Estado de envío y el trabajador desplazado, carece de relevancia que este último preste sus servicios para diferentes empresas (sucesiva o simultáneamente) en el mismo Estado de destino

⁹⁹⁷ SSTJCE de 17 de diciembre de 1970 (35/70, asunto *Manpower*, apartado 18, donde se hace referencia a un “vínculo de subordinación”); de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, asunto *FTS*, apartado 28); de 26 de enero de 2006 (C-2/05, asunto *Herbosch Kiere*, apartado 19); y STJUE de 6 de febrero de 2018 (C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 34).

⁹⁹⁸ En términos de la CACSS, *Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente* (DOUE núm. C 106, de 24 de abril de 2010, pp. 5 a 8), apartado 1, segundo y tercer párrafo.

⁹⁹⁹ Sobre todo, en los casos en los que intervenga una Empresa de Trabajo Temporal (ETT), tal y como se desprende de la Guía Práctica de la CACSS, p. 9/57.

(desplazamiento plural¹⁰⁰⁰). Cuestión distinta es que la prestación de servicios del trabajador desplazado deba realizarse en diferentes Estados miembros de manera sucesiva. En estos casos, estaremos ante un nuevo desplazamiento cada vez que cambie el Estado de destino, a los efectos del artículo 12.1 del Reglamento de base (salvo que el supuesto entre en la esfera del artículo 13)¹⁰⁰¹. En cambio, este requisito de relación directa entre el trabajador enviado y la empresa de envío debe entenderse incumplido cuando la empresa receptora pone a disposición de otra empresa a este trabajador, tanto si esa tercera empresa está situada en el mismo Estado miembro de empleo como si está situada en otro Estado miembro¹⁰⁰².

280. Criterios orientativos para determinar la existencia del vínculo orgánico.

Para acometer esta tarea, que puede resultar altamente compleja en determinados casos, la jurisprudencia comunitaria ha ofrecido algunas pautas. En efecto, se han señalado como criterios relevantes en la identificación del verdadero empleador de un trabajador, entre otros, quién abona el salario al trabajador y quién es deudora frente a este; así como quién puede despedir al trabajador por las faltas cometidas con ocasión del desempeño de su trabajo en la empresa que utiliza sus servicios (SSTJCE de 17 de diciembre de 1970 –35/70, asunto *Manpower*, apartados 18-19; y de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 24–¹⁰⁰³).

Mayores concreciones ofrecen, en cambio, la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009 (apartado 1, párrafo tercero) y la Guía Práctica de la CACSS (pp. 9 a 11/57), donde se identifica un listado no exhaustivo de elementos que pueden ser relevantes para la determinación de la concurrencia o no del requisito orgánico, elementos que podrían agruparse en las siguientes categorías:

- Contratación: responsabilidad de la contratación; el contrato era y continúa siendo de aplicación durante toda la duración del desplazamiento a las partes contratantes en los términos pactados en el momento de contratación.

En esta materia, es importante hacer referencia a dos posibles actuaciones empresariales que suelen darse en la práctica y que pueden repercutir de manera intensa en la determinación de la existencia de vínculo orgánico con el trabajador

¹⁰⁰⁰ DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos...”, *op. cit.* (26).

¹⁰⁰¹ Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009, apartado 3.a); y Guía Práctica de la CACSS, p. 12/57.

¹⁰⁰² Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009, apartado 4.a) y b); y Guía Práctica de la CACSS, pp. 12-13/57.

¹⁰⁰³ Criterios jurisprudenciales que han sido recordados, recientemente, en la STJUE de 16 de julio de 2020 (C-610/18, asunto *AFMB y otros*, apartado 56), en un supuesto de prestación de servicios en dos o más Estados miembros.

desplazado¹⁰⁰⁴. La primera de estas actuaciones es la contratación en destino del trabajador desplazado mientras se mantiene vigente el contrato celebrado con la empresa de envío, pagando una parte de la remuneración al trabajador¹⁰⁰⁵. Esta “doble contratación” puede llevar a considerar la existencia de dos empleadores y, en función del resto de circunstancias del caso, determinar la aplicación de la ley del Estado de empleo en virtud del artículo 11.3.a) del Reglamento de base (salvo excepción pactada al amparo del artículo 16 del Reglamento de base)¹⁰⁰⁶.

La segunda de las actuaciones anunciadas es la contratación en destino del trabajador desplazado al tiempo que se suspende el contrato de trabajo celebrado con la empresa del Estado de envío por el tiempo que dure el desplazamiento. Debido a esta situación, la remuneración correrá a cargo de la empresa del Estado de empleo, única con contrato vigente durante el desplazamiento. En este caso, podría deducirse (siempre que así lo corroboren el resto de circunstancias del supuesto en cuestión), la inexistencia de vínculos suficientes con la empresa del Estado de envío por lo que, en realidad, no se trataría de un desplazamiento de trabajadores, siendo de aplicación la regla general *lex loci laboris* (nuevamente, salvo excepción pactada al amparo del artículo 16 del Reglamento de base).

En definitiva, en los casos en los que el trabajador haya celebrado un contrato de trabajo con la empresa del Estado de destino, *a priori*, se entenderá que no estamos ante un supuesto de desplazamiento a los efectos de la coordinación comunitaria¹⁰⁰⁷.

- Poder de dirección: autoridad para determinar la naturaleza del trabajo a desarrollar por el trabajador. La Guía práctica ha especificado un poco más este elemento, señalando que esta determinación de la naturaleza del trabajo por el empleador del Estado de envío debe de ser de un modo general, en cuanto a la definición del

¹⁰⁰⁴ Ejemplos extraídos de la Guía Práctica de la CACSS, pp. 10-11/57. Sobre la utilización habitual de esta doble contratación en el seno de grupos de empresas multinacionales y sus problemas prácticos, por todos, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B, *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, pp. 5-6/34; MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 204; JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (176-177); y FILLON, J.-C., “Le détachement de travailleurs...”, *op. cit.* (p. 11/18).

¹⁰⁰⁵ Esta situación suele ser darse, fundamentalmente, fuera de las fronteras de la Unión Europea, pues en ocasiones, algunos Estados exigen la celebración de contratos en destino para poder obtener los correspondientes visados de residencia y trabajo. Para dotar de virtualidad a este segundo contrato en destino, la empresa de dicho Estado suele abonar –al menos, formalmente– una parte de la remuneración al trabajador desplazado. Sobre esta problemática contractual, ampliamente, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero...*, *op. cit.*, pp. 36-39.

¹⁰⁰⁶ En esta misma línea que la Guía Práctica, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados...”, *op. cit.* (486).

¹⁰⁰⁷ Guía Práctica de la CACSS, pp. 12-13/57.

producto final o servicio básico a prestar, pero no en cuanto a la definición de sus detalles y modo de ejecución.

- Poder disciplinario: facultad para rescindir el contrato de trabajo; y facultad de imponer medidas disciplinarias al trabajador.
- Retribución: obligación de remuneración del trabajador (sin perjuicio de lo que se pueda acordar entre la empresa de envío y la del Estado de empleo respecto del modo de pago al trabajador¹⁰⁰⁸). Debe unirse a este criterio, el abono de cotizaciones, de conformidad con el considerando 8 de la Decisión núm. A2¹⁰⁰⁹.

281. Problemas en la aplicación de estos criterios. La doctrina científica se ha mostrado crítica con algunos de estos elementos, sobre todo, por su carácter más formal que material. Específicamente, se ha debatido sobre la verdadera utilidad del criterio basado en la responsabilidad frente al trabajador de remunerar el trabajo, elemento formal fácilmente manipulable; pero, más duramente, sobre la forma en la que se ha optado por determinar el poder de dirección del empleador en estos casos¹⁰¹⁰. Como se ha indicado, la Decisión núm. A2 y, más específicamente, la Guía Práctica de la CACSS, consideran empleador a quien ofrece las instrucciones generales relativas a la naturaleza del trabajo, no a quien define los detalles y modo de ejecución del mismo. Sin embargo, esta opción choca con la concepción, al menos española, de la cesión ilegal de trabajadores. Sin ánimo de ahondar en este tema nacional, es importante precisar al menos que, en nuestro ordenamiento jurídico, en atención a lo dispuesto en el artículo 43.2 del ET, estaremos ante una cesión ilegal cuando la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. En este sentido, el Tribunal Supremo español ha reiterado, en multitud de ocasiones, que el hecho de que la empresa principal ostente facultades de supervisión del trabajo realizado o entregado no implica la existencia de cesión ilegal siempre que ello no suponga la dirección del trabajo de los trabajadores en cuestión, que deben trabajar bajo las órdenes de la empresa contratista, bajo su disciplina y siguiendo sus instrucciones y procedimientos (por todas, SSTs de 17 de julio de 1993 –Rec. 1712/1992, FFDD tercero y cuarto–; de 10 de enero de 2017 –Rec. 1670/2014, FD segundo, apartados 4 y 5–; y de 25 de noviembre de 2019 –Rec. 81/2018, FD quinto–).

¹⁰⁰⁸ Así, la Guía Práctica de la CACSS señala que no afecta a la consideración como empleador de la empresa de envío el hecho de que la empresa del Estado de empleo reembolse total o parcialmente la remuneración, deduciéndola en concepto de gastos de explotación de los impuestos que pague en ese Estado (p. 10/57).

¹⁰⁰⁹ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (52).

¹⁰¹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados...”, *op. cit.* (473-478).

Por lo tanto, parece existir una clara contraposición entre el criterio ofrecido por los documentos de la CACSS y la posición de la jurisprudencia española¹⁰¹¹.

A mi juicio, esta divergencia parece venir motivada por el origen jurisprudencial del contenido de estos documentos de la CACSS, basado en supuestos de Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) –asuntos *Manpower* y *FTS*–. Es bien sabido que, en estos casos (al menos desde la perspectiva del legislador español), existe un reparto de competencias entre la ETT y la empresa usuaria, siendo esta última la que ostenta las facultades de dirección y control de la actividad laboral (art. 15.1 de la LETT¹⁰¹²). En esta línea, en el asunto *Manpower* se señaló que, de conformidad con el contrato de puesta a disposición, cada trabajador estaba obligado a respetar las condiciones de ejecución del trabajo y la disciplina exigida por el reglamento interior de la empresa a la que era enviado (empresa usuaria), pero ello no obstaba al mantenimiento de la relación de subordinación del trabajador con la ETT que lo contrató (apartado 5)¹⁰¹³. Ello explicaría la interpretación tan “liberal” realizada¹⁰¹⁴ a la hora de concretar el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador de un trabajador desplazado, para englobar también a los desplazamientos efectuados por una ETT¹⁰¹⁵.

En cualquier caso, no parece razonable exigir una determinación de la prestación laboral exhaustiva al empleador del Estado de envío, máxime cuando el trabajador desplazado vaya a prestar sus servicios en el centro de trabajo de la empresa del Estado de empleo¹⁰¹⁶. Habrá que atender, en consecuencia, al supuesto de hecho concreto para poder valorar adecuadamente la existencia de un verdadero poder de dirección sobre el

¹⁰¹¹ Para algunos autores, la “pieza central” para identificar al verdadero empresario del trabajador reside en determinar la empresa frente a la que el trabajador mantiene la “dependencia o subordinación jurídica”, entendiendo por tal el ejercicio de la organización y dirección de su trabajo. MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2006, pp. 589-625 (607).

¹⁰¹² *Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*.

¹⁰¹³ Sobre la interpretación extensiva de la excepción prevista para los desplazamientos de trabajadores en esta sentencia, con ocasión de una ETT, claramente fuera de los pensamientos del legislador comunitario en el momento de su redacción, por todos, LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, *op. cit.*, p. 241; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 289.

¹⁰¹⁴ TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants...* *op. cit.*, p. 324.

¹⁰¹⁵ En esta línea, LLOBERA VILA, M., “Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, pp. 115-144. Para esta autora “*Ciertamente esta jurisprudencia se sirve de elementos de carácter predominantemente formal para establecer la existencia de un vínculo laboral, pues al tratarse de desplazamientos (de) empresas de trabajo temporal el poder de dirección se atribuye a la empresa usuaria. De modo que estos criterios no resultarán de especial utilidad en el caso de contrataciones y subcontratas*”, pese a que la CACSS haya ampliado su aplicación a todo tipo de desplazamiento a través de sus Decisiones, incluida la subcontratación (134-135).

¹⁰¹⁶ Sobre la importante afectación de la delimitación de la empresa que ejerce efectivamente el poder de dirección cuando el trabajador se incorpora físicamente al proceso productivo de la empresa principal, MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2006, pp. 589-625 (608-610).

trabajador, pues también dependerá de la naturaleza del trabajo a desarrollar porque no todos los puestos requieren el mismo grado de dependencia y control empresarial¹⁰¹⁷.

VI.5.1.A.b. El requisito organizativo

282. La exigencia de “actividad sustancial” de la empresa en el Estado de envío. Mas dudas ha presentado la redacción reglamentaria, tradicionalmente, respecto del requisito que podría denominarse “organizativo”.

Como se ha tenido ocasión de adelantar, el Reglamento 3/58 (al igual que el posterior Reglamento 1408/71) mencionaba a empleados que “dependieran normalmente” de un establecimiento empresarial situado en el Estado miembro de envío. Esta expresión, aparentemente referida a un único elemento, fue interpretada separadamente por el TJCE, distinguiendo entre el término relativo a la dependencia (vinculado con el ya comentado criterio orgánico), y el referente a la “normalidad” de la actividad. Respecto del segundo, sin demasiado apego a la dicción del Reglamento, el Tribunal de Luxemburgo limitó la aplicabilidad de la norma de conflicto especial a los trabajadores contratados por empresas que ejercieran “normalmente” su actividad en el territorio del Estado en el cual estuviesen establecidas (asunto *Manpower*, apartado 16). Este requisito se tradujo, posteriormente, en la necesidad de que esta empresa ejerciera “habitualmente actividades significativas” en el territorio del Estado miembro de establecimiento (asunto *FTS*, apartados 40-45).

La redacción del artículo 12.1 del Reglamento de base ha resuelto este problema de dicción y, en la actualidad, se señala expresamente la exigencia de que el empleador del trabajador desplazado ejerza normalmente sus actividades en el Estado miembro de envío (esto es, que existan vínculos entre el empleador y el Estado miembro en el que está establecido¹⁰¹⁸). Por ello, se ha entendido que, en realidad, este nuevo precepto no ha supuesto una “*alteración de la realidad jurídica, sino una mera recepción de la interpretación avalada sistemáticamente por el TJCE y por la CASSTM*”¹⁰¹⁹ (actual CACSS).

Este requisito se entenderá cumplido cuando la empresa realice normalmente actividades sustanciales (anteriormente llamadas significativas), distintas de la mera

¹⁰¹⁷ Un criterio interesante aportado por la doctrina científica en estos casos gira alrededor del poder de decisión sobre la propia misión, es decir, si la empresa del Estado de envío tiene o no la facultad de decidir la terminación de la misión del trabajador enviado o, en su caso, de sustituir a este por otro. DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos...”, *op. cit.* (25).

¹⁰¹⁸ Considerando 5 de la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009.

¹⁰¹⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados...”, *op. cit.* (471).

gestión interna, en el territorio del Estado miembro de establecimiento¹⁰²⁰. Para determinar la existencia o no de tales actividades sustanciales en el referido Estado, deberán tenerse en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa de que se trate, adecuándolos a las características específicas de esta y a la naturaleza real de las actividades que realiza (art. 14.2 del Reglamento 987/2009).

283. Los criterios para comprobar la existencia de actividad sustancial. Esta regulación, de carácter teórico, pero con pocas precisiones técnicas, ha sido objeto de concreción en la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009, y en la Guía Práctica de la CACSS¹⁰²¹. En estos textos se ha procedido a codificar la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en este ámbito, ofreciendo una lista de factores objetivos, de carácter no exhaustivo, que podrían utilizarse para comprobar la existencia o no de actividad sustancial en el Estado de envío en un caso concreto (por todas, SSTJCE de 5 de diciembre de 1967 –19/67, asunto *Van der Vecht*, p. 354 de la versión inglesa–; y de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 43–). Entre ellos, se han destacado como de especial importancia los siguientes, pudiendo agruparse en tres categorías diferentes:

- Criterios laborales (centrados en los trabajadores de la empresa): el número de miembros del personal administrativo de la empresa de envío que trabajan en el Estado miembro de envío y en el Estado de empleo¹⁰²²; el lugar de contratación de los trabajadores desplazados; y la legislación aplicable a los contratos que la empresa de envío celebra con sus trabajadores. En cambio, carece de relevancia la naturaleza de los trabajos encomendados a los trabajadores desplazados, que podrán ser distintos de los efectuados normalmente en el establecimiento empleador (SSTJCE –19/67, asunto *Van der Vecht*, p. 354 de la versión inglesa–; y de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 44–).
- Criterios comerciales (centrados en la política comercial de la empresa): el lugar en el que se celebra la mayoría de los contratos con los clientes; la legislación aplicable a los contratos que la empresa de envío celebra con sus clientes; el número de contratos ejecutados por la empresa en el Estado de envío y en el Estado de empleo; y el volumen de negocios realizado por la empresa de envío en el

¹⁰²⁰ SSTJCE de 17 de diciembre de 1970 (35/70, asunto *Manpower*, apartado 16); de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, asunto *FTS*, apartados 23 y 45); de 9 de noviembre de 2000 (C- 404/98, asunto *Plum*, apartado 22); y de 4 de octubre de 2012 (C-115/11, asunto *Format*, apartado 32).

¹⁰²¹ Párrafo quinto del apartado 1 y pp. 8-9/57, respectivamente.

¹⁰²² La Guía precisa que “*la presencia de personal únicamente administrativo en el Estado de envío excluye por se la aplicabilidad de la normativa de desplazamiento a la empresa*”. Debe extraerse esta conclusión del propio texto del Reglamento de aplicación, que excluye del concepto de actividad sustancial a “la mera gestión interna” de la empresa (art. 14.2).

Estado de envío y en el Estado de empleo durante un periodo suficientemente significativo¹⁰²³.

- Criterios administrativos (centrados en cuestiones administrativas): el lugar en el que se encuentra la sede y la administración de la empresa de envío; y el tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado de envío.

En definitiva, estos criterios tratan de evitar la aplicación de la norma de conflicto especial de desplazamiento a “empresas buzón”¹⁰²⁴ o empresas con “domicilios de conveniencia”.

284. La relación entre los criterios para definir la sede empresarial y la actividad sustancial de la empresa. Como puede comprobarse, los elementos indicados en este listado coinciden, en gran medida, con los ofrecidos por la CACSS a la hora de determinar la sede empresarial al amparo del artículo 14.5 *bis* del Reglamento 987/2009¹⁰²⁵. A estos criterios se añaden dos elementos diferentes que, sin embargo, no son sorprendentes, siendo algunos de los que se han propuesto incorporar en los Reglamentos por el Acuerdo provisional de marzo de 2019 (el número de contratos ejecutados y el volumen de negocios de la empresa en cada Estado).

Esta coincidencia de criterios denota la clara vinculación de la ubicación de la sede empresarial con un Estado en el que la empresa realice parte de su actividad, para combatir, así, el fenómeno de las empresas buzón. Sin embargo, la exigencia de “actividad sustancial” en un Estado miembro para poder ubicar ahí la sede es conflictiva, especialmente, para las empresas dedicadas al transporte internacional, tal y como se ha manifestado a lo largo del procedimiento legislativo actualmente en marcha. Tratar de establecer criterios comunes para todos los sectores, objetivo importante desde el punto de vista de la simplificación de los textos normativos, es, sin duda, una tarea especialmente compleja de llevar a cabo con el beneplácito de todos los implicados. Quizá sería conveniente fijar una serie de criterios idénticos para determinar el lugar de la

¹⁰²³ En la mentada Guía se señala, como ejemplo, que la realización en el Estado de envío de un volumen de negocio equivalente, aproximadamente, al 25 % del volumen de negocio total de la empresa podría ser un indicador suficiente. No obstante, en los casos en los que el volumen sea inferior al 25 % se deberá realizar un análisis más detenido. En cuanto al periodo de referencia para evaluar el criterio del volumen de negocio, la Guía toma como referencia los 12 meses precedentes (pudiendo utilizar las cuentas publicadas de la empresa). En el caso de empresas de reciente creación, se debería considerar el volumen de negocio desde el inicio de la actividad (o, incluso, podría valorarse un periodo más corto si este fuera más representativo de su negocio).

¹⁰²⁴ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (53).

¹⁰²⁵ De los nueve criterios indicados, cinco de ellos coinciden con los señalados por la CACSS respecto del artículo 14.5 *bis* del Reglamento 987/2009 (laborales: el número de miembros del personal administrativo de la empresa de envío que trabajan en el Estado miembro de envío y en el Estado de empleo; y el lugar de contratación de los trabajadores desplazados; comerciales: el lugar en el que se celebra la mayoría de los contratos con los clientes; y administrativos: el lugar en el que se encuentra la sede y la administración de la empresa de envío; y el tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado de envío).

sede/domicilio del empleador y si existe o no actividad sustancial en un determinado Estado miembro, pero estableciendo parámetros/umbrales diferenciados para una y otra tarea; o, si se prefiere, con unos parámetros diferenciados (o con un grado de importancia diferente) para las empresas del sector del transporte internacional. De este modo, aunque existiera cierta particularidad entre ambas tareas definitorias, no habría tanta disparidad entre criterios utilizados en disposiciones reglamentarias con una finalidad coincidente (lucha contra las empresas buzón) como se pretende con el contenido actual del Acuerdo provisional, lo que tendría como resultado, en mi opinión, una mayor sencillez en la aplicación de las normas y una mayor coherencia normativa.

VI.5.1.A.c. El triple requisito temporal

285. La duración máxima del desplazamiento. En este ámbito, el nuevo Reglamento de base sí ha introducido un cambio con el objetivo de facilitar la puesta en práctica de esta norma, reduciendo trámites administrativos. Así, en lugar de establecer la posibilidad de concretar el periodo de desplazamiento en un máximo de doce meses, con posibilidad de prorrogarlo por otros doce meses como máximo (con la conformidad de la institución del Estado miembro de empleo), el artículo 12.1 del Reglamento de base limita el desplazamiento de trabajadores a supuestos en los que la duración previsible del trabajo no exceda de veinticuatro meses¹⁰²⁶. Este periodo puede considerarse de duración máxima del desplazamiento, sin que exista un periodo mínimo de duración. Sin embargo, la duración aparentemente máxima del desplazamiento puede excepcionarse a través de los acuerdos del artículo 16 del Reglamento 883/2004¹⁰²⁷.

Debe repararse en que la exigencia de que la duración previsible no exceda de veinticuatro meses se refiere a la duración misma del trabajo (que dependerá de su naturaleza), no al tiempo que vaya a durar la ocupación del trabajador en el Estado de empleo. De hecho, la modificación del Reglamento 3/58 acometida en el año 1964 corrigió la redacción inicial matizando este aspecto fundamental. Una interpretación contraria no sería compatible con la propia razón de ser de esta norma especial¹⁰²⁸.

Dada la inexistencia de duración mínima, los desplazamientos pueden establecerse por un periodo inferior a 24 meses. En estos casos, es posible prorrogar la duración

¹⁰²⁶ Como consecuencia de este cambio normativo, la CACSS adoptó la *Decisión núm. A3, de 17 de diciembre de 2009, relativa a la totalización de períodos ininterrumpidos de desplazamiento cubiertos al amparo de los Reglamentos (CEE) nº 1408/71 del Consejo y el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo* (DOCE núm. C 149, de 8 de junio de 2010, pp. 3-4). En este documento se estableció el cómputo de todos los periodos de desplazamiento cubiertos con arreglo al Reglamento 1408/71 para el cálculo del periodo de desplazamiento ininterrumpido del nuevo texto reglamentario, de modo tal que el periodo total de desplazamiento ininterrumpido cubierto en aplicación de ambas normas no excediera de veinticuatro meses.

¹⁰²⁷ Supuesto frecuente en la práctica, véase ampliamente *infra*, apartado VI.7.3.

¹⁰²⁸ TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants... op. cit.*, pp. 322-323.

inicialmente prevista hasta la finalización del trabajo encomendado en destino, siempre que no se sobrepase el umbral de los veinticuatro meses. Para ello, será necesario presentar una solicitud, debidamente justificada, antes de la finalización del periodo inicial del desplazamiento¹⁰²⁹. Es importante precisar que la suspensión del trabajo durante el periodo de desplazamiento, independientemente del motivo (vacaciones o enfermedad del trabajador, formación en la empresa de envío, etc.), no constituye una interrupción del periodo del desplazamiento, pues este finalizará en la fecha que estaba inicialmente prevista. Y ello con independencia también de que la duración inicialmente prevista del desplazamiento se haya fijado en un periodo inferior a 24 meses¹⁰³⁰. No obstante, en estos casos, en atención a las circunstancias concurrentes, también se podría acordar la prórroga del desplazamiento, sin sobrepasar el umbral de los 24 meses¹⁰³¹.

A excepción de estas posibles prórrogas, una vez finalizado el periodo de desplazamiento de un determinado trabajador, no se podrá autorizar uno nuevo “*del mismo trabajador a las mismas empresas y al mismo Estado miembro*” (triple identidad), hasta que no haya transcurrido un periodo de espera de, al menos, dos meses, desde la fecha de finalización del primero salvo circunstancias excepcionales¹⁰³² (apartado 3.c) de la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009). El periodo de espera de dos meses para poder volver a ser enviado una vez finalizado un desplazamiento por el máximo de duración de veinticuatro meses (de manera ininterrumpida o con interrupciones no superiores a dos meses), pretende codificarse, si se aprueba el Acuerdo provisional de 2019 (salvo excepciones en circunstancias específicas), mediante la incorporación de un artículo 14.1.bis en el Reglamento 987/2009, aplicable tanto para los trabajadores desplazados por cuenta ajena como por cuenta propia¹⁰³³.

286. El periodo mínimo de aseguramiento inmediatamente previo del trabajador. A pesar de que el Reglamento de base no dice nada al respecto, el artículo 14.1 del Reglamento de aplicación limita el ámbito de aplicación personal de la norma de conflicto especial para los desplazamientos temporales a las personas que ya estén sujetas a la legislación del Estado en el que la empresa que las emplea esté establecida, inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo. En este precepto se indica,

¹⁰²⁹ Guía Práctica de la CACSS, p. 18/57.

¹⁰³⁰ Apartado 3.b) de la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009.

¹⁰³¹ Guía Práctica de la CACSS, pp. 12-13/57.

¹⁰³² La Decisión no realiza ninguna matización adicional sobre las posibles circunstancias que podrían permitir la aplicación de esta excepción al periodo de espera de dos meses.

¹⁰³³ A pesar de ello, hay autores que ven esta disposición como un “*modo de vaciar de contenido el estricto límite temporal de los veinticuatro meses*”. En estos términos, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (266). Igualmente, sobre el posible cuestionamiento del carácter temporal en el supuesto de sucesivos desplazamientos respetando el periodo de espera señalado, RENNUY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 389.

expresamente, la posibilidad de que esta persona desplazada sea un trabajador contratado con miras a ser enviado a otro Estado miembro siempre que se cumpla el requisito del aseguramiento inmediatamente previo indicado¹⁰³⁴. A falta de mayores precisiones reglamentarias, la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009 (al igual que hace la Guía Práctica de la CACSS) ha especificado que, con carácter general y a título indicativo, este requisito puede considerarse cumplido cuando la persona en particular lleve sujeta a dicha legislación, al menos, un mes. En caso de no alcanzar esta duración de aseguramiento previo, se deberá evaluar el caso a la vista del resto de factores concurrentes¹⁰³⁵.

Esta cuestión también ha sido objeto del procedimiento legislativo actualmente en marcha para la modificación de los Reglamentos de coordinación, a pesar de no estar en el contenido inicial de la Propuesta de 2016. En el Acuerdo provisional de 2019, en cambio, se ha decidido incluir un periodo mínimo de tres meses de sujeción a la legislación del Estado miembro donde esté establecida la empresa de envío inmediatamente antes del inicio del desplazamiento. Con esta redacción se codifica lo que la CACSS ya venía señalando, esto es, la posible exigencia de un periodo mínimo de sujeción al sistema nacional de Seguridad Social del Estado miembro de envío. Sin embargo, mientras que la Decisión núm. A2 y la Guía Práctica fijaban, indicativamente, un periodo de un mes, el Reglamento de modificación, de carácter vinculante y obligatorio, ampliaría ese plazo hasta los tres meses y, según se desprende de su tenor literal, parece que con carácter de mínimo obligatorio¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ La posibilidad de contratación con miras a un desplazamiento ya venía siendo admitida por la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 5 de diciembre de 1967 –19/67, asunto *van der Vecht*, p. 354 de la versión inglesa–; y de 17 de diciembre de 1970 –35/70, asunto *Manpower*, apartado 14–). Esta posición jurisprudencial fue cuestionada desde sus inicios, entre otros, por TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants... op. cit.*, pp. 336-349 y doctrina que ahí se cita; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes..., op. cit.*, p. 287. Este último autor señala que, con esta posibilidad, se estaría distorsionando la “figura típica del desplazamiento, y sobre todo, la regla de fondo que es el mantenimiento de una situación preexistente [...] en función de evitar al trabajador los perjuicios consiguientes a una ruptura de su carrera profesional”.

¹⁰³⁵ Párrafo cuarto del apartado 1 de la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009; y pp. 11-12 de la Guía Práctica de la CACSS. Este bajo nivel de exigencia de integración previa del trabajador en el Estado miembro de envío ha sido criticado por algunos autores, pues, en la práctica, posibilita que una persona quede sujeta a la legislación de un Estado en el que puede que no vuelva a poner un pie, a pesar de haber estado un brevísimo periodo de tiempo al inicio de la relación laboral. Por ello, se aboga por requerir una conexión anterior más sustancial en el Estado de envío, al tiempo de exigir como requisito el regreso posterior a dicho Estado. *Vid.* RENNUIY, N., *EU Social Security Law..., op. cit.*, pp. 396 y 400.

¹⁰³⁶ En los mismos términos se propone modificar el artículo 14.3 del Reglamento de aplicación, para incorporar el mismo plazo mínimo en relación con los trabajadores por cuenta propia. Esta modificación encierra, de manera evidente, una reducción de la capacidad empresarial “de contratar para desplazar con cierta agilidad”. *Vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (62). Sobre la posible incompatibilidad de esta modificación con la libre prestación de servicios, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en particular, la STJCE de 19 de enero de 2006 –C-244/04, asunto *Comisión vs. Alemania*, apartados 52 a 64–, donde se declaró el incumplimiento alemán de la libre prestación de servicios, entre otros, al exigir que los trabajadores hubiesen sido contratados por la empresa de envío con al menos un año de antelación), LHERNOULD, J.-P., “Les règlements coordonnants...”, *op. cit.* (p. 8/12).

En cuanto al tipo de aseguramiento, a falta de limitación reglamentaria, debe entenderse que podría ser de cualquiera admitido en el Estado miembro de cuya legislación se trate, ya sea en calidad de trabajador (para la empresa de envío o para cualquier otro empleador¹⁰³⁷), de estudiante, de pensionista o de mero residente¹⁰³⁸. La admisión del aseguramiento en calidad de residente se ha visto confirmada en la STJUE de 25 de octubre de 2018 (C-451/17, asunto *Walltopia*¹⁰³⁹), que parte de la doctrina ha calificado de “*poderosa flexibilización*”, pudiendo suponer un antes y un después en la exigencia de este requisito, “*puesto que la residencia se constituye en título suficiente para el envío*”, lo que “*parece cambiar radicalmente la filosofía*” de este precepto¹⁰⁴⁰.

287. La prohibición de sustitución o el requisito de temporalidad global. Por último, para encontrarnos ante un verdadero supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores al amparo de los Reglamentos de coordinación, el trabajador desplazado no puede ser enviado en sustitución de otra persona previamente enviada. El TJUE ha interpretado la expresión “*a condición de que*” contenida en el artículo 12.1 del Reglamento de base como la existencia de un requisito adicional, acumulativo al de duración máxima del desplazamiento (STJUE de 6 de septiembre de 2018 –C-527/16, asunto *Alpenrind*, apartado 90–). Parece razonable pensar, como así lo ha defendido parte de la doctrina, que esta prohibición de reemplazo también está sometida a un periodo de espera de dos meses¹⁰⁴¹, dado que tendría poco sentido ser más exigente con la sucesión de desplazamientos realizados por diferentes trabajadores que por el mismo.

Esta prohibición de sustitución se manifiesta de manera clara respecto del resto de trabajadores de la misma empresa de envío. Así, esta empresa no podrá enviar a otros de sus trabajadores, sucesivamente, para realizar la misma actividad en la misma empresa

¹⁰³⁷ Con lo que, el requisito del “vínculo habitual” con el empleador plasmado en la exigencia de un periodo de trabajo previo para el mismo (que permitía un control *ex ante* y con alcance general), cedió ante un “vínculo orgánico”, exigiendo la “habitualidad” en relación con el mercado laboral del país de establecimiento de la empresa. LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores...*, *op. cit.*, pp. 147-149.

¹⁰³⁸ En este sentido ha sido interpretado el requisito de aseguramiento previo en la Guía Práctica de la CACSS, p. 11/57.

¹⁰³⁹ En este pronunciamiento se confirma que los Reglamentos de coordinación no exigen que la persona desplazada haya ejercido una actividad asalariada en el Estado en el que su empleador ejerza normalmente sus actividades por cuenta del mismo empleador antes de su desplazamiento, sino, de modo más general, que debe haber estado ya sujeta, inmediatamente antes del comienzo de su envío, a dicha legislación (apartado 35). Esta interpretación es conforme con el tenor del artículo 12.1 del Reglamento de base, que dispone que dicha persona “seguirá sujeta” a la legislación señalada (por lo que debe estar previamente sujeta para poder “seguir”), y a los objetivos perseguidos por este precepto que ya han sido señalados (apartados 36 a 39).

¹⁰⁴⁰ MIRANDA BOTO, J. M., “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2018”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 421-448 (427).

¹⁰⁴¹ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (55).

del Estado de destino en el marco de desplazamientos temporales del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004. Una manifestación menos evidente, pero que ha sido consagrada por la jurisprudencia comunitaria, es que esta prohibición de sustitución abarca también a trabajadores enviados por diferentes empleadores de la Unión Europea, siempre que sean enviados con la finalidad de cubrir el mismo puesto de trabajo en destino. Se ha llegado a tal conclusión sobre la base de dos argumentos principales: el propio tenor del artículo, que no limita la prohibición de sustitución en función de los domicilios sociales de los empleadores de envío o la existencia de vínculos entre ellos (personales u organizativos); y el deber de interpretación estricta de las excepciones a la regla general *lex loci laboris*, como es el caso de la norma de conflicto para los trabajadores desplazados temporalmente¹⁰⁴² (STJUE de 6 de septiembre de 2018 –C-527/16, asunto *Alpenrind*, apartados 91, 95 y 99–¹⁰⁴³).

De este modo, se ha sentado la doble perspectiva de la prohibición de sustitución: desde la perspectiva del Estado de envío (no se pueden mandar trabajadores desplazados sucesivamente por parte del mismo empleador), y desde la perspectiva del Estado de empleo (no se pueden recibir trabajadores desplazados, aunque sean de diferentes empleadores, para cubrir el mismo puesto de trabajo)¹⁰⁴⁴. Por tanto, podría decirse que el elemento personal, en este caso, es irrelevante (tanto desde el punto de vista del trabajador enviado como del empleador que lo envía), pues lo fundamental es el puesto a cubrir, sea por la misma persona desplazada, por personas enviadas por el mismo empleador, o por personas enviadas por diferentes empleadores. Con este requisito se trata de impedir, por tanto, la existencia de puestos de trabajo cubiertos constantemente mediante personas afiliadas en el extranjero¹⁰⁴⁵.

No obstante lo anterior, en casos excepcionales, cuando el trabajo no ha sido completado, se admite la aplicación de la regla especial del artículo 12.1 del Reglamento de base aun cuando el trabajador enviado sustituya a otra persona, a condición de que no se haya cumplido ya el periodo de desplazamiento máximo por todos los trabajadores

¹⁰⁴² Sobre el debate doctrinal acerca de la consideración de la regla para el desplazamiento de trabajadores como una excepción a la regla general o como una regla especial en el sentido de ser una verdadera *lex specialis*, SCHOUKENS, P. y PIETERS, D., “The rules within Regulation 883/2004...”, *op. cit.* (106-109); y RENNUY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 386-387 y doctrina ahí citada.

¹⁰⁴³ El supuesto de hecho origen del litigio tiene como protagonistas a tres empresas, dos húngaras (Martinmeat y Martinpex) y una austríaca (Alpenrind). En 2007, Alpenrind celebró un contrato con Martin-Meat para labores de despiece en sus propias instalaciones, labores que Martin-Meat realizaba mediante trabajadores desplazados a Austria. Posteriormente, el 24/01/2012, Alpenrind contrató a Matimpex para realizar esas labores de despiece, del mismo modo (mediante trabajadores desplazados a sus propias instalaciones situadas en Austria, con sus correspondientes certificados A1 expedidos por las instituciones húngaras). El 01/02/2014, Alpenrind volvió a celebrar un contrato con Martin-Meat para realizar, nuevamente, las labores de despiece del modo señalado.

¹⁰⁴⁴ Guía Práctica de la CACSS, p. 13/57.

¹⁰⁴⁵ MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 181.

enviados anteriormente¹⁰⁴⁶ (interpretación que ha sido acogida en el Acuerdo provisional de marzo de 2019 –artículo 12.2 *bis* propuesto–)¹⁰⁴⁷. Esto nos puede llevar a considerar que, en realidad, lo que se establece en el artículo 12.1 *in fine* es un requisito de temporalidad global, en el sentido de impedir que se sobrepase el umbral de duración máxima de desplazamiento, considerando el conjunto de trabajadores que han podido ser enviados para cubrir el mismo puesto de trabajo en destino.

Una cuestión que continúa pendiente de respuesta es si esta prohibición de reemplazo del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 podría alcanzar también a los trabajadores por cuenta propia. Este precepto guarda silencio al respecto, haciendo una referencia genérica a “otra persona enviada”, expresión que, en principio podría abarcar también a trabajadores por cuenta propia. Más aún, tras el asunto *Alpenrind*, dado que tendría poco sentido prohibir el encadenamiento de desplazamientos de trabajadores mediante diferentes empleadores, pero permitiendo conseguir el mismo efecto mediante el desplazamiento de trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, el apartado segundo del precitado artículo, referente al desplazamiento de trabajadores por cuenta propia, no establece la prohibición de reemplazo. Una interpretación literal de estos dos apartados, nos podría conducir a considerar válida una cadena de desplazamientos temporales en la que se intercala el desplazamiento de trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena, o de solo los primeros. Sin embargo, a mi entender, esta interpretación no podría considerarse ajustada a la finalidad de la norma de conflicto especial del artículo 12, ni al deber de interpretación estricta de la misma, siendo otra forma más de fraude de ley.

Esta cuestión fue abordada en la Propuesta de actualización de 2016, buscando incluir expresamente en esta prohibición de reemplazo del trabajador desplazado, tanto a personas enviadas previamente que ejerzan una actividad por cuenta ajena como por cuenta propia. Coherentemente con ello, y a diferencia de la regulación actual, se prevé incluir la misma matización en el apartado segundo del artículo 12 del Reglamento de base, referente a desplazamientos de trabajadores por cuenta propia¹⁰⁴⁸. En este mismo sentido se pronuncia el Acuerdo provisional de marzo de 2019.

¹⁰⁴⁶ Guía Práctica de la CACSS, p. 13/57. Apoyando esta interpretación, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 170; y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (54-55). Esta autora expone que, como consecuencia práctica de lo anterior, la empresa que pretenda desplazar a uno de sus trabajadores a otra empresa en el Estado de empleo, debería ponerse en contacto con esta última para verificar que no se conculcará la prohibición de reemplazo, evitando sorpresas desagradables, no solo para las empresas involucradas, sino también para el propio trabajador desplazado.

¹⁰⁴⁷ Supuesto que algunos autores han calificado de “*sustitución parcial*”. DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos...”, *op. cit.* (27).

¹⁰⁴⁸ Esta Propuesta también incluía una distinción entre trabajadores desplazados propiamente, al amparo de la Directiva 96/71, y el resto de casos, englobados bajo el término “trabajadores enviados”, distinción que, finalmente, ha sido descartada.

VI.5.1.B. Las formalidades del desplazamiento de trabajadores: la emisión de los certificados A1

288. El inicio del procedimiento. El procedimiento debe dar comienzo con la comunicación por parte del empleador a la institución competente del Estado miembro cuya legislación sea aplicable (en estos casos, la del Estado miembro de envío) de la intención de desplazar a uno de sus trabajadores a otro Estado miembro¹⁰⁴⁹. Este deber de información deberá cumplirse, siempre que sea posible, con carácter previo al desplazamiento (art. 15.1 del Reglamento de aplicación).

A la hora de solicitar el PD A1, es fundamental conocer el contenido de la Recomendación núm. A1 de la CACSS, de 18 de octubre de 2017, en cuyo Anexo se prevén preguntas generales a realizar a los solicitantes y, sobre todo, preguntas específicas para los supuestos de trabajadores desplazados vinculadas con los requisitos que deben verificarse para constatar la procedencia de la aplicación del artículo 12 del Reglamento de base¹⁰⁵⁰. Esta Recomendación también señala que el formulario de solicitud de estos documentos debe incluir una cláusula de exención de responsabilidad mediante la cual el solicitante declare haber respondido a todas las preguntas correctamente a su leal saber y entender y estar informado de la posibilidad de que se realicen controles cuya consecuencia puede ser la retirada del documento con efecto retroactivo (apartado 5).

289. Los deberes recíprocos de información. La institución competente a la que se haya informado del desplazamiento, previa realización de la correspondiente evaluación de la situación¹⁰⁵¹, expedirá un certificado de la legislación que resulta

¹⁰⁴⁹ En España, se efectuará, en todos los casos, mediante la presentación del modelo TA.300, denominado “*Solicitud de información sobre la legislación de Seguridad Social aplicable*”.

¹⁰⁵⁰ Entre las preguntas más relevantes a estos efectos, pueden señalarse las siguientes: El empleado está sujeto a la legislación del Estado de desplazamiento en el mes que precede a dicho desplazamiento: sí/no; Detalles de la actividad realizada en el mes inmediatamente anterior al desplazamiento; Naturaleza de la actividad en el Estado de desplazamiento; Naturaleza de la actividad en el Estado receptor; El empleado es enviado para sustituir a otro trabajador desplazado: sí/no; En caso afirmativo, indíquese por qué se considera necesaria esta sustitución; El empleado ya ha trabajado en el Estado miembro receptor de que se trate: sí/no; En caso afirmativo, indíquense los periodos anteriores de desplazamiento (desde, hasta); Número de trabajadores del empleador en el Estado de desplazamiento (sin incluir el personal administrativo); Número de trabajadores con puestos administrativos en el Estado de desplazamiento; Número de empleados desplazados; Número de contratos ejecutados en el Estado de desplazamiento; Número de contratos ejecutados en el Estado receptor; Volumen de negocios en el Estado de desplazamiento (en %); Volumen de negocios en el Estado miembro receptor (en %); El empleador del Estado de desplazamiento puede decidir finalizar el contrato con los empleados durante su desplazamiento: sí/no; El empleador del Estado de desplazamiento puede decidir los aspectos clave de la actividad realizada en el Estado receptor: sí/no; El contrato de trabajo se celebra con: el empleador del Estado de desplazamiento/la empresa del Estado receptor; El trabajador recibirá su remuneración de: el empleador del Estado de desplazamiento/la empresa del Estado receptor; La relación laboral continuará durante el periodo de desplazamiento: sí/no; La empresa a la que se desplaza el trabajador lo pondrá a disposición de otra empresa: sí/no.

¹⁰⁵¹ Sobre el deber de evaluación y vigilancia de las situaciones sujetas al artículo 12 del Reglamento 883/2004, apartado 6 de la Decisión núm. A2 de la CACSS, de 12 de junio de 2009, y considerando 4 de

aplicable al interesado (PD A1), indicando, si procede, hasta qué fecha y en qué condiciones¹⁰⁵² (art. 19.2 del Reglamento de aplicación)¹⁰⁵³. Asimismo, la citada autoridad deberá poner en conocimiento de esta situación a la autoridad competente del Estado miembro en el que el trabajador vaya a ejercer la actividad (art. 15.1 del Reglamento 987/2009).

La Decisión núm. A2 de la CACSS, de 12 de junio de 2009, en su número 5, puntualiza estos deberes de información. Concretamente, en línea con el artículo 19.1 del Reglamento 987/2009, establece el deber de la institución competente del Estado de envío de informar al empleador y al trabajador de las condiciones en las que se puede seguir sujeto a la legislación de Seguridad Social del Estado de origen; y el deber de informar al empleador de la posibilidad de realizar controles durante el periodo de desplazamiento (controles que podrán referirse, en particular, al pago de cotizaciones y al mantenimiento del vínculo orgánico). Estos controles deberían coordinarse entre las instituciones implicadas del Estado de envío y de empleo, que deberán cooperar también en la aplicación del artículo 12 del Reglamento de base. El deber de información es recíproco, por lo que también se establece la obligación del trabajador desplazado y su empleador

la Recomendación núm. A1 de la CACSS, de 18 de octubre de 2017. En este último texto se indica que “*la exigencia de que las instituciones hagan una evaluación apropiada de los hechos pertinentes para la determinación de la legislación aplicable en materia de seguridad social y, en consecuencia, que confirmen la exactitud de la información contenida en un Documento Portátil A1*”, deriva del principio de cooperación leal recogido, con carácter general, en el artículo 4.3 del TUE y, con carácter específico, en el artículo 76 del Reglamento 883/2004. Así lo ha defendido el Tribunal de Luxemburgo, entre otras, en sus sentencias de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, asunto *FTS*, apartado 51); de 26 de enero de 2006 (C-2/05, asunto *Herbosch Kiere*, apartado 22); de 27 de abril de 2017 (C-620/15, asunto *A-Rosa*, apartado 37); y de 6 de febrero de 2018 (C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 46).

¹⁰⁵² Además de en los casos del artículo 12 del Reglamento de base, estos certificados también se emiten en los supuestos de los siguientes artículos (con base en los artículos 15 y 19.2 del Reglamento de aplicación): 11.3.b) (funcionarios); 11.4 (trabajadores del mar); 13 (actividades en dos o más Estados miembros); 15 (agentes contractuales de la UE); y 16 (acuerdos de excepción). En España, la competencia para la emisión de estos certificados la ostentan las Direcciones Provinciales y Administraciones de la Seguridad Social, salvo en los casos del artículo 13.3 (ejercicio de actividad por cuenta ajena y por cuenta propia en diferentes Estados miembros), 13.4 (funcionario en un Estado miembro que ejerce una actividad por cuenta propia o ajena en otro Estado miembro), 15 (agentes contractuales de la UE) y 16 (acuerdos de excepción), cuya competencia corresponde a los Servicios Centrales de la Tesorería General de la Seguridad Social. Ampliamente, sitio web de la Seguridad Social española, disponible en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/966/1819/1824?changeLanguage=es>

Respecto de los miembros de tripulación de vuelo o de cabina del artículo 11.5 del Reglamento 883/2004, aunque el Reglamento de aplicación no se refiere a ellos, en la práctica, se vienen expidiendo certificados A1 para este colectivo. Esta laguna pretende ser corregida con la aprobación del Acuerdo provisional de marzo de 2019, que prevé la modificación del artículo 15.2 del Reglamento de aplicación para incluir, expresamente, a estos trabajadores. Sobre esta cuestión, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (557).

¹⁰⁵³ Un estudio reciente sobre estos certificado, las deficiencias en la evaluación previa a su emisión y las dificultades para recolectar datos acerca de los PD A1, en BILETTA, I., CABRITA, J. y GERSTENBERGER, B., *Improving the monitoring of posted workers in the EU*, Eurofound, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19054en.pdf

de informar a la institución competente del Estado de envío de toda modificación acontecida durante el desplazamiento¹⁰⁵⁴.

290. Los certificados de legislación aplicable PD A1. Estos certificados tienen como objetivo, al igual que la propia norma de conflicto del artículo 12 del Reglamento de base, facilitar la libre circulación de los trabajadores y la libre prestación de servicios (por todas, SSTJCE de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartado 48–; de 26 de enero de 2006 –C-2/05, *Herbosch Kiere*, apartado 20–; y SSTJUE de 27 de abril de 2017 –C-620/15, asunto *A-Rosa*, apartado 37–; de 6 de febrero de 2018 (C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 35–; y de 14 de mayo de 2020 –C-17/19, asunto *Bouygues travaux publics y otros*, apartado 37–).

La razón de ser de estos certificados aconseja su emisión previa o coetánea al inicio del desplazamiento. Precisamente por ello, los datos que se recaban en su solicitud se basan en la situación prevista del trabajador interesado durante el desplazamiento (STJUE de 4 de octubre de 2012 –C-115/11, asunto *Format*, apartado 43–¹⁰⁵⁵). Pese a ello, dado que el texto reglamentario no exige que se soliciten con carácter previo (solo señala que, en la medida de lo posible, se haga con antelación), estos certificados pueden emitirse con carácter retroactivo, incluso una vez finalizado el desplazamiento (STJCE de 30 de marzo de 2000 –C-178/97, asunto *Banks y otros*, apartados 52 a 57–; y STJUE de 6 de septiembre de 2018 –C-527/16, asunto *Alpenrind*, apartados 70-71 y 77–). Esto supone, sin duda, enormes problemas prácticos. Por una parte, cuando el trabajador desplazado haya sido sujeto a la legislación del Estado de destino al no existir PD A1 inicialmente y, con posterioridad, se emita uno con carácter retroactivo y vinculante¹⁰⁵⁶. Por otra parte, también puede darse la situación contraria, pues podría suceder que el Estado miembro de empleo no sujete al trabajador desplazado a su sistema de Seguridad Social esperando la emisión del certificado de ley aplicable emitido por el Estado de envío, país que, finalmente, no lo emite, derivándose especiales problemas desde el punto de vista del

¹⁰⁵⁴ Se hace referencia especial a tres circunstancias: que el desplazamiento no se haya llevado a cabo finalmente; que la actividad se haya interrumpido (fuera de los casos que no suponen la interrupción del periodo de desplazamiento, recogidos en el apartado 3.b de la Decisión); y que el trabajador en cuestión haya sido enviado por su empleador a otra empresa en el Estado de envío (sobre todo, en caso de fusión o de traspaso de empresas).

¹⁰⁵⁵ Dado ese carácter previsible, reviste gran importancia la descripción de la naturaleza del trabajo del empleado en cuestión que conste en los documentos contractuales. Sin embargo, si se desprende de factores relevantes distintos de estos documentos que la situación del trabajador es, de hecho, distinta a la que se describe documentalente, la obligación mencionada de aplicar correctamente los Reglamentos de coordinación, debe llevar a la institución competente a basar sus conclusiones en la situación real del trabajador y, en su caso, denegar la expedición del certificado (apartados 43 a 46).

¹⁰⁵⁶ Situación acontecida en el litigio origen de la STJUE de 6 de septiembre de 2018 (C-527/16, asunto *Alpenrind*, apartado 77).

acceso a eventuales prestaciones sociales por parte del trabajador afectado (situación acontecida en el asunto *Walltopia*)¹⁰⁵⁷.

Por último, es importante resaltar que, en la regulación actual, todos los desplazamientos, con independencia de su duración, deben cumplir este trámite administrativo, por muy breve que vaya a ser la estancia en el Estado de empleo. En la práctica, en cambio, dada la complejidad y carga burocrática de este procedimiento administrativo, no todos los empleadores cumplen con esta obligación, especialmente cuando los desplazamientos son breves¹⁰⁵⁸. La duda que no ha quedado resuelta en los textos reglamentarios es, si en ausencia de este formulario, podría existir verdaderamente un desplazamiento¹⁰⁵⁹, lo que conduce a plantearnos la naturaleza constitutiva o meramente declarativa del mismo¹⁰⁶⁰. A mi parecer, y partiendo de la consideración de la norma de conflicto del artículo 12 como imperativa si se cumplen los requisitos en ella incorporados, el PD A1 debería carecer de naturaleza constitutiva pues, de lo contrario, se estaría confiriendo un derecho de opción encubierto a las partes de la relación laboral¹⁰⁶¹. Además, como ha apuntado parte de la doctrina, con el reconocimiento del efecto retroactivo de estos certificados, se podría estar reforzando este posicionamiento¹⁰⁶².

291. El descuerdo en el contenido de la reforma de la emisión de los PD A1. La relevancia de los certificados de ley aplicable y su procedimiento de expedición en la práctica es notable. No en balde, uno de los tres puntos más conflictivos que todavía continúan siendo objeto de negociaciones al amparo del proceso legislativo abierto en 2016 para modificar los Reglamentos de coordinación, tiene al PD A1 como protagonista. El Acuerdo provisional alcanzado en marzo de 2019 incorpora una modificación del artículo 15.1 del Reglamento 987/2009, tendente a establecer la obligatoriedad de solicitar previamente el PD A1 con una única excepción (en la que no existirá obligación de solicitar dicho documento): los viajes de negocios. Con esta obligación se trata de

¹⁰⁵⁷ Sobre estas consecuencias prácticas indeseables y su ejemplo en el asunto *Walltopia*, CONTRERAS HERNÁNDEZ, O., *Desplazamiento de trabajadores en la UE...*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁵⁸ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (57).

¹⁰⁵⁹ LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale...”, *op. cit.*, marginal 72.

¹⁰⁶⁰ En contra de la configuración de estos formularios como condición constitutiva del desplazamiento, MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 186; posición reafirmada en MORSA, M., “La révision du cadre légal européen...”, *op. cit.* (127).

¹⁰⁶¹ No considero que esta conclusión se vea alterada por el efecto vinculante de estos certificados. Como se verá, en caso de estar ante un supuesto del artículo 12 del Reglamento de base, se prevén vías para su retirada o revocación, ya sea ante las instituciones o tribunales del Estado miembro emisor, ya sea por el TJUE mediante recurso de incumplimiento. Sobre este tema, ampliamente, *infra*, apartado VI.5.1.B.a.

¹⁰⁶² En este sentido, JORENS, Y., y LHERNOULD, J.-P., *Procedures related to the granting of Portable Document A1: an overview of country practices*, FresSco, European Commission, mayo de 2014, p. 36/45 (nota al pie 80), disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=13533&langId=en>

combatir el uso fraudulento y abusivo que se viene haciendo del desplazamiento de trabajadores, pero a costa de agregar una nueva losa burocrática a un proceso ya de por sí complicado, con su repercusión negativa en las libertades fundamentales que tratan de protegerse¹⁰⁶³.

La exigencia de solicitud previa ha necesitado incorporar otras disposiciones conexas para hacerla operativa. De este modo, por un lado, se propone la adición de un artículo 15.1.*bis* en el que se recoge que, cuando no se emita este certificado con carácter previo –siendo este obligatorio–, el empleador (o el propio interesado si no hay empleador) facilitará, a petición de la institución del Estado miembro de empleo, pruebas de que ha informado a la institución competente antes del inicio del desplazamiento. Por otro lado, se propone la incorporación de un apartado 4 en el artículo 20 del Reglamento de aplicación, para especificar que, cuando una persona trabaje en el Estado de empleo sin contar con el certificado correspondiente –siendo este obligatorio–, la institución competente del Estado miembro de empleo podrá pedir a la institución del Estado miembro cuya legislación sea aplicable, información relativa a la legislación que resulte de aplicación a esa persona. Si esta petición no es contestada en el plazo de 35 días laborables desde su recepción, la institución requirente podrá proceder como si no se hubiese emitido ningún certificado, informando de ello a la institución requerida. Si esta última institución emite el certificado con posterioridad, dicho certificado tendrá, “*si procede*” (“*where appropriate*”), efecto retroactivo.

Esta nueva regulación propuesta abre dos nuevas cuestiones pendientes de resolver. La primera, es la definición del concepto de “viajes de negocios”. La definición que ofrece el Acuerdo provisional se limita a señalar que esta expresión hace referencia a “*una actividad laboral temporal de corta duración organizada con poca antelación, u otra actividad temporal relacionada con los intereses empresariales del empleador y que no incluye la prestación de servicios o la entrega de bienes, tales como asistir a reuniones de negocios internas y externas, asistir a conferencias y seminarios, negociar acuerdos comerciales, explorar oportunidades comerciales o asistir y recibir formación*” (art. 1.2.e *ter* propuesto del Reglamento 987/2009). Esta definición ha supuesto un doble problema: primero, dada su vaguedad, no queda claro su contenido (por ejemplo, ¿qué debe entenderse por “corta duración”? y ¿por “poca antelación”?); y segundo, no incluye todos los supuestos que pueden verse seriamente obstaculizados por la exigencia previa de PD A1, como prestaciones breves de servicios en otro Estado miembro. Estos problemas llevaron a valorar la posibilidad de eliminar los “viajes de negocios” y establecer un

¹⁰⁶³ Así se señala en el Documento de Preparación para los siguientes debates a tres bandas, de 31 de octubre de 2019, de la Secretaría General del Consejo (ST 13582/19), ya citado, p. 3. Sobre la dudosa efectividad de esta notificación previa para mejorar el cumplimiento de las normas sobre desplazamiento, RENNUY, N., “Posting of workers: enforcement, compliance, and reform”, *European Journal of Social Security*, Vol. 22, núm. 2, 2020, pp. 212-234 (222-223).

parámetro temporal a la hora de determinar la obligatoriedad o no de solicitud previa¹⁰⁶⁴. Sin embargo, esta propuesta no fue acogida por el Parlamento Europeo, especialmente interesado en este tema. Los avances posteriores se han dirigido al debate sobre un posible modelo de doble exención que incluya, por un lado, los viajes de negocios (cuya definición deberá ser objeto de mayor precisión); y, por otro lado, el ejercicio de actividades de corta duración (cuando no se supere un número consecutivo de días) o actividades de corta duración recurrentes (cuando no se supere un número determinado de días en un periodo de referencia). Todo ello se acompaña de la posibilidad de agregar herramientas digitales para agilizar estos procesos¹⁰⁶⁵. Los debates continúan, quedando más que patente en los documentos de las negociaciones la importancia de esta modificación. No es casualidad que, en el marco de los anteriores Reglamentos, se previera un procedimiento abreviado de expedición de estos certificados para desplazamientos inferiores a tres meses que fue modificado en diversas ocasiones para combatir el fraude y, finalmente, terminó por suprimirse con los nuevos Reglamentos¹⁰⁶⁶.

La segunda cuestión que queda abierta es la referencia al efecto retroactivo, “si procede”, de los certificados emitidos con posterioridad a la sujeción del trabajador al Estado miembro de empleo en los casos de desplazamiento. Esta matización parece excluir un efecto vinculante retroactivo automático como se venía reconociendo por el Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, no queda claro en qué casos podría proceder ese efecto retroactivo. De admitirse que, en todos los casos en los que sea procedente la emisión de tales certificados, se deberá reconocer tal efecto, la exigencia de solicitud previa carecería de gran valor práctico y no modificaría mucho el régimen actualmente vigente. En cambio, si no se reconociera dicho efecto retroactivo ante un supuesto englobado en el artículo 12 del Reglamento de base, se derivarían importantes consecuencias:

- 1) Se estaría otorgando valor constitutivo al certificado (aunque este no sea suficiente para encuadrar válidamente un supuesto en el ámbito del artículo 12, la ley del Estado de envío solo sería aplicable desde su expedición –salvo acuerdo en contrario–);
- 2) Derivado de lo anterior, se estaría confiriendo un derecho de opción encubierto al empleador pues, de no iniciarse los trámites para obtener un certificado A1,

¹⁰⁶⁴ Propuesta incorporada en el precitado Documento de Preparación para los siguientes debates a tres bandas, de 31 de octubre de 2019, de la Secretaría General del Consejo (ST 13582/19).

¹⁰⁶⁵ Propuesta incorporada, inicialmente, en el Documento de Preparación para los siguientes debates a tres bandas, de 22 de noviembre de 2019 (ST 14389/19), y perfilada en mayor grado, posteriormente, en el Documento de 16 de octubre de 2020 (ST 11785/20).

¹⁰⁶⁶ Sobre este procedimiento abreviado extinto, MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 190; y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (57) y doctrina ahí citada. Esta autora aboga por la introducción de un procedimiento abreviado para los desplazamientos muy breves (pocos días) pero, sobre todo, que sean aislados o no continuos; así como por la automatización de la expedición de estos con garantías de veracidad, para agilizar el proceso (57 y 64).

podría no ser aplicable la regla del artículo 12 del Reglamento 883/2004 (lo que, a mi modo de ver, iría en contra de su carácter imperativo); y

- 3) Se podría estar perjudicando al trabajador desplazado (piénsese en una persona que ve interrumpida su carrera de seguro por un desplazamiento y que, debido a la brevedad del mismo, no le computa ese periodo de trabajo a determinados efectos prestacionales, lo que sería especialmente problemático en caso de reincidencia de esta conducta).

VI.5.1.B.a. El debate sobre el valor de los certificados A1 en el desplazamiento de trabajadores

292. El carácter vinculante de los documentos como punto de partida. De conformidad con lo ya expuesto, los documentos emitidos por las instituciones de un Estado miembro y los justificantes sobre cuya base se hayan emitido tales documentos, serán válidos ante las instituciones, autoridades y tribunales del resto de Estados miembros. En caso de duda sobre su validez, los Reglamentos de coordinación prevén un procedimiento basado en el diálogo entre las instituciones implicadas y, en caso de no prosperar este, un procedimiento de conciliación ante la CACSS o, en su caso, de mediación ante la Autoridad Laboral Europea –resuelto mediante un dictamen no vinculante¹⁰⁶⁷.

En materia de documentos portátiles A1, el TJUE ha reiterado constantemente que, mediante la emisión de estos certificados, se establece una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador de que se trate al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que está establecida la empresa que lo emplea, siendo vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que dicho trabajador realiza un trabajo. Esta solución adoptada trata de garantizar el principio de unicidad de ley aplicable (afiliación a un solo régimen de Seguridad Social), la previsibilidad del régimen aplicable y, por ende, la seguridad jurídica (por todas, SSTJCE de 10 de febrero de 2000 –C-202/97, asunto *FTS*, apartados 53 y 54–; de 26 de enero de 2006 –C-2/05, asunto *Herbosch Kiere*, apartados 24 y 25–; y SSTJUE de 27 de abril de 2017 –C-620/15, asunto *A-Rosa*, apartados 41 y 42–; y de 11 de julio de 2018 –C-356/15, asunto *Comisión*

¹⁰⁶⁷ No obstante, es importante tener en cuenta la existencia de ciertos acuerdos de cooperación de carácter bilateral que regulan aspectos relacionados con el procedimiento de resolución de discrepancias en materia de certificados E-101/A1, como el celebrado entre Alemania y Francia (“*Arrangement administratif sur la coopération*” franco-allemand “*pour la mise en place d'une procédure de contrôle du formulaire E101*”, de 9 de octubre de 2008, disponible en <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/accord%20franco-allemand.pdf>). Sobre estos convenios, *vid.* PÁRAMO MONTERO, P., “Desplazamiento de trabajadores transnacional: conflictos de competencia y legislación aplicable. Cooperación entre Estados de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 313-367 (326 y 351-352).

vs. *Bélgica*, apartados 87 y 88–). Y ello tanto si estos certificados se han emitido antes o durante el desplazamiento e, incluso, una vez finalizado este¹⁰⁶⁸.

Tal es la defensa férrea de este valor vinculante¹⁰⁶⁹, que se mantiene incluso en caso de error de apreciación –aunque sea manifiesto– en relación con los requisitos de aplicación de las normas de coordinación, y aun cuando se compruebe que las condiciones en las que se desarrolla la actividad del trabajador que ha obtenido el certificado en cuestión quedan “*manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material*” de la disposición correspondiente de los Reglamentos 1408/71 y 883/2004 (SSTJUE de 27 de abril de 2017 –C-620/15, asunto *A-Rosa*, apartados 52-53 y 61–; de 6 de febrero de 2018 –C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartado 46–; y de 14 de mayo de 2020 –C-17/19, asunto *Bouygues travaux publics y otros*, apartado 42–)¹⁰⁷⁰.

293. El punto de inflexión: el asunto *Altun y otros*. Esta jurisprudencia consolidada, sin embargo, sufrió una importante matización en la sentencia de 6 de febrero de 2018 (C-359/16, asunto *Altun y otros*), dictada por la Gran Sala del TJUE.

El origen del litigio surgió por la disconformidad de las autoridades belgas con los documentos portátiles A1 emitidos por las instituciones búlgaras, en relación con la contratación de personal por una empresa belga que opera en el sector de la construcción en Bélgica. Desde el año 2008, esta empresa belga apenas contaba con personal propio y subcontrataba todas sus contrataciones a empresas búlgaras, que desplazaban sus trabajadores desde Bulgaria a Bélgica para prestar sus servicios. Estos trabajadores desplazados eran titulares de PD A1 expedidos por las instituciones búlgaras. En una investigación judicial llevada a cabo en Bulgaria en el marco de un procedimiento penal iniciado en Bélgica, se constató que las empresas búlgaras no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria (es decir, eran “empresas buzón”).

A la vista de estas circunstancias, la Inspección de Trabajo belga solicitó a la autoridad búlgara que revisara de oficio o retirara los citados documentos A1, reiterando su petición cinco meses más tarde ante la ausencia de respuesta. Sin embargo, la autoridad búlgara se limitó a responder a esta segunda solicitud alegando que, en el momento de su

¹⁰⁶⁸ SSTJUE de 30 de marzo de 2000 (C-178/97, asunto *Banks y otros*, apartados 52 a 57); y de 6 de septiembre de 2018 (C-527/16, asunto *Alpenrind*, apartado 70).

¹⁰⁶⁹ Calificada por parte de la doctrina como “completamente desproporcionada”, ICARD, J., “Le détachement des travailleurs, symbole des débats sur l'avenir de l'Union européenne”, *Recueil Dalloz*, núm. 10, 2019, pp. 546-547.

¹⁰⁷⁰ Conviene precisar que el efecto vinculante señalado de los PD A1 solo es predicable de aquellos que se expiden en el marco de los Reglamentos de coordinación. Ello implica que este efecto no se extiende a los certificados de legislación aplicable expedidos al amparo de convenios bilaterales de Seguridad Social, aunque se use el mismo formulario y estén expedidos por la institución designada por la autoridad competente de un Estado miembro para emitirlos (STJUE de 9 de septiembre de 2015 –C-72/14 y 194/14, asuntos acumulados *X* y *van Dijk*, apartados 46 a 48–). Puede consultarse un comentario de este pronunciamiento en MORSA, M., “La révision du cadre légal européen...”, *op. cit.* (135-138).

expedición, las empresas búlgaras cumplían los requisitos administrativos necesarios, pero sin tener en cuenta los hechos constatados y declarados probados por las autoridades belgas. Ante esta situación, el Tribunal de Casación belga suspendió el procedimiento penal y planteó una cuestión prejudicial a los efectos de saber si un juez de otro Estado miembro diferente al emisor podría anular o no tener en cuenta los PD A1 en un caso, como el señalado, en el que los hechos muestran estar frente a una situación fraudulenta.

Aunque el TJUE comienza recordando la obligación de respetar el procedimiento previsto para resolver las eventuales controversias que pueden suscitarse entre las instituciones de los Estados miembros implicados sobre la validez o exactitud de los documentos A1 (apartado 46)¹⁰⁷¹, acto seguido hace referencia al principio general del Derecho de la Unión, de obligado respeto, en virtud del cual se prohíbe el fraude y el abuso de derecho (apartados 48 a 53). En virtud de este principio, *“la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión”*.

La conclusión a la que llega el Tribunal europeo en este caso es una excepción particular a su jurisprudencia tradicional, dando la posibilidad al tribunal nacional del Estado miembro receptor de no tener en cuenta los certificados A1 si concurren tres circunstancias:

- 1) Se constata judicialmente la emisión fraudulenta de los PD A1. Para ello, la resolución se debe basar en un conjunto de indicios que demuestren que se han incumplido los requisitos exigidos para emitir el certificado correspondiente (elemento objetivo), y que existía voluntad de los interesados de esquivar o eludir tal normativa para obtener la ventaja vinculada a dicho documento (elemento subjetivo);
- 2) Esta constatación de fraude se ha realizado en un proceso judicial que respeta las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo que deben concederse a las personas sospechosas de haber actuado fraudulentamente (apartado 56); y
- 3) Se ha presentado la correspondiente solicitud de revisión de oficio y de retirada de los certificados ante la institución emisora y esta, incumpliendo el principio

¹⁰⁷¹ Concretamente, señala que en caso de error de apreciación respecto de los requisitos de aplicación de las normas de coordinación, incluso aunque este sea manifiesto, y aun cuando se hubiera confirmado que las condiciones en las que se desarrolla la actividad quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de la disposición sobre la que se emitió el certificado A1, *“el procedimiento que ha de seguirse para resolver las eventuales controversias entre las instituciones de los Estados miembros afectados sobre la validez o exactitud de los certificados E 101 (A1) debe respetarse”*.

de cooperación leal, no ha tenido en cuenta la información facilitada para proceder a tal revisión (apartados 54 y 55).

Este pronunciamiento fue visto por la doctrina científica como un “esperanzador” golpe al blindaje de los certificados PD A1¹⁰⁷² en favor de la lucha contra el fraude en los desplazamientos¹⁰⁷³; en otros términos, la bajada al ámbito terrenal de estos aparentemente sagrados certificados¹⁰⁷⁴. Sin embargo, fue acogido con cautelas, a la espera de nuevos pronunciamientos del TJUE.

294. La jurisprudencia comunitaria tras el asunto *Altun y otros*. Tras la sentencia recaída en el asunto *Altun y otros*, el Tribunal de Luxemburgo se ha enfrentado en diversas ocasiones a la cuestión de la validez de los documentos portátiles A1. Un ejemplo de ello fue la ya citada sentencia de 6 de septiembre de 2018 (C-527/16, asunto *Alpenrind*). En este pronunciamiento, siguiendo la línea de la jurisprudencia precedente (incluido el asunto *Altun y otros*), se reiteró que, fuera de los casos de fraude y abuso de Derecho, los documentos A1 no pueden dejarse sin efecto por los tribunales del Estado miembro de acogida, pues de aceptarse tal proceder “*quedaría en entredicho el sistema basado en la cooperación leal entre las instituciones competentes de los Estados miembros*” (apartado 46)¹⁰⁷⁵. Una importante precisión realizada en esta sentencia fue negar que este carácter vinculante se viera afectado por el hecho de que la CACSS, de conformidad con el artículo 5.4 del Reglamento 987/2009, emitiera un dictamen en el que concluyó la emisión indebida de los certificados y, por tanto, la procedencia de su retirada por la institución emisora, pues el papel atribuido a esta Comisión se limita a la conciliación de las posturas de las autoridades nacionales implicadas (apartados 60 a 64). De este modo, se otorga la naturaleza de mero dictamen no vinculante a estas conclusiones alcanzadas en el seno de la CACSS, lo que se traduce en que las

¹⁰⁷² FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos”, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, núm. 142, 2019, pp. 71-99 (77, nota al pie 17). Esta autora califica esta sentencia como la puerta a “*una línea interpretativa interesante y esperanzadora con respecto al hecho de que solo el país de origen tiene la capacidad para retirar el certificado pertinente*”. En esta misma línea, alabando el paso dado en la lucha contra el fraude (aunque con dudas todavía por resolver), RODRÍGUEZ ROMERO, R. M., “La lucha contra el fraude en el desplazamiento de trabajadores: la validez de los certificados E101/A1 y ¿el primer cambio de doctrina jurisprudencial? (A propósito de la Sentencia del TJUE de 6 de Febrero de 2018, Asunto C-359/16, Caso *Altun y otros*)”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS), núm. 49, 2018, pp. 559-579.

¹⁰⁷³ MAVRIDIS, P., “Y a-t-il encore des règles de conflits de lois...”, *op. cit.* (266).

¹⁰⁷⁴ En esta línea, descartando el carácter “sagrado” de estos documentos, PÁRAMO MONTERO, P., “Desplazamiento de trabajadores transnacional...”, *op. cit.* (326).

¹⁰⁷⁵ En la misma línea, STJCE de 26 de enero de 2006 (C-2/05, asunto *Herbosch Kiere*, apartado 30); y SSTJUE de 27 de abril de 2017 (C-620/15, asunto *A-Rosa*, apartado 47); de 6 de febrero de 2018 (C-359/16, asunto *Altun y otros*, apartados 54, 55, 60 y 61); y de 11 de julio de 2018 (C-356/15, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartado 94).

instituciones emisoras no están jurídicamente obligadas a retirar o invalidar los certificados emitidos aunque el dictamen de la CACSS así lo recomiende¹⁰⁷⁶.

No obstante, no todos los supuestos de fraude o abuso, aun cuando haya sido acreditado, permiten no tener en cuenta los documentos A1, incluso aunque esta actuación cuente con apoyo normativo en la legislación interna del Estado miembro de acogida. Así lo estipuló el TJUE en su sentencia de 11 de julio de 2018 (C-356/15, asunto *Comisión vs. Bélgica*). En esta ocasión, el Tribunal europeo señaló que ninguna disposición de los Reglamentos de coordinación autoriza a los Estados miembros a establecer unilateralmente, por vía legislativa, la inaplicabilidad del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 en caso de fraude o abuso. Por tanto, incluso en tales supuestos, resulta de aplicación el principio de cooperación leal de los artículos 76.6 del Reglamento 883/2004 y 5 del Reglamento 987/2009 (apartado 98). Coherentemente con este posicionamiento, una normativa estatal como la belga controvertida, que autorizase a las instituciones de Seguridad Social e inspectores de trabajo nacionales a no tener en cuenta los certificados A1 expedidos por otro Estado miembro y a someter a los trabajadores desplazados a su propia legislación de Seguridad Social en casos de fraude acreditado, sería contraria a los principios de cooperación leal y unicidad de ley aplicable, así como a la norma de conflicto especial prevista en el artículo 12 del Reglamento 883/2004 (apartados 86 y 95)¹⁰⁷⁷.

Más recientemente, en el año 2020, el TJUE ha emitido otros dos nuevos pronunciamientos vinculados a esta cuestión, uno de ellos con especial relevancia a los efectos de este apartado: la sentencia de 2 abril de 2020 (C-370/17 y C-37/18, asuntos acumulados *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*), dictada por la Gran Sala. En esta sentencia, el Tribunal europeo ha dado un paso adicional en su jurisprudencia previa, concretando lo señalado en el asunto *Altun y otros*. En esta ocasión, estamos ante una verdadera aplicación de la excepción recogida en este último asunto, no una mera mención *obiter dicta* como en algunas sentencias precedentes, por ello resulta oportuno analizar detenidamente el contenido de este nuevo pronunciamiento.

Por una parte, el caso C-370/17 tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera instancia francés, en procedimiento civil iniciado a instancia de la Caja de Pensiones del Personal de Vuelo Profesional de la Aviación Civil (CRPNPAC) contra Vueling Airlines por el perjuicio sufrido por la falta de afiliación del personal de vuelo contratado por esta compañía aérea al régimen de jubilación

¹⁰⁷⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (59).

¹⁰⁷⁷ En mi opinión, y sobre la base del carácter meramente declarativo de estos certificados, aunque la actuación estatal pudiera considerarse contraria al principio de cooperación leal y al principio de unicidad de ley aplicable, no lo sería respecto de la norma de conflicto contenida en el artículo 12.1 del Reglamento de base, pues no estaríamos ante un caso incluido en su supuesto de hecho.

complementario gestionado por aquella. Este procedimiento fue suspendido durante la tramitación de un proceso penal que concluyó mediante sentencia del Tribunal de Casación francés, en la que se declaró que la compañía aérea Vueling disponía de una sucursal o, al menos, de una base de operaciones en territorio francés, por lo que no existía un desplazamiento de trabajadores a los efectos del artículo 14.1.a) del Reglamento 1408/71, estando en presencia de un supuesto del artículo 14.2.a.i, y, por tanto, con competencia de la ley francesa –no la española– de Seguridad Social. Además, también se constató que Vueling había infringido de manera intencionada las normas de coordinación, incurriendo, así, en fraude.

Tras la obtención de sentencia de apelación condenatoria (posteriormente confirmada por la citada sentencia del Tribunal de Casación francés), y cerca de cuatro años después de que la Inspección de Trabajo francesa levantara acta de infracción contra Vueling, se solicitó a la institución española emisora que retirara los certificados E-101 emitidos, a la vista de los hechos constatados, petición que fue aceptada un mes después de la sentencia emitida por el Tribunal de Casación. A pesar de que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por Vueling contra esta resolución, posteriormente, se emitió una resolución rectificativa dejando sin efecto dicha anulación de los certificados. Los motivos alegados para tal rectificación son ilustrativos de los problemas que la dilación en la resolución de estos conflictos puede acarrear a los afectados: 1) dado el tiempo transcurrido desde los hechos, no era posible devolver las cotizaciones abonadas anteriormente debido a su prescripción; y 2) los trabajadores afectados, que habían podido disfrutar de prestaciones en razón de esas cotizaciones, podrían encontrarse sin protección social si se anulaba su afiliación (apartado 33).

A la vista de todo lo acontecido ante la jurisdicción penal y en vía administrativa, cuando se reanudó el procedimiento en vía civil, el Tribunal de Primera instancia francés presentó una cuestión prejudicial sobre el efecto de los certificados E-101 controvertidos.

Por otra parte, el caso C-37/18 tiene origen en la demanda interpuesta por el Sr. Poignant, trabajador contratado por Vueling como copiloto, contrato en el que figuraba un domicilio ficticio en Barcelona, cuando siempre había estado en Francia, trabajador que fue “desplazado” a este último país durante un periodo inicial de 6 meses, prorrogado otros 6 meses más, sobre la base del artículo 14.1.a) del Reglamento 1408/71. El actor solicitó que la extinción de su contrato fuera calificada de resolución por irregularidad grave del Derecho francés imputable al empresario, y que se le abonara, entre otras, una compensación a tanto alzado por trabajo encubierto y una indemnización por el perjuicio derivado de la falta de cotización al régimen francés de Seguridad Social. Este proceso llegó ante la Sala de lo Social del Tribunal de Casación francés, donde se decidió plantear una cuestión prejudicial acerca del efecto del certificado E-101 emitido en el caso del Sr.

Poignant, cuando la mera lectura del mismo permitía deducir que se había obtenido de manera fraudulenta.

En este pronunciamiento, el TJUE vuelve a afirmar el efecto vinculante de estos certificados al señalar que, sobre la base de los principios de cooperación leal y unicidad de ley aplicable, la presencia de indicios concretos de fraude –como los constatados en los litigios principales– no es suficiente para justificar que las instituciones u órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida “*declaren con carácter firme que se ha cometido un fraude y decidan no tener en cuenta*” estos documentos (apartados 61 y 62).

No obstante, acto seguido y en línea con lo indicado en el asunto *Altun y otros*, reconoce la posibilidad de que los Tribunales del Estado miembro de destino puedan declarar que se ha cometido un fraude y, por tanto, no tener en cuenta los certificados emitidos. Para ello, es necesaria la concurrencia acumulativa de tres requisitos¹⁰⁷⁸:

- En primer lugar, y con naturaleza de “paso previo obligatorio”, debe haberse iniciado, sin dilación, el procedimiento del artículo 84 *bis*, apartado 3 del Reglamento 1408/71 (actual artículo 76.6 del Reglamento 883/2004), previsto para los casos de discrepancias en la aplicación o interpretación de las normas de coordinación entre instituciones de los Estados miembros implicados. Debido a la importancia de este requisito, se encomienda al órgano jurisdiccional nacional la tarea de comprobar, con carácter previo, si la institución competente ha iniciado tal procedimiento antes de dirigirse a él. De no ser así, este órgano jurisdiccional deberá desplegar todos los medios jurídicos que tenga a su disposición para garantizar que la citada institución inicie dicho procedimiento (apartado 79)¹⁰⁷⁹. Solo una vez haya concluido insatisfactoriamente este procedimiento –con la correspondiente suspensión del proceso judicial si fuese necesario¹⁰⁸⁰–, el órgano

¹⁰⁷⁸ Estos dos primeros requisitos fueron recordados, nuevamente, en la STJUE de 14 de mayo de 2020 (C-17/19, asunto *Bouygues travaux publics y otros*, apartado 43). En esta sentencia se cuestionó el valor de un PD A1 a efectos del cumplimiento de la normativa laboral francesa. El Tribunal europeo concluyó que los certificados en cuestión no producen efectos vinculantes respecto a las obligaciones impuestas por el Derecho nacional en materias distintas de la Seguridad Social “*como, en particular, las relativas a la relación laboral entre empresarios y trabajadores, en especial, las condiciones de empleo y de trabajo*” (apartado 48). No obstante, con independencia de la ubicación formal de la disposición enjuiciada (en este caso, en el Código de Trabajo francés), si se concluye que tal disposición “*tiene por único objeto garantizar la afiliación de los trabajadores afectados a una u otra rama del régimen de seguridad social y, por tanto, únicamente garantizar el cumplimiento de la legislación en la materia*”, los certificados emitidos, en principio, deberían tenerse en cuenta (apartado 53). Un interesante análisis de esta sentencia en ICARD, J., “*Portée du certificat de détachement : hors sécurité sociale, le juge national n'est pas lié !*”, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1523 y ss.

¹⁰⁷⁹ El motivo alegado por el Tribunal de Luxemburgo para exigir la puesta en marcha de este procedimiento es la finalidad de garantizar el respeto al principio de unicidad de ley aplicable, de manera que no se menoscabe la previsibilidad del régimen aplicable y la consiguiente seguridad jurídica (apartado 70).

¹⁰⁸⁰ Lo que supone la creación “*de una especie de óbice procesal*”, GÓMEZ ABELLEIRA F. J., “*El carácter vinculante del certificado sobre aplicación de la Ley de Seguridad Social en los conflictos entre autoridades de distintos Estados de la UE*”, *Trabajo y Derecho*, núm. 67, julio 2020, versión electrónica (p. 10/15).

jurisdiccional del Estado de acogida podrá pronunciarse con carácter firme sobre la existencia de fraude y no tener en cuenta el correspondiente certificado PD A1 (apartado 80).

- En segundo lugar, la institución emisora competente no debe haber procedido a la revisión solicitada a la luz de la información proporcionada y no haberse pronunciado, dentro de un plazo razonable, anulando o retirando, en su caso, los certificados controvertidos¹⁰⁸¹.
- En tercer lugar, como ya se había proclamado en el asunto *Altun y otros*, el proceso judicial en el que se deben invocar los indicios concretos de fraude en la emisión o invocación de los certificados debe dar la posibilidad a las personas implicadas de refutar las pruebas en las que se base ese proceso, respetando las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo (apartado 77).

De cuanto antecede, el Tribunal de Luxemburgo concluyó que no se había respetado el primer requisito señalado por dos motivos: 1) la solicitud de revisión frente a la institución española emisora se produjo cerca de cuatro años después de que la Inspección de Trabajo francesa levantara acta de infracción (por tanto, no puede entenderse que se procedió a dar inicio a este procedimiento “sin dilación”, y ello con independencia de la respuesta tan tardía de las instituciones españolas); y 2) los Tribunales que conocieron del asunto en las diferentes instancias no tuvieron en cuenta ni el inicio (el Tribunal de Apelación) ni el desarrollo (el Tribunal de Casación) del procedimiento de diálogo entre las instituciones de los Estados miembros implicados (apartados 84 y 85).

En definitiva, de este pronunciamiento se pueden extraer dos conclusiones generales. La primera, es la confirmación de la existencia de un pequeño margen de apreciación de los tribunales nacionales del Estado miembro receptor de estos

¹⁰⁸¹ En el caso origen del procedimiento, la institución española tardó más de dos años en responder a la petición realizada por las instituciones francesas, plazo que el Tribunal ha considerado que no puede calificarse como “razonable” a estos efectos (apartado 85).

certificados, fuertemente condicionado¹⁰⁸² y de carácter *ex post* (no preventivo)¹⁰⁸³. La segunda, es la voluntad clara y manifiesta del TJUE de dotar de un verdadero carácter obligatorio al procedimiento previsto en el artículo 76.6 del Reglamento 883/2004, contribuyendo a garantizar su efecto útil (apartado 81 –dotándolo de estas importantes consecuencias, es presumible que las instituciones competentes lo iniciarán sin dilación, incitando a las instituciones emisoras de los certificados a responder dentro de un plazo razonable–)¹⁰⁸⁴.

Por último, otra importante conclusión de este pronunciamiento, esta vez, en el plano procesal, es que el principio interno de fuerza de cosa juzgada de una resolución penal firme, aunque impida que esta sentencia (y las interpretaciones en ella contenidas) pueda cuestionarse a pesar de ser contraria al Derecho de la Unión¹⁰⁸⁵, no puede legitimar su utilización en la jurisdicción civil como único sustento para estimar demandas indemnizatorias presentadas sobre la base de los mismo hechos, pues lo contrario atentaría contra el principio de efectividad (apartados 96 y 97).

La alternativa propuesta por el Abogado General, rechazada por el TJUE, consistía en abandonar el carácter de presunción *iuris et de iure* de la presunción de regularidad de la afiliación acreditada por el PD A1 para pasar a una presunción mixta que podría ser desvirtuada probando la existencia de fraude (teniendo en cuenta la definición estricta de tal concepto en el Derecho de la Unión), sin ser suficiente la existencia de simples sospechas (apartado 102). Esta interpretación del Abogado General –que comparto– se

¹⁰⁸² RENNUIY, N., “Posting of workers...”, *op. cit.* (216). En este mismo sentido, la doctrina ha apuntado que, con los pronunciamientos posteriores al asunto *Altun y otros*, en particular, los asuntos acumulados *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*, se confirma el carácter excepcional de esta doctrina, que no enerva la jurisprudencia previa sobre el efecto vinculante de los PD A1. En esta línea, por todos, GÓMEZ ABELLEIRA F. J., “El carácter vinculante del certificado...”, *op. cit.* (p. 6/15). Sobre la prudencia que debía aplicarse tras el asunto *Altun*, que solo abría una “ventana estrecha” y cuyas condiciones llevaban incluso a cuestionar la eficacia de la apertura realizada (que se ha confirmado con los pronunciamientos posteriores), LHERNOULD, J.-P., “La fraude au détachement reconnue mais strictement balisée”, *Semaine Sociale Lamy*, núm. 1804, 26 de febrero de 2018, versión electrónica (pp. 1 y 3-4/6). En la misma línea, tras los asuntos acumulados *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*, se ha llegado a señalar que los requisitos exigidos son tan estrictos que “*esta posibilidad ahora parece en gran medida teórica*”; CHATZILAOU, K., “La lutte contre la fraude sociale...”, *op. cit.* (p. 7/14).

¹⁰⁸³ LLOBERA VILA, M., “La respuesta europea a las “empresas buzón”: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, octubre de 2018, pp. 536-566 (540).

¹⁰⁸⁴ El valor que el TJUE ha otorgado al desarrollo del diálogo entre instituciones competentes fue criticado duramente por el Abogado General en su escrito de Conclusiones, donde señaló que esta conclusión resultaría incompatible con el principio general que prohíbe las prácticas fraudulentas o abusivas y “*equivaldría a tolerar algo inaceptable en una Unión de Derecho: por un lado, un justiciable podría obtener beneficio de su comportamiento fraudulento; por otro, un juez debería tolerar, o incluso respaldar el fraude*”. Escrito de Conclusiones del Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el 11 de julio de 2019 (asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18), apartado 76.

¹⁰⁸⁵ Conclusión que ha sido criticada por algunos autores por parecer poco compatible con los principios que rigen el proceso penal (especialmente en caso de sentencia condenatoria), incluso cuando, como en este caso, se ha producido una vulneración del Derecho de la Unión. GÓMEZ ABELLEIRA F. J., “El carácter vinculante del certificado...”, *op. cit.* (p. 11/15).

ha considerado doctrinalmente más acorde con la lucha contra el fraude¹⁰⁸⁶ y una forma de evitar una doble neutralización consecuencia de la jurisprudencia del TJUE: la de la norma de conflicto del artículo 14.2 del Reglamento 1408/71 (actual artículo 12.1 del Reglamento de base); y la del poder del juez del Estado de acogida frente a los casos de fraude¹⁰⁸⁷.

295. Las cuestiones que la nueva jurisprudencia comunitaria ha dejado abiertas. Con este nuevo pronunciamiento, sin embargo, no se han aclarado muchas dudas que quedaron abiertas con el asunto *Altun y otros*.

La primera duda, de indudable calado, hace referencia al alcance del deber de cooperación leal exigible a la institución emisora del PD A1. La pregunta que cabe plantearse es si es necesaria la inacción en tiempo razonable del Estado emisor para poder aplicar esta doctrina o, en cambio, también es aplicable cuando la respuesta se formule en dicho plazo, pero con una defensa formal de la emisión de tales certificados frente a los elementos aportados. Equivalentemente, qué debe entenderse por “no tener en cuenta la información” proporcionada por el Estado de acogida a la hora de dar respuesta a esa petición por las instituciones emisoras, elemento de base en esta doctrina¹⁰⁸⁸. Siguiendo lo señalado por el Abogado General en su escrito de Conclusiones, podría considerarse razonable exigir a la institución emisora que analice expresamente los datos comunicados por la institución del Estado de acogida en la motivación de su decisión para poder entender cumplida esta exigencia¹⁰⁸⁹.

En el asunto *Altun y otros*, consta que la institución competente respondió a la solicitud sin tener en cuenta los hechos comunicados por las autoridades del Estado de acogida, mientras que en los asuntos *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*, la institución respondió fuera de un plazo razonable. Por tanto, fuera de esos dos casos concretos, quedan muchas dudas que el TJUE deberá ir resolviendo en sus próximos pronunciamientos.

Ello nos conduce, inexorablemente, a plantearnos el modo en el que el juez del Estado de destino deberá verificar que la institución competente del Estado emisor ha

¹⁰⁸⁶ Lucha que, como se recoge en el considerando 3 de la *Decisión núm. H5, de 18 de marzo de 2010, relativa a la cooperación en la lucha contra el fraude y el error en el marco del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Consejo y Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social*, también forma parte de la correcta aplicación de los Reglamentos de coordinación.

¹⁰⁸⁷ Sobre esta posición doctrinal, *vid.* CHATZILAOU, K., “La lutte contre la fraude sociale...”, *op. cit.*

¹⁰⁸⁸ Sobre esta duda no resuelta en el asunto *Altun y otros*, por todos, LHERNOULD, J.-P., “La fraude au détachement...”, *op. cit.* (p. 4/6); y LLOBERA VILA, M., “La respuesta europea a las “empresas buzón”...”, *op. cit.* (546).

¹⁰⁸⁹ Apartado 108 del escrito de Conclusiones del Abogado General (asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18) ya citado.

cumplido su deber de responder la solicitud formulada teniendo en cuenta la información que le ha sido facilitada. Sorprendentemente, el TJUE parece investir a los tribunales del Estado receptor de una especie de potestad de control sobre la actuación de las instituciones nacionales del Estado emisor¹⁰⁹⁰. Sin duda, una cuestión que generará más de un problema interpretativo y de aplicación.

La segunda duda sin resolver es qué parámetros deben considerarse para la definición de los conceptos indeterminados de “sin dilación” y “plazo razonable” para entender que los Estados implicados han cumplido sus respectivas obligaciones de cooperación leal¹⁰⁹¹. No olvidemos que, solo si la institución del Estado de acogida ha planteado la solicitud a la institución emisora “sin dilación”, podrá tener la esperanza de que, a ciertos efectos, los certificados emitidos puedan no tenerse en cuenta. Asimismo, que la institución emisora no responda a esta solicitud en un “plazo razonable” es la vía para que se pueda desencadenar tal resultado. Sin embargo, el TJUE no fija ni plazos ni umbrales a considerar a la hora de verificar tales requisitos temporales. Es más, ni siquiera está del todo claro desde qué momento debe empezar a computar ese periodo “sin dilación”: ¿desde que se detecta una posible infracción por una Inspección nacional?, ¿desde que el órgano jurisdiccional del Estado receptor se percató de la situación e insta a la institución competente a iniciar el procedimiento de diálogo administrativo? En su caso, ¿qué órgano jurisdiccional debe velar por el cumplimiento de este requisito, el primero que conozca del litigio, necesariamente, sin posibilidad de subsanación posterior, o cualquiera de los sucesivos órganos jurisdiccionales que se enfrenten al caso concreto en las sucesivas instancias?

De esta jurisprudencia solo podemos extraer dos conclusiones –bastante extremas, además–, allende las cuales, no existe ninguna referencia:

- 1) Cuatro años desde el levantamiento del Acta de infracción por la Inspección correspondiente es una dilación demasiado larga para entender cumplido el requisito señalado. Teniendo en cuenta este supuesto, quizá debamos inclinarnos por entender que el cómputo del plazo se inicia con el fin de la actuación inspectora. Sin embargo, dada la lentitud característica del sistema judicial –al menos del español–, se hace difícil imaginar que un tribunal nacional pueda conocer del litigio e incentivar el inicio del procedimiento de

¹⁰⁹⁰ Señalando el resultado paradójico de la interpretación del principio de cooperación leal realizada por el TJUE en esta sentencia en virtud de la cual le otorga potestad al juez nacional del Estado receptor para controlar el cumplimiento de la obligación de respuesta de las instituciones extranjeras, frente a su incompetencia para no tener en cuenta los certificados emitidos por el Estado emisor, CHATZILAOU, K., “La lutte contre la fraude sociale...”, *op. cit.* (p. 8/14).

¹⁰⁹¹ Planteándose también esta incógnita, CHATZILAOU, K., “La lutte contre la fraude sociale...”, *op. cit.* (p. 8/14).

diálogo si no se ha realizado previamente respetando el requisito de inicio “sin dilación”.

- 2) Dos años para responder una solicitud de la institución del Estado receptor no es un periodo de tiempo razonable a estos efectos.

El tercer interrogante abierto hace referencia a la nada desdeñable dificultad que entraña para las instituciones y órganos jurisdiccionales del Estado de destino, por un lado, la constatación de la existencia de fraude (que requerirá poner en marcha unos medios investigadores que no siempre será posible utilizar); y, por otro lado, distinguir el fraude del error manifiesto de apreciación de las condiciones de aplicación, pues, como se ha encargado de precisar el TJUE, solo el primero podría desencadenar las consecuencias previstas en los asuntos *Altun y otros* y *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*¹⁰⁹².

Por último, considero interesante exponer un problema adicional apuntado por el Abogado General en su escrito de Conclusiones respecto del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador afectado por el fraude cometido por su empleador (apartados 94 a 101)¹⁰⁹³. El Tribunal europeo ha centrado su análisis en la ponderación de los principios en juego: el de cooperación leal, unicidad de ley aplicable, primacía del Derecho de la Unión, seguridad jurídica, lucha contra el fraude, etc. Sin embargo, ¿dónde quedan los trabajadores afectados por el fraude en todo este entramado administrativo y judicial? En las situaciones de fraude en el marco de una relación laboral, el principal damnificado suele ser el trabajador implicado, titular del derecho de libre circulación que los Reglamentos de coordinación tratan de proteger. Sin embargo, como ha apuntado el Abogado General, estos trabajadores no tienen facultades para iniciar el requisito del diálogo entre instituciones exigido por el TJUE, ni velar porque este se inicie.

Tomando como ejemplo el caso del Sr. Poignant, a la hora de plantear su demanda indemnizatoria por daños y perjuicios, el trabajador estará ante una difícil tesitura: solo si demanda ante los tribunales españoles, estos órganos jurisdiccionales podrán valorar la validez de los certificados PD A1 emitidos por las instituciones españolas. Sin embargo, si quisiera demandar ante los tribunales del Estado de destino, en la práctica, dado que la competencia del juez extranjero para no tener en cuenta el certificado en cuestión depende de ese diálogo administrativo, este trabajador podría ver condicionado su derecho a la tutela judicial efectiva a un requisito cuyo cumplimiento queda fuera de su alcance. Esta situación, en palabras del Abogado General, es “*difficilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la CFUE*” (apartado 96). Además, señala que la extensión de la jurisprudencia sobre el efecto vinculante de estos certificados

¹⁰⁹² LHERNOULD, J.-P., “La fraude au détachement...”, *op. cit.* (pp. 3-4/6).

¹⁰⁹³ En la misma línea que la seguida por el Abogado General, CHATZILAOU, K., “La lutte contre la fraude sociale...”, *op. cit.* (p. 8/14).

al contexto de la competencia judicial internacional “*equivaldría, en la práctica, a privar al trabajador del fuero más apto para dirimir el litigio y proteger sus intereses*”, siendo probable “*que el desconocimiento de la lengua y del derecho local y el alejamiento de su domicilio hagan renunciar al trabajador al ejercicio de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de envío*” (apartado 101).

296. El ineficaz sistema de resolución de controversias en el ámbito de la coordinación comunitaria. Esta evolución jurisprudencial puede considerarse el resultado de la falta de eficacia y efectividad del sistema previsto en la actualidad para resolver las discrepancias entre Estados miembros respecto de estos certificados.

En primer lugar, respecto del procedimiento previsto en los artículos 76.6 del Reglamento 883/2004 y 5 del Reglamento 987/2009, ha quedado patente la falta de credibilidad entre los propios Estados miembros derivada, probablemente, de la dejadez que algunos de ellos han evidenciado en algunas ocasiones (bien no respondiendo, o bien haciéndolo muy tarde, de manera abstracta o inexacta). Además, el hecho de que la duración de este proceso pueda extenderse hasta más de un año, y sin garantías de éxito en cuanto a la resolución del problema, podría explicar el porqué del desuso de esta vía¹⁰⁹⁴. Estos problemas son, precisamente, los que se han intentado reparar a nivel europeo mediante dos vías: 1) la primera, tendente a garantizar la eficacia del sistema, mediante las sentencias del TJUE recaídas en los asuntos *Altun y otros* y *CRPNPAC y Vueling Airlines*; y, 2) la segunda, buscando garantizar la efectividad del mismo, mediante la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación.

Así, mediante su jurisprudencia reciente, el Tribunal de Luxemburgo ha dejado claro que, si se quiere poder obviar la existencia de un PD A1, es requisito *sine qua non* recurrir, sin dilación, al procedimiento administrativo previsto en el artículo 5 del Reglamento 987/2009. Este procedimiento podría resolverse de la mejor manera posible, llegando a un acuerdo entre las partes (en casos de fraude o abuso, logrando la invalidación o revocación de los certificados) pero, es posible, que no se alcance tal consenso por falta de una verdadera cooperación de las instituciones del Estado emisor. Por ello, el TJUE ha introducido un aliciente a la verdadera participación activa de estas instituciones en sus sentencias, al penalizar su inactividad o falta de colaboración en un

¹⁰⁹⁴ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P., “El control del cumplimiento de la legislación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores desplazados: nuevo criterio jurisprudencial. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de febrero de 2018 (asunto C-359/16)”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 422, 2018, pp. 151-157 (152-153 y 155). Sobre la duración del procedimiento de diálogo y conciliación, puede consultarse la Decisión núm. A1, de 12 de junio de 2009, en particular: apartados 9 y 11 (duración de la primera fase del procedimiento de diálogo hasta 3 o 6 meses); apartados 15 y 16 (duración de la segunda fase de diálogo, potestativa, de hasta 8 semanas); y 18 (duración del procedimiento de conciliación hasta 6 meses).

plazo razonable con la posibilidad de que los tribunales nacionales del Estado receptor puedan no tener en cuenta estos certificados. Con esta interpretación se corrige un vacío legal que la doctrina había apuntado hacía tiempo: la ausencia de penalización o sanción alguna a la institución que no respetara el deber de cooperación leal, dotando a este deber de naturaleza más moral que legal¹⁰⁹⁵. En este sentido, el propio Tribunal ha reconocido que se trata de dotar de un “efecto útil” a estas disposiciones reglamentarias (asuntos *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*, apartado 81). Recordemos que la jurisprudencia reiterada del TJUE ha descartado la posibilidad de que un Estado miembro pueda escudarse en el incumplimiento de las obligaciones del resto de Estados miembros para justificar sus propios incumplimientos, pues la aplicación del Derecho de la Unión no puede someterse a una condición de reciprocidad (por todas, SSTJCE de 26 de febrero de 1976 –52/75, asunto *Comisión vs. República Italiana*, apartado 11–; de 11 de enero de 1990 –C-38/89, asunto *Blanguernon*, apartado 7; de 19 de noviembre de 2009 –apartado 48–; y STJUE de 11 de julio de 2018 –C-356/15, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartado 106–). En consecuencia, un incumplimiento del deber de cooperación leal de la institución del Estado miembro de envío no podría justificar el incumplimiento de las disposiciones de los Reglamentos por parte de las instituciones del Estado miembro de empleo; este último deberá recurrir a los procedimientos habilitados por el propio Derecho comunitario.

Esta jurisprudencia, en cambio, no concreta todos los extremos necesarios para garantizar la efectividad de este procedimiento administrativo, por lo que se considera pertinente dotar de mayor claridad al mismo, finalidad que se pretende alcanzar mediante la Propuesta de actualización.

En segundo lugar, respecto del posible recurso a la vía jurisdiccional comunitaria o nacional del Estado miembro emisor del certificado, también se presentan inconvenientes. Por un lado, en relación con el recurso a los tribunales nacionales del Estado de envío, además de las consideraciones realizadas respecto de la tutela judicial efectiva del trabajador afectado, se plantea la duda de la legitimación de la administración extranjera para incoar la invalidación o retirada del documento, si bien parece evidente que sería parte interesada¹⁰⁹⁶. Por otro lado, en relación con el recurso al procedimiento de incumplimiento ante el TJUE, su principal inconveniente es, sin duda, la duración del proceso, cuya media se estima en dos años y medio¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁵ En estos términos, VERSCHUEREN, H., “Sécurité sociale et détachement au sein de l’Union européenne. L’affaire Herbosch Kiere : une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social transfrontalier et à la fraude sociale”, *Revue Belge de Sécurité Sociale*, núm. 3, 2006, pp. 405-451 (437).

¹⁰⁹⁶ Este problema procesal ha sido apuntado en CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (58).

¹⁰⁹⁷ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P., “El control del cumplimiento de la legislación...”, *op. cit.* (153).

297. La evolución del contenido de la Propuesta de actualización respecto de la lucha contra el fraude vinculado a los PD A1. Toda esta problemática no pasó desapercibida en la Propuesta de actualización planteada por la Comisión en diciembre de 2016, que introdujo algunos cambios en este aspecto tratando de mejorar la regulación actual, cambios refrendados en gran parte en el Acuerdo provisional de marzo de 2019. En efecto, en los considerandos del nuevo reglamento modificativo propuesto se incluye, expresamente, el objetivo de apoyar a los Estados miembros en su lucha contra el fraude y el error en la aplicación de las normas de coordinación, con referencia específica al objetivo de agilizar el procedimiento de verificación y retirada de documentos, particularmente, en materia de legislación aplicable (considerandos 13 y 15 y 15 *bis* –este último, añadido en el Acuerdo Provisional–). Para conseguir estos objetivos, se establecen diversas acciones normativas que pueden agruparse en cinco aspectos:

- Refuerzo de la cooperación entre instituciones. Se prevé reforzar la posibilidad de intercambio de datos personales de personas a las que se aplican los Reglamentos de coordinación entre las instituciones implicadas (siempre que las peticiones sean necesarias y proporcionadas), para determinar cualquier inexactitud de los hechos en los que se base un documento o decisión que determine los derechos u obligaciones de esa persona. A estos efectos, se faculta a la CACSS para elaborar una lista detallada, de carácter exhaustivo primero (2016) e indicativo después (2019), de los tipos de solicitudes y respuestas que se podrán realizar (modificación del artículo 2 del Reglamento 987/2009).

Con esta finalidad de reforzar la cooperación, el Acuerdo provisional pretende ampliar la posibilidad de solicitar información a cualquier institución implicada, no solo a la del Estado de residencia o estancia como se prevé en la versión vigente del artículo 5.3 Reglamento 987/2009, en los casos de duda sobre la información facilitada por los interesados, la validez de un documento o justificante o la exactitud de los hechos en que se basa su contenido.

- Endurecimiento del proceso de evaluación previa de los PD A1. Por una parte, se pretende dotar a la Comisión de poderes para adoptar actos de ejecución en aras de especificar el procedimiento normalizado a seguir (incluyendo plazos), en relación con los artículos 12 y 13 del Reglamento de base, para: la expedición, formato y contenido del PD A1; elementos que deberán verificarse antes de su expedición, retirada o rectificación; y retirada del documento cuando se impugne su exactitud o validez por la institución del Estado receptor (arts. 76 *bis* y 76 *ter* del Reglamento 883/2004 añadidos en el Acuerdo Provisional)¹⁰⁹⁸. Por otra parte, se incorpora la

¹⁰⁹⁸ En el Acuerdo provisional se eliminó la referencia a la potestad de la Comisión para determinar las situaciones en que se podría expedir ese documento, y se especificó que los elementos que deberán verificarse antes de su expedición, también deberán examinarse antes de su retirada o rectificación. Véanse

obligación específica de la institución emisora de evaluar adecuadamente los hechos pertinentes y garantizar que la información relevante para la emisión del PD A1 es correcta (art. 19.3 del Reglamento 987/2009)¹⁰⁹⁹.

- Restricción de la validez de los PD A1. La Propuesta de actualización incorporaba una modificación del artículo 5.1 del Reglamento 987/2009 limitativa de la validez de los documentos emitidos por una institución de un Estado miembro a los casos en los que se hubiesen cumplimentado todas las secciones obligatorias (de manera automática). Sin embargo, en el Acuerdo provisional se establece un procedimiento previo de verificación con la institución emisora en estos supuestos. Si en 30 días laborables no se obtiene la información faltante, la institución requirente podrá proceder como si ese documento nunca se hubiese expedido, informando de ello a la institución emisora¹¹⁰⁰.
- Incorporación de una definición de fraude. Durante la tramitación de la Propuesta de actualización se ha completado la noción de fraude hasta llegar a la versión incorporada en el Acuerdo Provisional, con el siguiente contenido: *“toda acción u omisión intencionada, con el fin de obtener o recibir prestaciones de seguridad social o de evitar pagar cotizaciones de seguridad social, que contravenga el Derecho del Estado o Estados miembros correspondientes, el Reglamento de base o este Reglamento”* (traducción propia¹¹⁰¹, con subrayado en las partes incorporadas respecto de su versión de 2016). Como puede comprobarse, esta definición se corresponde con la proclamada por el TJUE en los asuntos *Altun y otros* y *CRPNPAC y Vueling Airlines*¹¹⁰², recogiendo los elementos objetivo y subjetivo anunciados. Sin embargo, tal y como ha apuntado la doctrina, el uso de

los artículos 76 *bis* del Reglamento 883/2004 y 20 *bis* del Reglamento 987/2009 añadidos en la Propuesta de la Comisión de 2016.

¹⁰⁹⁹ Sin embargo, como ha apuntado parte de la doctrina, se echa en falta la positivización de un deber de controlar el cumplimiento de los requisitos del desplazamiento tras la expedición del certificado, momento a partir del cual *“la necesidad de cumplimiento comienza”*. RENNUY, N., “Posting of workers...”, *op. cit.* (228). Este autor –para quien la raíz del problema reside en que quien ostenta la competencia de controlar el cumplimiento de estas normas (institución del Estado de envío) carece de la capacidad y del incentivo para ello– también hace una reflexión sobre el reparto de competencias entre las instituciones de envío y de empleo para poder garantizar un mejor cumplimiento de las normas de desplazamiento (229-230).

¹¹⁰⁰ En la práctica, esta disposición es de suma importancia por dos motivos: 1) por la elevada frecuencia de la existencia de formularios que son imperfectamente cumplimentados; y 2) por la escasa probabilidad de que se respete el plazo fijado de 30 días, teniendo en cuenta las prácticas administrativas de todos los Estados miembros. LHERNOULD, J.-P., “Les règlements coordonnant...”, *op. cit.* (p. 9/12).

¹¹⁰¹ Versión original en inglés: *‘fraud’ means any intentional act or intentional omission to act, in order to obtain or receive social security benefits or to avoid paying social security contributions, contrary to the law of the Member State(s) concerned, the basic Regulation, or this Regulation.*

¹¹⁰² Sobre la afinidad de esta definición con la sentencia *Altun*, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (62).

este concepto en los Reglamentos de coordinación es muy escaso (art. 19 *bis* propuesto), por lo que su utilidad puede ser también limitada¹¹⁰³.

- Regulación del procedimiento de verificación de documentos expedidos. La Propuesta de actualización pretendía modificar el artículo 5.2 del Reglamento 987/2009 con la finalidad de establecer un procedimiento, con alcance general, para los casos en los que existan dudas sobre la validez de un documento expedido por la institución competente de otro Estado miembro o la exactitud de los hechos en los que este se base. Para ello, se establecía un plazo máximo de respuesta de la institución emisora del documento de 25 días laborables –o solo 2 en casos urgentes (con motivos de urgencia indicados claramente en la solicitud)–, con el deber de enviar todos los justificantes con la respuesta proporcionada. Además, en los casos de fraude indiscutible, se preveía la retirada inmediata de los documentos por la institución emisora y con efectos retroactivos. Si, tras este procedimiento, la institución requirente seguía albergado dudas, podría volver a plantear una consulta, en los mismos términos expuestos. Si no se llegara a ningún acuerdo, se mantendría igualmente el recurso a la labor de conciliación de la CACSS.

Con esta modificación, tal y como han apuntado algunos autores, la calificación de la existencia de fraude continuaría recayendo en el Estado emisor, pero seguiría sin excluirse expresamente la competencia del país de destino en estos supuestos, por lo que la posibilidad avalada por el TJUE en los asuntos *Altun* y *otros* y *CRPNPAC* y *Vueling Airlines* podría considerarse todavía abierta¹¹⁰⁴.

En el Acuerdo Provisional se mantiene en gran parte el contenido de la Propuesta, pero se ha optado por diferenciar el procedimiento de revisión de los PD A1 del resto de casos –siendo el primero más estricto–, y regularlo de forma separada al artículo 5 del Reglamento 987/2009. Así, se propone la incorporación de un artículo 19 *bis* del Reglamento 987/2009 para regular el procedimiento específico para los supuestos de dudas sobre la validez de un certificado de legislación aplicable. Los principales cambios respecto de la Propuesta de 2016, además de su circunscripción a los casos de PD A1, pueden sintetizarse en los siguientes:

- o Se exige que la institución requirente fundamente su solicitud y proporcione la documentación de respaldo pertinente que dio lugar a la misma.

¹¹⁰³ MORSA, M., “La révision du cadre légal européen...”, *op. cit.* (162).

¹¹⁰⁴ CUENCA ALARCÓN, M., “Seguridad Social, libre circulación y mecanismos de coordinación en casos de desplazamiento temporal: jurisprudencia, reformas, debates. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de febrero de 2018. Asunto C-359/16, *Altun* y *otros*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, versión electrónica (p. 7/11).

- Los plazos se amplían de 25 a 30 días laborables para los casos generales, y de 2 a 10 días laborables para los casos urgentes.
- Se establece el efecto retroactivo de la retirada o rectificación con carácter general, tanto en los casos de error como de fraude. No obstante, se prevé una importante precisión, en línea con los problemas expuestos por la institución española en los asuntos *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*: se invita a los Estados miembros implicados a celebrar acuerdos, en atención al artículo 16 del Reglamento 883/2004, cuando exista un riesgo de resultado desproporcionado y, en particular, la pérdida de la condición de asegurado durante la totalidad o parte del periodo pertinente en todos los Estados miembros afectados.

Para el resto de supuestos excluidos del artículo 19 *bis*, se fija un plazo máximo de resolución de las consultas recibidas por la institución de un Estado miembro de 35 días laborables (art. 20.3 del Reglamento 987/2009).

Por último, es importante destacar el cambio operado en el apartado 4 del citado artículo 5 del Reglamento 987/2009. Este precepto se pretende completar incorporando que, en su labor de conciliación de posturas, la CACSS podrá adoptar una decisión sobre la interpretación de las disposiciones pertinentes de los Reglamentos de coordinación. Sobre esta decisión, se precisa que las autoridades e instituciones competentes interesadas tomarán las medidas necesarias para aplicarla, “*sin perjuicio del derecho de las autoridades, instituciones y personas interesadas a recurrir a los procedimientos y tribunales previstos por la legislación de los Estados miembros, por el presente Reglamento o por el Tratado*”. La pregunta que cabe hacerse a la luz de esta redacción propuesta es si sería suficiente para evitar un nuevo asunto *Altun y otros* o *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*. La respuesta no parece muy alentadora, especialmente si tenemos en cuenta el precedente del asunto *Alpenrind*¹¹⁰⁵.

En definitiva, como ha reconocido doctrina cualificada¹¹⁰⁶, lo pretendido por la Comisión en esta materia y, en gran parte, refrendado por el Acuerdo provisional (sobre

¹¹⁰⁵ En esta línea, coincidiendo en que este cambio no afectaría al valor actualmente asignado a las decisiones de la CACSS, MORSA, M., “La révision du cadre légal européen...”, *op. cit.* (164). En contra de esta posición, considerando que esta disposición podría otorgar efecto vinculante a las decisiones de la CACSS, sin perjuicio de la necesaria previsión de un recurso de anulación para este tipo de decisiones, JAULT-SESEKE, F., “La coopération loyale au sens des règles de coordination des régimes de sécurité sociale. Interrogations autour des certificats de détachement”, en VV. AA., *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière...*, *op. cit.*, pp. 115-124 (122).

¹¹⁰⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (63).

la que se ha alcanzado un acuerdo final¹¹⁰⁷), ha sido normativizar lo ya dispuesto por la Comisión Administrativa en su Decisión núm. A1 para dotarlo de carácter obligatorio y vinculante para los Estados miembros, añadiendo ciertos elementos adicionales (como, por ejemplo, los plazos indicados, más restrictivos).

Como última apreciación sobre el contenido de la Propuesta de actualización, es importante tener en cuenta que, de aprobarse el Acuerdo provisional, se prevé un periodo de espera de veinticuatro meses desde la entrada en vigor del Reglamento de modificación (el primer día del mes siguiente a la fecha de publicación en el DOUE) para que las previsiones contenidas, entre otros, en los artículos 5 (apartados 1 *bis* a 4), 19.*bis* y 20 (apartados 3 y 4) del Reglamento 987/2009, sean aplicables (art. 3 del Reglamento de modificación pendiente de aprobación). Por tanto, las posibles bondades que esta modificación pueda suponer, no tendrán efecto en el corto plazo.

298. El Acuerdo provisional, ¿suficiente para solucionar el problema? De lo expuesto, se podrían considerar aclaradas algunas de las dudas que la última jurisprudencia comunitaria había dejado abiertas. En efecto, podría entenderse que una respuesta “en plazo razonable” de la institución nacional requerida sería aquella que se realice dentro de los plazos fijados en los Reglamentos (es decir, 30 días con carácter general, o 10 días en casos urgentes, según el Acuerdo Provisional de marzo de 2019). No se ofrece respuesta, en cambio, a la concreción del término “sin dilación” para iniciar el procedimiento de diálogo. Asimismo, también podría considerarse resuelta la cuestión sobre si una mera defensa formal de la emisión de los certificados por parte de la institución emisora en plazo razonable bastaría para impedir los efectos expuestos en el asunto *Altun y otros*. De conformidad con el contenido del Acuerdo provisional, es necesario que la institución requerida envíe todos los justificantes en los que se basa la respuesta proporcionada. De esta redacción podría deducirse que, solo si la posición de la institución emisora es justificada por esas evidencias, teniendo en cuenta también la información facilitada por la institución requirente, se debería considerar cumplido este trámite.

Pese a ello, hay importantes cuestiones pendientes de resolver. En primer lugar, no se reconoce expresamente consecuencia alguna a la omisión de respuesta o respuesta tardía de la institución requerida¹¹⁰⁸. Sería una buena oportunidad para incluir la

¹¹⁰⁷ Como se ha indicado anteriormente, los tres temas que continúan actualmente en fase de negociación no incluyen esta cuestión (*supra*, nota al pie 869).

¹¹⁰⁸ Esta ausencia de consecuencias negativas hace que no se espere un gran incremento en la efectiva cooperación entre instituciones como consecuencia de este procedimiento. RENNUIY, N., “Posting of workers...”, *op. cit.* (223).

jurisprudencia señalada en el texto reglamentario, incentivando de manera más directa y clara a las instituciones nacionales a cooperar de manera leal entre ellas.

En segundo lugar, hay otra cuestión que permanece intacta después de los pronunciamientos del TJUE, incluso con el contenido del Acuerdo provisional: cómo solucionar el problema de fondo de estas situaciones fraudulentas respecto de la situación de Seguridad Social del trabajador afectado. La potestad ofrecida a los tribunales o instituciones del Estado de acogida en ciertos supuestos tasados¹¹⁰⁹ no es, en ningún caso, la de retirar o invalidar estos certificados (pues, como ya se señaló, una resolución o sentencia en este sentido no tendría eficacia alguna en el Estado emisor de tal documento), sino solo la de “no tenerlos en cuenta”. Tampoco resuelve este problema el recurso a la conciliación en el seno de la CACSS (dado el precedente del asunto *Alpenrind* y que el Acuerdo provisional no parece dotarlo, en mi opinión, de verdadero efecto vinculante) o a la mediación de la ALE (resuelta mediante dictamen no vinculante).

En este sentido, cabría plantearse si la citada jurisprudencia podría utilizarse de base para lograr un cambio en la ley aplicable en materia de Seguridad Social en un supuesto acreditado de fraude. Recordemos que ninguno de los dos asuntos mencionados tenía como objeto principal un litigio en materia de Seguridad Social tendente a dirimir el aseguramiento de los trabajadores desplazados. Esto ha llevado a una parte de la doctrina a ser cautelosa a la hora de valorar el alcance de esta jurisprudencia, considerando que “*difícilmente podrá ser un argumento para el cambio de normativa aplicable, pues tan solo avala la mera inaplicación del PD A1 permitiendo sancionar a quienes lo solicitaron fraudulentamente*”¹¹¹⁰.

Por tanto, el problema de fondo continúa plenamente inconcluso. Si esta jurisprudencia solo pudiese amparar obviar un PD A1 a efectos sancionadores, este documento continuaría siendo válido a efectos de la determinación de la legislación aplicable, sin posibilitar la afiliación del trabajador afectado en el verdadero sistema nacional de Seguridad Social competente. Contrariamente, si se avalara obviar este documento a estos últimos efectos (lo que parece habilitar el Acuerdo provisional en los dos casos mencionados), dado que para el Estado de origen continuaría siendo válido, estaríamos ante un elevado riesgo de quiebra del principio de unicidad de ley aplicable, con las consiguientes complicaciones que ello genera.

¹¹⁰⁹ El Acuerdo provisional solo faculta a la institución requirente a no tener en cuenta el documento expedido por otra institución nacional en dos ocasiones: cuando este no esté debidamente cumplimentado y no se facilite la información faltante en el plazo de 30 días laborables (art. 5.1. *bis* del Reglamento 987/2009); y cuando el documento PD A1 no se ha expedido con carácter previo al desplazamiento, en los casos en los que sea obligatorio hacerlo, y no ha dado respuesta a la consulta planteada en el plazo de 35 días laborables (art. 20.4 del Reglamento 987/2009).

¹¹¹⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (60).

299. Posibles soluciones. Ante esta vorágine de interrogantes, la doctrina ha considerado necesario establecer un verdadero mecanismo de resolución de conflictos entre Estados miembros en materia de ley aplicable a la relación de Seguridad Social, con carácter vinculante. Las vías para conseguir este resultado podrían ser diversas. Por un lado, se ha apuntado a la posibilidad de recurrir a la ALE para que resuelva estos problemas¹¹¹¹. Sin embargo, dadas las facultades que actualmente tiene conferidas y que ya han sido expuestas, no es una solución posible en la actualidad. En esta línea, se ha propuesto la incorporación, en el marco de esta Autoridad, de un arbitraje voluntario por parte de los Estados miembros implicados, con el efecto de conseguir una solución más rápida al tiempo que se libra de carga de trabajo al TJUE¹¹¹². Como punto débil de esta propuesta, se podría pensar en la reticencia de los Estados miembros emisores de aceptar este arbitraje, teniendo en cuenta la falta de cooperación que algunos de ellos han mostrado en estos asuntos.

Otra posibilidad –y, en mi opinión, la más operativa en este momento–, sería establecer un procedimiento judicial especial para estos casos de validez de documentos, de carácter sumario y urgente, ante el TJUE¹¹¹³. Este procedimiento contaría con la fiabilidad y obligatoriedad característica de los procedimientos judiciales ante el TJUE (además del carácter público de sus pronunciamientos y vinculante para futuras sentencias, lo que contribuye a la previsibilidad y seguridad jurídica), pero superando el problema de la dilación de los procesos judiciales. En este proceso judicial no solo se debería habilitar a las instituciones, autoridades y tribunales del Estado de destino a no tener en cuenta estos certificados, sino que el resultado de esta sentencia comunitaria debería generar la pérdida de efectos, con carácter retroactivo, de los PD A1 expedidos erróneamente, o en situaciones abusivas o fraudulentas.

Para que la protección a los trabajadores afectados fuera completa, sería necesario poder regularizar la situación de cotización que se ha originado durante el periodo previo a la retirada del PD A1 (aplicable tanto en estos casos de resolución judicial de la disputa

¹¹¹¹ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P., “El control del cumplimiento de la legislación...”, *op. cit.* (157).

¹¹¹² CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (61 y 65). Asimismo, defendiendo la creación de un Tribunal arbitral, aunque con posibles trabas legislativas, RENNUY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 408. La primera autora también señala la posibilidad de los trabajadores desplazados o sus propias empresas de acudir al sistema de solución de conflictos, de carácter gratuito, SOLVIT, debido a sus buenos resultados (y su brevedad: 10 semanas desde la aceptación de la cuestión). SOLVIT puede intervenir en los casos en que una administración pública de otro país de la UE, Islandia, Liechtenstein o Noruega no respete los derechos otorgados a los ciudadanos y a las empresas, siempre que no se haya llevado el asunto a los tribunales. Más información sobre este sistema en https://ec.europa.eu/solvit/index_es.htm En mi opinión, este recurso podría ser de gran utilidad, si bien se deja recaer el peso del inicio del procedimiento sobre el trabajador afectado, que muy probablemente desconozca esta posibilidad, pues la empresa no estará interesada en iniciarlo al ser la causante de la situación fraudulenta.

¹¹¹³ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P., “El control del cumplimiento de la legislación...”, *op. cit.* (157).

como en los que el Estado de origen decida retirar o invalidar el PD A1 voluntariamente). Para ello, el recurso a los acuerdos del artículo 16 del Reglamento 883/2004 es una posibilidad que prevé el Acuerdo provisional, pero cuenta con el inconveniente del carácter voluntario de los mismos. Quizá convendría prever en los propios Reglamentos, al menos con alcance general, el modo de regularizar este cambio de legislación aplicable de modo imperativo, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar acuerdos específicos para determinados supuestos. Como ha apuntado parte de la doctrina, un modo en el que se podría proceder a esta regulación vía reglamentaria podría ser mediante el establecimiento de un procedimiento de trasvase de cotizaciones entre los Estados implicados¹¹¹⁴. En esta línea parece ir la modificación del artículo 73 del Reglamento 987/2009 pretendida¹¹¹⁵.

VI.5.2. Carácter permanente de la concurrencia prestacional: el artículo 13 del Reglamento 883/2004

300. La necesidad de una norma de conflicto especial. La última norma de conflicto especial recogida en los Reglamentos de coordinación hace referencia a las personas que trabajan en varios Estados miembros. En estos casos, la ley del Estado de empleo efectivo no resuelve el problema del conflicto de leyes, dado que, precisamente, la prestación en varios Estados es la causa de la especialidad de la situación (así, la apreciación de la territorialidad se ve dificultada¹¹¹⁶). Tampoco nos encontramos ante supuestos de prestaciones de servicios peculiares, ni por razón de los empleadores, ni por razón del lugar de prestación de los servicios. Contrariamente, nos encontramos ante una prestación de servicios que podría denominarse “típica”, con la peculiaridad de que se desarrolla en más de un Estado miembro. Sin embargo, la solución ofrecida para el desplazamiento de trabajadores tampoco resuelve el problema específico planteado, pues, en estos casos, no existe un lugar de prestación de servicios que pueda calificarse de “habitual” frente a otro “temporal”, sino que estamos en presencia de dos lugares de trabajo “habituales”. Esta particularidad hace necesaria una norma de conflicto específica que pueda solucionar, adecuadamente, los conflictos de leyes que estas actividades desarrolladas en más de un Estado miembro puedan originar¹¹¹⁷.

¹¹¹⁴ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (58).

¹¹¹⁵ La doctrina ha apuntado que, según la regulación actualmente vigente, en los casos de error o fraude en la emisión de los A1, no sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 73.2 del Reglamento 987/2009, sino en los artículos 75 a 85, con aplicación de las disposiciones de prescripción nacionales. FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 489. Sobre este particular, *vid.* números 346 y 347.

¹¹¹⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Capítulo II. Problemas de aplicación...”, *op. cit.* (56).

¹¹¹⁷ Sobre la especialidad de esta situación que justifica la introducción de una norma de conflicto diferenciada, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 175-176.

301. Precedentes normativos. La versión original del artículo 13 del Reglamento 3/58 solo preveía tres excepciones a la regla general *lex loci laboris*: para los trabajadores destacados; para los trabajadores del transporte internacional; y para los trabajadores que ejercieran una actividad en el territorio de un Estado miembro, en una empresa con sede en el territorio de otro Estado miembro y que estuviese atravesada por la frontera común de estos Estados¹¹¹⁸. No fue hasta el año 1964 cuando, mediante el artículo 1 del Reglamento 24/64, se introdujo una norma específica para los supuestos de prestación de servicios de trabajadores asalariados o asimilados desarrollada normalmente en más de un Estado miembro, fuera del sector del transporte internacional.

En esta primera regulación, se privilegiaba al Estado miembro de residencia del trabajador cuando se ejerciera allí una parte de su actividad¹¹¹⁹, tanto si el trabajador estaba empleado por un solo empleador, como si estaba empleado por una pluralidad de ellos (STJCE de 1 de marzo de 1973 –73/72, asunto *Bentzinger*, apartado 4–)¹¹²⁰. Subsidiariamente, si el trabajador en cuestión no residía en ninguno de los Estados miembros en los que ejercía su actividad, la ley aplicable sería la del Estado miembro donde estuviese/n la/s sede/s o domicilio/s de la/s empresa/s o empleador/es que lo ocupara/n. No obstante, cuando el trabajador estuviese ocupado por varias empresas o empleadores con sedes o domicilios en varios Estados miembros sin desarrollar ninguna actividad en el Estado miembro de su residencia, la ley aplicable sería la de este último Estado miembro.

De manera similar, pero con una ordenación diferente, el artículo 14.1.c) de la versión original del Reglamento 1408/71 (posterior artículo 14.2.b), con idéntico contenido), disponía que estos trabajadores, estarían sujetos: 1) a la legislación del Estado miembro de su residencia, si ejercieran una parte de su actividad en este territorio (independientemente de si en dicho Estado se ejerciera una actividad principal o

¹¹¹⁸ Sin perjuicio de las reglas previstas en el artículo 14 para los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares, y la excepción mediante acuerdos del artículo 15.

¹¹¹⁹ A favor de la selección de esta conexión, dada la coincidencia de los dos vínculos de conexión más importantes (residencia del trabajador y ejercicio de la actividad) en el mismo lugar, TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants... op. cit.*, p. 346. Sobre el carácter preferente del lugar de residencia del trabajador, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 292.

¹¹²⁰ Este precepto fue aplicado en un supuesto de actividad desarrollada de modo ocasional, no habitual, en el territorio de otro Estado miembro, diferente al de residencia del trabajador, al entender que “cuando la letra c) del apartado 1 del artículo 13 se refiere a los trabajadores que ejerzan normalmente su actividad en varios Estados miembros, no pretende excluir de su ámbito de aplicación el caso del trabajador que, no cumpliendo los requisitos previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 13, ejerza su actividad en un Estado miembro distinto al de residencia, de un modo no habitual, sino ocasional” (STJCE de 24 de junio de 1975 –C-8/75, asunto *Association du Foot-Ball Club d’Andlau*, apartado 10–, sobre la situación de cinco músicos de nacionalidad alemana, contratados por un empresario francés y residentes en Alemania, que habían ejercido su actividad en Francia en 1970, con ocasión de tres bailes organizados por la *Association du Foot-Ball Club d’Andlau*).

secundaria, por no especificar nada el tenor del precepto –STJCE de 23 de septiembre de 1982, 276/81, asunto *Kuijpers*, apartados 15 y 16–; y tanto si el trabajador ejerce sus actividades por cuenta de uno o varios empleadores –STJCE de 16 de febrero de 1995, C-425/93, asunto *Calle Grenzshop*, apartado 13¹¹²¹–); o si dependieran de varias empresas o de varios empresarios con sedes o domicilios en el territorio de diferentes Estados miembros; o 2) a la legislación del Estado miembro de sede o domicilio de la empresa o empresario que los ocupara, si no residieran en el territorio de uno de los Estados miembros en los que ejercieran su actividad.

El Reglamento 883/2004 incorporó varias modificaciones, pero manteniendo la ordenación en función del criterio de conexión¹¹²². En primer lugar, como ya se ha tenido ocasión de señalar, se suprimió el régimen específico previsto para los trabajadores del sector del transporte internacional. En segundo lugar, introdujo algunas novedades en el contenido de las normas de conflicto para este colectivo. Concretamente, la persona que ejerciera normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estado miembros estaría sujeta: 1) a la legislación del Estado miembro de su residencia, si ejerciese una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si dependiera de varias empresas o de varios empresarios que tuviesen su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros¹¹²³; o 2) a la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupara principalmente tuviese su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerciera una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia (modificaciones con subrayado).

Con la incorporación de la necesidad de ejercicio de una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia, que se mantiene vigente, se pretendían evitar situaciones abusivas en las que, con una mínima actividad en dicho Estado, se pudiera escapar de la ley del Estado de establecimiento del empleador. Más problemática fue, en cambio, la incorporación de la expresión “ocupación principal”, pues no en todos los casos existía una ocupación principal y una secundaria, sino sendas ocupaciones equivalentes en términos de importancia¹¹²⁴.

¹¹²¹ La situación origen de este pronunciamiento fue la de un trabajador danés, residente en Dinamarca, que trabajaba exclusivamente para una empresa domiciliada en Alemania pero que, en el contexto de esta relación laboral, ejercía regularmente una parte de su actividad en Dinamarca (aproximadamente, diez horas por semana), por periodos que no se limitaban a los doce meses previstos para el desplazamiento de trabajadores.

¹¹²² MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (273).

¹¹²³ De esta forma, se le atribuye una función “estabilizadora” a la conexión de la residencia en la “inestable” vida de este trabajador. *Vid.* MIRANDA BOTO, J. M., “Capítulo XV. Los trabajadores fronterizos en el Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social...*, *op. cit.*, pp. 363-380 (370).

¹¹²⁴ Lo que parte de la doctrina ha considerado “*un grave error de simplificación*” del legislador comunitario que, no obstante, fue corregido posteriormente. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (273).

Esta regulación fue nuevamente modificada en el año 2012 por el artículo 1.6 del Reglamento 465/2012, con variaciones importantes, que continúa constituyendo la versión actualmente en vigor.

302. El actual artículo 13.1 del Reglamento 883/2004. El primer apartado del actual artículo 13 del Reglamento de base, tras la modificación realizada por el Reglamento 465/2012, incorpora cinco supuestos diferentes para las personas que ejercen normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros mediante la inclusión de una norma de conflicto de conexión múltiple en cascada¹¹²⁵. Para determinar la ley aplicable a cada uno de estos casos, se debe responder a cinco preguntas en cascada (en caso de respuesta negativa, deberá pasarse a la pregunta siguiente y así sucesivamente, hasta obtener respuesta positiva): 1) ¿se ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia?; 2) ¿existe un único empleador?; 3) ¿todos los empleadores tienen su sede/domicilio en el mismo Estado miembro?; 4) ¿todos los empleadores tienen sus sedes/domicilios en solo dos Estados miembros, siendo uno de ellos el de la residencia del trabajador?; 5) ¿la situación no está incluida en ninguno de los supuestos anteriores? (es decir, hay varios empleadores y las sedes/domicilios de todos ellos están en más de dos Estados miembros distintos al de la residencia del trabajador).

En primer lugar, este precepto distingue dos grandes supuestos, en función de si se ejerce o no una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia, siendo este el “hilo conductor” de la organización del precepto¹¹²⁶. En caso de respuesta afirmativa, la ley aplicable será la de este Estado miembro.

Si no se ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia del trabajador, entonces, se deberá tener en cuenta si existe un único empleador (empresa o persona física) o una pluralidad de ellos. Si solo hay un empleador, la ley aplicable será la del Estado miembro en el que este tenga su sede o domicilio. No obstante, el artículo 14.11 del Reglamento de aplicación incorpora una excepción a esta regla de conflicto, señalando que, en los casos en los que el empleador esté establecido fuera del ámbito territorial de las normas de coordinación, la ley aplicable será la del Estado miembro de residencia del trabajador, con independencia de que no ejerza en este una parte sustancial de su actividad.

Si, por el contrario, existen varios empleadores, deberá valorarse un tercer elemento: si todos ellos tienen su sede o domicilio en el mismo Estado miembro o no. Si

¹¹²⁵ Siguiendo la clasificación de normas de conflicto realizada en MOREAU BOURLES, M.-A., *Structure du rattachement...*, *op. cit.*, pp. 12-24; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, apartados 20.10 a 20.12.

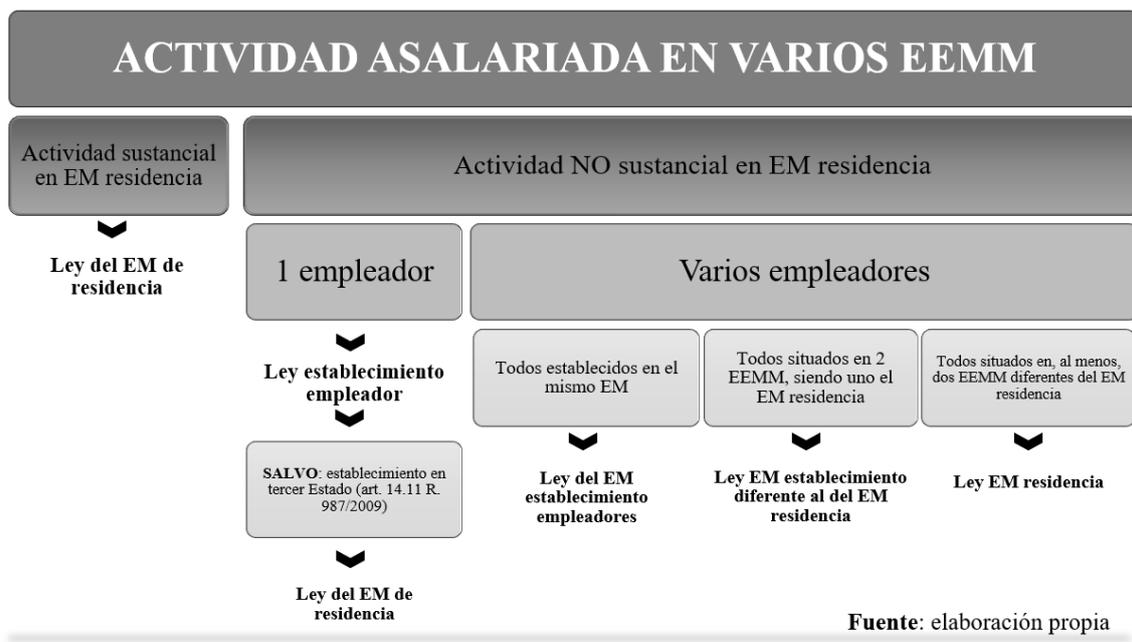
¹¹²⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (272).

el Estado miembro de sede o domicilio de todos ellos coincide, entonces, será aplicable la ley de dicho Estado.

Si, en cambio, las sedes o domicilios de las diferentes empresas o empleadores difiere, deberá realizarse una última distinción. Cuando estas empresas o empleadores tengan sus sedes o domicilios situados únicamente en dos Estados miembros diferentes, siendo uno de ellos el de la residencia del trabajador, la ley aplicable será la del otro Estado miembro distinto al de la residencia.

En el resto de casos, esto es, 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, la ley aplicable será la del Estado miembro de la residencia (rompiendo, así, la conexión con el criterio de actividad¹¹²⁷).

Cuadro 1.- Esquema de las normas de conflicto para los supuestos de actividad asalariada en más de un Estado miembro recogidas en los Reglamentos de coordinación



303. Regla de asimilación específica. Una vez realizada la designación de una única legislación como competente para regir la situación de Seguridad Social, es necesario establecer una garantía adicional, para evitar posibles perjuicios a las personas afectadas. Esta garantía adicional fue introducida en los textos reglamentarios, por primera vez, a través del artículo 1.8 del Reglamento 1390/81. En esta ocasión, se incorporó el artículo 14 *quinquies* al Reglamento 1408/71, en cuyo primer apartado indicaba que, a efectos de la aplicación de la legislación determinada conforme a estas disposiciones, la persona en cuestión sería considerada como si ejerciera la totalidad de

¹¹²⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (273).

su actividad o actividades profesionales en el territorio del Estado miembro de que se tratara. Siguiendo este mismo espíritu, el apartado quinto del artículo 13 del Reglamento 883/2004, señala que las personas comprendidas en el supuesto de hecho de este precepto, serán tratadas, a efectos de la legislación designada como competente, como si ejercieran la totalidad de sus actividades por cuenta ajena y percibieran la totalidad de sus ingresos en el Estado miembro de que se trate¹¹²⁸.

304. La compleja puesta en práctica de estas reglas. Como puede deducirse a simple vista, la complejidad del artículo 13.1 del Reglamento de base es elevada¹¹²⁹, por dos motivos principales: la tan variada casuística que se presenta en la realidad; y el uso de conceptos jurídicos indeterminados que generan incertidumbre en su contenido, tanto en lo que respecta a la determinación del supuesto de hecho, como en lo que respecta a la concreción de su consecuencia jurídica.

VI.5.2.A. El supuesto de hecho del artículo 13.1 del Reglamento 883/2004

305. El ejercicio de una actividad “normalmente” en varios Estados miembros. Como se ha adelantado, la regulación actualmente en vigor se refiere, al igual que sus predecesoras, genéricamente, a las personas que ejerzan “normalmente” una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros. Sin embargo, a diferencia de los reglamentos anteriores, en esta ocasión, el Reglamento de aplicación sí define esta expresión, si bien con carácter amplio, al englobar a cualquier persona que ejerza, de manera simultánea o alterna¹¹³⁰, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros (art. 14.5). Esta disposición ha sido resultado de la codificación de la jurisprudencia recaída en esta materia a lo largo de los años, tratando de incluir todas las situaciones posibles que presenten un elemento transfronterizo¹¹³¹.

¹¹²⁸ Esta garantía también se extiende a los trabajadores por cuenta propia. Sobre este colectivo, al amparo de los anteriores Reglamentos de coordinación, el TJCE señaló, respecto del alcance del Estado competente a la hora de calcular el importe de las cotizaciones, que “*si bien es cierto que ninguna disposición del Reglamento n° 1408/71 prohíbe a un Estado miembro calcular el importe de las cotizaciones sociales de un residente teniendo en cuenta la totalidad de los rendimientos de éste*” (como así se validó en las SSTJCE de 26 de mayo de 2005 –C-249/04, asunto *Allard*– y de 18 de julio de 2006 –C-50/05, asunto *Nikula*–), “*es preciso señalar que ninguna disposición del mismo Reglamento le obliga a ello*”, por lo que sería válido que, unilateralmente o en el marco de un convenio internacional, el Estado en cuestión renunciara a incluir en la base de cálculo de las cotizaciones sociales los rendimientos percibidos por el trabajador en otro Estado miembro (STJCE de 3 de abril de 2008 –C-103/06, asunto *Derouin*, apartado 27–), con el límite de no perjudicar la protección de los trabajadores afectados (apartado 25).

¹¹²⁹ No en vano, la actividad en dos o más Estados miembros es considerada como la situación más problemática en relación con las normas de conflicto por los propios expertos en la materia. En este sentido se pronuncian en JORENS, Y. y LHERNOULD, J.-P., *European report 2013*, op. cit., p. 22/49.

¹¹³⁰ Mediante la inclusión de estos supuestos, se pretendían evitar cambios frecuentes de ley aplicable. KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, op. cit., p. 386.

¹¹³¹ Guía Práctica de la CACSS, p. 25/57.

La CACSS ha especificado, en su Guía Práctica¹¹³², el sentido que debe darse a los conceptos de actividad simultánea y alterna a estos efectos, en consonancia con lo preceptuado en la anterior versión del artículo 14.5 del Reglamento 987/2009. Respecto del primero de ellos, se señala que este supuesto abarca los casos en que se ejercen actividades en varios Estados miembros simultáneamente, en el marco de un mismo contrato de trabajo o de varios contratos diferentes. El caso más claro sería el de una persona trabajando a tiempo parcial, unos días en un Estado miembro y otros días en otro o, incluso, durante el mismo día, unas horas en el Estado miembro A y el resto de la jornada en el Estado miembro B. No obstante, la CACSS también señala la posibilidad de que la segunda actividad o la actividad adicional se ejerza durante una baja remunerada o durante los fines de semana, incluyendo expresamente en esta categoría a los trabajadores del sector del transporte internacional por carretera que conducen un vehículo a través de diferentes Estados miembros para entregar mercancías¹¹³³.

Respecto del segundo concepto, más difícil de perfilar, la CACSS ha señalado que las actividades que se ejercen de forma alterna abarcan las prestaciones laborales sucesivas efectuadas en diferentes Estados miembros, una después de otra. Para poder determinar si unas determinadas actividades sucesivas entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 13 del Reglamento de base (y, por tanto, no supone la aplicación sucesiva de diferentes leyes al amparo del artículo 11.3.a), debe tenerse en cuenta, no solo la duración prevista de los periodos de actividad (matizando que, si bien la frecuencia de la alternancia carece de importancia, es necesario que haya cierta regularidad en la actividad), sino también las características del trabajo en cuestión¹¹³⁴.

306. La exclusión de las “actividades marginales”. El artículo 14.5 *ter* del Reglamento 987/2009 excluye de la toma en consideración para la aplicación del precitado artículo 13 las denominadas “actividades marginales”. Esta matización supone que, si un trabajador ejerce una actividad significativa en un Estado miembro y una actividad marginal en otro Estado miembro, esta última no debe tenerse en cuenta (STJUE de 13 de julio de 2017 –C-89/16, asunto *Szoja*, apartados 38 y 40–), por lo que no se podrá considerar una persona que ejerce normalmente su actividad en dos o más Estados miembros y, por ende, será inaplicable lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento

¹¹³² PP. 25-26/57.

¹¹³³ “*En estos casos, puede decirse en general que las actividades concurrentes son un aspecto normal de las pautas de trabajo y que no hay discontinuidad entre las actividades realizadas en uno u otro Estado miembro*” (p. 26/57).

¹¹³⁴ “*Si una persona trabaja en diferentes Estados miembros sin que se observe una regularidad, su situación quedaría cubierta por el artículo 13 del Reglamento en la medida en que el trabajo en Estados miembros diferentes sea una parte intrínseca de la pauta de trabajo y la duración o naturaleza del intervalo entre periodos de ocupación no altere la pauta de trabajo de un modo tal que no pueda considerarse que la persona trabaja «normalmente» en dos o más Estados miembros*” (Guía Práctica de la CACSS, p. 28/57).

883/2004. En definitiva, a efectos de la determinación de la legislación aplicable a esta persona, deberá considerarse que realiza su actividad únicamente en un Estado miembro. Desde el punto de vista complementario, las reglas del artículo 13 del Reglamento de base, solo serán aplicables cuando una persona ejerza normalmente actividades significativas en dos o más Estados miembros (SSTJUE de 13 septiembre de 2017 –C-570/15, asunto X, apartado 19–; y de 16 de julio de 2020 –C-610/18, asunto AFMB, apartado 46–), excluyendo de la toma en consideración las actividades ejercidas de manera meramente puntual en el territorio de un Estado Miembro (asunto X, apartado 20).

Esta especificación tiene una doble finalidad: la primera, evitar situaciones abusivas mediante las cuales se pretenda alterar la ley aplicable en materia de Seguridad Social a través del ejercicio mínimo de actividades en otro/s Estado/s¹¹³⁵; y, la segunda, respetar el carácter excepcional de una conexión específica diferente a la regla general *lex loci laboris* (STJUE de 13 septiembre de 2017 –C-570/15, asunto X, apartado 28–)¹¹³⁶.

La siguiente pregunta natural es, pues, cuándo nos encontramos ante una actividad de carácter marginal. Estamos, de nuevo, ante un concepto jurídico indeterminado. La Guía Práctica de la CACSS precisa que las actividades marginales son aquellas que, aunque permanentes, son insignificantes desde la perspectiva del tiempo y del rendimiento económico. Como indicador, se propone considerar actividades de este tipo a aquellas que representen menos del 5 % del tiempo de trabajo ordinario del trabajador y/o menos del 5 % de su remuneración total. Igualmente, también se señala como indicador de este carácter la naturaleza de las actividades (por ejemplo, actividades de apoyo, que no pueden ejercerse de manera independiente o que se realizan desde el hogar o en beneficio de la actividad principal)¹¹³⁷. Una última matización relevante que realiza esta Guía Práctica es la consideración nacional de estas actividades a la hora de valorar su marginalidad. En otras palabras, para determinar si las actividades desarrolladas son marginales o no, deben valorarse por separado las desarrolladas en cada Estado miembro, sin posibilidad de agregación entre prestaciones realizadas en varios Estados. Así, si se presta un 92 % del tiempo de trabajo en el Estado miembro A, un 4 % en el Estado miembro B y el 4 % restante en el Estado miembro C, deberá entenderse que las

¹¹³⁵ Guía Práctica de la CACSS, pp. 28-29/57. No obstante, en estos casos, también será de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 16 del Reglamento de aplicación, tal y como se señala en el artículo 14.5 *ter in fine* de ese mismo texto legal.

¹¹³⁶ A pesar de las dudas suscitadas sobre la posible aplicación analógica de esta regla de “actividad marginal” a otras disposiciones del Título II, teniendo en cuenta la finalidad expuesta en el asunto X, así como la idea de que solo el artículo 13 del Reglamento de base exige para su aplicación un ejercicio “normal” de actividad en más de un Estado miembro, me decanto a favor de una aplicación estricta de esta regla en la esfera de este último precepto (excluyéndola, entre otros, del ámbito de los desplazamientos de trabajadores). Apoyando esta posición, sobre la base de este segundo argumento, STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

¹¹³⁷ Guía Práctica de la CACSS, pp. 28-29/57.

actividades desarrolladas en los Estados B y C son marginales y, por tanto, irrelevantes a efectos de la aplicación del artículo 13 del Reglamento de base (no procede la agregación de lo trabajado en los Estados B y C para llegar a la conclusión contraria aunque, en ese caso, se alcanzara el 8 % del tiempo de trabajo fuera del Estado miembro A)¹¹³⁸.

VI.5.2.B. Las conexiones seleccionadas en la norma de conflicto del artículo 13.1 del Reglamentos 883/2004

VI.5.2.B.a. Los conceptos básicos necesarios para su aplicación

307. Conceptos previos. Del tenor analizado, el artículo 13 del Reglamento de base incluye dos conexiones diferentes para estos trabajadores: la residencia y la sede o domicilio de la empresa o el empleador (sede empresarial). Respecto de la definición de la residencia y respecto de la determinación de la sede empresarial, procede remitir a lo ya expuesto, por ser ambas cuestiones plenamente aplicables en este contexto. Asimismo, cabe remitirse a lo señalado *supra* a la hora de establecer los lugares de ejercicio de las actividades. Comentario específico requiere, en cambio, la determinación del concepto de “empleador” (equivalente, en este punto, a empresa empleadora).

308. La determinación del “empleador” en la coordinación comunitaria. Los Reglamentos de coordinación no definen el concepto de “empleador”, pero tampoco remiten su definición a la normativa nacional de los diferentes Estados miembros. Debido al papel fundamental que ostenta este concepto en la determinación de la ley aplicable en los casos del artículo 13 del Reglamento de base, el TJUE, en su reciente sentencia de 16

¹¹³⁸ En virtud del artículo 11.2 del Reglamento de base, las personas que reciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia (a excepción de las pensiones de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, y las prestaciones por enfermedad en metálico que sean de duración ilimitada), serán consideradas como si ejercieran dicha actividad. Por lo tanto, si junto a esta prestación, ejercieran una actividad económica en un Estado miembro diferente al encargado del pago, serían aplicables las reglas del artículo 13 del Reglamento 883/2004. No obstante, esta aplicación sería problemática. Ampliamente sobre esta cuestión, en especial, en el caso de prestaciones de desempleo, *vid.* JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B, *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, pp. 8-17/49. También sobre esta problemática, y la recomendación de solución vía acuerdos del artículo 16 del Reglamento de base (Recomendación núm. U1, de 12 de junio de 2009 –DOCE núm. C 106, de 24 de abril de 2010, pp. 49 a 50–), *vid.* Guía Práctica de la CACSS, pp. 24-25/57. Para solucionar, vía legislativa, esta situación, la Propuesta de actualización de 2016 pretendía la inclusión de una regla específica en este sentido, en el artículo 13.4 *bis* del Reglamento de base. Esta regla se ha mantenido en el Acuerdo Provisional de 2019, todavía pendiente de aprobación.

de julio de 2020 (C-610/18, asunto *AFMB*)¹¹³⁹, dictada en Gran Sala, ha establecido la existencia de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión¹¹⁴⁰.

Para definir su contenido, dada la falta de definición legal, se debe acudir al sentido habitual del término en el lenguaje corriente, debiendo tener en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (apartados 50 y 52), tal y como ya apuntara, entre otros, en el comentado asunto *Partena*. Sobre la base de todo ello, y tomando buena nota de la jurisprudencia recaída en materia de desplazamiento de trabajadores ya expuesta, el Tribunal concluye que la cualidad de “empleador” en este ámbito debe otorgarse teniendo en cuenta la manera en la que se ejecutan, en la práctica, las obligaciones que incumben al trabajador y a la empresa, con independencia de consideraciones formales como la celebración de un contrato de trabajo y el tenor del mismo. Concretamente, reviste especial relevancia quién ejerce el poder de dirección efectivo sobre el trabajador, por cuenta de quién corren, de hecho, los correspondientes costes salariales y quién dispone de la facultad efectiva de despedir al trabajador en cuestión (apartados 61 y 66). Lo contrario equivaldría a permitir que las empresas pudieran ostentar poder de decisión sobre la ley aplicable en materia de Seguridad Social a través de “*montajes puramente artificiales*”, con el fin de obtener ventajas económicas, ejerciendo una presión a la baja sobre los sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros (apartados 66 y 69). En definitiva, en esta sentencia se da prioridad a la situación real de los trabajadores frente a consideraciones meramente formales, tratando de evitar situaciones fraudulentas o abusivas de *dumping social* y garantizando el respeto al principio de seguridad jurídica¹¹⁴¹.

¹¹³⁹ En litigio origen de esta cuestión prejudicial tenía por objeto determinar la ley aplicable a la relación de afiliación de unos conductores de transporte internacional de mercancías por carretera. Estos trabajadores, residentes en los Países Bajos, fueron contratados por la sociedad *AFMB*, constituida en Chipre, con aplicación de la ley chipriota, para prestar servicios en más de un Estado miembro, sin prestar una parte sustancial de su actividad en su país de residencia. El centro de la disputa radica en determinar si *AFMB* era la verdadera empresa empleadora de estos trabajadores o si, por el contrario, eran las empresas de transporte establecidas en los Países Bajos, que habían celebrado contratos de gestión de flota con *AFMB*, por los que esta última se encargaba de la gestión de los vehículos de transporte que estas explotaban en sus actividades a cambio de una comisión (apartados 18 y 19). Los trabajadores contratados por *AFMB* nunca habían residido ni trabajado en Chipre y algunos de ellos, incluso, habían sido contratados antes por las empresas neerlandesas señaladas, sin que el desempeño de su actividad hubiese variado con el cambio de empleador. De los datos proporcionados por el Tribunal neerlandés remitente, aunque *AFMB* había celebrado los contratos de trabajo y se encargaba de la gestión de los salarios, el coste efectivo de estos últimos era asumido por las empresas neerlandesas a través de la comisión pagada a la empresa chipriota, siendo aquellas quienes, generalmente, decidían el cese de los trabajadores y quienes ejercían el poder de dirección sobre los trabajadores (apartados 77 a 79).

¹¹⁴⁰ Un amplio resumen de los hechos origen del litigio y las conclusiones del Abogado General al respecto, en ERRANDONEA ULAZIA, E., “El concepto de empleador en el Reglamento (CE) 883/2004. A propósito de los conductores de vehículos de transporte por carretera. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, pp. 661-689.

¹¹⁴¹ Sobre el respeto a la seguridad jurídica, el TJUE, sin debatir sobre las posibles bondades del recurso al criterio de la existencia de un contrato de trabajo respecto de su fácil verificación y previsibilidad, concluye

Como puede comprobarse, esta definición de “empleador” no dista mucho de la mantenida en nuestro ordenamiento jurídico nacional, focalizando especialmente en el ejercicio de los poderes de dirección y sancionador, así como en la remuneración. Además, se centra en elementos fácticos y no en meramente formales, más acordes con el concepto de relación laboral a nivel europeo (a diferencia de los elementos señalados respecto del requisito orgánico en materia de desplazamiento de trabajadores, criticados doctrinalmente según se dijo anteriormente)¹¹⁴².

VI.5.2.B.b. La puesta en práctica de las normas de conflicto del artículo 13.1 del Reglamento 883/2004

309. La selección de los puntos de conexión significativos. En los casos de prestación de servicios en más de un Estado miembro, las diferentes versiones de los reglamentos de coordinación han tratado de determinar el punto de conexión en función de la intensidad del vínculo que presenta la situación en particular con cada uno de los Estados¹¹⁴³. Esto también es predicable del actual artículo 13 del Reglamento 883/2004. Descartada la utilidad del lugar de trabajo (efectivo o habitual) en estos supuestos, debe buscarse un criterio de conexión alternativo: el país donde resida el trabajador o el país de establecimiento del empleador de este. La preferencia por una ley u otra dependerá de los vínculos que cada uno de estos países presente con la situación del trabajador.

310. La residencia como conexión central del modelo. Del tenor del artículo 13 del Reglamento de base se extrae que la residencia es el criterio de conexión privilegiado, pero sometido al condicionante del ejercicio de actividad sustancial en dicho Estado miembro (es decir, condicionada a la existencia de una vinculación relevante con la relación laboral). Asimismo, esta conexión vuelve a ser privilegiada en los casos de gran dispersión de las sedes o domicilios de las empresas o empleadores del trabajador (situados en más de dos Estados miembros, diferentes al de residencia del trabajador), a modo de conexión residual. En el supuesto particular en el que la sede/domicilio del único empleador esté situada fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación, el artículo 14.11 del Reglamento 987/2009¹¹⁴⁴ establece una norma de

que la interpretación dada al concepto de “empleador”, basada en los criterios expuestos, destinados a determinar la situación real del trabajador de que se trate, “permite precisamente garantizar el respeto del principio de seguridad jurídica” (apartado 71).

¹¹⁴² Es posible que, llegado el momento, el TJUE utilice estos criterios, también para los casos de desplazamiento de trabajadores, cuando no nos encontremos ante una relación triangular en la que intervenga una ETT.

¹¹⁴³ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Capítulo II. Problemas de aplicación...”, *op. cit.* (56).

¹¹⁴⁴ Este precepto, incluido en el Reglamento de aplicación, va más allá del cometido de esta norma (recordemos, Reglamento “*por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento núm. 883/2004*”), pues crea una verdadera nueva norma de conflicto, que exceptúa el régimen previsto en el artículo 13.1 del Reglamento de base.

conflicto específica otorgando competencia a la ley del Estado miembro de residencia. Esta norma se caracteriza por ser la única actualmente vigente que contempla situaciones que exceden del ámbito geográfico comunitario¹¹⁴⁵. Con ella se colma el vacío que acontecería de aplicar la regla general antes expuesta, pues conduciría a la ley del país de la sede empresarial, situado fuera del territorio de la Unión, competencia que no puede ostentar la normativa de coordinación¹¹⁴⁶. En estos dos últimos supuestos, carece de importancia que el trabajador en cuestión no ejerza una actividad sustancial en el Estado miembro de residencia.

A pesar del rol tradicionalmente otorgado a la ley del Estado miembro de residencia (que, *a priori*, podría considerarse más idóneo para intentar mantener la continuidad de la carrera de seguro del trabajador), este ha sido ampliamente cuestionado desde el punto de vista del principio de proximidad, entre otros. Este cuestionamiento surge con más fuerza cuando esta conexión conduce a la aplicación de la legislación de un Estado sin conexión (o con conexión muy tenue) con la relación laboral, máxime cuando pueda identificarse otro Estado miembro más conectado por ser ahí donde se ejerce una parte mayoritaria (o, al menos sustancial), de la actividad profesional¹¹⁴⁷.

311. El confuso término de “actividad sustancial”. Para poder dar respuesta a la primera pregunta a la que debe responderse para aplicar el artículo 13.1 del Reglamento 883/2004, debe precisarse la definición del concepto jurídico indeterminado de “actividad sustancial”, introducido por primera vez en el Reglamento 883/2004¹¹⁴⁸. El Reglamento de aplicación preceptúa que se entenderá que se realiza una “parte sustancial” de la actividad en el Estado de residencia cuando se desarrolle en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de actividades laborales, sin necesidad de ser la mayor parte. Acto seguido, se señala una lista indicativa de criterios que, para las actividades asalariadas, está formada por el tiempo de trabajo o la remuneración. Tras una evaluación global de la situación, si no se alcanzara un mínimo del 25 % para los criterios señalados, será un indicador de que no se ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado

¹¹⁴⁵ JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges for the social security coordination Regulations in the perspective of 2020*, Think Tank report 2013, trESS, 2013, p. 39/64, disponible en [http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/trESSIII ThinkTank%20Report%202013.pdf](http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/trESSIII%20ThinkTank%20Report%202013.pdf)

¹¹⁴⁶ LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale...”, *op. cit.*, marginal 73.

¹¹⁴⁷ Sobre este debate, *vid.*, entre otros, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B, *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, pp. 10 y 23/34 (donde se propone, como alternativa más equilibrada y acorde con la prioridad de la ley del lugar de trabajo, el recurso a la ley del Estado miembro donde se ejerza la mayor parte o una parte sustancial de la actividad).

¹¹⁴⁸ Este concepto ha sido incluido en el nuevo Reglamento de base “*como factor determinante del Estado miembro con el que una persona tiene el vínculo más estrecho a efectos de cobertura de seguridad social*” (Guía Práctica de la CACSS, p. 24).

miembro en cuestión (art. 14.8 del Reglamento 987/2009). No obstante, la CACSS matiza que, aunque sea obligatorio tener en cuenta el tiempo de trabajo y/o la remuneración, pueden tomarse en consideración otros criterios adicionales, pues lo fundamental es realizar una evaluación global de la situación de la persona¹¹⁴⁹. Como puede comprobarse, los Reglamentos no definen de manera precisa el término “actividad sustancial”, lo cual deja un amplio margen de apreciación a la hora de aplicar esta regla.

Para realizar este análisis global, deberá considerarse la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes (art. 14.10 Reglamento 987/2009). Pese a ello, en ocasiones, la CACSS ha reconocido la utilidad de analizar la actividad anterior para poder determinar la conducta futura (los 12 meses anteriores o un periodo menor si la empresa es de reciente creación), cuando no sea posible adoptar una decisión sobre la base de los datos aportados respecto de la situación prevista¹¹⁵⁰ (ejemplo de ello es la STJUE de 4 de octubre de 2012 –C-115/11, asunto *Format*, apartado 44–).

312. La determinación de la “actividad sustancial” para colectivos específicos: los trabajadores del transporte internacional y los miembros de la tripulación de vuelo y de cabina. Lo expuesto en el número anterior ha sido objeto de precisiones adicionales en la Guía Práctica de la CACSS para dos colectivos de trabajadores debido a sus especificidades. El primero de ellos es el de los trabajadores del transporte internacional¹¹⁵¹. Estos trabajadores gozaban de un régimen particular en los anteriores Reglamentos que, sin embargo, ha sido suprimido en los actualmente vigentes. Cuando, de una evaluación inicial, no se pueda determinar claramente si existe una prestación sustancial en el Estado miembro de residencia, se podrá acudir a criterios especiales. El primero de ellos, que se considera el más apropiado, es el tiempo de trabajo. No obstante, debido a la propia naturaleza de la actividad, en muchas ocasiones, será difícil deslindar el tiempo de trabajo prestado en un Estado del realizado en el Estado colindante. A veces, para realizar esta distribución del tiempo de trabajo entre los diferentes Estados implicados, se podrá hacer uso de justificantes que acrediten razonablemente este particular, como las listas de turnos, los calendarios de viaje u otros datos. Cuando no se disponga de datos sobre el tiempo de trabajo o no quede suficientemente claro el tiempo de trabajo en el Estado miembro de residencia, también se prevé el recurso a un criterio

¹¹⁴⁹ Guía Práctica de la CACSS, p. 30/57. Como ha indicado la doctrina, no se establece un orden de preferencia entre los diferentes criterios, lo que podría conllevar problemas en casos donde, por ejemplo, aunque la actividad desarrollada sea muy reducida en términos de tiempo de trabajo, sea altamente retribuida. FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 178.

¹¹⁵⁰ Guía Práctica de la CACSS, p. 30/57.

¹¹⁵¹ Guía Práctica de la CACSS, pp. 31-32/57. La doctrina ya había advertido, tempranamente, de los problemas que supondría la aplicación de estas reglas a las personas dedicadas al transporte internacional, generando un elevado grado de inseguridad jurídica. *Vid.* KESSLER, F., “Les nouvelles règles...”, *op. cit.*, p. 7/13.

distinto. Concretamente, se propone como alternativa desglosar la actividad en distintos elementos o incidencias y evaluar la actividad en el Estado de residencia en función del número de elementos acontecidos en dicho Estado, como porcentaje del número total de incidencias en un determinado periodo. Para el transporte por carretera, estos elementos pueden ser las cargas y descargas de mercancías y los distintos países en que se realizan.

El segundo de los colectivos señalados es el relativo a los miembros de la tripulación de vuelo y de cabina (cuya plena aplicabilidad será a partir del 28 de junio de 2022, fecha de finalización del periodo transitorio del artículo 87 *bis* del Reglamento 883/2004)¹¹⁵². En estos casos, ante la existencia de varias bases, la institución puede utilizar el número de despegues y de aterrizajes y su ubicación a la hora de determinar el ejercicio de una actividad sustancial en el Estado miembro de residencia. Para evitar la volatilidad de la ley aplicable en estos casos, una vez adoptada una decisión sobre este particular en atención a las circunstancias concretas concurrentes, esta no debe revisarse durante un periodo de 12 meses como mínimo, salvo que se produzcan cambios sustanciales en la situación del interesado, y no una mera modificación de las pautas habituales de trabajo (esto también es aplicable a las situaciones de cambios frecuentes o regulares de base del interesado)¹¹⁵³.

313. La sede empresarial o domicilio del empleador como conexión secundaria. Cuando la vinculación de la residencia del trabajador con la relación laboral no exista (por no realizarse actividades en el Estado miembro en el que resida el trabajador) o no pueda considerarse suficientemente estrecha (por desarrollar actividades no sustanciales en el mismo), debe acudir a otro criterio de conexión: el lugar de establecimiento del empleador (sede/domicilio). Mientras que la elección de la conexión con el Estado miembro de residencia tiene como centro al trabajador (y sus intereses personales¹¹⁵⁴), la conexión con el Estado miembro de establecimiento del empleador puede considerarse basada en la búsqueda de un vínculo general con la relación laboral¹¹⁵⁵.

Los casos en los que el legislador comunitario ha entendido que existe un vínculo más estrecho con el Estado de establecimiento del empleador son tres, siempre en defecto de ejercicio de una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de la residencia del trabajador. En primer lugar, en los casos en los que el trabajador solo tenga un

¹¹⁵² Guía Práctica de la CACSS, pp. 32-36/57.

¹¹⁵³ Guía Práctica de la CACSS, pp. 33-35/57. Aunque no se mencione en la Guía, estos criterios podrían ser utilizados también cuando la base esté situada en un tercer Estado pero se desarrolle la actividad en varios Estados miembros, supuesto que, como se ha indicado *supra* (número 271), estaría comprendido en la regla del artículo 13 del Reglamento 883/2004.

¹¹⁵⁴ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (274).

¹¹⁵⁵ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 177 y 179.

empleador (con la excepción señalada en el artículo 14.11 del Reglamento 987/2009), pudiendo coincidir también con la ley del Estado miembro de residencia del trabajador, aunque no es esta la conexión prevalente. En segundo lugar, cuando el trabajador tenga varios empleadores, y todos ellos tengan su sede o domicilio en el mismo Estado miembro (que podría coincidir también con el Estado miembro de residencia del trabajador, pero sin que sea la conexión prevalente). En último lugar, cuando el trabajador tenga varios empleadores y la sede o domicilio de todos ellos estén en solo dos Estados miembros diferentes, siendo uno de ellos el de la residencia del trabajador, en cuyo caso, será aplicable la ley del otro Estado miembro distinto al de la residencia (este último elemento juega, pues, un papel de “factor de conexión negativo”¹¹⁵⁶).

La selección de la conexión de la sede empresarial también cuenta con detractores. El principal reproche al que se ha visto sometida –coincidiendo con lo expuesto respecto de la conexión por la residencia– es la posible desconexión de esta sede empresarial con la prestación laboral del trabajador en cuestión, al no estar condicionada al ejercicio efectivo de una parte de la actividad (como se ha defendido, preferiblemente, sustancial) en dicho Estado, pudiendo derivar en situaciones fraudulentas¹¹⁵⁷. A estos efectos, recordemos los problemas vinculados a la determinación de la sede empresarial, con el peligro de las empresas buzón en el trasfondo, y objeto de actual debate con un amplio disenso¹¹⁵⁸. El riesgo de fraude por la posible actuación empresarial, destinada a establecerse en un Estado en el que el tipo de las cotizaciones sociales sea particularmente bajo, se ha dejado sentir también entre los Estados miembros y los Abogados Generales. Así se recoge en el escrito de Conclusiones del Abogado General Bot en el asunto C-189/14¹¹⁵⁹. En particular, en este escrito se puso de manifiesto la preocupación nacional y del propio Abogado General por la posible existencia de actuaciones fraudulentas en este sentido (apartado 91). Sin embargo, posteriormente, se puso de manifiesto la relatividad de este riesgo por la existencia de dos garantías: el procedimiento de aplicación del artículo 13 del Reglamento de base; y la posibilidad de control sobre los documentos PD A1 emitidos (apartados 92-101)¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁶ RENNUIY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 419. Este autor indica, como posible motivo de esta selección legislativa, la intención del legislador comunitario de evitar que la mera realización de una mínima actividad (no marginal, pero tampoco sustancial) en el Estado de residencia pueda decantar la balanza a favor de la competencia de la ley de este Estado, favoreciendo el “*law shopping*”.

¹¹⁵⁷ RENNUIY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 419.

¹¹⁵⁸ Véase *supra*, apartado VI.1.2.C.

¹¹⁵⁹ Escrito de Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentado el 21 de mayo de 2015 (asunto C-189/14).

¹¹⁶⁰ Si bien el control del Estado miembro receptor de los PD A1 es ampliamente limitado, como se ha tenido ocasión de analizar, considero que, como ha señalado el Abogado General Bot, el procedimiento previsto en el artículo 16 del Reglamento 987/2009 sí puede ofrecer ciertas garantías en la lucha contra estas situaciones fraudulentas o abusivas.

VI.5.2.B.c. El procedimiento de aplicación del artículo 13 del Reglamento 883/2004

314. El ámbito de aplicación del artículo 16 del Reglamento 987/2009. La difícil puesta en práctica del artículo 13 del Reglamento de base ha llevado al legislador comunitario a incorporar un precepto específico para establecer un procedimiento para su puesta en práctica: el artículo 16 del Reglamento 987/2009. Este procedimiento debe seguirse, incluso, en los casos de actividades marginales en un segundo Estado miembro que, por tanto, excluye la aplicación de las normas de conflicto previstas en el artículo 13 del Reglamento de base (art. 14.5 *ter* del Reglamento 987/2009)¹¹⁶¹.

315. Las fases del procedimiento. El procedimiento da comienzo con la comunicación de la persona que ejerce actividades en dos o más Estados miembros de esta situación a la institución competente del Estado miembro de residencia (apartado 1). No obstante, en el caso de que este deber de información no se cumpliera por el interesado, también se prevé la posibilidad de inicio de oficio por parte de la institución competente del Estado miembro de residencia del interesado tan pronto como esta sea informada, eventualmente, por otra de las instituciones afectadas (apartado 6).

Esta institución determinará la legislación aplicable al interesado, con carácter provisional, sobre la base de lo dispuesto en los Reglamentos de coordinación para estos casos. Asimismo, esta institución informará a la institución competente de cada uno de los Estados miembros en los que se ejerza una actividad de su decisión provisional (apartado 2).

Esta designación provisional de la legislación aplicable pasará a tener carácter definitivo, generalmente, a los dos meses de la fecha en que las instituciones competentes del resto de Estados miembros afectados hubiesen sido informadas de ello, con dos excepciones. La primera excepción tendría lugar cuando las instituciones implicadas hayan llegado a un acuerdo antes de la expiración del plazo de dos meses (incluso podría adoptarse inicialmente, sin necesidad de decisión provisional previa), pues desde el momento en el que hay acuerdo entre ellas, la designación de la legislación aplicable pasaría a ser definitiva. La segunda excepción tendría lugar en aquellos casos en los que, al menos una de las instituciones afectadas, informe a la institución del Estado miembro de residencia (no más tarde del citado plazo de dos meses) de que no puede aceptar aún la determinación o de que tiene otra opinión al respecto (apartado 3).

¹¹⁶¹ Sobre la pertinencia de este procedimiento en estos casos particulares, *vid.* STJUE de 13 de julio de 2017 –C-89/16, asunto *Szoja*, apartados 41 y 44–).

Cualquiera de las instituciones o autoridades implicadas puede solicitar que se establezcan contactos para resolver las posibles dudas que puedan suscitarse respecto a la determinación de la legislación aplicable al interesado (apartado 4). Cuando esta solicitud se efectúe, la legislación aplicable se determinará de común acuerdo, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 13 del Reglamento de base y 14 del Reglamento de aplicación. En caso de discrepancias, en tanto no se alcance el necesario consenso, será de aplicación una legislación a título provisional, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de aplicación (precepto donde también se regula un procedimiento de solución de discrepancias)¹¹⁶².

Una vez determinada la ley aplicable, ya sea a título provisional, ya sea a título definitivo, la institución competente del Estado miembro cuya legislación sea determinada aplicable, deberá informar al interesado sin demora (apartado 5).

316. Los problemas prácticos de este procedimiento. Aunque este procedimiento pudiera parecer sencillo, su puesta en funcionamiento es dificultosa en muchas ocasiones, suponiendo un importante incremento de la carga burocrática para los Estados implicados y una ralentización en la determinación de la ley aplicable (sobre todo, por el importante intercambio de información que requiere). Esto ha desembocado en que, en la práctica, los Estados miembros no siempre sigan este procedimiento¹¹⁶³.

VI.5.2.C. La difusa línea entre el desplazamiento y la actividad en varios Estados miembros

317. La existencia de importantes dificultades prácticas. En la práctica, separar los casos de desplazamiento temporal de trabajadores de los supuestos de actividades significativas en varios Estados miembros puede ser una tarea complicada, especialmente cuando la actividad ejercida en los Estados implicados se desarrolla por cuenta del mismo empleador¹¹⁶⁴. Asimismo, en casos de prestación de servicios en alternancia entre Estados miembros, determinar correctamente si procede la aplicación del artículo 11.3.a), 12 ó 13 del Reglamento de base, deviene una tarea altamente dificultosa¹¹⁶⁵.

318. Las consecuencias indeseadas de esta confusión. Esta dificultad ha sido vista por algunos empleadores como una oportunidad para obtener ventajas competitivas mediante el juego de estas reglas y, sobre todo, de las deficiencias de la regulación reglamentaria. A pesar de las sucesivas reformas que se han ido abordando, la tarea de

¹¹⁶² Véase *infra*, apartado VI.7.2.

¹¹⁶³ JORENS, Y., y LHERNOULD, J.-P., *Procedures related to the granting of Portable Document A1 ...*, *op. cit.*, p. 27/45.

¹¹⁶⁴ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 178.

¹¹⁶⁵ LHERNOULD, J.-P., “Les règlements coordonnant...”, *op. cit.* (p. 9/12).

deslindar un caso del otro todavía sigue siendo complicada¹¹⁶⁶, sin que se haya abordado realmente el problema en la reforma en fase de tramitación.

Esta tarea no es trivial, pues de ella se pueden derivar importantes consecuencias¹¹⁶⁷. En primer lugar, la competencia de las instituciones implicadas a la hora de calificar una determinada actividad como actividad por cuenta ajena o no difiere de manera relevante. Como se ha indicado, solo en los casos de desplazamiento, esta competencia no se atribuye al Estado miembro de ejercicio de la actividad, sino al Estado miembro de envío. En segundo lugar, es posible que, en función de la aplicación de la regla del artículo 12.1 o de las reglas del artículo 13.1 del Reglamento de base, la ley que resulte finalmente aplicable pueda variar. En tercer lugar, el procedimiento a seguir en uno y otro caso es diferente, al menos en función de la regulación actualmente vigente. Este procedimiento es importante dado que, entre otras cosas, la posición de los Estados miembros involucrados no es la misma. Mientras que en el desplazamiento de trabajadores, el Estado miembro de envío ostenta la potestad de considerar o no la existencia de un desplazamiento del artículo 12 del Reglamento de base y, en consecuencia, emitir un certificado A1 (con los importantes efectos asociados ya expuestos); en el caso de prestación normal de servicios en más de un Estado miembro, aunque la institución del Estado miembro de residencia tenga la iniciativa, se establece un procedimiento en el que el resto de instituciones implicadas pueden cuestionar la determinación de la legislación aplicable y, en su caso, determinarla de común acuerdo.

319. El artículo 14.7 del Reglamento 987/2009 como referencia. Para diferenciar los casos de ejercicio normal de actividades significativas por cuenta ajena en varios Estados miembros de las actividades ejercidas de forma meramente puntual en una variedad de Estados miembros, el artículo 14.7 del Reglamento de aplicación otorga carácter decisivo al elemento temporal, es decir, si la duración de las actividades en cuestión es de carácter permanente o de carácter específico o temporal. Para valorar este elemento temporal, se procederá a una evaluación general de todos los hechos pertinentes,

¹¹⁶⁶ El auge de las prestaciones de servicios de carácter transnacional en el interior de la Unión Europea y las situaciones de fraude y abuso en el marco de las mismas, también se ha notado dentro de nuestras fronteras. Reciente muestra de ello es la *Orden TES/967/2020, de 6 de octubre, por la que se crea la Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional, en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (BOE núm. 274, de 16 de octubre de 2020, pp. 88741 a 88745), en vigor desde el 17 de octubre de 2020. En la exposición de motivos se señala que la creación de esta Unidad Especial, dentro de la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, busca favorecer, especialmente, la coordinación de la lucha dirigida al cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de desplazamiento de trabajadores, tanto de derecho laboral como de Seguridad Social. Entre sus cometidos se encuentran, entre otros, “participar en los procedimientos relativos a la legislación aplicable en materia de Seguridad Social de acuerdo con los procedimientos de colaboración que se establezcan con los organismos competentes” (art. 2.b).

¹¹⁶⁷ Sobre estas consecuencias, SCHOUKENS, P. y PIETERS, D., “The rules within Regulation 883/2004...”, *op. cit.* (110); y PENNING, F., *European Social Security Law, op. cit.*, pp. 124-125.

especialmente, el lugar de trabajo tal y como se define en el contrato de trabajo. El Tribunal de Luxemburgo se manifestó tempranamente sobre esta importante distinción, poniendo el foco en el elemento temporal y en la propia naturaleza del trabajo definida en los documentos contractuales, así como, en su caso, atendiendo a la realidad de las actividades ejercidas en los casos en los que la formalidad y la realidad no coincidan (STJCE de 12 de julio de 1973 –13/73, asunto *Hakenberg*, apartado 20–; y SSTJUE de 4 de octubre de 2012 –C-115/11, asunto *Format*, apartados 44 a 46–; sendas sentencias de 13 de septiembre de 2017 –C-570/15, asunto *X*, apartado 21; y C-569/15, asunto *X*, apartado 27–; y de 16 de julio de 2020 –C-610/18, asunto *AFMB*, apartados 57 a 59–). Así, en principio, si en el contrato de trabajo se estipula como lugar de prestación de servicios una diversidad de lugares situados en diferentes Estados miembros, podría considerarse que nos encontramos ante un supuesto englobado en el artículo 13 del Reglamento 883/2004. Ahora bien, lo estipulado en el contrato debe verificarse en la práctica, pues de no coincidir (por ejemplo, porque el trabajador, finalmente, solo desarrolle su trabajo en uno de los lugares señalados en el contrato), primará la realidad de los hechos frente al contenido meramente formal del contrato de trabajo.

320. Catalogación de supuestos con base jurisprudencial. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en esta materia, se podrían entender incluidos en el supuesto de hecho del artículo 13 del Reglamento de base los siguientes casos (sin perjuicio, evidentemente, de un análisis global de las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular):

- 1) Un representante de comercio que trabaja en un Estado miembro y, regularmente, realiza viajes para captar clientes en otro Estado miembro (STJCE de 12 de julio de 1973 –13/73, asunto *Hakenberg*–)¹¹⁶⁸;
- 2) Una persona que ejerce sus actividades, aproximadamente, la mitad del tiempo en el territorio del Estado miembro de su residencia y la otra mitad en el territorio de otro Estado miembro (STJCE de 13 de octubre de 1993 –C-121/92, asunto *Zinnecker*¹¹⁶⁹);
- 3) Un trabajador que reside en un Estado miembro y trabaja para una empresa domiciliada en otro Estado miembro, que, en el contexto de esa relación laboral,

¹¹⁶⁸ Sobre un ciudadano francés con residencia permanente en Francia, que ejerce sus actividades en Alemania como representante de comercio en nombre de varias empresas francesas, dividiendo su tiempo entre viajes de captación de negocios en este último Estado durante nueve meses al año (sin tener un lugar fijo de residencia allí), y el resto del año, que lo utiliza para ponerse en contacto, en territorio francés, con las empresas a las que representa.

¹¹⁶⁹ Si bien, respecto de actividades ejercidas por cuenta propia por un trabajador alemán autónomo, residente en Alemania, que explotaba varios puestos de venta ambulante de productos alimenticios, aproximadamente, la mitad del tiempo en los Países Bajos, y la otra mitad del tiempo en Alemania.

ejerce regularmente (diez horas por semana), una parte de su actividad en el Estado miembro de su residencia (STJCE de 16 de febrero de 1995 –C-425/93, asunto *Calle Grenzshop Andresen*–);

- 4) Una persona que se encuentre en excedencia no retribuida (manteniendo vigente su contrato de trabajo durante este periodo –pero con suspensión de las obligaciones principales derivadas de la relación laboral–, así como la condición de trabajador por cuenta ajena según la legislación nacional aplicable en materia de Seguridad Social), y durante esta excedencia realice actividades de carácter habitual y significativo en el territorio de otro Estado miembro (STJUE de 13 de septiembre de 2017 –C-569/15, asunto *X*, apartados 24 a 26–)¹¹⁷⁰; y
- 5) Un conductor de vehículos de transporte internacional por carretera, residente en un Estado miembro, cuyo/s empleador/es está/n establecido/s también en dicho Estado miembro, que presta sus servicios en el territorio de varios Estados miembros, sin ejercer una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de su residencia (STJUE de 16 de julio de 2020 –C-610/18, asunto *AFMB*–).

En sentido opuesto, no puede entenderse incluido en el supuesto de hecho de este precepto a un trabajador que ejerce una actividad para un empresario establecido en el territorio de un Estado miembro y reside en otro Estado miembro en cuyo territorio ejerció, en el año transcurrido, una parte de esa actividad correspondiente al 6'5 % de sus horas de trabajo, sin que existiera un acuerdo previo con su empresario a este respecto (STJUE de 13 de septiembre de 2017 –C-570/15, asunto *X*–).

De cuanto antecede, podría extraerse una suerte de prioridad aplicativa de la regla en materia de desplazamiento de trabajadores, cuando todos sus requisitos son cumplidos. Si alguno de estos requisitos no se cumple, podríamos estar en presencia de un supuesto de actividad ejercida normalmente en dos o más Estados miembros (cuando se dejen de cumplir sus condiciones, especialmente, la temporal)¹¹⁷¹. Aunque esta consecuencia no sería automática, dado que la aplicación del artículo 13.1 del Reglamento de base requiere el ejercicio de una actividad habitual y significativa en varios Estados miembros¹¹⁷². Así

¹¹⁷⁰ Como ha señalado la doctrina, y teniendo en cuenta lo indicado en este pronunciamiento, podría entenderse incluido en el ámbito del artículo 13 del Reglamento de base un supuesto de trabajo estacional llevado a cabo en otro Estado miembro diferente al de empleo durante el resto del año, durante las vacaciones retribuidas en el otro Estado miembro (FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 178). Para ello, no obstante, las actividades ejercidas durante el periodo vacacional deberían considerarse habituales y significativas, como ya ha señalado el TJUE.

¹¹⁷¹ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 124-125.

¹¹⁷² Piénsese en una empresa con sede en España, que contrata a un trabajador residente en Portugal, para prestar sus servicios, mayoritariamente, en España y una pequeña parte en Portugal. Esta empresa no ejerce actividades significativas en Portugal, por lo que no podría ampararse en el desplazamiento de trabajadores

pues, cuando tampoco se cumplan los requisitos del artículo 13 del Reglamento 883/2004, debería ser de aplicación la *lex loci laboris*¹¹⁷³.

VI.5.2.C.a. El contenido del Acuerdo provisional de 2019 sobre las normas de conflicto del artículo 13 del Reglamento de base

321. La huida hacia el régimen del artículo 13 del Reglamento 883/2004. La dificultad que entraña separar los casos de desplazamiento de trabajadores de prestación de actividades en dos o más Estados miembros, se ha visto acrecentada por las prácticas abusivas o fraudulentas de algunos empleadores. Como se ha expuesto, el desplazamiento de trabajadores ha sido objeto de interpretación restrictiva por parte del TJUE y, cada vez, se intenta restringir más su ámbito de aplicación, ya sea vía jurisprudencial, ya sea vía legislativa. Lejos de conseguir el objetivo pretendido, la realidad ha mostrado que, si bien los desplazamientos de trabajadores siguen siendo más relevantes en términos cuantitativos, cada vez son más los empleadores que deciden acudir al régimen del artículo 13 del Reglamento de base, mucho menos exigente. Igualmente, cada vez son más los casos en los que se detecta un uso abusivo o fraudulento de las reglas de conflicto del artículo 13, fenómeno que podría denominarse como de huida hacia este régimen más flexible (no sometido a límites temporales, ni prohibiciones de reemplazo o aseguramiento previo del trabajador, etc.).

Los datos corroboran esta tendencia creciente del recurso al artículo 13 del Reglamento de base. Así ha sido puesto de manifiesto en el último informe disponible

para enviar al trabajador portugués a prestar sus servicios en territorio español. Ahora bien, podría ser aplicable lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de base, pero no en todo caso.

Escenario A) Si el trabajador ejerce una parte sustancial de su actividad en Portugal y el resto en España, podría estar dentro del supuesto de hecho del artículo 13 del Reglamento 883/2004, siendo aplicable la legislación portuguesa.

Escenario B) Si el trabajador ejerce una parte significativa pero no sustancial de su actividad en Portugal, podría entenderse incluido también en el citado artículo 13, pero la ley aplicable no sería la portuguesa, sino la española, por estar ahí la sede de su único empleador.

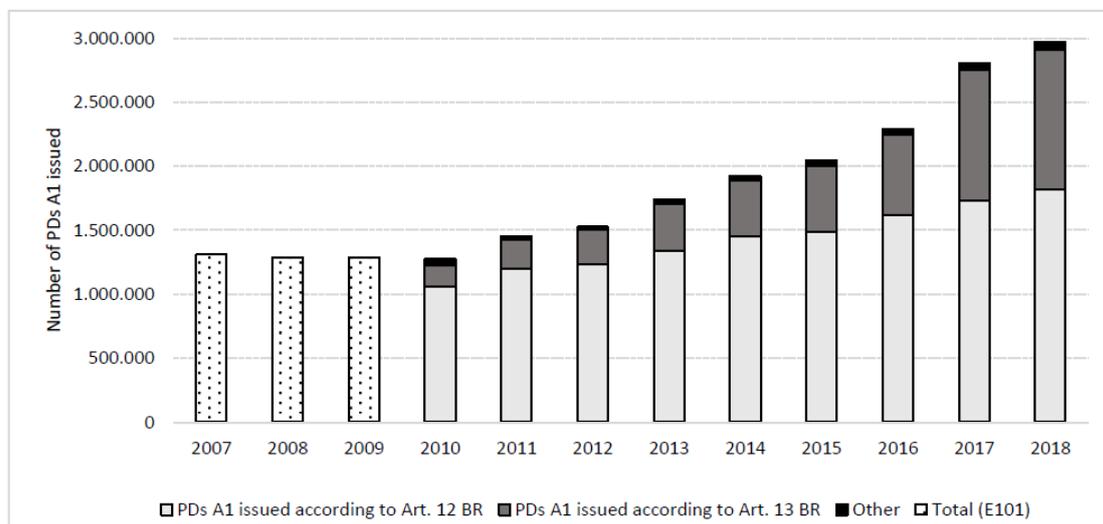
Escenario C) En cambio, si el trabajador en cuestión prestara una parte no significativa de su actividad en Portugal (por ejemplo, el 3 % de su jornada laboral), deberá resolverse el conflicto de leyes como si este trabajador solo ejerciera su actividad en España, de conformidad con lo estipulado en el artículo 14.5 *ter* del Reglamento de aplicación.

Como se desprende de este último escenario, podría darse el caso de que tampoco fueran de aplicación las normas del artículo 13 del Reglamento de base, pues no concurre el carácter significativo de la actividad desarrollada en varios Estados miembros (requisito que, congruentemente con la idea que subyace tras este otro precepto, no se exige en los casos de desplazamiento temporal del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004). Además, en cualquiera de los tres escenarios anteriores, debería considerarse concurrente el carácter habitual de esta prestación de servicios en más de un Estado miembro (lo que excluiría, el desplazamiento temporal de trabajadores).

¹¹⁷³ Sobre este triple escalón jerárquico entre los tres artículos del Reglamento de base citados, RENNUIY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 424.

sobre los documentos A1 emitidos durante el año 2018¹¹⁷⁴. En este informe se ha constatado la emisión creciente de los PD A1 emitidos al amparo del artículo 13 del Reglamento 883/2004, especialmente, en los años 2017 y 2018 (duplicando su cuantía en pocos años)¹¹⁷⁵:

Gráfico 1.- Evolución del número de PDs A1 emitidos, por tipo (2007-2018)



Fuente: Informe sobre documentos A1 emitidos en 2018, p. 9 (datos procedentes del Cuestionario de documentos PD A1 de 2019 y años anteriores).

Además, también se ha evidenciado la fuerte polarización de los PD A1 en dos sectores productivos. En cuanto a los documentos A1 al amparo del artículo 12 del Reglamento de base, el 40 % se concentran en el sector de la construcción. En cambio, el 50 % de los PD A1 emitidos al amparo del artículo 13 se concentra en el sector del transporte de mercancías por carretera¹¹⁷⁶.

322. La reacción en la Propuesta de actualización de 2016 y el Acuerdo provisional de 2019. Estos datos justifican que, en la Propuesta de 2016, la Comisión alegara que “(p)ara garantizar una aplicación eficaz y eficiente de las normas de coordinación, es necesario aclarar las normas para determinar la legislación aplicable a los trabajadores que ejercen su actividad económica en dos o más Estados miembros, a fin de lograr una mayor asimilación con las condiciones aplicables a las personas

¹¹⁷⁴ DE WISPELAERE, F., DE SMEDT, L. y PACOLET, J., *Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2018 (October 2019)*, European Commission Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion Directorate D Labour Mobility, Luxemburgo, 2020, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22302&langId=en>

¹¹⁷⁵ Página 9 del Informe sobre documentos A1 emitidos en 2018.

¹¹⁷⁶ Página 10 del Informe sobre documentos A1 emitidos en 2018.

desplazadas o enviadas para ejercer una actividad económica en un único Estado miembro” (considerando 16 del Reglamento propuesto)¹¹⁷⁷.

Con este objetivo, el Acuerdo Provisional de 2019 pretende la modificación del artículo 14.10 del Reglamento de base para limitar la aplicación de la legislación designada como competente sobre la base del artículo 13 del Reglamento 883/2004 a un periodo máximo de 24 meses, teniendo en cuenta la situación prevista para los siguientes doce meses naturales. Finalizado este plazo, la situación deberá ser reevaluada a la luz de la situación del trabajador.

Igualmente, se quiere modificar el procedimiento previsto en el artículo 16 del Reglamento de aplicación para estos casos. En primer lugar, se pretende posibilitar al empleador del trabajador que inicie este procedimiento aportando la información necesaria por cuenta de este último. En segundo lugar, se hace una distinción en función de si la institución del Estado de residencia designa la competencia de su propia ley o de la ley de otro Estado miembro. Solo en este último caso, se califica dicha designación como provisional, dando inicio al plazo de dos meses para que el resto de instituciones implicadas puedan cuestionar dicha determinación (que se concretan en aquellas de los Estados miembros en los que se realice una parte de la actividad y/o donde esté situado el empleador). ¿Significa este cambio que, cuando el Estado miembro de residencia del trabajador considere competente su propia legislación, sin posibilidad de rebatir esta conclusión por el resto de instituciones implicadas en el periodo de dos meses, emitirá un certificado A1, con los mismos efectos vinculantes que los señalados en materia de desplazamiento de trabajadores? Parece que este podría ser el efecto derivado de esta reforma, asimilándola más al régimen actual del desplazamiento. Aunque ello aligeraría la carga administrativa derivada del procedimiento actual del artículo 16 del Reglamento de aplicación, sin embargo, los certificados A1 han sido y continúan siendo foco de innumerables problemas que, ahora, se podrían extender también a la esfera de la prestación de servicios en varios Estados miembros.

Uno de los cambios que considero que puede tener un mayor impacto en este ámbito es la modificación del concepto de sede o domicilio de la empresa o empleador. Este cambio de definición, tendente a combatir las empresas buzón, podría poner coto a una de las prácticas fraudulentas más extendidas en estos supuestos.

Con todo, puede verse la línea de asimilación seguida entre los desplazamientos del artículo 12 y el desempeño normal de actividades en varios Estados miembros. Por un lado, se tratan de establecer requisitos similares a los del artículo 12 también para los supuestos englobados en el artículo 13. Así se evidencia en la introducción del deber de

¹¹⁷⁷ La doctrina también ha venido reclamando esta necesaria alineación de regulaciones. Por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (64).

revisión de la situación en un periodo máximo de 24 meses, periodo coincidente con el señalado en el artículo 12 del Reglamento de base; en la búsqueda de una conexión real del empleador con el Estado de establecimiento (a semejanza del requisito organizativo de los desplazamientos); y en la búsqueda del empleador real del trabajador también en estos casos, plasmada en el asunto *AFMB* (a semejanza del requisito orgánico en materia de desplazamiento temporal). Por otro lado, también se tratan de equiparar los procedimientos administrativos en ambas situaciones. No obstante, el régimen del artículo 13, aun aprobándose estas modificaciones, seguiría ofreciendo mayor flexibilidad que el del desplazamiento de trabajadores.

323. La incorporación de una nueva norma de conflicto. La Propuesta de 2016 presentada por la Comisión incorporaba una nueva norma de conflicto, a introducir en el artículo 14.12 del Reglamento de aplicación. Esta norma estaba destinada a personas que, aun residiendo en un tercer Estado, realizaran actividades (por cuenta ajena o propia) en varios Estados miembros si estaban cubiertas por la legislación de Seguridad Social de uno de estos Estados miembros¹¹⁷⁸. En estos casos, se preveía la aplicación, *mutatis mutandis*, de lo dispuesto en los Reglamentos de coordinación, considerando que su residencia estaba situada en el Estado miembro en el que se encontrara la sede o domicilio de la empresa o empleador (o el centro de intereses de sus actividades, para los trabajadores por cuenta propia). En cambio, el Acuerdo Provisional ha modificado este último inciso de manera importante. Así, aunque se mantiene el supuesto de hecho intacto, se incluye la ficción de considerar la residencia de estas personas en el Estado miembro donde realicen la mayor parte de sus actividades en términos de tiempo de trabajo en el territorio de la Unión¹¹⁷⁹.

Esta nueva norma de conflicto nos conduce a pensar en la STJUE de 24 de enero de 2019 (C-477/17, asunto *Balandin y otros*). Como ya se ha indicado, este asunto versaba sobre dos nacionales de terceros países empleados por una empresa domiciliada en los Países Bajos, organizadora de espectáculos de patinaje sobre hielo en diferentes Estados, incluidos algunos Estados miembros (concretamente, los Países Bajos, Francia y Alemania), entre los meses de octubre y mayo de cada año. Antes de iniciar los

¹¹⁷⁸ La inclusión de esta disposición satisface parcialmente la demanda doctrinal de nuevas normas de conflicto para cubrir situaciones en las que todas o algunas de las personas implicadas no residan o estén establecidas en el ámbito de aplicación territorial de los Reglamentos de coordinación, en la medida en la que la actividad profesional se ejerza total o parcialmente dentro de dicho ámbito, aunque sea con carácter temporal (debiendo contar estas obligaciones con el correspondiente respaldo en convenios internacionales en los que sea parte la UE). Esta demanda fue realizada en JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 55/64.

¹¹⁷⁹ En esta ocasión, y a diferencia de lo señalado respecto del artículo 14.11 del Reglamento 987/2009, sí podría considerarse apropiada la introducción de esta norma en el Reglamento de aplicación y no en el Reglamento de base, pues no se está exceptuando la norma del artículo 13, sino que se establece una ficción jurídica destinada a permitir su puesta en práctica en determinados supuestos específicos.

espectáculos, estos trabajadores se encontraban en los Países Bajos durante unas semanas para realizar la preparación y, posteriormente, se desplazaban a los correspondientes Estados para realizar sus espectáculos. Tanto durante el periodo de entrenamiento como durante las eventuales actuaciones, residían legalmente en los Países Bajos, donde, de ser necesario, se les facilitaba un permiso de trabajo. Por su parte, cuando tenían que actuar en otros Estados miembros, residían de forma legal en virtud de un “visado Schengen”. Asimismo, durante todo este periodo, los dos trabajadores mantuvieron su residencia en un tercer Estado, trabajando temporalmente en diferentes Estados miembros de la Unión Europea, donde residieron también temporalmente.

Una vez concluida la pertenencia de este supuesto a la esfera de los Reglamentos de coordinación, dado que los dos nacionales de terceros países prestaban sus servicios por cuenta ajena en el territorio de más de un Estado miembro, se consideró de aplicación lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento 883/2004, correspondiendo al tribunal remitente comprobar si alguno de los criterios de vinculación ahí recogidos resultaba aplicable (apartado 46). Como se acaba de exponer en las páginas precedentes, siguiendo las reglas de conflicto del apartado primero del artículo 13, resultaría aplicable la legislación del Estado miembro de residencia del interesado, si se ejerciera una parte sustancial de la actividad en dicho Estado miembro. No obstante, en este supuesto, dado el mantenimiento de la residencia en el tercer Estado, podría ocurrir que los trabajadores en cuestión no tuvieran su residencia, en los términos del artículo 1.j) del Reglamento de base, en ningún Estado miembro, sino en un tercer Estado.

En caso de no ejercer una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia, sería competente la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede la única empresa empleadora, en este caso, la legislación neerlandesa (legislación que ya se les había aplicado en años anteriores).

En un supuesto como el asunto *Balandin*, en aplicación de la nueva norma de conflicto propuesta (en su redacción dada por el Acuerdo provisional), se consideraría que la residencia de estas personas está situada en el Estado miembro donde realicen la mayor parte de sus actividades en términos de tiempo de trabajo en el territorio de la Unión. Esta ficción conduciría, probablemente, a la aplicación de la legislación neerlandesa de Seguridad Social, país donde se realiza la preparación previa a la gira de espectáculos y donde se desarrollan parte de ellos.

324. ¿Otros vacíos pendientes de corrección? La incorporación de esta norma de conflicto colma un vacío puesto de manifiesto en la jurisprudencia comunitaria. No obstante, cabe plantearse la posible existencia de otras situaciones no resueltas expresamente en los Reglamentos de coordinación, ni siquiera tras la modificación propuesta.

Así, podría pensarse en, al menos, dos posibles escenarios para un trabajador, residente en el territorio de la Unión (donde no ejerce una parte sustancial de su actividad), que prestara sus servicios en varios Estados miembros, en función de la sede de sus empleadores (siempre que, obviamente, pueda concluirse el cumplimiento de todos los requisitos para encuadrar el supuesto en el ámbito de los Reglamentos de coordinación):

- Primer escenario: varios empleadores, estando todos ellos establecidos en el territorio del mismo tercer Estado. Una primera opción en este escenario sería acudir a una interpretación analógica del artículo 14.11 del Reglamento 987/2009. Ya se ha señalado que este precepto solo hace referencia expresa al caso en el que el trabajador haya sido empleado por un único empleador con sede en un tercer Estado. Aunque en este escenario existan una pluralidad de empleadores, se podría aplicar esta misma regla de conflicto, atendiendo a la finalidad perseguida por esta y la práctica identidad de la situación en la que se encontraría el trabajador afectado cuya libre circulación está en juego. De no prosperar esta aplicación analógica, se podría recurrir a la regla residual del sistema del artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, dada la inexistencia de norma de conflicto que prevea esta situación. En ambos casos, la solución sería análoga: la aplicación de la ley del Estado miembro de residencia.
- Segundo escenario: dos empleadores, uno establecido en un tercer Estado y el otro situado en el Estado miembro de la residencia del trabajador. En este caso, solo podríamos recurrir a la segunda opción señalada respecto del primer escenario, esto es, aplicar la regla residual del sistema del artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, dada la inexistencia de norma de conflicto que prevea esta situación, solución que conduciría a la aplicación de la ley del Estado miembro de residencia.

VI.5.2.D. La concurrencia de actividades de diferente naturaleza en varios Estados miembros en los Reglamentos de coordinación

325. Concurrencia de actividades por cuenta ajena y por cuenta propia.

Cuando una persona ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro y una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro, el artículo 13.3 del Reglamento de base establece como aplicable, únicamente, la ley del primer Estado. No obstante, si esta persona ejerce sus actividades por cuenta ajena en varios Estados miembros, la determinación de la legislación aplicable por el desempeño de estas, deberá realizarse al amparo del artículo 13.1 del Reglamento de base.

De este modo, el legislador comunitario estableció una preferencia por la relación laboral. Esta preferencia puede considerarse una nueva manifestación del carácter tuitivo de las normas de coordinación, dado que su fundamento residía en la mejor cobertura que,

con carácter general, se ofrecía a los trabajadores por cuenta ajena en los diferentes Estados miembros en comparación con la cobertura ofrecida a los trabajadores por cuenta propia¹¹⁸⁰. Una diferencia importante respecto de la regulación anterior, contenida en el artículo 14 *quarter* b) del Reglamento 1408/71 (a iniciativa de varios Estados miembros y para tener en cuenta sus particularidades de organización de la Seguridad Social –STJCE de 19 de marzo de 2002, C-393/99 y C-394/99, asuntos acumulados *Hervein* y *otros*, apartado 59–)¹¹⁸¹, es que el Reglamento 883/2004 no establece excepción alguna al principio de unicidad de ley aplicable en estos supuestos de concurrencia de actividades¹¹⁸².

Esta preferencia debería admitirse con ciertas cautelas. Como ha señalado la doctrina científica, sería conveniente incluir también en este precepto la necesidad de que el ejercicio de la actividad por cuenta ajena tuviera carácter de sustancial, para evitar abusos¹¹⁸³ y respetar el principio de proximidad¹¹⁸⁴. Si se permite que, mediante el ejercicio de una actividad mínima por cuenta ajena se altere la ley designada como aplicable para las actividades por cuenta propia, no cabe duda de que no tardaremos en encontrar problemas de abuso similares a los que derivaron en la evolución normativa hasta el actual artículo 13.1 del Reglamento de base.

326. Concurrencia de actividades como funcionario y por cuenta ajena. De esta segunda concurrencia de actividades de diferente naturaleza se encarga el apartado 4 del artículo 13 del Reglamento 883/2004. El legislador comunitario optó, otra vez, por dar preferencia a una de las dos actividades para mantener el principio de unicidad de ley aplicable. En esta ocasión, se ha dado prevalencia a la legislación que resulte de aplicación en virtud del ejercicio de actividades como funcionario (la del Estado miembro

¹¹⁸⁰ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 106. Otro de los motivos alegados en favor de esta preferencia fue el respeto a las legislaciones nacionales en este punto que, normalmente, también suelen decantarse a favor del aseguramiento como trabajador por cuenta ajena. *Vid.* RENNUI, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 420-421 y doctrina ahí citada.

¹¹⁸¹ Este artículo preveía un doble aseguramiento en los casos recogidos en el Anexo VII de dicho texto normativo. Una de las disposiciones de este Anexo hacía referencia a España, cuyo tenor literal era el siguiente: “8. *Ejercicio de una actividad por cuenta propia en España y de una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro por una persona que resida en España*”. A pesar de algunas voces críticas contra este doble aseguramiento por obstaculizar la libre circulación (especialmente defendida por los Abogados Generales), el TJCE defendió su conformidad con el Derecho comunitario (así, STJCE de 19 de marzo de 2002 –C-393/99 y C-394/99, asuntos acumulados *Hervein* y *otros*, apartados 54 a 67–).

¹¹⁸² Aunque la aplicación simultánea de varias legislaciones presenta algunas ventajas (especialmente, desde el punto de vista de la igualdad de trato y de la competencia leal entre empresas), cuenta con importantes desventajas (sobre todo, problemas burocráticos y dificultades derivadas de su puesta en práctica) que han derivado en su eliminación de los Reglamentos de coordinación. *Vid.* RENNUI, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 411-414.

¹¹⁸³ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁸⁴ JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 56/64. En estos términos, defendiendo esta solución también desde la competencia leal entre empresas, RENNUI, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 421.

a la que esté sujeta la administración que le emplea –artículo 11.3.b)–), tanto frente a las actividades por cuenta ajena como por cuenta propia o una combinación de ambas (en sentido similar, artículo 14 *sexies* del Reglamento 1408/71¹¹⁸⁵).

De igual modo que en el número anterior, la doctrina científica¹¹⁸⁶ ha advertido de la existencia de posibles resultados indeseables al no condicionar esta preferencia a ningún requisito. Este tipo de consecuencias indeseadas podrían suceder en caso de que un trabajador que presta sus servicios normalmente en el Estado miembro A, prestara servicios como funcionario por un breve periodo de tiempo en el Estado miembro B y, por ello, se produjera un cambio de ley aplicable. Por el momento, la única solución legalmente prevista es el recurso a los acuerdos del artículo 16 del Reglamento de base.

327. Concurrencia de varias actividades como funcionario. En otro orden de cosas, el Reglamento 1408/71 incorporó un artículo tendente a resolver los casos en los que una persona ejerciera simultáneamente una actividad como funcionario o personal asimilado en dos o más Estados miembros y que estuviese asegurada en un régimen especial de funcionarios al menos en uno de dichos Estados miembros (art. 14 *septies*). En esta ocasión, se volvía a introducir una excepción al principio de unicidad de ley aplicable, prescribiendo la sujeción de las personas en esta situación a la legislación de cada uno de dichos Estados miembros¹¹⁸⁷. Por el contrario, en el texto del actual Reglamento de base se ha eliminado esta regla, sin que se haya sustituido por otra que determine cómo resolver esta concurrencia de leyes. Si bien esta situación puede que no sea muy común en la práctica (o, incluso, que no se haya dado ningún caso¹¹⁸⁸), no parece que sea imposible que pudiera existir algún supuesto¹¹⁸⁹.

Esta laguna nos lleva a interrogarnos sobre la posible solución a esta concurrencia dada la regulación actual contenida en los Reglamentos de coordinación. En mi opinión, no puede hallarse una respuesta a esta cuestión en el artículo 11.3.b) del Reglamento de

¹¹⁸⁵ Este precepto, en cambio, se refería limitadamente a las personas que estuviesen aseguradas en un régimen especial de funcionarios en un Estado miembro.

¹¹⁸⁶ Apuntando esta situación problemática, ESSERS, G. y PENNING, F., “Gaps in social security protection of mobile persons: Options for filling these gaps”, *European Journal of Social Security*, Vol. 22, núm. 2, 2020, pp. 163-179 (165).

¹¹⁸⁷ El principal motivo para ello, al igual que para el establecimiento de la preferencia del aseguramiento en un régimen especial de funcionarios, fue la importante limitación al principio de totalización en estos casos. Más ampliamente, por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, pp. 216-218.

¹¹⁸⁸ Sobre esta razón fáctica como posible explicación a la ausencia de norma expresa resolviendo esta situación, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (274).

¹¹⁸⁹ Por ejemplo, trabajadores en Universidades (públicas) de diferentes Estados miembros. Sobre esta posibilidad, PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 107-108.

base¹¹⁹⁰, que se limita a establecer la regla de conflicto específica para los funcionarios, sin que se establezca ningún criterio de selección prioritaria de una administración empleadora frente a otra. Ante la ausencia de tal prioridad, la aplicación simple y llana del artículo 11.3.b) del Reglamento de base solo serviría para concluir la existencia de un doble aseguramiento (en los dos o más Estados miembros en los que se esté empleado como funcionario)¹¹⁹¹, conclusión contraria al principio de unicidad de ley aplicable del artículo 11.1 de dicho texto reglamentario y a los objetivos perseguidos por este (recordemos que, precisamente, mediante el Reglamento 883/2004 se suprimieron todas las excepciones al principio de unicidad buscando, entre otras finalidades, mayor simplicidad administrativa¹¹⁹²), sin que dicha excepción esté cubierta por la propia normativa.

En cambio, una respuesta más acorde con el tenor del Reglamento y los objetivos por él perseguidos, podría consistir en la aplicación analógica del régimen previsto en el artículo 13.1 para estos supuestos¹¹⁹³. A mi parecer, esta teoría se podría considerar respaldada por la jurisprudencia del TJCE dictada al amparo del Reglamento 1408/71, en su versión previa a la introducción de los artículos 14 *sexies* y 14 *septies* mediante el artículo 1.6 del Reglamento 1606/98. Concretamente, en sentencia de 24 de marzo de 1994 (C-71/93, asunto *Van Poucke*, apartados 18 y 19), se consideró que, dado que en el sistema del Tratado, los funcionarios están considerados trabajadores por cuenta ajena¹¹⁹⁴, “*la actividad ejercida en calidad de funcionario por una persona comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento es una actividad por cuenta ajena en el sentido del artículo 14 quater, el cual determina las reglas concretas aplicables a las personas que ejerzan simultáneamente una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y una actividad por cuenta propia en el territorio de otro Estado miembro*”, sin que obste para alcanzar esta conclusión el hecho de que los funcionarios sean un colectivo

¹¹⁹⁰ En contra, sobre esta posible razón jurídica para no establecer una norma específica, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales...”, *op. cit.* (274).

¹¹⁹¹ Que, como ha señalado parte de la doctrina, ocurriría con más frecuencia que al amparo de la anterior regulación contenida en el Reglamento 1408/71, limitada a los casos de aseguramiento en regímenes especiales para funcionarios. En este sentido, SCHOUKENS, P. y PIETERS, D., “The rules within Regulation 883/2004...”, *op. cit.* (101).

¹¹⁹² Así lo ha reconocido expresamente el TJUE, en su sentencia de 6 de junio de 2019 (C-33/18, asunto V, apartados 44-45), donde ha señalado, respecto a la aplicación del periodo de transitorio, que, dado que el Reglamento 883/2004 suprimió todas las excepciones al principio de unicidad de ley aplicable, “*una interpretación del artículo 87, apartado 8, del Reglamento n.º 883/2004 que tenga en cuenta el contexto en el que se enmarca esta disposición no puede abogar por perpetuar el régimen excepcional que establece una doble afiliación, que sería incoherente con el sistema establecido por dicho Reglamento, que se basa en el principio de única legislación nacional aplicable*”.

¹¹⁹³ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 107-108. Apoyando la teoría de este autor, MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 163.

¹¹⁹⁴ En este mismo sentido, SSTJCE de 1 de febrero de 1996 (C-308/94, asunto *Naruschawicus*, apartado 21); de 13 de noviembre de 1997 (C-248/96, asunto *Grahame y Hollanders*, apartado 28); y de 5 de marzo de 1998 (C-194/96, asunto *Kulzer*, apartado 25).

con una norma de conflicto específica en el artículo 13.2 (actual artículo 11.3.b) del Reglamento 883/2004). Por tanto, si se entiende que los trabajadores que ejercen una actividad por cuenta ajena a los efectos de los Reglamentos de coordinación engloban a los funcionarios (no siendo estos últimos más que una especie dentro del género de los primeros), les serían de aplicación las reglas de concurrencia generalmente previstas para los casos de ejercicio de actividades por cuenta ajena en varios Estados miembros, al no existir regla específica que excepcione este régimen general para los funcionarios (a salvo de lo establecido en el artículo 13.4 del Reglamento de base).

VI.6. La regla subsidiaria del sistema: la *lex loci domicilii*

VI.6.1. La evolución de la *lex loci domicilii*: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004

328. Inicios de la norma de conflicto: trabajadores postactivos. En el marco del Reglamento 1408/71 (así como en su antecesor), no se preveía ninguna norma de conflicto específica para aquellos trabajadores que hubiesen cesado en la prestación de sus servicios bajo la legislación de un Estado miembro y residieran en el territorio de otro. Este vacío de ley aplicable fue puesto de manifiesto en la jurisprudencia del TJCE, que trató de aportar una solución, de manera cambiante, y que estuvo en la base de una reforma del texto reglamentario.

En un primer momento, el Tribunal comunitario consideró aplicable la regla general *lex loci laboris*, de forma extensiva (SSTJCE de 12 de enero de 1983 –150/82, asunto *Coppola*, apartado 11¹¹⁹⁵–; y, sobre todo, de 12 de junio de 1986 –302/84, asunto *Ten Holder*, apartados 13-15¹¹⁹⁶–). Así, concluyó que un trabajador que dejó de trabajar en el territorio de un Estado miembro y que no se desplazó para ejercer otra actividad en el territorio de otro Estado miembro, quedaba sujeto a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio hubiese ejercido su última actividad, con independencia del periodo transcurrido entre el cese de las actividades en cuestión y la terminación de la relación

¹¹⁹⁵ En esta sentencia, el TJCE señaló, sobre el artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71, que “*a falta de disposiciones contrarias que se refieran al tipo particular de prestación de que se trate (en el caso de autos, prestaciones de enfermedad), sólo es aplicable, por tanto, la legislación del Estado en cuyo territorio está empleado el trabajador. Si bien dicha disposición no menciona expresamente el caso de un trabajador que no está empleado cuando solicita la prestación de enfermedad, procede interpretarlo en el sentido de que, en su caso, se refiere a la legislación del Estado en cuyo territorio el trabajador estuvo por última vez empleado*”.

¹¹⁹⁶ Este pronunciamiento se refería a la situación de una persona que había cesado sus actividades profesionales en el territorio de un Estado miembro, percibiendo en él prestaciones por enfermedad (con base en la legislación nacional de dicho Estado miembro), y que había trasladado su residencia al territorio de otro Estado miembro sin reanudar en este una actividad mientras percibía las citadas prestaciones. No obstante, no constaba que hubiera cesado definitivamente de ejercer toda actividad profesional ni que no fuera a reanudarla en su nuevo Estado miembro de residencia.

laboral¹¹⁹⁷. Esta conclusión generó problemas prácticos, dos de especial consideración: la dificultad de recaudar contribuciones, en ocasiones, por parte del Estado miembro competente por personas residentes en el extranjero; y el riesgo que podía suponer para un Estado miembro basado en un régimen no contributivo, brindar a personas la posibilidad de sujeción indefinida a su legislación de Seguridad Social (aun cuando hubiesen desarrollado allí una breve actividad profesional) sin desarrollar ningún trabajo en el nuevo Estado de destino¹¹⁹⁸.

Para tratar de solventar estos inconvenientes, esta jurisprudencia se matizó posteriormente en sentencias de 21 de febrero de 1991 (C-140/88, asunto *Noij*, apartados 9 y 10) y de 10 de marzo de 1992 (C-215/90, asunto *Twomey*, apartado 10), donde se concretó que los trabajadores que hubieran cesado definitivamente de ejercer toda actividad profesional se hallaban fuera de la regla del artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71 (*lex loci laboris*)¹¹⁹⁹.

La laguna puesta de manifiesto en esta jurisprudencia fue colmada en el texto reglamentario a través de la reforma operada por el artículo 1.2 del Reglamento núm. 2195/91¹²⁰⁰ (en cuyos considerandos se reconoció el objetivo de introducir una nueva regla de conflicto como consecuencia del asunto *Ten Holder*). Esta reforma supuso la introducción de la norma de conflicto del artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71, en virtud de cuyo tenor, una persona a la que dejara de serle aplicable la legislación de un Estado miembro (designada al amparo de las normas de coordinación), sin que por ello pasara a aplicársele la legislación de otro Estado miembro de conformidad con una de las reglas enunciadas en las letras anteriores del artículo 13.2 o con una de las excepciones o normas especiales establecidas en los artículos 14 a 17, quedaría sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residiera (de conformidad con las disposiciones de

¹¹⁹⁷ Esta interpretación fue nuevamente aplicada en STJUE de 18 de abril de 2013 (C-548/11, asunto *Mulders*, apartados 34 y 35). Concretamente, sobre la base de la interpretación dada al artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71 en los asuntos *Coppola* y *Ten Holder*, el Tribunal concluyó que “una persona como el Sr. Mulders que, en el litigio principal, dejó de trabajar de modo definitivo antes del 29 de julio de 1991 y que no volvió a trabajar con posterioridad, estaba incluido en el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71, las cuales, al haberse ejercido en los Países Bajos el último trabajo del Sr. Mulders, designaban como legislación aplicable la legislación neerlandesa”.

¹¹⁹⁸ Sobre estos problemas, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, op. cit., pp. 219-220; y PENNING, F., *European Social Security Law*, op. cit., p. 94.

¹¹⁹⁹ Recordando esta interpretación jurisprudencial, SSTJCE de 3 de mayo de 2001 (C-347/98, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartado 3); y de 20 de enero de 2005 (C-302/02, asunto *Effing*, apartado 42). En esta línea, pero sobre la inaplicación de la regla específica para funcionarios en caso de cese definitivo de actividad, STJCE de 21 de febrero de 1989 (C-245/88, asunto *Daalmeijer*, apartados 12, 13 y 17).

¹²⁰⁰ Reglamento (CEE) núm. 2195/91 del Consejo, de 25 de junio de 1991, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 (DOCE núm. L 206, de 29 de julio de 1991, pp. 2 a 15).

esta legislación únicamente)¹²⁰¹. Como se puede apreciar, mediante esta reforma se otorgó competencia a la ley del Estado miembro de residencia, tanto en los casos de cese temporal como definitivo del ejercicio de las actividades profesionales (SSTJCE de 11 de junio de 1998 –C-275/96, asunto *Kuusijärvi*, apartados 39 a 49–; de 11 de noviembre de 2004 –C-372/02, asunto *Adanez-Vega*, apartado 24–; y de 20 de enero de 2005 –C-302/02, asunto *Effing*, apartado 43–), renunciando al mantenimiento de la *lex loci laboris* como había proclamado la jurisprudencia precedente¹²⁰².

Para completar esta reforma, el artículo 2.2 del Reglamento 2195/91 introdujo el artículo 10 *ter* en el Reglamento 574/72, en virtud del cual se dejaba en manos de la normativa nacional aplicable la determinación de la fecha y las condiciones en las que esta dejaría de ser de aplicación a una de las personas contempladas en el artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71. De tal manera, las normas de coordinación no eran las encargadas de definir por sí mismas los requisitos con arreglo a los cuales dejaba de ser aplicable la legislación de un Estado miembro a estos efectos (por todas, SSTJCE de 11 de junio de 1998 –C-275/96, asunto *Kuusijärvi*, apartado 29–; de 3 de mayo de 2001 –C-347/98, asunto *Comisión vs. Bélgica*, apartado 31–; de 7 de julio de 2005 –C-227/03, asunto *van Pommeren-Bourgon diën*, apartado 33–; y SSTJUE de 19 de marzo de 2015 –C-266/13, asunto *Kik*, apartados 51 y 52–; y de 1 de febrero de 2017 –C-430/15, asunto *Tolley*, apartado 62 a 66–).

329. La regla del artículo 11.3.e) del Reglamento de base: personas inactivas¹²⁰³. La inclusión de las personas inactivas de un modo general en el ámbito subjetivo de los actuales Reglamentos de coordinación, hizo necesaria la inclusión de una norma de conflicto aplicable a este colectivo, que no podía ampararse en ninguna de las existentes hasta la fecha. La norma de conflicto del artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71 solucionaba solo parcialmente el problema, pues se refería a personas a las que había dejado de serle de aplicación una legislación sin ser aplicable otra al amparo de las normas de conflicto comunitarias¹²⁰⁴. Sin embargo, con la redacción actual de los nuevos

¹²⁰¹ Aplicando esta disposición, STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C-394/13, asunto *B*, apartado 24).

¹²⁰² Complementariamente, la incorporación de esta regla hizo necesaria la adaptación del artículo 17 del mismo Reglamento, para brindar la posibilidad de realizar acuerdos que excepcionaran esta regla, en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, no solo de “trabajadores” en sentido estricto (sobre estos acuerdos, véase *infra*, apartado VI.7.3).

¹²⁰³ Siguiendo a Pennings, se va a utilizar esta categoría para englobar a las personas que nunca han trabajado o que han cesado de trabajar sin entrar dentro del artículo 11.2 del Reglamento de base. PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 97.

¹²⁰⁴ Un ejemplo de que la regla del artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71 coincide parcialmente con el nuevo artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004 es la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C-394/13, asunto *B*, apartado 35). En este pronunciamiento, el TJUE señaló que la entrada en vigor del Reglamento 883/2004 no había supuesto ningún cambio de ley aplicable ni del concepto de residencia que alterara lo dispuesto en el anterior artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71 en un caso de determinación de la ley competente para conceder una prestación familiar-ayuda parental a una persona que, junto con su marido e

reglamentos, podrían existir situaciones en las que hubiera personas que no han ejercido nunca actividades económicas y, por ende, no sean consideradas trabajadores postactivos a estos efectos, carentes de norma de conflicto para resolver los posibles conflictos de leyes¹²⁰⁵ (tanto positivos, como negativos)¹²⁰⁶.

Esta norma se ha incluido en el artículo 11.3.e) del actual Reglamento de base, en virtud de la cual, cualquier persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) del artículo 11.3 (a reserva de lo dispuesto en los artículos 12 a 16), estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia (sin perjuicio de otras disposiciones reglamentarias que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros)¹²⁰⁷.

VI.6.2. La configuración de la *lex loci domicilii* como regla supletoria del sistema

330. La evolución jurisprudencial. El reconocimiento de la naturaleza de la *lex loci domicilii* contenida en el artículo 11.3.e) del Reglamento de base como regla supletoria de todo el sistema de normas de conflicto previsto en el Título II, puede considerarse fruto de la evolución jurisprudencial, cuyos cimientos fueron sentados hace más de un cuarto de siglo (STJCE de 29 de junio de 1994 –C-60/93, asunto *Aldewereld*–), y que han resurgido en el último lustro como consecuencia de dos pronunciamientos respecto de trabajadores del mar faenando en buques con pabellones de conveniencia

hijo, vive en Francia, lugar de trabajo del marido, donde se encuentra su centro de intereses, donde ya ha percibido en su integridad la prestación francesa para la primera infancia y con domicilio registrado en la República Checa. Al amparo de ambos textos legales, se concluye la competencia de la ley del Estado miembro de residencia (Francia).

No obstante, conviene recordar que, de conformidad con el artículo 11.2 del nuevo Reglamento de base, y a diferencia de la anterior regulación, algunas personas que reciben prestaciones en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad, son consideradas como si ejercieran dicha actividad (sobre todo, perceptores de prestaciones de desempleo –con una regla particular en el artículo 11.3.c)– o de incapacidad temporal no derivada de contingencias profesionales), por lo que estarían excluidas de la regla del artículo 11.3.e), entrando en el ámbito del artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004 si eran trabajadores “ordinarios” (CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, pp. 224-225; y PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 97); todo ello, sin perjuicio, de las matizaciones que puedan preverse en el Título III del Reglamento de base en materia de la relación de protección.

¹²⁰⁵ Acerca de la insuficiencia de la regla contenida en el artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71 respecto de las personas económicamente inactivas, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 8/49.

¹²⁰⁶ Sobre la aplicación de esta norma de conflicto a estas personas, para resolver todo tipo de conflictos de leyes, STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14, asunto *Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, apartados 63 y 64). Regla también aplicada a una persona que ha cesado en el ejercicio de actividades profesionales en un Estado miembro y reside en otro Estado miembro, en SSTJUE de 23 de enero de 2019 (C-272/17, asunto *Zyla*, apartados 39 a 41); y de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartados 49 a 52).

¹²⁰⁷ Sobre la determinación de la residencia en el ámbito de la coordinación y su distinción de la mera estancia y la residencia legal de la Directiva 2004/38, véase ampliamente, *supra*, apartado VI.1.2.D.

(SSTJUE de 19 de marzo de 2015 –C-266/13, asunto *Kik*–; y de 8 de mayo de 2019 –C-631/17, asunto *SF*–)¹²⁰⁸.

La peculiaridad común de los tres pronunciamientos señalados en materia de determinación de ley aplicable a la relación de afiliación-cotización reside en la prestación de servicios situada exclusivamente fuera del territorio comunitario. Como ya se apuntó al analizar el ámbito de aplicación territorial de las normas de coordinación, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Luxemburgo la que establece que las normas de coordinación no exigen, necesariamente, que la prestación de servicios se realice dentro del territorio comunitario, en la medida en la que la relación laboral conserve una vinculación suficientemente estrecha con este¹²⁰⁹. Sobre la base de esta doctrina, el TJCE y, posteriormente, el TJUE, dictaron diversos pronunciamientos en los que consideraron de aplicación el sistema de normas de conflicto del Título II (del Reglamento 1408/71 y del Reglamento 883/2004) a ciudadanos de un Estado miembro, residentes en ese mismo Estado miembro y contratados por una empresa situada en otro Estado miembro, por cuenta de la que prestan sus servicios fuera del territorio de la Unión. El problema que trató de resolverse en estas tres ocasiones fue el de la concreta norma de conflicto a aplicar a estos trabajadores (y solo una, por el principio de unicidad de ley aplicable tendente a evitar dobles cotizaciones), pues ninguna de las normas previstas se refiere, expresamente, a estos trabajadores.

331. El origen de esta jurisprudencia: el asunto *Aldewereld*. La primera ocasión en la que el TJCE trató de resolver este conflicto de leyes fue en su sentencia de 29 de junio de 1994 (C-60/93, asunto *Aldewereld*). Recordemos que el actor en el litigio principal, el Sr. Aldewereld, era un ciudadano neerlandés, residente en los Países Bajos en el momento de su contratación por una empresa establecida en Alemania, que fue enviado por esta, de manera inmediata, a prestar sus servicios en Tailandia. Durante ese periodo de tiempo, el trabajador estuvo afiliado a la Seguridad Social alemana, pagando ahí sus cotizaciones sociales, pero los Países Bajos también reclamaban las cotizaciones durante dicho periodo por ser el país de residencia del trabajador.

Tras concluir la existencia de una vinculación suficientemente estrecha de la relación laboral en cuestión con el territorio comunitario (apartado 14), el TJCE procedió a examinar las reglas contenidas en el Reglamento 1408/71. Con carácter previo, rechazó que el trabajador estuviera investido de un derecho de opción en estos casos, dado que las dos únicas disposiciones que preveían el mismo (personal de servicio de las misiones

¹²⁰⁸ Bahamas (asunto *SF*) y Panamá (asunto *Kik*) figuran en el listado de registros declarados como Banderas de Conveniencia por el Comité de Prácticas Aceptables de la ITF (disponible en <https://www.itfseafarers.org/es/focs/banderas-de-bdc>).

¹²⁰⁹ *Supra*, número 74.

diplomáticas u oficinas consulares y agentes auxiliares de las Comunidades Europeas), no hacían referencia a situaciones comparables a la del Sr. Aldewereld (apartados 18-19).

A partir de aquí, el Tribunal de Justicia realiza un planteamiento novedoso (y, si se me permite, poco ortodoxo) para determinar la legislación competente en materia de Seguridad Social, que puede dividirse en tres fases. En una primera fase, el TJCE identifica los únicos elementos de vinculación que presenta la situación con la legislación de alguno de los Estados miembros; en esta ocasión, la residencia del trabajador (Países Bajos) y el lugar de establecimiento del empresario (Alemania). En una segunda fase, se analiza la posición que ostentan ambas conexiones en el sistema vigente de normas de conflicto del Título II del Reglamento 1408/71. De este análisis, especialmente centrado en las disposiciones previstas para las personas que ejerzan normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros, se concluye que la residencia constituye una conexión accesoria que solo entra en juego cuando la ley de dicho Estado miembro presente una vinculación con la relación laboral. En caso contrario (es decir, cuando el trabajador no reside en un Estado en el que ejerce su actividad), normalmente, se da preferencia a la conexión de la sede empresarial (apartados 22 y 23). En la tercera fase, se concluye la aplicación de la legislación del Estado miembro donde está establecido el empresario, dado que la legislación del Estado miembro de residencia “*no tiene ninguna vinculación con la relación laboral*” (apartados 24 y 25).

332. El asunto *Kik* como heredero de la doctrina *Aldewereld*. El asunto *Aldewereld* (destinado a resolver un caso muy particular), que durante más de veinte años había constituido una *rara avis* en la jurisprudencia comunitaria, resurgió con fuerza en la STJUE de 19 de marzo de 2015 (C-266/13, asunto *Kik*). El Sr. Kik era un nacional neerlandés residente en los Países Bajos, que prestaba sus servicios como trabajador del mar en un buque colocador de tuberías con pabellón de un tercer Estado (Panamá), primero para una empresa situada en los Países Bajos y, posteriormente, para otra empresa situada en Suiza (apartados 42 a 45). Durante el periodo controvertido, coincidente con el empleo para la empresa suiza, el Sr. Kik estuvo prestando sus servicios fuera del territorio comunitario (sucesivamente, a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado tercero, en aguas internacionales y a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros –Reino Unido* y Países Bajos–).

Al igual que en el asunto *Aldewereld*, el TJUE comenzó justificando la aplicación de los reglamentos de coordinación (en el momento de los hechos objeto del litigio –año 2004–, los Reglamentos 1408/71 y 574/72) al existir un vínculo suficientemente estrecho de la relación laboral con el territorio comunitario (apartados 42-45). Como consecuencia, la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación debía realizarse en atención

a las reglas del Título II del Reglamento 1408/71. No obstante, este caso presentaba dos diferencias respecto del asunto *Aldewereld* que requerían explicaciones adicionales.

La primera diferencia era de origen fáctico. El Sr. Kik, a diferencia del Sr. Aldewereld, era un trabajador del mar, colectivo con una norma de conflicto específica en el artículo 13.2.c) del Reglamento 1408/71 (actual artículo 11.3 del Reglamento 883/2004). Sobre esta norma específica, el TJUE descartó su aplicación analógica a este supuesto en tanto en cuanto esta norma designa la competencia del Estado miembro del pabellón del buque y el Sr. Kik trabajaba en un buque que enarbolaba pabellón de un tercer Estado (apartado 56)¹²¹⁰.

La segunda diferencia, en cambio, era de origen normativo. En el momento de producirse los hechos que dieron origen al litigio, el Reglamento 1408/71 ya incorporaba la norma del artículo 13.2.f), prevista para las personas a las que dejara de serle de aplicación la legislación de un Estado miembro, sin que por ello pasase a aplicársele la legislación de otro Estado miembro en virtud de otra disposición del Título II. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo también descartó su aplicación a un caso como el del Sr. Kik habida cuenta de que la legislación neerlandesa, en atención al Derecho neerlandés, seguía siendo aplicable al trabajador durante todo el periodo controvertido (apartado 53).

A partir de este momento, la sentencia sigue el mismo planteamiento que en el asunto *Aldewereld*, llegando a idéntica conclusión: la aplicación de la legislación del Estado miembro donde esté establecido el empleador por ser la más vinculada con la relación laboral (apartado 61). No obstante, el TJUE refuerza su conclusión basándose en el régimen previsto para los trabajadores del sector del transporte internacional, a pesar de la exclusión expresa de los trabajadores del mar, al considerar la situación del Sr. Kik comparable “*dado que ni el Estado del pabellón ni el lugar de trabajo tienen vinculación con la legislación de los Estados miembros*” (apartados 59 a 61). De este modo, en este pronunciamiento, el TJUE ha señalado como criterio principal de conexión en el ámbito de las relaciones laborales al trabajador y su lugar de trabajo. Subsidiariamente, cuando este lugar no sea útil para la determinación de la ley de un Estado miembro (como en el asunto *Kik*), se recurre al otro polo de la relación laboral, esto es, el empleador y su lugar de establecimiento (criterio subsidiario que también se aplica en el artículo 12.1 del Reglamento de base, al preferir el Estado de la sede empresarial que el de prestación

¹²¹⁰ Recuérdese que la designación de la ley de un tercer Estado como competente en aplicación de las normas de conflicto comunitarias ha sido considerada como un vacío que ha derivado, en ocasiones, en la inclusión de normas específicas para evitar tal efecto nocivo para la protección de los trabajadores (así sucedió con el artículo 14.11 del Reglamento 987/2009).

efectiva de los servicios, dada la particularidad de la situación de los trabajadores desplazados temporalmente)¹²¹¹.

Por último, se realiza una doble consideración a causa de la falta de información sobre el régimen de seguro establecido en Suiza (apartados 62 y 63, respectivamente). En primer lugar, en caso de implicar la afiliación del Sr. Kik a un régimen de seguro voluntario o facultativo continuado, deberá preferirse la afiliación al sistema del Estado miembro de residencia (neerlandés), que prevé la afiliación a un régimen de seguro obligatorio (art. 15.2 del Reglamento 1408/71).

Mayor relevancia tiene la segunda consideración en virtud de la cual si, de conformidad con la legislación suiza, no se previera la afiliación del Sr. Kik a ningún régimen de Seguridad Social, sería aplicable la legislación del Estado miembro de residencia, dada la finalidad de las normas de coordinación de evitar vacíos de protección por la falta de legislación aplicable. Ello supone el reconocimiento de una ley “subsidiariamente competente”, no en materia de acceso a prestaciones sociales como en la doctrina *Bosmann*, sino en materia de ley aplicable a la relación de afiliación¹²¹². Las dudas no resueltas en este pronunciamiento, de indudable importancia, son varias¹²¹³. Por un lado, ¿el juego de la ley “subsidiariamente competente” es obligatorio? Es decir, la doctrina *Bosmann* deja al arbitrio de la normativa nacional extender su aplicación, si así lo considera oportuno, a personas incluidas en el ámbito de otra ley nacional, designada a título principal. Sin embargo, en el asunto *Kik*, no queda claro que esta competencia sea meramente potestativa, sino una verdadera red de protección del trabajador en caso de falta de aseguramiento en el primer Estado miembro competente. Por otro lado, huelga señalar, nuevamente, que es competencia nacional la fijación de los criterios de afiliación al régimen estatal de Seguridad Social, siempre que se respete el Derecho de la Unión en esta tarea. Como consecuencia de ello, una vez designada la ley competente, es posible que una persona no quede sujeta al régimen nacional designado por no cumplir con los requisitos exigidos. Pese a tener interiorizado este razonamiento, el TJUE podría estar modificando las reglas del juego a mitad de la partida en el asunto *Kik* al establecer esta aparente competencia subsidiaria, sin especificar los casos en los que podría ser procedente (deja la puerta abierta a interpretaciones flexibles que extiendan esta competencia subsidiaria en todo caso de falta de aseguramiento en el Estado miembro cuya ley es designada a título principal). Por último, faltaría concretar cómo se debería determinar la legislación subsidiariamente competente, si por remisión a la ley del Estado de residencia, regla residual del sistema; por remisión a la ley del Estado del último lugar

¹²¹¹ RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (69).

¹²¹² MAVRIDIS, P., “Y a-t-il encore des règles de conflits de lois...”, *op. cit.* (262).

¹²¹³ Sobre estos interrogantes, LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (463).

de empleo, para asegurar la continuidad de la protección social del interesado; o, incluso, esta competencia subsidiaria podría variar de una situación a otra, en función de la vinculación del caso con uno u otro Estado miembro. Sin duda, esta competencia subsidiaria es una creación puramente jurisprudencial, sin que exista respaldo en el texto reglamentario y, de consolidarse, cambiaría por completo el propio sistema de normas de conflicto recogido en el Título II del Reglamento 883/2004 y su dinámica de aplicación: ya no se trataría de buscar siempre una ley competente (cuyos requisitos determinarían la sujeción o no al sistema de Seguridad Social en cuestión), sino de buscar siempre una ley de afiliación efectiva para el interesado (al menos, en los casos de trabajadores).

Por el momento, como ya se ha comentado anteriormente, el TJUE ha emitido una reciente sentencia, en fecha 19 de septiembre de 2019 (C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados, *van den Berg y Giesen y otros*)¹²¹⁴, en la que ha descartado la obligación de un Estado miembro no competente (el de residencia) de ofrecer a trabajadores asegurados en el Estado miembro de empleo con una cobertura social escasa (no confiere ningún derecho a una pensión de vejez o prestaciones familiares), la posibilidad de afiliarse a su sistema de Seguridad Social. Además de recordar que el contenido de las legislaciones nacionales no es objeto de armonización y, por ello, es posible que la cobertura social ofrecida por un Estado sea menor que la ofrecida en otros, esgrime diversos motivos para sustentar su fallo. Específicamente, el Tribunal europeo señala que, de sustentarse la opinión contraria, se cuestionaría el sistema de coordinación del Título II del Reglamento 1408/71, concretado en el principio de unicidad de legislación aplicable (apartado 60), además del posible perjuicio del equilibrio financiero del sistema nacional que ofrezca una mejor cobertura social (apartados 61 y 62). Este razonamiento sería totalmente predicable también del Reglamento 883/2004, mayor defensor aún de este principio de unicidad.

Este caso ha podido salvarse recurriendo al principio de unicidad de ley aplicable. Cuestión distinta sería si esa falta de cobertura social fuera total en el Estado miembro competente, pues es ese el supuesto en el que parece que el TJUE podría terminar de abrir la puerta o cerrarla por completo a la construcción de una “legislación competente a título subsidiario” respecto de la relación de afiliación.

¹²¹⁴ Al igual que en la STJUE de 23 de abril de 2015 (C-382/13, asunto *Franzen y otros*), los casos origen de esta cuestión prejudicial fueron el de tres personas prestando sus servicios en el marco de contratos de trabajo eventuales (*mini-jobs*): una peluquera con una jornada de 20 horas semanales con ingresos de escasa cuantía en Alemania, pero residente en los Países Bajos (Sra. Franzen); una vendedora en una tienda de ropa de vestir durante un número de horas al mes que no excedía de dos o tres días al mes en virtud de un contrato eventual en Alemania, pero residente en los Países Bajos (esposa del Sr. Giesen); y un trabajador, residente en los Países Bajos, que desarrolló una actividad en Alemania entre junio y julio de 1972 y entre enero de 1990 y diciembre de 1994, no todos los días, sino durante periodos cortos de tiempo, obteniendo ingresos demasiado bajos como para considerarle obligado a cotizar en Alemania (Sr. van den Berg).

Más allá de sus posibles implicaciones jurídicas, esta sentencia ha sido alabada por parte de la doctrina científica en cuanto a su finalidad protectora para los trabajadores del mar, haciendo realidad el deterioro de la regla general de la ley del pabellón –en la actualidad, insuficiente–, no desde el punto de vista normativo (que, tal y como se ha expuesto, sigue vigente en los Reglamentos de coordinación), sino desde el punto de vista interpretativo¹²¹⁵. Además, se ha destacado su importancia desde el punto de vista jurídico dado que, en ella, se ha desplazado el criterio de conexión del lugar de trabajo efectivo del artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004, por una referencia a la relación laboral (desplazamiento que también puede verse en la base del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, entre otros)¹²¹⁶.

333. El último paso de la evolución jurisprudencial: el asunto SF. Con estos precedentes jurisprudenciales, el TJUE se enfrentó, de nuevo, a un caso de esta índole en su sentencia de 8 de mayo de 2019 (C-631/17, asunto SF), esta vez, en el marco del Reglamento 883/2004. Los cambios normativos introducidos por este Reglamento, como ya se ha tenido ocasión de ir comentando a lo largo de este capítulo, y en lo que a este caso interesan, son dos: 1) la eliminación del régimen particular previsto para el sector del transporte internacional, rigiéndose ahora por el régimen general para prestación de servicios en dos o más Estados miembros (art. 13 del Reglamento de base); y 2) la introducción de la norma de conflicto del artículo 11.3.e) del Reglamento de base, sucesora de la regla contenida en el artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71.

En esta ocasión, el litigio origen de la cuestión prejudicial versaba sobre el Sr. SF, nacional letón residente en Letonia que prestó sus servicios como mozo para una sociedad domiciliada en los Países Bajos, a bordo de un buque que navegaba fuera del territorio comunitario (por la parte alemana de la plataforma continental del Mar del Norte) y que enarbolaba pabellón de un tercer Estado (concretamente, de Bahamas). El TJUE concluyó, nuevamente, que existía vinculación estrecha entre la relación laboral de este trabajador del mar y el territorio comunitario, por lo que resultaba de aplicación lo dispuesto en el Título II del Reglamento 883/2004 para determinar la ley aplicable.

En primer lugar, el TJUE descartó la aplicación de las normas especiales contenidas en los artículos 12 a 16 del Reglamento 883/2004¹²¹⁷, así como de las reglas previstas en

¹²¹⁵ En estos términos, FOTINOPOULOU BASURKO, O., ¿Es necesario reformular...?, *op. cit.* (64). En sentido similar, CHAUMETTE, P., “De l’affiliation sociale des gens de mer en droit européen : extension vers les marins ressortissants européens, expatriés sous pavillon tiers ?”, *Droit Maritime Français (DMF)*, núm. 769, 2015, pp. 401-416 (416); y RIBES MORENO, M. I., “Capítulo X. La problemática derivada...”, *op. cit.* (164).

¹²¹⁶ LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (458 y 460).

¹²¹⁷ No es trabajador desplazado, ni presta servicios en dos o más Estados miembros, no está afiliado a un seguro voluntario o facultativo continuado, no es agente contractual de la UE, ni está sujeto a un acuerdo del artículo 16.

las letras a) a d) del artículo 11.3 del Reglamento de base¹²¹⁸, pues el Sr. SF no estaba incluido en ninguno de esos supuestos. En segundo lugar, también se excluyó la aplicación de la regla específica prevista en el artículo 11.4 del Reglamento 883/2004 para los trabajadores del mar, dado que la prestación de servicios se realizaba en un buque que enarbolaba el pabellón de un tercer Estado (apartado 28). Como puede comprobarse, hasta este momento, el supuesto de hecho y el razonamiento esgrimido por el TJUE son idénticos a los del asunto *Kik*.

En cambio, en este pronunciamiento se plantea una cuestión adicional que cambiará el fallo del Tribunal: la posible aplicación de la norma de conflicto del artículo 11.3.e) del Reglamento de base. La duda que se suscitó en este procedimiento fue, en definitiva, la naturaleza de esta norma, es decir, si la misma solo resulta de aplicación a aquellas personas que no ejercen actividades económicas (inactivas) –sobre las que no había duda de su inclusión dentro de su supuesto de hecho– o, por el contrario, debe considerarse, ampliamente, como una norma de carácter supletorio, aplicable a todo caso no incluido en ninguna otra norma de conflicto.

Para dar respuesta a esa cuestión, el TJUE consideró el tenor literal de esta regla, pero también su contexto, los objetivos perseguidos por el propio Reglamento 883/2004 y su génesis. En cuanto al tenor literal de la regla del artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, el TJUE coincide con el Abogado General en el hecho de que esta disposición está redactada en términos generales (se hace referencia a expresiones como “*cualquier otra persona*”, o “*sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento*”), precisamente, con la finalidad de dotarla de ese carácter de norma residual, cerrando así “*un sistema completo de determinación de la legislación aplicable*” (apartado 31). Además, la redacción de esta regla no limita su aplicación, exclusivamente, a las personas que no ejercen actividades económicas (apartado 32). Respecto de los objetivos perseguidos por el Reglamento, se recuerda jurisprudencia en la que se señala la finalidad de construir “*un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes*” que evite tanto la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales, como los vacíos de protección por no existir ley aplicable alguna (apartado 33). Este último riesgo podría manifestarse si se interpretara restrictivamente esta regla, aplicándose únicamente a las personas que no ejercen actividades económicas (apartado 36). Por último, el Tribunal europeo recuerda que el antecesor de esta norma, el artículo 13.2.f) del Reglamento 1408/71), a pesar de estar redactado en términos menos amplios, perseguía el mismo objetivo y, como ya se ha analizado anteriormente, ha sido interpretado de una

¹²¹⁸ No se trata de una persona que ejerce su actividad en el territorio de un Estado miembro (letra a), funcionario (letra b), perceptor de prestaciones de desempleo (letra c) o una persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro (letra d).

manera amplia (apartado 38); por tanto, esta nueva regla, redactada en términos más amplios, no puede interpretarse restrictivamente (apartado 39).

Tras este análisis, el TJUE concluyó que debe concederse la naturaleza de verdadera norma de conflicto supletoria, con carácter general, al artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, sin limitar su aplicación solo a aquellas personas que no ejercen actividades económicas. De este modo, el Tribunal de Justicia se separa de lo establecido en las notas explicativas de la Comisión y en la Guía Práctica de la CACSS, recordando, no obstante, que estas carecen de fuerza obligatoria, debido a lo cual no le vinculan (apartados 40 y 41). Por ello, falló a favor de la determinación de la ley letona como aplicable en el caso del Sr. SF, por ser la del Estado miembro de su residencia (apartado 42)¹²¹⁹.

Por último, y para garantizar la utilidad de esta interpretación, el TJUE recordó el carácter imperativo de las normas de conflicto establecidas en el Reglamento 883/2004, imperatividad que, como también se ha tenido ocasión de señalar, impide a los Estados miembros exigir requisitos de afiliación que puedan excluir la aplicación de la ley designada de conformidad con estas normas (por ejemplo, mediante la exigencia de que la prestación de servicios se realice en el territorio del Estado miembro en cuestión –apartados 45 y 46–).

VI.6.3. Reflexiones conclusivas

334. Las dificultades prácticas de la extensión aplicativa de los Reglamentos de coordinación. Los asuntos *Aldewereld*, *Kik* y *SF* son el claro ejemplo de que la extensión de las normas de coordinación a los supuestos de prestación de servicios fuera del territorio comunitario –aunque loables desde el punto de vista del progreso social en favor de la protección de los trabajadores afectados¹²²⁰–, generan problemas aplicativos de gran calado debido, precisamente, a lo ajenos que son estos casos de los “supuestos tipo” contemplados en el sistema de normas de conflicto.

335. La finalidad tuitiva de esta extensión. No puede obviarse el hecho de que el asunto *Aldewereld* se dictó en unas circunstancias muy específicas, con la finalidad de favorecer al trabajador, lo que explicaría su aislamiento hasta el asunto *Kik*. Por su parte, los asuntos *Kik* y *SF* pueden concebirse en el mismo marco tuitivo, para supuestos de ciudadanos de la Unión cuya protección social quedaba en serio peligro como consecuencia de una práctica usual (desafortunadamente) en el transporte marítimo: los pabellones de conveniencia.

¹²¹⁹ Esta interpretación ha sido reafirmada en la STJUE de 5 de marzo de 2020 (C-135/19, asunto *Pensionsversicherungsanstalt (Prestación de rehabilitación)*, apartado 50).

¹²²⁰ Sobre el apogeo del progreso social, entre otras, en la sentencia del asunto *Kik*, MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, *op. cit.* (166).

De conformidad con lo ya expuesto, los pabellones de conveniencia son abanderamientos puramente formales que permiten que un buque obtenga el pabellón de un Estado con el que no existe un verdadero vínculo, posibilitando una huida de los ordenamientos más protectores, con el correspondiente perjuicio para los trabajadores afectados. Este problema no ha sido atajado con las normas de conflicto del Reglamento 883/2004, lo que no ha impedido al TJUE intentar ofrecer una solución vía interpretativa. Esta interpretación podría calificarse de poco escrupulosa desde el punto de vista técnico al amparo del Reglamento 1408/71 pero, sin duda, respetuosa con el principio de progreso social y carácter tuitivo de esta norma. No podría ser de otra manera, si tenemos en cuenta que los supuestos debatidos no estaban en la mente del legislador comunitario, ni mucho menos, en el momento de la redacción del Reglamento en cuestión. El razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia podría entenderse como expresión directa del principio de proximidad en el ámbito de la coordinación comunitaria, dada la selección de la legislación competente entre las implicadas en el conflicto basada en la vinculación más estrecha con la relación laboral. En este momento, conviene adelantar que el criterio de los vínculos más estrechos, ajeno al dispositivo de los Reglamentos de coordinación, es, en cambio, un viejo conocido en el ámbito de la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo en la esfera del Reglamento Roma I¹²²¹.

A mi modo de ver, aunque con la misma finalidad protectora, el asunto *SF* ha dado una respuesta más acorde con el tenor de los Reglamentos de coordinación. Con esta sentencia se ha establecido una línea divisoria temporal que afecta de manera determinante a la resolución del conflicto de leyes: al amparo del Reglamento 1408/71, deberá acudir, por analogía con lo dispuesto para la prestaciones de servicios en más de un Estado miembro y para el sector del transporte internacional (con una regulación similar a estos efectos), a la ley del Estado miembro donde esté establecido el empleador; en cambio, en la esfera del Reglamento 883/2004, procede la aplicación de la regla residual del artículo 11.3.e) y, por tanto, la competencia de la ley del Estado miembro de residencia del trabajador.

336. La selección del criterio de conexión más adecuado. Recapitulando lo expuesto anteriormente, los Reglamentos de coordinación resultan de aplicación cuando la relación laboral esté suficientemente vinculada con el territorio comunitario, lo cual tendrá lugar, al menos, cuando se cumplan tres requisitos: 1) que se trate de nacionales de la Unión, 2) que tengan su residencia en un Estado miembro (o, al menos, que la tuvieran en el momento de la contratación, aunque luego se les desplace fuera de la Unión

¹²²¹ El criterio de los vínculos más estrechos previsto en esta norma se ha considerado una posible solución, aunque desde el punto de vista de la ley aplicable al contrato de trabajo, a los pabellones de conveniencia. Por todos, CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Aspectos laborales y de seguridad social...”, *op. cit.* (926-927); y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia”, *op. cit.* (86).

por cuenta de la empresa empleadora); y 3) que estén empleados por una empresa establecida en otro Estado miembro¹²²². En consecuencia, como se ha señalado en esta jurisprudencia, solo conectando estos casos con la residencia o la sede empresarial, se podría dar debido cumplimiento al principio de unicidad, evitando vacíos de ley aplicable. Empero, lo que debería cuestionarse, no es únicamente conseguir la aplicación de la ley de un Estado miembro (que, evidentemente, será más protectora en cualquier caso que la designada, por ejemplo, por un pabellón de conveniencia), sino la ley de qué Estado miembro concreto es la más apropiada en estos casos.

Del análisis del sistema de normas de conflicto del Título II del Reglamento 883/2004, puede concluirse que el legislador ha relegado la aplicación de la ley del Estado miembro de residencia a solo tres casos. La conexión claramente prevalente es la *lex loci laboris*. Cuando esta no es apropiada para resolver un determinado conflicto de leyes, en la mayoría de los casos, se opta por una adaptación de la regla general a supuestos específicos (así, la ley del pabellón para los trabajadores del mar o la de la base para el personal aéreo), o por la aplicación de la ley del Estado miembro de establecimiento del empleador (así se ha establecido para los funcionarios, las personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o civil, o los trabajadores desplazados).

La ley del Estado miembro de residencia solo es seleccionada por referencia al criterio de conexión de la residencia en tres supuestos, al amparo de los artículos 13 y 11.3.e) del Reglamento 883/2004¹²²³:

- En el marco del artículo 13 del Reglamento de base, bien cuando guarda una vinculación suficiente con la relación laboral (art. 13.1.a), esto es, cuando se ejerza una actividad sustancial en dicho Estado; bien con carácter residual, cuando no hay otro criterio de conexión más adecuado –por ser insatisfactorios los criterios del lugar de trabajo y del lugar de establecimiento empresarial– (art. 13.1.b.iv del Reglamento 883/2004 y artículo 14.11 del Reglamento 987/2009).
- En el marco del artículo 11.3.e) del Reglamento de base, como norma residual del sistema, tanto para personas inactivas como para trabajadores no incluidos en el resto de normas de conflicto del Título II (es decir, entra en juego una vez descartadas la *lex loci laboris* –general o adaptada– y la ley del establecimiento empresarial).

No parece plenamente coherente con esta sistemática general la aplicación de la ley del Estado miembro de residencia a ciudadanos europeos residentes en un Estado

¹²²² Ampliamente, *supra*, número 74.

¹²²³ Sin perjuicio de las funciones de la residencia como elemento corrector, para determinar la legislación aplicable en algunos casos, por ejemplo, en la excepción prevista a la ley del pabellón para algunos trabajadores del mar (art. 11.4 *in fine* del Reglamento 883/2004).

miembro no vinculado con la relación laboral, contratados por un empleador con sede en otro Estado miembro, cuando se ejercen las actividades fuera del territorio de la Unión. Parecería más lógico decantarse, en cambio, por la ley de la sede del establecimiento empresarial, como el segundo polo de la relación laboral, prevalente en caso de ineficacia del nexo *locus laboris* y desvinculación de la conexión de la residencia con la mentada relación. Pese a la mayor coherencia de la selección de esta conexión frente a la residencia, lo cierto es que una interpretación que tratara de aplicar analógicamente las reglas del artículo 13 (a semejanza del asunto *Kik*), obviando el artículo 11.3.e) del Reglamento de base, podría considerarse contraria al propio texto reglamentario, pues, como ha establecido claramente el TJUE en el asunto *SF*, esta norma incluye en su supuesto de hecho a “*cualquier persona a la que no lo sen aplicables*” el resto de normas de conflicto del Título II, con una clara vocación de aplicación supletoria general.

337. Una norma de conflicto específica ¿necesaria? Para llegar a una solución contraria, en mi opinión, sería necesario contar con una norma específica a tal efecto, opción tampoco exenta de dificultades. Un problema que podría encontrarse desde el punto de vista jurídico, sería la propia delimitación de los casos en los que se puede entender que una relación laboral está vinculada estrechamente con el territorio comunitario y, por ende, está dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre casos particulares, pero positivizando estos criterios de manera estricta, se estaría cerrando la puerta a posibles nuevos pronunciamientos en el mismo sentido, aunque en casos no del todo coincidentes. Contrariamente, si se estableciera un supuesto de hecho demasiado vago, podría generar confusión y el mantenimiento de un elevado grado de inseguridad jurídica. En abstracto, sería difícil considerar la existencia de vinculación estrecha de la relación laboral con el territorio de la UE si no concurrieran los condicionantes establecidos por el Tribunal de Luxemburgo¹²²⁴. En cualquier caso, no pueden descartarse casos especiales dado que, en ocasiones, la práctica supera a cualquier tipo de escenario hipotético que pudiera considerarse *a priori*.

¹²²⁴ Así, un nacional europeo que no residiera en el territorio de ningún Estado miembro y fuera contratado por una empresa establecida en la Unión para prestar servicios fuera de este territorio, parece difícilmente encajable en esta concepción de vinculación estrecha, sobre la exclusiva base de la nacionalidad del trabajador y la ubicación de la sede empresarial. Igualmente, si una empresa establecida en un tercer Estado contratara a un trabajador residente en el territorio de la Unión para prestar servicios fuera del territorio comunitario, es poco probable que pueda entenderse que existen vínculos suficientemente estrechos (solo por la residencia del trabajador y, en su caso, la nacionalidad de este). De hecho, en estos supuestos, probablemente, no serían de aplicación los Reglamentos de coordinación al carecer del necesario elemento de transnacionalidad en la esfera comunitaria.

Por lo anterior, quizá convendría limitar el ámbito de una norma en este sentido a los casos de trabajadores del mar en la situación expuesta en los asuntos *Kik* y *SF*, como una “norma anti pabellones de conveniencia”, a semejanza del artículo 11.4 *in fine* del Reglamento 883/2004, por ser estos los casos en los que es más probable que puedan volver a suscitarse estos problemas. Mayores debates serían necesarios, en cambio, sobre la posibilidad de establecer la misma cautela que en el asunto *Kik* en caso de que ningún régimen de Seguridad Social fuera aplicable en virtud de la legislación del Estado miembro de establecimiento empresarial, dada la finalidad de las normas de coordinación de evitar vacíos de protección. Es factible que, en la lucha contra los pabellones de conveniencia de terceros Estados, los Estados miembros pudiesen alcanzar un acuerdo con mayor facilidad que si se intentara incorporar una norma de conflicto general con consecuencias colaterales más inciertas.

338. El criterio de los vínculos más estrechos en la coordinación comunitaria, ¿ha llegado para quedarse? Considerado lo anterior, en mi opinión, la utilización del criterio de los vínculos más estrechos para seleccionar la conexión privilegiada utilizado en los asuntos *Aldewereld* y *Kik* obedeció a causas coyunturales, debido a la ausencia de regulación específica para supuestos donde la protección social de los trabajadores involucrados estaba en serio riesgo. En el marco de los actuales Reglamentos de coordinación, por el contrario, el TJUE ha descartado el uso de este criterio, por encontrar un resquicio en las propias normas de conflicto vigentes. Este viraje jurisprudencial me lleva a pensar que el uso del criterio de los vínculos más estrechos como criterio de conexión principal (al estilo del artículo 8.4 del Reglamento Roma I) ha sido una anécdota en la jurisprudencia comunitaria de coordinación, pero ello no quiere decir que, de ser necesario, el TJUE no vuelva a recurrir a él. No olvidemos que, si bien no estamos ante normas de conflicto en el sentido propio del DIPr, el sistema del Título II del Reglamento 883/2004 también se basa en el principio de proximidad tan propio de esta rama del Derecho. Este principio rige la selección de las conexiones elegidas en las distintas reglas, por lo que no es descabellado acudir a él en defecto de norma de conflicto que realice este análisis de proximidad con carácter previo y en abstracto.

Más difícil me parece, aunque no por ello menos interesante, el posible recurso al criterio de los vínculos más estrechos, no ante la ausencia de una norma de conflicto en el Título II, sino ante situaciones incluidas en el supuesto de hecho de alguna de ellas pero que puedan considerarse fraudulentas o abusivas. En estos casos, la solución pasaría, en primer lugar, por combatir las referidas situaciones sin cobertura legal. El paradigma de ello nos lo presenta la doctrina científica: trabajador del mar prestando sus servicios para una empresa con sede ficticia en un Estado miembro diferente al de la residencia del trabajador (para la obtención de algún beneficio de tipo fiscal, laboral y/ social), en un

buque con pabellón de un Estado miembro no vinculado con el trabajador¹²²⁵. De lo expuesto hasta el momento, la respuesta vendría dada, en principio, por la conexión del pabellón. Ahora bien, ¿el carácter ficticio de la sede empresarial no cambiaría en nada esta respuesta? A mi entender, más que modificar la interpretación de la norma de conflicto aplicable vía criterio de los vínculos más estrechos, debería combatirse la determinación de la sede empresarial al tener carácter ficticio. Esta tarea de determinación no es pacífica, como así lo demuestran los problemas que está suponiendo la modificación del artículo 14.5.bis del Reglamento de aplicación que incide directamente sobre esta cuestión. Curiosamente (o, tal vez, no tanto), la CACSS ha señalado que, cuando no pueda definirse una sede o domicilio de la empresa o empleador del trabajador que no sea “de conveniencia”, se podrá acudir a la ley del Estado miembro donde se sitúe el establecimiento que presente la conexión más próxima con la actividad laboral del trabajador (en referencia al asunto *Koelzsch*)¹²²⁶.

Si esta primera vía no ofreciera una solución aceptable al problema, vinculando la situación del trabajador con una ley con la que no guarda relación alguna, quedaría un último resorte legal, aunque con mayores dificultades de éxito (principalmente, por el carácter imperativo de las normas de conflicto, conceptuadas como integrantes de un sistema completo y uniforme). Nuevamente, debemos partir de la idea de que las conexiones prevalentes en las normas de conflicto del Título II se han elegido por ser, *a priori*, las más respetuosas con el principio de proximidad. La duda que se podría plantear, como señala este ejemplo expuesto por la doctrina, es qué solución podría ofrecerse a una persona que demuestre que su situación particular está más conectada con un Estado miembro diferente al designado por la norma de conflicto aplicable. En el marco de la coordinación comunitaria no existe ninguna norma de salvaguardia al estilo del artículo 8.4 del Reglamento Roma I, pero ello no ha impedido a la doctrina interrogarse acerca de la oportunidad de utilizar, en estos casos, un factor de conexión o una regla de conflicto alternativos, en aras de favorecer los intereses del trabajador¹²²⁷.

En defecto de disposición normativa que recoja la posibilidad de recurrir a esta alternativa en las situaciones en las que el principio de proximidad quiebra *in concreto*, cabría la posibilidad de apelar al propio Derecho originario, como último recurso. Recordemos que las normas de coordinación son instrumentales respecto del derecho fundamental a la libre circulación y, consiguientemente, como ya ha sentado la jurisprudencia comunitaria, “*tienen como fundamento, marco y límite los artículos 48 al*

¹²²⁵ Supuesto planteado en FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Algunas reflexiones en relación con la Seguridad Social internacional...”, *op. cit.* (166-167). Esta autora señala que “(q)uedaría por saber si el mismo criterio de vinculación más estrecha podría ser de aplicación” en estos otros casos.

¹²²⁶ Sobre esta remisión, *supra*, número 244.

¹²²⁷ Interrogante planteado en JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (181).

51 del Tratado”¹²²⁸ (actuales artículos 45 a 48 del TFUE), preceptos que deben tomarse como parámetros de referencia a la hora de interpretar sus disposiciones¹²²⁹. Entre ellos, destacarían: el artículo 48, base de las normas de coordinación; el artículo 45, fundamento de la libre circulación de trabajadores; y podría añadirse a este elenco, como consecuencia de la extensión personal de estas normas, el artículo 21 del TFUE, fundamento del derecho a la libre circulación para las personas en general¹²³⁰. A mayor abundamiento, el propio Reglamento 883/2004 reconoce que “*las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas*” (considerando 1 del Reglamento de base).

Partiendo de estas premisas, podría cuestionarse la aplicación de una norma de conflicto del Título II del Reglamento 883/2004 desde el prisma de la obstaculización del derecho fundamental del trabajador afectado a la libre circulación y el principio de progreso social. Ello estaría especialmente fundamentado cuando la ley designada como competente por estos Reglamentos conduzca al trabajador a un escasa o inexistente cobertura social¹²³¹.

VI.7. Aspectos adicionales sobre la determinación de la ley aplicable

339. Las disposiciones complementarias para garantizar la correcta aplicación del sistema de normas de conflicto. Además de las normas de conflicto, los Reglamentos de coordinación prevén una serie de disposiciones adicionales para garantizar, en la medida de lo posible, la correcta aplicación de las mismas. Ello hace necesario, por un lado, establecer normas destinadas a regular el cambio de ley aplicable producido como consecuencia de cambios en las normas de coordinación; por otro lado, regular la determinación de la ley aplicable con carácter provisional en caso de discrepancias entre

¹²²⁸ Por todas, SSTJCE de 15 de julio de 1964 (100/63, asunto *van der Veen*, p. 84); 24 de octubre de 1975 (24/75, asunto *Petroni*, apartado 11); y de 24 de noviembre de 1975 (50/75, asunto *Massonet*, apartado 9). Más recientemente, se ha vuelto a recordar la necesidad de interpretar estas disposiciones a la luz del actual artículo 48 del TFUE, que persigue facilitar la libre circulación de los trabajadores (por todas, SSTJCE de 12 de septiembre de 1996 –C-251/94, asunto *Lafuente Nieto*, apartados 33 y 38–; de 9 de noviembre de 2006 –C-205/05, asunto *Nemec*, apartados 37 y 38–; de 20 de mayo de 2008 –C-352/06, asunto *Bosmann*, apartado 29; y de 30 de junio de 2011 –C-388/09, asunto *da Silva Martins*, apartado 70–).

¹²²⁹ La doctrina ha señalado que, de la jurisprudencia del TJUE, puede concluirse que “*El marco definitivo no es ya el propio Reglamento, sino la conformidad con la libre circulación*”. JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (174).

¹²³⁰ En esta línea, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, pp. 23-24/34. En sentido equivalente, JORENS, Y. y VAN OVERMEIREN, F., “General principles of coordination in Regulation 883/2004”, *European Journal of Social Security*, Vol. 11, núm. 1-2, 2009, pp. 47-80 (73-77).

¹²³¹ No obstante, por el momento, el TJUE no ha fallado en esta línea en un caso de esta índole, sometido a su enjuiciamiento en dos ocasiones: SSTJUE de 23 de abril de 2015 (C-382/13, asunto *Franzen y otros*) y de 19 de septiembre de 2019 (C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados *van den Berg y Giesen y otros*). Ampliamente sobre estas sentencias, véase *infra*, apartado VII.2.

las instituciones de los diferentes Estados miembros implicados; y, por último, fijar algunas consideraciones prácticas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador.

340. Las disposiciones de cierre del sistema. Por último, para conocer con exactitud el contenido del Título II del Reglamento de base, es necesario hacer referencia a la regulación realizada en materia de seguro voluntario o facultativo continuado; y, con relevancia particular, a la cláusula de escape del sistema de normas de conflicto expuesto en los artículos 11 a 15, dotada de una relevancia particular en el caso de desplazamiento temporal de trabajadores.

VI.7.1. Normas transitorias en materia de ley aplicable: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004

341. El régimen transitorio del artículo 87.8 del Reglamento 883/2004. La norma general en esta materia –recogida en el artículo 87.8 del Reglamento de base– señala que, en los casos en los que las normas de conflicto del Reglamento 883/2004 determinen como aplicable una ley diferente a la determinada de conformidad con el Título II del Reglamento 1408/71¹²³², la persona afectada seguirá estando sujeta a la ley determinada de conformidad con esta última norma mientras se mantenga su situación, por un periodo máximo de 10 años desde la aplicación de los nuevos Reglamentos. No obstante, la persona interesada puede solicitar que se le aplique la ley determinada de conformidad con el Reglamento 883/2004. Si esta solicitud se realiza en el plazo de tres meses desde la fecha de aplicación de los nuevos Reglamentos ante las instituciones competentes del Estado miembro por cuya ley se pretende optar, los efectos del cambio se producirán desde el mismo momento de la entrada en vigor de estos. Si la solicitud se presenta pasado ese plazo, el cambio de legislación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente a la presentación de la solicitud.

La finalidad perseguida con la incorporación de esta norma transitoria, como se recoge en la Guía Práctica de la CACSS¹²³³, fue la de evitar numerosos cambios de legislación aplicable en el momento del paso al Reglamento 883/2004 y permitir una “transición suave” a las personas afectadas en caso de que existiera una diferencia entre la legislación aplicable según los anteriores Reglamentos y los nuevos. De ahí que el legislador comunitario garantizara a los afectados un tiempo de adaptación necesario,

¹²³² Por tanto, se excluye la aplicación de este régimen transitorio con motivo de la incorporación de nuevos Estados a la Unión tras la aplicación del Reglamento 883/2004. FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 520.

¹²³³ En la Guía Práctica de la CACSS (p. 54/57) se señala que esta Comisión Administrativa acordó la aplicación de la referida norma transitoria a los barqueros del Rhin para quienes la legislación aplicable se hubiera determinado previamente con arreglo al artículo 7.2 del Reglamento 1408/71 (nota al pie 57).

especialmente, “para permitirles familiarizarse con la legislación de otro Estado miembro que sería nueva para dichos trabajadores” (STJUE de 6 de junio de 2019 –C-33/18, asunto *V*, apartados 46 y 47–).

342. Los problemáticos requisitos para la aplicación del artículo 87.8 del Reglamento 883/2004. Los requisitos que deben cumplirse para poder aplicar este régimen transitorio pueden sintetizarse en dos: 1) que la legislación aplicable antes del 1 de mayo de 2010 esté comprendida en el ámbito de aplicación del título II del Reglamento 1408/71; y 2) que la situación que haya prevalecido se mantenga (SSTJUE de 11 de abril de 2013 –C-443/11, asunto *Jeltes y otros*, apartado 50– y asunto *V* –apartado 32–).

En relación con el primer requisito, nótese que el precepto en cuestión hace referencia, exclusivamente, a los casos en los que la ley aplicable ha sido determinada de conformidad con el Título II del Reglamento 1408/71. Sin embargo, el Título III de este Reglamento también prevé normas de conflicto para distintas prestaciones. La pregunta que se suscita es, por tanto, si esta ausencia de referencia al Título III en el artículo 87.8 del Reglamento de base debe suponer, automáticamente, el cambio de ley aplicable a partir del 1 de mayo de 2010 en los casos en los que el régimen de determinación de la misma haya cambiado. Esta cuestión fue sometida al TJUE y resuelta por este en su sentencia de 11 de abril de 2013 (C-443/11, asunto *Jeltes y otros*)¹²³⁴. La conclusión a la que llegó el Tribunal europeo es que, dado el tenor literal del precepto señalado, no cabe su aplicación directa en los casos de determinación de la ley aplicable en virtud del Título III del Reglamento 1408/71 (apartado 52), pero sí, en cambio, por analogía (apartado 54). Y ello por entender, como indicó el Abogado General, que el hecho de que el Reglamento 883/2004 no contenga una disposición transitoria aplicable a estos casos “*se debe a una laguna en el proceso legislativo que condujo a la adopción del Reglamento núm.*

¹²³⁴ Sr. *Jeltes*, la Sra. *Peeters* y el Sr. *Arnold*, trabajadores fronterizos de nacionalidad neerlandesa, trabajaron en los Países Bajos, pero residían, los dos primeros, en Bélgica y, el tercero, en Alemania. Los dos últimos perdieron sus empleos en diferentes fechas, obteniendo prestaciones de desempleo total sobre la base del Reglamento 1408/71, finalizadas por la aceptación de un nuevo trabajo, por lo que la duración máxima de la prestación y del restablecimiento de la misma todavía no había expirado en el momento de la entrada en vigor del Reglamento 883/2004. Cuando solicitaron prestaciones de desempleo neerlandesas tras el 1 de mayo de 2010, sus peticiones fueron rechazadas. Las autoridades neerlandesas basaron su negativa en el artículo 65 del Reglamento 883/2004, que designa al Estado miembro de residencia como el encargado de conceder estas prestaciones (Bélgica para la Sra. *Peeters* y Alemania para el Sr. *Arnold*). Los actores son considerados “trabajadores fronterizos atípicos”, en el sentido de la STJCE de 12 de junio de 1986 (1/85, asunto *Miethe*), dado que han conservado vínculos personales y profesionales particularmente estrechos en el Estado miembro de su último empleo. En el asunto *Miethe*, dictado durante el periodo de vigencia del Reglamento 1408/71, se concedía a estos trabajadores fronterizos el derecho de elegir el Estado miembro en el que ponerse a disposición del servicio de empleo y del cual percibir una prestación de desempleo, sobre la base de que, en el Estado miembro de su elección, las oportunidades de reincorporación a la vida laboral activa serían mayores. Una de las cuestiones planteadas ante el TJUE fue si, en esa situación, los trabajadores podrían continuar percibiendo las prestaciones de desempleo del Estado de su último empleo.

883/2004 y no refleja la voluntad deliberada del legislador de someterlos inmediatamente a otra legislación” (apartado 55).

Una segunda pregunta se ha suscitado ante el TJUE sobre este requisito, concretamente, si este régimen transitorio es aplicable a una situación en la que, en virtud de las reglas del Título II del Reglamento 1408/71, eran aplicables, simultáneamente, dos leyes de diferentes Estados miembros y, al amparo del Reglamento 883/2004, solo una de ellas continuaría siendo aplicable (STJUE de 6 de junio de 2019 –C-33/18, asunto V–)¹²³⁵. El Tribunal europeo ha señalado que el artículo 87.8 no regula estas situaciones (apartado 33), pero podría resultar de aplicación en función del tenor literal, el contexto y los objetivos perseguidos por la norma (apartado 34). Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad de este precepto, así como el objetivo de eliminar las excepciones al principio de unicidad de ley aplicable perseguido por el Reglamento 883/2004 (apartados 44-45), se concluye la inaplicación del citado artículo en estos casos (apartado 49). Ello implica que, a partir del 1 de mayo de 2010, la persona afectada pasa, automáticamente y sin necesidad de solicitud alguna, a estar sometida a la ley determinada de conformidad con el Reglamento 883/2004 (apartado 50).

En conclusión, el primer requisito exigido se entenderá cumplido solo si la ley designada por el Título II del Reglamento 1408/71 o, analógicamente, por el Título III, es una ley distinta a la designada por el Reglamento 883/2004.

En relación con el segundo requisito para poder aplicar el artículo 87.8 del Reglamento de base, es decir, la necesidad de que la situación que haya prevalecido se mantenga, los Reglamentos de coordinación no especifican nada al respecto. La CACSS¹²³⁶ ofrece más información al respecto. En primer lugar, especifica que “la situación que haya prevalecido” hace referencia a la situación de hecho de la persona afectada o de su empleador que hubiera resultado decisiva para la última determinación de la legislación aplicable conforme al Reglamento 1408/71. De este modo, debe considerarse que se ha producido un cambio en este sentido si, tras el 1 de mayo de 2010, ha cambiado la situación de hecho que prevalecía en el momento en que se determinó la legislación aplicable conforme a las normas previstas en el Reglamento 1408/71, y este cambio hubiera dado lugar a que la persona afectada quedase sujeta a la legislación de otro Estado miembro diferente. Con carácter general, también se entenderá que se ha

¹²³⁵ El caso origen del litigio fue el del Sr. V, director jurídico en una sociedad establecida en Luxemburgo sujeto, como trabajador por cuenta ajena, al régimen de Seguridad Social luxemburgués, desde el 1 de octubre de 2007. La Seguridad Social belga consideró que el Sr. V debería haber estado de alta, al mismo tiempo, en la Seguridad Social de este país por realizar una actividad por cuenta propia (liquidador de una sociedad) desde el 1 de octubre de 2007. Esta doble cotización estaba prevista en el Reglamento 1408/71 (art. 14 *quater*, letra b, en relación con el Anexo VII, apartado 1) como una excepción al principio de unicidad de ley aplicable que, posteriormente, fue suprimida por el Reglamento 883/2004.

¹²³⁶ Guía Práctica de la CACSS, p. 54/57.

producido un cambio a estos efectos cuando la persona afectada cambie de empleador, finalice uno de sus empleos o se produzca un traslado transfronterizo de residencia. Contrariamente, no se produciría este cambio por la expiración del certificado de legislación aplicable emitido (E-101).

Pese a las precisiones incorporadas en la Guía Práctica de la CACSS, en el asunto *Jeltes y otros*, el TJUE concluyó que el concepto de “situación que se mantiene”, debe apreciarse con arreglo a la legislación de Seguridad Social nacional, siendo tarea del órgano jurisdiccional nacional comprobar si los trabajadores afectados cumplen o no los requisitos exigidos por esa legislación (apartados 59 y 61). Como ha señalado la doctrina, en este pronunciamiento no se especificó que esta interpretación se ciña, exclusivamente, a los casos de aplicación analógica del artículo 87.8 del Reglamento de base, sino que se hace una interpretación en aparentes términos generales. Este pronunciamiento ha llevado a advertir del riesgo de aplicación diferenciada de esta noción en los diferentes Estados miembros, lo cual podría haber sido oportunamente corregido mediante la inclusión de una definición en los propios Reglamentos¹²³⁷.

343. El régimen transitorio para la aplicación del Reglamento 465/2012.

Además del régimen transitorio general, también se prevé una regla específica en el artículo 87.bis del Reglamento de base, para las modificaciones introducidas por el Reglamento 465/2012 (principalmente, la introducción de la norma de conflicto *ad hoc* para el personal aéreo y las modificaciones de las reglas del artículo 13 del Reglamento de base). El régimen incorporado es similar al expuesto anteriormente con carácter genérico, pero con unas fechas diferentes, dada la posterior entrada en vigor del Reglamento 465/2012 (el 28 de junio de 2012). Así, también se prevé el mantenimiento de la legislación aplicable con anterioridad a la aplicación de los nuevos Reglamentos de coordinación hasta un periodo máximo de 10 años (hasta el 28 de junio de 2022), con posibilidad de solicitar el cambio a la ley determinada de conformidad con las nuevas normas de coordinación. En esta ocasión, la solicitud debe presentarse ante la autoridad competente del Estado miembro de residencia. Si se hizo hasta el 29 de septiembre de 2012, los efectos del cambio de ley aplicable tuvieron lugar desde el 28 de junio de 2012; en caso contrario, los efectos surten el primer día del mes siguiente a la presentación de la solicitud¹²³⁸.

¹²³⁷ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 522.

¹²³⁸ En caso de aprobarse finalmente el Acuerdo provisional de marzo de 2019, se prevé la incorporación de un artículo 87 *ter*, regulador de las disposiciones transitorias del paso de la actual regulación a la modificada. Amén de otras disposiciones específicas, en materia de ley aplicable, cabe destacar el apartado 7 del precitado artículo, que prevé un régimen similar al ya expuesto en caso de que los cambios normativos dieran lugar a un cambio de ley aplicable (se mantendría la legislación previa mientras se mantenga la situación, hasta un periodo máximo de 10 años). Sin embargo, se añade una regla de articulación entre ambos periodos transitorios, el previsto en el apartado 1 del artículo 87 *bis* y el previsto en esta disposición

VI.7.2. Determinación provisional de la ley aplicable

344. La necesidad de regular la problemática de la aplicación provisional de legislaciones de Seguridad Social. Como se puede deducir fácilmente de lo expuesto hasta el momento, la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación se caracteriza por su complejidad. Esta nota característica implica que, en muchos casos, se necesite un tiempo para evaluar la situación concreta de los interesados. Durante el tiempo de evaluación de la situación y la determinación definitiva de la legislación de Seguridad Social nacional aplicable, los afectados deben estar afiliados y, en su caso, cotizar a un sistema de Seguridad Social estatal, para evitar perjuicios derivados de la falta de tales acciones. Por ello, se hace indispensable regular el modo de determinar la legislación a la que se estará sujeto provisionalmente mientras se resuelve la eventual discrepancia surgida entre los Estados implicados. Además, también se hace necesario regular cómo se deberá proceder en caso de que, finalmente, la ley designada definitivamente como competente no sea la que ha venido siendo aplicada a título provisional.

345. La determinación de la ley aplicable provisionalmente. Del primer problema señalado se encarga el artículo 6 del Reglamento 987/2009. En este precepto se establece un orden de prioridad entre las diferentes legislaciones implicadas en la discrepancia para ser aplicadas provisionalmente (a salvo de disposición en contrario en el propio Reglamento).

En lo que se refiere a la relación de afiliación-cotización, el primer apartado del precepto citado distingue tres supuestos específicos en los que se determina expresamente la ley aplicable provisionalmente, y una regla subsidiaria para toda situación diferente (teniendo prevalencia el criterio del apartado superior sobre los criterios contenidos en los apartados inferiores). Así, en primer lugar, cuando nos encontremos ante un supuesto de ejercicio de una actividad profesional en un solo Estado miembro (por cuenta ajena o propia), la ley aplicable a título provisional será la ley del Estado donde esa actividad se ejerce efectivamente (apartado a)¹²³⁹. En segundo lugar, si la persona interesada trabaja en dos o más Estados miembros, la ley aplicable a título provisional será la ley del Estado miembro de residencia, siempre que ejerza parte de su actividad o actividades en este país. Igualmente, la ley del Estado miembro de residencia será la designada provisionalmente cuando la persona interesada no realice una actividad profesional

propuesta (la suma de ambos periodos transitorios no podrá superar los 10 años). Además, para la modificación del artículo 12 del Reglamento de base, en materia de trabajadores desplazados, se prevé una regla específica: el nuevo precepto será de aplicación a los desplazamientos iniciados, al menos, 24 meses después de la entrada en vigor del Reglamento de modificación.

¹²³⁹ Es importante matizar que esta aplicación provisional no entrará en juego cuando existan dudas sobre la existencia de un verdadero desplazamiento, habiéndose emitido un PD A1 por la institución del Estado de origen. En estos casos, el procedimiento a seguir para resolver la discrepancia entre las instituciones implicadas será el señalado *supra*, número 296 y ss.

(apartado b). En tercer lugar, en el resto de casos no contemplados específicamente en los apartados a y b (que serán supuestos de personas que ejercen una o varias actividades en dos o más Estados miembros sin residir en alguno de ellos), la ley competente designada provisionalmente será la del Estado miembro cuya aplicación se haya solicitado en primer lugar¹²⁴⁰.

Si las instituciones o autoridades afectadas no pueden llegar a un acuerdo, pueden elevar el asunto a la CACSS, trascurrido al menos un mes desde el origen de la discrepancia. Nuevamente, la tarea atribuida a esta Comisión es la de tratar de conciliar las posturas de las instituciones implicadas en un plazo de seis meses siguientes a la consulta (apartado 3). Este procedimiento de diálogo entre instituciones y de conciliación ante la CACSS también está incluido dentro del ámbito de aplicación de la Decisión núm. A1, de 12 de junio de 2009, precitada.

346. La regularización del cambio de la ley aplicable provisionalmente a la definitiva. El segundo de los problemas señalados, referente a cómo proceder en caso de que, finalmente, la ley designada definitivamente como competente no sea la que ha venido siendo aplicada a título provisional, se resuelve en los apartados 4 y 5 del artículo 6 y artículo 73.2, ambos del Reglamento 987/2009.

Obviamente, en los casos en los que la ley aplicable designada provisionalmente coincida con la competente de carácter definitivo, no se suscitará ningún problema. Sin embargo, cuando la ley competente con carácter definitivo sea diferente a la que venía siendo aplicada a título provisional surgen dos cuestiones específicas. La primera de ellas, es si este cambio de ley aplicable tendrá efecto retroactivo o solo prospectivo. La respuesta a esta duda aparece en el apartado 4 del artículo 6 del Reglamento de aplicación, precepto donde se recoge el carácter retroactivo de la modificación, como mínimo, desde la fecha de la afiliación provisional, esto es, *“como si esa discrepancia no hubiera existido”*.

La segunda cuestión, suscitada, precisamente, por esa retroactividad de la modificación, es qué ocurre con las cotizaciones que podrían haberse realizado durante el periodo de aplicación provisional de la ley finalmente no competente. Esta duda también la resuelve el artículo 6 del Reglamento de aplicación, en esta ocasión, en su apartado 5. En estos casos, se prevé la regularización de la situación financiera del

¹²⁴⁰ A pesar de que no existe limitación expresa a esta posibilidad de elección, realizando una interpretación teleológica de este precepto, debe entenderse que la elección debe circunscribirse a alguna de las leyes que pueden ser consideradas como aplicables con carácter definitivo, no una ley que no guarde conexión alguna con el supuesto concreto. Defendiendo esta interpretación, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, op. cit., p. 530.

interesado respecto de las cotizaciones abonadas con carácter provisional entre la institución competente y la institución que haya percibido las cotizaciones¹²⁴¹.

El procedimiento para proceder a esta regularización es el establecido en el Título IV, Capítulo III del Reglamento 987/2009. Específicamente, el artículo 73.2 de esta norma señala la obligación de reembolso de los importes percibidos. La institución definitivamente competente deberá solicitar a la institución que haya percibido las cotizaciones con carácter provisional –en un plazo máximo de tres meses desde la determinación definitiva de la ley aplicable–, la transferencia del importe abonado que se corresponda con la cuantía por la que se debería haber cotizado en caso de ser aplicable, desde el inicio, la ley definitivamente competente¹²⁴². En caso de que el importe de las cotizaciones efectivamente abonadas con carácter provisional exceda de ese importe que debe transferirse a la institución finalmente competente, la institución que haya recibido las cotizaciones deberá reembolsar el excedente a la persona que lo hubiese pagado.

347. El efecto de la Propuesta de actualización y el Acuerdo provisional en el procedimiento actualmente regulado en el artículo 73 del Reglamento de aplicación. La Propuesta de actualización presentada en 2016 trató de solventar algunos de los problemas detectados por la doctrina en el contenido del artículo 73 del Reglamento de aplicación.

El primer cambio producido ha sido una ampliación del ámbito de aplicación del propio procedimiento a todos los supuestos en los que se haya producido una percepción indebida de cotizaciones por parte de la institución de un Estado miembro, no solo en los supuestos previstos en el artículo 6.4 del Reglamento de aplicación. El Acuerdo provisional de 2019 mantiene esta ampliación, cambiando brevemente la sistemática del artículo, y especificando en el propio título del mismo que este procedimiento de compensación es aplicable a los casos de cambio retroactivo de ley aplicable, pero también a “*otras situaciones en las que una institución no fuera competente*”.

El segundo cambio producido, incorporado en el Acuerdo provisional, es la introducción de la obligación de la institución que ha recibido las contribuciones indebidas de realizar una declaración sobre el importe recibido y enviarla a la institución identificada como competente a efectos de su reembolso, en el plazo máximo de seis meses tras la modificación de la ley aplicable o desde que la institución competente para recibir las cotizaciones ha sido identificada.

¹²⁴¹ Compensación que, además, será gratuita, en aplicación del régimen general del artículo 76.2 del Reglamento 883/2004 y la regla particular del artículo 74 del Reglamento 987/2009.

¹²⁴² De este modo, se considerará que las cotizaciones transferidas han sido abonadas a la institución competente con efecto retroactivo.

El deber de comunicación de la institución receptora con la institución competente antes de proceder al reembolso para determinar el importe se mantiene, así como el deber de la institución competente de solicitar la transferencia de las cotizaciones en un plazo máximo de tres meses, aunque ya no a contar desde la determinación de la ley aplicable, sino desde la recepción de la declaración de la institución receptora de las cotizaciones antes señalada. Igualmente, se mantiene el carácter retroactivo de esta transferencia, y el deber de reembolsar el importe excedente a la persona pagadora de esas cotizaciones. No obstante, el Acuerdo provisional añade un tercer cambio importante: el reembolso a estas personas afectadas se hará de conformidad con la legislación nacional de la institución que haya recibido las cotizaciones indebidamente. Con esta precisión se resuelve un problema práctico que ya había sido identificado en los casos en que la contribución de las personas pagadoras al importe total de la cotización (por ejemplo, trabajador y empresario) difiera entre las diferentes legislaciones nacionales¹²⁴³.

El cuarto cambio incorporado en la Propuesta de actualización, y mantenido en el Acuerdo Provisional, resuelve el debate acerca de si las disposiciones nacionales relativas a la prescripción podrían interponerse en la efectividad de este procedimiento de compensación. A pesar de que el artículo 73.2 del Reglamento de aplicación no lo especifica actualmente, parte de la doctrina ya había interpretado que el procedimiento de compensación ahí regulado, no está sujeto a ningún plazo de prescripción que pueda recoger la legislación nacional de cualquiera de los Estados implicados, dado que el propio precepto reglamentario (integrante del Derecho europeo, directamente aplicable y obligatorio en todos sus términos), confiere a este reembolso carácter retroactivo, sin ninguna limitación temporal¹²⁴⁴. Con esta modificación pretendida (añadida en un nuevo apartado), se concreta expresamente que la existencia de plazos en virtud de la legislación nacional no será un motivo válido para denegar la liquidación de créditos entre instituciones en virtud de este precepto. En contraposición a ello, se añade un apartado siguiente en el que se limita la aplicación de este artículo respecto de los procedimientos previstos en los artículos 5.2 (dudas sobre la validez de un documento o exactitud de los

¹²⁴³ Por ejemplo, imaginemos que el excedente asciende a 1.000 euros. Si en el Estado miembro A (receptor de las cotizaciones indebidas), la cotización se realizara al 50 % entre el trabajador y el empresario, de conformidad con esta ley, el reembolso se realizaría al 50 % entre las partes pagadoras, esto es, 500 euros para cada uno de los implicados. El resultado sería diferente si en el Estado B (declarado competente) la cotización se realizara al 60 % por el empresario y al 40 % por el trabajador. En aplicación de esta otra ley nacional, el empresario obtendría 600 euros por el reembolso, mientras que el trabajador solo recibiría 400 euros. Sobre este problema práctico y la mayor justicia de la solución por la que ha optado el Acuerdo provisional, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 491.

¹²⁴⁴ Sobre esta cuestión, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 490 y 533.

hechos en los que se basa –excluyendo los casos de duda sobre un PD A1¹²⁴⁵) y 6.3 (aplicación provisional de una legislación con desacuerdo entre las instituciones involucradas) del Reglamento 987/2009, a los créditos correspondientes a los periodos cuya antigüedad no sea superior a 60 meses –plazo reducido a 36 meses en el Acuerdo provisional–, a contar desde el inicio de dicho procedimiento.

El quinto cambio a destacar es la incorporación de un nuevo apartado, introducido en el Acuerdo provisional, que habilita a los Estados miembros a realizar acuerdos que contengan disposiciones y/o procedimientos específicos diferentes a los señalados en el precitado artículo 73, siempre que no perjudiquen a las personas interesadas.

Por último, el Acuerdo provisional añade un último apartado en el que se confiere a la CACSS la posibilidad de establecer las modalidades de aplicación del artículo.

VI.7.1. Cuestiones prácticas relativas a las obligaciones empresariales

348. Especialidades del cumplimiento de la obligación de cotización por el empleador. Es posible que, en la práctica, el empleador del trabajador en cuestión tenga su domicilio o sede de explotación fuera del Estado miembro cuya ley se ha declarado competente. En estos casos, se prevé la obligación del empleador de cumplir con todas las obligaciones establecidas en dicha legislación respecto de sus empleados, especialmente, la obligación de pagar las cotizaciones correspondientes como si su domicilio social o sede de explotación estuviese situado en el Estado competente (art. 21.1 del Reglamento 987/2009). No obstante, ante la ausencia de sede de explotación del empleador en el Estado competente, se ofrece la posibilidad de que este y el trabajador acuerden que será este último quien cumplirá, por cuenta del primero, las obligaciones de pago de cotizaciones (sin perjuicio de las obligaciones básicas del empleador). De alcanzarse dicho acuerdo, el empleador lo deberá notificar a la institución competente del Estado miembro cuya ley resulte aplicable (art. 21.2 del Reglamento 987/2009).

VI.7.2. El seguro voluntario o facultativo continuado en las normas de coordinación

349. La circunscripción de las normas de conflicto al seguro obligatorio con carácter general. El artículo 14.1 del Reglamento 883/2004 –al igual que el anterior artículo 15.1 del Reglamento 1408/71¹²⁴⁶–, limita el campo de aplicación de las normas

¹²⁴⁵ Como se ha señalado anteriormente, la posible extensión de este procedimiento a los casos de retirada retroactiva de los PD A1 supondría una mejora considerable, tanto para los trabajadores afectados como para las instituciones implicadas.

¹²⁴⁶ Precepto que parte de la doctrina consideró contrario al Derecho originario por privar a los trabajadores de sus derechos nacionales, en contra del progreso social. TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants... op. cit.*, pp. 313-314 y doctrina que ahí se cita. Este cuestionamiento podría extrapolarse al actual artículo 14 del Reglamento 883/2004 dada las similitudes entre ambas regulaciones.

de conflicto previstas en los artículos 11 a 13 a los seguros obligatorios, excluyendo a los seguros voluntarios o seguros facultativos continuados, entendiéndose por tales, de manera amplia, todos los tipos de seguro que tengan un elemento voluntario, es decir, que la afiliación dependa de la voluntad del asegurado (por todas, SSTJCE de 93/76, asunto *Liègeois*, apartado 14–; de 18 de mayo de 1989 –368/87, asunto *Troiani*, apartado 12–; y STJUE de 12 de febrero de 2015 –C-114/13, asunto *Bouman*, apartado 48–). Esta exclusión se excepciona cuando en un Estado miembro no exista más que un régimen de seguro voluntario para alguna de las ramas del artículo 3.1 del Reglamento de base¹²⁴⁷.

350. El carácter prioritario y excluyente del seguro obligatorio. Asimismo, el segundo apartado del artículo 14 del Reglamento de base –en línea con el artículo 15.2 del Reglamento 1408/71– excluye la concurrencia de un seguro voluntario o facultativo continuado en un Estado miembro con la sujeción a un seguro obligatorio en otro Estado miembro. Esta disposición refuerza, así, el principio de unicidad de ley aplicable (STJCE de 30 de junio de 2011 –C-388/09, asunto *da Silva Martins*, apartados 54 y 57–), evitando la concurrencia de aseguramientos para un mismo riesgo¹²⁴⁸, aunque el interesado desee, libremente, adscribirse a un seguro voluntario o facultativo continuado¹²⁴⁹.

De conformidad con ello, tal y como ya se ha señalado, en los casos de superposición de periodos de seguro cubiertos en el marco de un seguro obligatorio y un seguro voluntario o facultativo, a efectos de totalización, solo se computará el periodo cubierto en el marco del seguro obligatorio (art. 12.3 del Reglamento 987/2009). Ello supone la exclusión de la posibilidad de que la afiliación voluntaria genere beneficios adicionales para el migrante en el marco de la coordinación comunitaria¹²⁵⁰.

Nuevamente, esta regla general es objeto de excepción, en esta ocasión, en materia de prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia (art. 14.3), para evitar perjudicar expectativas de derechos o largas carreras de seguro¹²⁵¹. En estos casos, el interesado puede ser admitido a un seguro voluntario o facultativo continuado de un Estado miembro, incluso en los casos de sujeción obligatoria a la legislación de otro Estado miembro, si se cumplen dos requisitos simultáneamente: que el interesado haya estado sometido, en algún momento pasado de su carrera de seguro, a la legislación del Estado miembro a cuyo seguro voluntario pretende ser admitido por el hecho o como

¹²⁴⁷ Matización introducida, por primera vez, mediante el artículo 1.9 del Reglamento 1390/81.

¹²⁴⁸ En cambio, cuando no hay identidad de riesgo protegido, se permite la afiliación voluntaria al sistema de Seguridad Social de otro Estado miembro (STJCE de 30 de junio de 2011 –C-388/09, asunto *Silva Martins*, apartados 57 a 59–).

¹²⁴⁹ KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 390.

¹²⁵⁰ Sobre este particular al amparo de los anteriores reglamentos de coordinación, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, pp. 191-192.

¹²⁵¹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Capítulo II. Problemas de aplicación...”, *op. cit.* (42).

consecuencia de una actividad como trabajador (por cuenta ajena o propia)¹²⁵²; y que la acumulación de seguros en cuestión esté admitida, explícita o implícitamente, en la legislación de dicho Estado miembro. En estos casos, en cambio, sí se prevé el nacimiento de ventajas adicionales para los migrantes en el marco de la coordinación comunitaria por la concurrencia del seguro voluntario o facultativo continuado, de conformidad con lo previsto en el artículo 43.2 y 3 del Reglamento 987/2009 respecto al cálculo de pensiones.

351. Derecho de opción en caso de concurrencia de seguros voluntarios o facultativos continuados. El artículo 14.2 *in fine* del Reglamento de base precisa que, al margen de la concurrencia de un seguro obligatorio con un seguro voluntario o facultativo continuado ya analizada, en los casos en los que se ofrezca la opción entre varios regímenes de seguro voluntario o facultativo continuado para una rama determinada, el interesado solo podrá ser admitido al régimen por el que haya optado. Este es otro de los escasos supuestos en los que las normas de coordinación otorgan el derecho de opción al interesado afectado en relación con su cobertura social.

352. Limitación específica al principio de asimilación. Por último, el apartado 4 del artículo 14, tras la modificación operada por el artículo 1.5 del Reglamento 988/2009¹²⁵³, limita la aplicación del principio de asimilación del artículo 5.b) del Reglamento 883/2004 para el cumplimiento de una posible exigencia nacional de residencia en el territorio nacional o actividad previa como trabajador por cuenta ajena o propia, a las personas que hayan estado sometidas, en algún momento pasado de su carrera de seguro, a la legislación del Estado miembro a cuyo seguro voluntario pretenden ser admitidas por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia¹²⁵⁴.

¹²⁵² Esta limitación fue incluida en el Reglamento 883/2004. La finalidad de la misma ha sido vista como la búsqueda de una conexión, presente o pasada, con el Estado miembro del seguro voluntario o facultativo continuado al que se pretende suscribir el interesado. En esta línea, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 186.

¹²⁵³ *Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y se determina el contenido de sus anexos* (DOCE núm. L 284, de 30 de octubre de 2009, pp. 43 a 72), que añadió la referencia a “una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia”.

¹²⁵⁴ El apartado 4 de este precepto fue incluido, *ex novo*, en el Reglamento 883/2004, dado que fue mediante este texto reglamentario cuando se reconoció el principio general de asimilación de condiciones cuya aplicación se trata de limitar; no obstante, sigue lo expuesto en el artículo 9 del Reglamento 1408/71, con la interpretación dada por el TJCE, en particular, en su sentencia de 27 de enero de 1981 (70/80, asunto *Vigier*, apartado 20). En este pronunciamiento, el Tribunal comunitario señaló que, a pesar de no estar expresamente reconocido en el artículo 9.2 del Reglamento 1408/71, para que operara la totalización de periodos de seguro ahí recogida, podría exigirse que el interesado hubiese cumplido periodos de seguro en calidad de trabajador en el Estado miembro del seguro voluntario o facultativo en cuestión.

VI.7.3. La cláusula de escape del sistema comunitario de normas de conflicto: los acuerdos del artículo 16 del Reglamento 883/2004

353. Orígenes y evolución de la excepción. La rigidez derivada de las características del sistema de normas de conflicto previsto en el Título II del Reglamento 883/2004, ha hecho necesario, desde antiguo, establecer la posibilidad de flexibilizar estas reglas en casos particulares para evitar perjudicar a las personas que, precisamente, se trata de proteger con esta regulación: los migrantes.

Con esta finalidad flexibilizadora, el artículo 15 del Reglamento 3/58 incorporaba la posibilidad de celebrar acuerdos, en interés de determinados trabajadores o grupos de trabajadores, entre las autoridades de dos o más Estados miembros para excepcionar la aplicación de las normas de conflicto relativas a la relación de afiliación. En sentido muy similar se pronunciaba el artículo 17 del Reglamento 1408/71. No obstante, se pueden destacar dos ampliaciones: una respecto de la competencia para celebrar estos acuerdos (primero incluyendo a “*las autoridades competentes de esos Estados*” –en la versión original del Reglamento 1408/71–, y posteriormente también a “*los organismos designados por dichas autoridades*”¹²⁵⁵); y otra respecto de los posibles afectados por estos acuerdos (se pasó de la referencia “trabajadores” a la inclusión expresa de los trabajadores por cuenta propia¹²⁵⁶ y, finalmente, a la referencia genérica a “personas”¹²⁵⁷).

354. Contenido del actual artículo 16 del Reglamento 883/2004. El artículo 16.1 del actual Reglamento de base, heredero de la evolución normativa expuesta, prevé esta excepción al sistema de normas de conflicto (a la que algunos autores han calificado de “*cláusula negociada modificativa de las normas de conflictos de leyes de los Estados*”¹²⁵⁸). En virtud de este precepto, dos o más Estados miembros, sus autoridades competentes o los organismos designados por estas, podrán celebrar acuerdos, en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, para excepcionar las reglas previstas en los precedentes artículos del texto reglamentario (recogidas en los artículos 11 a 15)¹²⁵⁹.

¹²⁵⁵ Inclusión realizada mediante el *Reglamento (CEE) núm. 1517/79 del Consejo, de 16 de julio de 1979, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1408/71 y (CEE) núm. 574/72 sobre la aplicación de regímenes de Seguridad Social a los trabajadores asalariados y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad* (DOCE núm. L 185, de 21 de julio de 1979, pp. 1 a 11).

¹²⁵⁶ A través del Reglamento 1390/81.

¹²⁵⁷ Modificación operada por el Reglamento 2195/91. En el sentido de entender incluidas a todas las personas en general, desempeñaran o no una actividad tras esta modificación reglamentaria, se pronunció el TJCE en su sentencia de 11 de junio de 1998 (C-275/96, asunto *Kuusijärvi*, apartado 49).

¹²⁵⁸ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, op. cit., p. 222.

¹²⁵⁹ Una modificación añadida en el Reglamento 883/2004 es la introducción de un segundo apartado en este artículo, referente a normas particulares relativas a los titulares de pensiones o de rentas debidas en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros. Estas normas particulares ya fueron introducidas en el Reglamento 1408/71, mediante la modificación operada por el citado Reglamento 2195/91.

El tenor de esta disposición evidencia la existencia de la potestad para concluir estos acuerdos, pero, en ningún caso, constituye una obligación para los Estados implicados¹²⁶⁰.

Del texto de tal precepto podría deducirse que los sujetos legitimados para concluirlos podrían iniciar ellos mismos el procedimiento, respetando los requisitos y límites que se indican a continuación¹²⁶¹. No obstante, también se prevé el inicio mediante solicitud del empleador o el interesado presentada –con antelación, preferiblemente– ante la autoridad competente del Estado miembro cuya legislación solicite acogerse o ante el organismo designado por esta autoridad (art. 18 del Reglamento de aplicación).

355. Requisitos para la validez de estos acuerdos. En atención a lo previsto en el escueto artículo 16.1 del Reglamento de base, los únicos requisitos exigidos para la válida celebración de estos acuerdos son dos. Por un lado, se establece un requisito subjetivo, relativo a las partes que pueden concluir estos acuerdos. Así, como ya se ha indicado, solo podrán celebrar acuerdos dos o más Estados miembros, sus autoridades competentes o los organismos designados por estas¹²⁶². A estos efectos, “autoridad competente” debe entenderse, para cada Estado miembro, “*el ministro, los ministros o cualquier otra autoridad equivalente de la cual dependan, para el conjunto o parte del Estado miembro de que se trate, los regímenes de seguridad social*” (art. 1.m) del Reglamento 883/2004).

Por otro lado, se establece un requisito teleológico, vinculado a la finalidad del acuerdo en sí mismo. De este modo, solo serán válidos los acuerdos que se alcancen en beneficio de la persona¹²⁶³ o personas afectadas (que pueden ser trabajadores, por cuenta

¹²⁶⁰ KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen...*, *op. cit.*, p. 391.

¹²⁶¹ FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 191.

¹²⁶² Una parte de la doctrina científica señala que, dependiendo de quienes adopten el acuerdo, la naturaleza de este varía. Así, se señala que, generalmente, se dota de carácter de norma internacional al acuerdo celebrado entre los propios Estados miembros, mientras que, si son realizados por el resto de legitimados, tendrán naturaleza de acuerdo de Derecho público. Así, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 190-191. Otra parte de la doctrina hace referencia a esta doble tipología de acuerdos, pero en función de los afectados, distinguiendo entre acuerdos generales (con efecto normativo), y convenios específicos para determinadas personas o grupos de personas también determinados (sin dicho efecto). En este otro sentido, DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos...”, *op. cit.* (27-28). Considero que ambas tesis doctrinales son complementarias. Si se pretende alcanzar un acuerdo de eficacia normativa con alcance general, lo más oportuno sería que los sujetos negociadores fueran los Estados miembros, dotando a este acuerdo de rango de norma de Derecho internacional, con su posición determinada en el sistema de fuentes. En cambio, cuando el acuerdo tenga por objeto un grupo determinado de personas o una sola de ellas, no parece necesario acudir a estos trámites, pudiendo negociarse mediante las autoridades competentes u organismos designados por estas, alcanzando acuerdos con una eficacia más limitada, pero vinculantes, para garantizar su finalidad de protección al colectivo interesado. Ahora bien, dada la posición de los Reglamentos comunitarios en el sistema de fuentes y la propia finalidad perseguida con el artículo 16, no parece posible que, por esta vía, pueda excepcionarse, con un carácter generalizado, la aplicación de las reglas de conflicto en ellos contenidas, sino solo en casos muy concretos (lo contrario iría en contra del efecto útil de estas disposiciones e, incluso, de la propia primacía del Derecho europeo).

¹²⁶³ Debe aceptarse la posibilidad de que estos acuerdos se celebren en beneficio de una única persona, aunque el texto hable en plural. Este parecer es aceptado también por el Tribunal de Luxemburgo (como ejemplo de ello puede citarse la STJCE de 17 de mayo de 1984 –101/83, asunto *Brusse*–). Sobre la admisión

ajena o propia, pero también cualquier otra persona que quede amparada en las reglas del Título II)¹²⁶⁴. Esto excluye la posibilidad de celebrar acuerdos de este tipo con la finalidad de simplificar la labor de las administraciones implicadas y/o beneficiar al empleador de los trabajadores¹²⁶⁵. Al margen de esta finalidad general, no se acotan los diferentes motivos o circunstancias que pueden conducir a la celebración de estos pactos, por lo que debe entenderse que no existe tal limitación específica, ostentando las partes de los mismos una amplia discrecionalidad en este aspecto (STJCE de 17 de mayo de 1984 –101/83, asunto *Brusse*, apartados 25–)¹²⁶⁶.

No existe, en cambio, limitación temporal alguna, por lo que cabe su celebración con efectos retroactivos¹²⁶⁷. Así lo ha defendido el Tribunal de Justicia en sentencias de 17 de mayo de 1984 (101/83, asunto *Brusse*, apartados 20 a 23) y de 29 de junio de 1995 (C-454/93, asunto *Joop Van Gestel*, apartado 29). Esta conclusión fue respaldada sobre la base de tres argumentos: el tenor del propio artículo, que no limita la validez de estos acuerdos solo hacia el futuro; el espíritu y sistema del propio precepto, que debe entenderse susceptible de evitar que se produzca una determinada situación desfavorable, pero también de remediar una situación existente cuya injusticia aparece solo con posterioridad; y, por último, la propia naturaleza intrínseca del procedimiento, que debido al tiempo que deberá destinarse a alcanzar estos acuerdos, negar que puedan tener efecto retroactivo, equivaldría a privar a esta disposición de gran parte de su significado¹²⁶⁸.

de esta posibilidad en la doctrina, VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 341.

¹²⁶⁴ Estos acuerdos pueden prever “*excepciones al principio de unicidad de la legislación aplicable*”, estando “especialmente indicados” cuando la ley aplicable del Estado miembro de empleo no confiera al trabajador migrante ningún derecho a una pensión de vejez o a prestaciones familiares, mientras que sí se habrían obtenido si hubiese permanecido sin empleo en su Estado miembro de residencia (STJUE de 19 de septiembre de 2019 –C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados, *van den Berg y Giesen y otros*, apartado 65–). Esta sentencia corrobora la necesidad que ya había sido señalada en JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, pp. 31-32/34. En este informe ya se hacía referencia a la necesidad de incentivar en el texto reglamentario la celebración de este tipo de acuerdos cuando la cobertura ofrecida por la legislación competente sea “inexistente, incompleta o impracticable para el trabajador y/o el empleador” (especialmente útil en supuestos de trabajo en varios Estados miembros).

¹²⁶⁵ En este sentido se señaló por el Abogado General, Sir Gordon Slynn, en su escrito de Conclusiones, presentado el 15 de marzo de 1984 (101/83, asunto *Brusse*), p. 2244. En la doctrina, VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 341. La Guía Práctica de la CACSS (p. 17/57) también excluye la simplificación administrativa como un motivo suficiente para proceder a la celebración de estos acuerdos.

¹²⁶⁶ Sobre la no necesidad de motivación específica, por todos, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, *op. cit.*, p. 232; y VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 341.

¹²⁶⁷ No obstante, aunque posible, sería recomendable que este efecto retroactivo se limite a supuestos muy excepcionales, tal y como se recoge en la Guía Práctica de la CACSS (p. 17/57).

¹²⁶⁸ Ahora bien, como ha matizado parte de la doctrina, cuando estos acuerdos se refieren al mantenimiento de la ley del Estado de origen en los casos de desplazamiento de trabajadores, aunque el artículo 16 del Reglamento 883/2004 no establezca un límite temporal determinado, debe entenderse que este límite sigue existiendo, por lo que no cabría amparar en dicho precepto un desplazamiento permanente o indefinido,

356. Los acuerdos del artículo 16 en la práctica. Aunque la dicción del artículo 16 es muy amplia, en la práctica –y desde muy temprano¹²⁶⁹–, estos acuerdos se han utilizado con frecuencia para prorrogar el mantenimiento de la afiliación en el Estado de origen en casos de desplazamiento, por un periodo superior al máximo permitido por las normas de coordinación¹²⁷⁰. De la casuística tan variada y extensa, se ha concluido que, con carácter general (aunque depende en gran medida de los países implicados), suele aceptarse la prolongación del periodo máximo de mantenimiento de la ley del Estado miembro de envío hasta un máximo de cinco años, aunque en algunos casos se puede llegar a prolongar hasta un periodo total de ocho años¹²⁷¹.

Esta ampliación de los plazos en supuestos cuya excepcionalidad a la norma general de la *lex loci laboris* se sustenta en la brevedad del desplazamiento, hace cuestionarse su validez al amparo de una interpretación literal y, sobre todo, teleológica del artículo 12 del Reglamento 883/2004. Como ha apuntado parte de la doctrina, la brevedad es un concepto relativo, y depende del parámetro de comparación. En este caso, si comparamos un periodo de 5 años respecto de la totalidad de años de carrera de seguro de una persona, podría estar justificado ese carácter “breve” y, por tanto, su amparo en el ámbito de los desplazamientos temporales¹²⁷². No obstante, no puede obviarse que algunas prácticas

que, por su propia definición, no sería un desplazamiento temporal propiamente. Sobre esta cuestión, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 292; y DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos...”, *op. cit.* (27).

¹²⁶⁹ De hecho, así se aconsejaba por la CACSS en la *Recomendación núm. 16, de 12 de diciembre de 1984, relativa a la celebración de acuerdos con arreglo al artículo 17 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo* (DOCE núm. C 273, de 24 de octubre de 1985, p. 3), para determinados casos de desplazamiento de trabajadores de empresas multinacionales. Sobre este particular, VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, p. 342.

¹²⁷⁰ Por todos, DÍAZ-GÁLVEZ, J., ÁLVAREZ-NOVOA, M., y PÉREZ FONTES, C. (Dirs.), *El desplazamiento de trabajadores al extranjero: su régimen jurídico, laboral y fiscal*, Lex Nova, 1ª Edición, Valladolid, septiembre de 2000, pp. 146-147; RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartado 189; y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social...”, *op. cit.* (555-556).

¹²⁷¹ Por todos, GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C., “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, *La Mutua*, núm. 3, septiembre-octubre del 2000, pp. 6-27 (14); y FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 189-190. En estas obras se citan como ejemplos de países en los que se suele hacer uso del límite de cinco años a Bélgica, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia y Países Bajos; y de países con una mayor flexibilidad a Alemania, Francia y Portugal (especialmente este último). Sobre el caso francés, *vid.* RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, *op. cit.*, apartado 189. Sobre el caso español, puede encontrarse información en el sitio web de la Seguridad Social, donde se enuncia la regla general de la posible extensión del mantenimiento de la ley del Estado de origen durante un periodo de hasta cinco años, con posibilidad de prórroga por un año adicional (debiendo alegar los motivos que justifiquen la necesidad de permanencia en el país de destino por un año adicional). La competencia para esta tarea se ha encomendado a los Servicios Centrales de la Tesorería General de la Seguridad Social. *Vid.* ampliamente, <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/966/1819/1824>

¹²⁷² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados...”, *op. cit.* (478-479).

acogidas a esta autorización puedan suponer una quiebra del principio de igualdad de trato para los trabajadores migrantes y una vía para el *dumping* social¹²⁷³.

Al margen de lo anterior, estos acuerdos pueden ser de gran utilidad cuando se haya utilizado de manera incorrecta una regla de conflicto, permitiendo regularizar, *a posteriori*, la ley aplicable por las partes¹²⁷⁴; así como para determinadas categorías de personas en situaciones particulares (entre las que se han señalado a ciertos periodistas, personal de organizaciones internacionales no gubernamentales¹²⁷⁵ o investigadores¹²⁷⁶).

¹²⁷³ CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria...*, *op. cit.*, p. 242. Sobre el posible efecto discriminatorio de estos acuerdos, JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (175-176).

¹²⁷⁴ PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, p. 126; y LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale...”, *op. cit.*, marginal 77.

¹²⁷⁵ OMARJEE, I., *Droit européen de la protection sociale*, *op. cit.*, p. 229.

¹²⁷⁶ JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (174).

CAPÍTULO VII. NUEVOS RETOS DE LAS NORMAS DE CONFLICTO COMUNITARIAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TELETRABAJO TRANSNACIONAL

VII.1. Las nuevas realidades a las que se enfrenta la coordinación comunitaria

357. Los Reglamentos de coordinación: ¿unas normas contemporáneas ancladas en el pasado? Los reglamentos de coordinación, en sus principios y reglas más elementales, han cambiado muy poco desde su primera versión de 1958. Estas normas, al igual que los sistemas europeos de Seguridad Social originarios, tenían en mente un modelo típico de familia formado por un matrimonio, junto con sus descendientes¹²⁷⁷, y un modelo típico de trabajo: el que se desarrolla a jornada completa y por tiempo indefinido (el modelo de trabajo industrial)¹²⁷⁸. Además, se partía de un modelo tradicional de movilidad internacional, caracterizado por trabajadores que realizaban pocos desplazamientos y de larga duración, que regresaban al final de su carrera de seguro al Estado de origen¹²⁷⁹. Hoy en día, sin embargo, estos modelos han sido superados por realidades mucho más dispares cuya regulación generalizada presenta mayor complejidad.

358. Cambios migratorios y nuevas realidades laborales. Por un lado, los patrones de movilidad laboral internacional han evolucionado. En efecto, mientras que, hace unas décadas, cuando una persona decidía emigrar a otro país lo hacía pensando en encontrar un trabajo que le permitiera vivir durante un periodo más o menos largo de tiempo en el destino; hoy en día, esta concepción ha cambiado. En la actualidad, los índices de movilidad son más elevados y han proliferado las sucesivas estancias cortas en uno o varios destinos¹²⁸⁰. Unido a lo anterior, se han producido importantes cambios en el ámbito laboral que han propiciado también la evolución en el modelo migratorio.

¹²⁷⁷ Además, pensando en una familia con un único sustento económico (que, normalmente, era el padre). Ejemplo de ello es el artículo 1.i).2 del Reglamento de base que señala como miembros de la familia, si la legislación de un Estado miembro no distingue entre miembros de la familia y otras personas, “*el cónyuge, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad a cargo*”. Vid. STRBAN, G., “Family benefits in the EU: is it still possible to coordinate them?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 5, 2016, pp. 775-795 (782). Sin embargo, este modelo ya no es el único: STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 10 y doctrina que ahí se cita.

¹²⁷⁸ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE), *Dictamen sobre Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital* (SOC/560), publicado en el DOUE núm. C 129, de 11 de abril de 2018, pp. 7-10, apartados 2.2-2.4 y 3.1; y STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁷⁹ JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 2/34; y STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁸⁰ STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 10.

Aunque los reglamentos de coordinación se han construido sobre la idea del citado modelo de trabajo industrial caracterizado por una prestación física de servicios (y, normalmente, prolongada en el tiempo)¹²⁸¹, fuera de este modelo tradicional han aparecido otras formas de empleo que han ido adquiriendo mayor protagonismo. Estas otras formas de empleo han recibido diversidad de nomenclaturas, sin que exista consenso en su denominación ni definición. En el presente Capítulo, me decanto por la expresión “trabajo atípico” (término utilizado, entre otros, por la OCDE¹²⁸²), definida de una manera amplia, inclusiva de todas aquellas formas de empleo alejadas, total o parcialmente, del modelo típico antes señalado. Así, dentro de este concepto se incluirían formas no tan nuevas pero que han ido aumentando su presencia, como contratos de duración determinada o a tiempo parcial; pero también verdaderas nuevas formas de empleo ligadas, en gran medida, a la economía digital como el trabajo *on-demand* (categoría que engloba los *zero-hour contracts*¹²⁸³), trabajo en plataformas digitales y el teletrabajo, sin olvidar algunas nuevas modalidades específicas de determinados países, como el caso de los denominados “*mini-jobs*”¹²⁸⁴. El peso relativo de estas formas atípicas de empleo no es nada desdeñable, pues ya suponen más del 25 % en la UE¹²⁸⁵ y el 33 % en la OCDE¹²⁸⁶ del trabajo total, con una previsible tendencia creciente en los próximos años.

359. Reacciones europeas frente a las nuevas realidades laborales. En el ámbito europeo, podemos encontrar referencias al trabajo atípico en diversos textos. Por un lado, cabe destacar el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (en adelante, “AMET”),

¹²⁸¹ STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁸² Entre muchos otros, OCDE, *In It Together Why Less Inequality Benefits All: overview of inequality trends, key findings and policy directions*, OECD Publishing, París, 2015, disponible en <https://www.oecd.org/els/soc/OECD2015-In-It-Together-Chapter1-Overview-Inequality.pdf>

¹²⁸³ Estos contratos, característicos de países anglosajones, se basan en la inexistencia de una cantidad mínima de trabajo garantizada por parte del empleador y la inexistencia de aceptación obligatoria del trabajo ofrecido por parte del prestador de los servicios. Sobre la definición y análisis de estos contratos, véase ESTEVE SEGARRA, A., “Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital”, *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pp. 37-60.

¹²⁸⁴ Sobre esta definición amplia, *vid.* STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 11. Puede consultarse un interesante estudio sobre estas nuevas formas de empleo en la UE y su acceso a la protección social a nivel nacional en EUROPEAN SOCIAL POLICY NETWORK (ESPN), *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe: a study of national policies*, 2017, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17683> (definición y tipos de trabajo atípico en pp. 20-27).

¹²⁸⁵ Datos de 2016 en *Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia*, COM (2018) 132 final, de 13 de marzo de 2018, p. 3, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0132>; datos en 2014 en SCHMID, G. y WAGNER, J., *Managing social risks of non-standard employment in Europe*, Oficina de la OIT, Ginebra, 2017, p. 8, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_584686.pdf

¹²⁸⁶ Datos de 2016 en VV. AA., *Behavioural study on the effects of an Extension of Access to Social Protection for People in All Forms of Employment*, Comisión Europea, Luxemburgo, febrero 2018, pp. 18-19, disponible en ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=19161&langId=en

firmado en Bruselas el 16 de julio de 2002, por los agentes sociales (Confederación Europea de Sindicatos –CES–, Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa/Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa –UNICE/UEAPME– y el Centro Europeo de la Empresa Pública –CEEP–). Este texto, que ya ha cumplido la mayoría de edad, sigue siendo el referente europeo en materia de teletrabajo.

También pueden encontrarse iniciativas más recientes elaboradas en aplicación del PEDS. Ejemplo de ello es la *Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, que tiene por objeto adaptar la *Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral*, especialmente, a estas nuevas formas atípicas de trabajo (considerando 15)¹²⁸⁷.

Por otro lado, desde el punto de vista de la protección social, merece especial mención la *Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (2019/C 387/01)*¹²⁸⁸. Esta Recomendación, que busca complementar la *Recomendación núm. 202 de la OIT, sobre los niveles mínimos de protección social*, surge como respuesta a estos cambios en las formas de trabajo que hacen peligrar el acceso a una protección suficiente por parte de un gran número de personas (especialmente, jóvenes y mujeres)¹²⁸⁹. No obstante, se ha optado por una Recomendación dada la falta de consenso global sobre la mejor forma de abordar esta problemática, buscando, con ella, dar visibilidad política sobre esta cuestión, aumentar la sensibilización al respecto y generar un impulso coordinado (aunque flexible) que apoye y complemente los debates y reformas nacionales¹²⁹⁰.

¹²⁸⁷ En materia de Seguridad Social, el artículo 4.2.o) incluye, dentro de las obligaciones de información del empresario (con exclusión de la gente del mar y pescadores *ex* artículo 1.8): comunicar la identidad de las instituciones de Seguridad Social que reciben las cotizaciones sociales (en relación con las prestaciones por enfermedad, de maternidad, de paternidad y de permiso parental, las prestaciones por contingencias profesionales, las prestaciones de vejez, de invalidez, de supervivencia, de desempleo, de jubilación anticipada y las prestaciones familiares), así como, en su caso, la cobertura por los regímenes complementarios de pensión. Esta información no será exigible cuando la elección de la institución de Seguridad Social haya sido realizada por el propio trabajador.

¹²⁸⁸ En lo sucesivo, “Recomendación de 8 de noviembre de 2019”.

¹²⁸⁹ Propuesta de Recomendación del Consejo COM (2018) 132 final, pp. 2-4 y considerando 11 de la Recomendación de 8 de noviembre de 2019.

¹²⁹⁰ Propuesta de Recomendación del Consejo COM (2018) 132 final, p. 10.

Entre los objetivos que se persiguen con esta Recomendación, respecto de los trabajadores por cuenta ajena (con independencia del tipo de relación laboral), pueden señalarse los cuatro siguientes (apartado 2)¹²⁹¹:

- Cobertura formal: permitir que todas las personas que trabajan por cuenta ajena puedan tener acceso a una protección social adecuada en lo que respecta a todas las siguientes ramas de la protección social (en la medida en que existan en los Estados miembros): a) prestaciones de desempleo; b) prestaciones por enfermedad y de asistencia sanitaria; c) prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; d) prestaciones de invalidez; e) prestaciones de vejez y supervivencia; y f) prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (apartado 8, en relación con el apartado 3.2);
- Cobertura efectiva: permitir que todas las personas que trabajan por cuenta ajena acumulen y hagan valer derechos adecuados como miembros de un régimen y facilitar la transferibilidad de los derechos de protección social entre los diferentes regímenes (apartados 9 y 10);
- Adecuación: permitir a todas las personas que trabajen por cuenta ajena que accedan a un nivel de protección que permita un nivel de vida digno y ofrezca un grado adecuado de sustitución de los ingresos, evitando situaciones de pobreza (apartados 11 a 14); y
- Transparencia: incrementar la transparencia en relación con los sistemas de protección social y sus derechos (apartados 15 y 16).

A pesar de estos objetivos generales, la Recomendación establece una serie de limitaciones a su aplicación:

- El Consejo manifiesta su preocupación por la posible incidencia de esta Recomendación en las PYMES, de ahí que invite a los Estados miembros a que evalúen el impacto de sus reformas en estas empresas, para que se aseguren de que “*no se vean afectadas de manera desproporcionada*”, especialmente con trabas administrativas, financieras o jurídicas (considerando 32);
- Asimismo, también se establece una segunda limitación, habitual en los instrumentos en materia de protección social: garantizar el equilibrio financiero de los sistemas de protección social de los distintos Estados miembros (considerando 37); y
- Se excluye del ámbito de esta Recomendación la asistencia social y los regímenes de renta mínima (apartado 4).

¹²⁹¹ Propuesta de Recomendación del Consejo COM (2018) 132 final, p. 3.

Como no podría ser de otra forma, esta Recomendación no impide que los Estados miembros mantengan o establezcan disposiciones sobre protección social más avanzadas (apartado 6) sin que, además, su contenido afecte al régimen previsto en los Reglamentos de coordinación (considerando 25).

360. El mantenimiento del *statu quo* en los Reglamentos de coordinación. Estos cambios sociales, económicos y laborales han puesto contra las cuerdas algunos de los postulados básicos del sistema tradicional de normas de conflicto comunitarias; sin embargo, no han dado lugar, por ahora, a cambios normativos en este ámbito. Así, los Reglamentos de coordinación no han sido modificados para adaptarse a estas nuevas formas de trabajo, ni parece que tal modificación se vaya a producir próximamente si tenemos en cuenta el tortuoso camino de la Propuesta de actualización.

Pese a ello, la realidad es imparable, y en el Capítulo anterior ya se han adelantado algunas sentencias del TJUE en las que se ha tenido que abordar la aplicación de las actuales reglas de conflicto a estas nuevas realidades, sentencias que, con toda probabilidad, irán en aumento en los próximos años. Ante la ausencia de disposiciones específicas, el TJUE debe hacer frente a estas nuevas realidades con el rígido marco normativo actual de los Reglamentos de coordinación. La principal duda es, pues, qué posición adoptará el Tribunal europeo ante este importante reto.

VII.2. La coordinación comunitaria ante estas nuevas realidades: el caso de los “*mini-jobs*”

VII.2.1. La labor interpretativa del TJUE: ¿reticente a una interpretación dinámica?

361. Los “*mini-jobs*” y su (des)protección social ante el TJUE. Los primeros pronunciamientos que han tenido como objeto esta controversia en el ámbito de la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación han sido las SSTJUE de 23 de abril de 2015 (C-382/13, asunto *Franzen y otros*) y de 19 de septiembre de 2019 (C-95/18 y C-96/18, asuntos acumulados *van den Berg y Giesen y otros*). Los actores de los litigios de origen prestaban sus servicios en un Estado miembro diferente al de su residencia, al amparo de *mini-jobs*, optando a una escasa cobertura social (solo contra accidentes de trabajo¹²⁹²) de conformidad con la ley del Estado miembro de empleo (Alemania).

En la primera sentencia citada, se falló a favor de la aplicación de la *lex loci laboris*, tanto durante los días en los que se ejerce una actividad por cuenta ajena como durante

¹²⁹² Hasta el año 2013 solo se ofrecía esta cobertura, pero con el cambio legislativo producido en el citado año, la cobertura ofrecida a los trabajadores de estos “*mini-jobs*” se ha ampliado.

los días en que no se ejerce en el marco de estos contratos denominados eventuales, sin que la aplicación de esta ley impida que se puedan percibir las prestaciones correspondientes (en estos casos, seguro de vejez y prestaciones familiares) en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia (si se reúnen las condiciones materiales para la concesión de esas prestaciones). En la segunda sentencia se matizó que la competencia de la legislación del Estado de empleo no se ve enervada por el hecho de ofrecer una cobertura social limitada, sin que esta protección social escasa pueda derivar en la obligación del Estado miembro de residencia de ofrecer una cobertura adicional. La competencia para determinar los requisitos de cobertura del régimen de Seguridad Social sigue siendo una competencia estatal. A pesar de ello, esta competencia no es ilimitada, siendo contrario al artículo 13 del Reglamento 1408/71 (donde se encuentra también recogido el principio de unicidad) que el Estado miembro no competente según dicho precepto supedite la concesión de sus prestaciones estatales a una obligación de afiliación que implique el pago de cotizaciones.

VII.2.2. Las soluciones alternativas ante esta nueva realidad

362. La necesidad de un estudio en profundidad. Sin perjuicio de la posición del TJUE en estas sentencias, se podría cuestionar si la aplicación de la *lex loci laboris* en este tipo de empleos (situados en una “zona gris” entre la actividad y la inactividad¹²⁹³) es la mejor respuesta para estos trabajadores, sobre todo, desde el punto de vista de la libertad de circulación y el principio de progreso social. No obstante, en ocasiones, aun reconociendo la falta de idoneidad de las normas de conflicto presentes en los Reglamentos de coordinación, es sumamente difícil poder ofrecer otras opciones eficaces y respetuosas con los distintos postulados comunitarios para atajar los problemas detectados. Los Abogados Generales en los diferentes asuntos señalados y la doctrina científica han ofrecido algunas alternativas.

363. La opinión del Abogado General en el asunto *Franzen y otros*. En esta línea se manifestó el Abogado General, en su escrito de Conclusiones del asunto *Franzen y otros*¹²⁹⁴. En el caso de los actores, el Abogado General consideró que se había producido una pérdida de cobertura social dado que, “*en realidad, no están cubiertos ni por el régimen del seguro social del Estado de empleo, como consecuencia del número limitado de horas de trabajo y de sus escasos ingresos, ni por el de su Estado de residencia, dado que estaban sujetos a la legislación de otro Estado miembro*” (apartado 82). Esta situación es, por tanto, más desfavorable a la de un trabajador que hubiese desarrollado toda su carrera en un único Estado miembro (apartado 83). Por ello, se concluyó la

¹²⁹³ JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 57/64.

¹²⁹⁴ Escrito de Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, presentado el 10 de septiembre de 2014 (asunto C-382/13).

inadecuación del resultado de la aplicación de la regla *lex loci laboris*, tanto al Reglamento 1408/71 (que busca facilitar la libre circulación), como a los artículos 45 y 48 del TFUE que lo inspiran (apartado 87).

Sentado lo anterior, la tarea más complicada era resolver esta situación al amparo del dispositivo de coordinación del Reglamento 1408/71, especialmente, el principio de unicidad (apartado 88). Como premisa, se consideró que el principio de progreso social hacía necesaria la toma en consideración del nivel de protección social en el Estado de empleo (en estos supuestos, casi inexistente), para poder dar una respuesta. Teniendo en cuenta todo ello, el Abogado General abogó por una suspensión temporal de la aplicación de la legislación del Estado de empleo cuando se tratara de contratos eventuales de corta duración o de escasa entidad, en favor de la legislación del Estado de residencia. La duración de esta suspensión debería prolongarse, únicamente, durante el tiempo en el que la legislación del Estado de empleo mantenga la exclusión de estas categorías de trabajadores de las ramas fundamentales de la Seguridad Social distintas del seguro de accidente de trabajo, “y únicamente a estas otras ramas” (apartado 94). Con esta conclusión –en palabras del Abogado General– se permitiría “*tener en cuenta las nuevas formas de trabajo y las trayectorias profesionales de los ciudadanos de la Unión, en particular las situaciones de empleo precario, como es el caso de los contratos eventuales o menores*” (apartado 91). No obsta a todo lo anterior, el hecho de que los trabajadores en cuestión pudiesen contratar un seguro voluntario o solicitar la celebración de acuerdos al amparo del artículo 17 del Reglamento 1408/71 –artículo 16 del Reglamento 883/2004– (apartado 92)¹²⁹⁵.

En su escrito de Conclusiones, el Abogado General parece defender una excepción al principio de unicidad, otorgando competencia a la ley del Estado miembro de residencia para cubrir las contingencias no protegidas en el Estado de empleo, por lo que las efectivamente cubiertas en este último (accidentes de trabajo en el caso alemán), seguirían rigiéndose por la ley de este segundo Estado miembro. En mi opinión, aunque este posicionamiento supone un avance respecto de la posición mantenida por el TJUE, la incorporación de una excepción al principio de unicidad de ley aplicable no parece ser la mejor opción, debido a las complicaciones que de ello se derivan para todas las partes implicadas. A mi parecer, en aras de una mayor simplicidad, objetivo perseguido por el Reglamento 883/2004, debería respetarse el principio de unicidad de ley aplicable,

¹²⁹⁵ A pesar de estas alegaciones formuladas por el Abogado General, el TJUE omite cualquier argumentación sobre este particular. En cambio, en su pronunciamiento de 2019, sí escuda su fallo en la naturaleza meramente coordinadora de los Reglamentos de coordinación, no armonizadora, por lo que ni estos ni el Derecho originario garantizan a los trabajadores migrantes que su desplazamiento vaya a ser neutro en materia social (apartados 56 y 59).

principio que este Reglamento ha reforzado respecto de los reglamentos anteriores al eliminar las excepciones previamente aceptadas.

364. La ¿posible? instauración de una ley subsidiariamente competente. En el supuesto de mantenimiento de la aplicación de la *lex loci laboris* como competente, se podría plantear la duda, surgida con fuerza a raíz del asunto *Kik*, de la posible existencia de una legislación competente obligatoriamente a título supletorio. Esta posición fue defendida por la Abogada General en los asuntos acumulados C-95/18 y C-96/18¹²⁹⁶. En su escrito de Conclusiones, en primer lugar, coincidió con lo señalado por el Abogado General Szpunar, esto es, que el resultado alcanzado para los trabajadores afectados les privaba de cobertura social y, por consiguiente, suponía un trato desfavorable respecto de un trabajador que desarrollara toda su carrera en un solo país, matizando que dicho trato desfavorable “*rebase los límites del principio de proporcionalidad*” (apartado 38). Sin embargo, en esta ocasión, debido a que el objeto del litigio versaba sobre la adecuación al Derecho europeo de las cláusulas de exclusión neerlandesas¹²⁹⁷, se centró en su análisis a la luz del principio de proporcionalidad. Reconociendo la existencia de una finalidad legítima en la incorporación de tales cláusulas (garantizar un reparto justo y equitativo de la carga financiera entre Estados miembros), consideró que los Países Bajos fueron más allá de lo necesario para alcanzarla, conculcando el principio de proporcionalidad (apartados 41-43).

La Abogada General dio un paso más allá al señalar que “*(s)i bien el Tribunal de Justicia ha declarado acertadamente que los Estados no competentes no pueden imponer una obligación de realizar contribuciones, en mi opinión, esta limitación no se opone a que propongan la concesión de prestaciones a cambio de una contribución voluntaria, si tal posibilidad es acorde efectivamente a las condiciones de concesión aplicables al resto de las personas amparadas por la legislación nacional*”¹²⁹⁸ (apartado 45).

A mi modo de ver, en contra de la posición aparentemente defendida por la Abogada General Sharpston, y en línea con la doctrina *Bosmann*, no puede exigirse a un Estado miembro no competente que ofrezca una cobertura social adicional a un trabajador sometido a la legislación del Estado miembro de empleo que ofrece una protección social insuficiente. Esta obligación no estaría amparada por los Reglamentos de coordinación, menos aun cuando esta exclusión de sujeción al sistema nacional del Estado miembro no

¹²⁹⁶ Escrito de Conclusiones de la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, presentado el 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-95/18 y C-96/18).

¹²⁹⁷ En virtud de las cuales, “*no tendrá la condición de asegurada la persona a la que sea aplicable la legislación de otro Estado en virtud de un Convenio o de una decisión de una organización internacional asegurada allí*”, aunque sea residente en los Países Bajos.

¹²⁹⁸ Añadiendo, además, que “*(a) este respecto, ha de recordarse que, de haber estado desempleados en los Países Bajos, los interesados habrían permanecido afiliados al régimen de seguridad social neerlandés, a cargo de dicho Estado miembro*”.

competente se deba, precisamente, al respeto del principio de unicidad (tal y como ocurría en la legislación neerlandesa).

365. El recurso a la regla supletoria del sistema. Ante la ausencia de modificación legislativa en la actualidad y, probablemente, en el medio plazo, resulta oportuno buscar soluciones interpretativas sobre la base de las actuales reglas de conflicto del Reglamento 883/2004.

Una interpretación dinámica y adaptativa debería comenzar, bajo mi punto de vista, declarando la disconformidad con los artículos 45 y 48 del TFUE de la aplicación de la *lex loci laboris* en estos supuestos, tal y como han argumentado los dos Abogados Generales y una parte importante de la doctrina científica. En estos casos, se podría defender la obstaculización de la libre circulación de los trabajadores implicados sin respetar el principio de proporcionalidad si, debido a la aceptación de un empleo marginal en un Estado miembro diferente al de su residencia, se perdiera casi la totalidad de la cobertura social. Ello también redundaría en perjuicio del ya señalado principio de progreso social. Además, como se ha expuesto en el capítulo anterior, las conexiones prevalentes en las normas de conflicto del Título II se han elegido por ser, *a priori*, las más respetuosas con el principio de proximidad. Sin embargo, en estos casos, es clara la existencia de vínculos más estrechos con el Estado miembro de residencia, dado el carácter tan marginal de la actividad profesional en el Estado de empleo.

Ante esta situación, el TJUE podría considerar inaplicable la regla general del artículo 11.3.a) del Reglamento de base. Descartada la aplicación de esta norma, se debería intentar buscar auxilio en alguna de las otras normas de conflicto del Título II. Ello nos dejaría una única opción: la aplicación de la regla supletoria del sistema recogida en el artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, de conformidad con la interpretación dada en el ya comentado asunto *SF*. Como puede comprobarse, esta solución (de carácter temporal a la espera de una solución expresa en el texto reglamentario), conduciría al resultado pretendido por los Abogados Generales: la competencia de la ley del Estado miembro de residencia del trabajador.

366. Las propuestas de reforma normativa. La doctrina científica también ha señalado estos problemas de adecuación y flexibilidad de las normas de conflicto comunitarias frente a las nuevas formas de trabajo y de movilidad, especialmente, de la *lex loci laboris*, poniendo el foco, entre otros, en los empleos precarios o de alta movilidad¹²⁹⁹. Si bien se comparte la posible conculcación del derecho fundamental a la

¹²⁹⁹ Por todos, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B, *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, pp. 4-6/34; JORENS, Y. y VAN OVERMEIREN, F., “General principles...”, *op. cit.* (76-77); LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité

libre circulación en situaciones como las de los trabajadores de los asuntos señalados (especialmente, al amparo de la doctrina *Bosmann*), existe menos consenso en el modo de solventar esta problemática.

Una de las opciones que podrían plantearse consiste en fomentar la celebración de acuerdos del artículo 16 del Reglamento 883/2004, ya sea para establecer la competencia principal de una legislación diferente, ya sea para establecer la competencia adicional de otra legislación diferente a la competente según el Título II¹³⁰⁰. Pero, para lograr cierta efectividad en esta solución, se ha considerado necesario contar con unas reglas claras, por ejemplo, a través de una Decisión de la CACSS¹³⁰¹.

Si bien debe considerarse una solución útil en tanto no se encuentre una mejor respuesta normativa, no parece serlo como solución definitiva, de ahí que se hayan planteado soluciones adicionales. En efecto, el recurso a estos acuerdos podría ser problemático desde dos puntos de vista: por un lado, se podría minar el valor de los textos reglamentarios a los que excepcionan¹³⁰²; y, por otro lado, como se ha indicado anteriormente, estos acuerdos son voluntarios para los Estados/instituciones implicados, con la limitación que ello supone para su efectividad. Para tratar de solventar estas dificultades, algunos autores han propuesto adaptar la regulación actual del artículo 16¹³⁰³. Las adaptaciones son, principalmente, dos: 1) reconocer expresamente la

sociale...”, *op. cit.* (460-463); y STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹³⁰⁰ Esta era la solución que se desprendía de la propuesta del Parlamento Europeo de incorporar un considerando (6 g) en el futuro Reglamento de reforma de las normas de coordinación para promover la búsqueda de soluciones entre los Estados miembros implicados (que no ha sido mantenido en el Acuerdo provisional de 2019): “Where, owing to a mismatch between social security systems, a group of persons working in a Member State other than their Member State of residence are, as a result of the provisions of Articles 45 to 48 TFEU, placed at a disadvantage in comparison with those who have not availed themselves of freedom of movement for workers, in so far as they are, for a certain period, given a significantly lower level of protection than citizens of the Member State of residence, and where the matter cannot be resolved under the coordination rules, the Member State of residence of those citizens and their families should, in agreement with the Member States concerned, find a way of remedying those disadvantages” (propuesta completa disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0386_EN.pdf, p. 17/144). Sobre la insuficiencia de esta solución planteada por el Parlamento Europeo y el empleo de términos ambiguos en la misma, *vid.* ESSERS, G. y PENNING, F., “Gaps in social security protection...”, *op. cit.* (176-177).

¹³⁰¹ JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, pp. 31-32/34.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 32/34.

¹³⁰³ ESSERS, G. y PENNING, F., “Gaps in social security protection...”, *op. cit.* (177-178). La propuesta de párrafo a incorporar en el artículo 16 del Reglamento 883/2004 es la siguiente: “If a worker or self-employed person makes an application to conclude an agreement as defined in the previous sentence, the competent body of the State of residence takes the initiative to conclude an agreement with the other Member State(s) that fits as well as *possible with the circumstances of the person concerned. This agreement has a duration, or is renewed, as long as there is a need for this. If one or more of the Member States involved have objections to the proposed agreement the competent body of the State of residence will inform the applicant of these in writing. The applicant can have these arguments tested by the

posibilidad de que los trabajadores por cuenta ajena o propia puedan solicitar la conclusión de estos acuerdos, por el tiempo que sea necesario (sin perjuicio de que se puedan someter a renovaciones); y 2) la posibilidad del interesado de recurrir, en caso de discrepancias entre los Estados miembros implicados, a la CACSS o un órgano designado por esta, quien podrá emitir una decisión vinculante para ambos países. Lo más problemático de esta adaptación del artículo 16 del Reglamento de base, a mi parecer, es dotar de carácter vinculante a una decisión adoptada por la CACSS (o el órgano designado por ella). De conformidad con lo indicado anteriormente, las decisiones de la CACSS se han caracterizado desde sus inicios por carecer de una verdadera eficacia vinculante, incluso en el espinoso tema de los PD A1. Parece poco probable que se rechace el carácter vinculante de decisiones, recomendaciones y dictámenes vinculados con la aplicación de las normas de coordinación y, sin embargo, se vaya a aceptar dotar de efecto vinculante a una decisión del mismo órgano por la que se pueda obligar a varios Estados miembros a celebrar acuerdos excepcionando lo dispuesto en los Reglamentos de coordinación.

Una segunda opción recientemente planteada ha sido introducir una condición de protección mínima a la aplicación de la *lex loci laboris*. Con esta condición, la competencia del Estado miembro de empleo en materia de Seguridad Social solo existiría cuando este Estado ofrezca una cobertura mínima a los trabajadores. De lo contrario, se aboga por la competencia del Estado miembro de residencia, que también suele ser el país competente respecto de la asistencia social de sus residentes. La pregunta siguiente sería, en consecuencia, qué contingencias estarían incluidas dentro de esa “cobertura mínima indispensable”. Una propuesta de ello, sobre la base de la ya citada Recomendación de 8 de noviembre de 2019, ha sido considerar dentro de esta cobertura mínima las contingencias de vejez, supervivencia, incapacidad laboral, asistencia sanitaria y cargas familiares, contemplándose el desempleo como un seguro voluntario. Este resultado se podría obtener introduciendo una conexión subsidiaria en la regla de conflicto en cuestión o, en su caso, clarificando la interpretación de la regla del artículo 11.3.a) mediante una decisión o recomendación de la CACSS¹³⁰⁴ (en este segundo caso, en cambio, no se trataría de un contenido jurídicamente vinculante).

La propuesta de incorporar una condición de protección mínima a la aplicación de la *lex loci laboris* solventaría estos problemas de escasa cobertura social y, probablemente, sea una opción sobre la que los Estados miembros podrían alcanzar el debido consenso más fácilmente. Sin embargo, en mi opinión, quizá ha llegado el momento de plantearse una solución más general, no solo para este tipo de supuestos

Administrative Commission or a body assigned by the Commission, which can give a decision binding both States”.

¹³⁰⁴ Sobre esta alternativa, STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, op. cit., pp. 39-41 y 65.

específicos (en los que la ley del Estado miembro de empleo ofrece escasa protección), sino también para otros casos propiciados por los cambios de los modelos migratorios y las nuevas realidades laborales.

Por último, una tercera solución podría consistir en relevar la competencia de la ley del Estado miembro de trabajo efectivo por la competencia del Estado miembro donde se encuentre “el centro de intereses profesionales del trabajador”, es decir, el país desde el cual y alrededor del cual el trabajador desarrolla su trayectoria profesional (lugar de localización de la relación de empleo en general, no de una relación de trabajo en particular)¹³⁰⁵. Este cambio de competencia legislativa iría en la senda del principio de proximidad, pues el trabajador mantendrá vínculos más estrechos con el país centro de su relación de empleo (especialmente, si se mantiene ahí la residencia), mientras que los vínculos temporales y de breve duración que pueda tener con el Estado de empleo efectivo serán muy débiles¹³⁰⁶. En este sentido, se ha argumentado que los vínculos estrechos con el lugar de trabajo efectivo, base de la elección de la regla general *lex loci laboris*, se construyen progresivamente y no existen, necesariamente, en el momento de entablar la relación laboral inicial, sobre todo si esta es de carácter menor¹³⁰⁷ como en los asuntos *Franzen y otros*.

La idea de trasladar el centro de gravedad de la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación del lugar de trabajo efectivo a un lugar relacionado con la relación general de empleo del trabajador en cuestión abre nuevas e interesantes posibilidades. Esta opción protegería al trabajador, no solo de supuestos de escasa cobertura social (asuntos *Franzen y otros*), sino también de cambios continuos de ley aplicable que fragmentarían su carrera de seguro (con el posible perjuicio derivado de ello), generando, además, complicaciones administrativas.

No cabe duda de que, de optar por esta alternativa, la tarea más complicada será definir el modo de determinar dónde se encuentra el centro de intereses profesionales del trabajador, y qué circunstancias tendrían que concurrir para que se produjera un cambio de ubicación del Estado miembro A al Estado miembro B. Para ello, un elemento a valorar podría ser el lugar de residencia del trabajador¹³⁰⁸, así como la localización y duración de las diferentes prestaciones laborales del interesado. Para poder realizar esta identificación del centro de intereses de manera correcta, sería necesario tomar en consideración un

¹³⁰⁵ Sobre esta propuesta para los casos de empleo precario, entre otros supuestos, LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (460-461).

¹³⁰⁶ Esta línea de razonamiento también se encuentra en JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 54/64.

¹³⁰⁷ LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (461).

¹³⁰⁸ *Ibid.* LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (460-461).

periodo que abarcara, probablemente, toda la duración de la relación de empleo¹³⁰⁹ o, en su defecto, un periodo más prolongado que el general de 12 meses civiles.

Si se decidiera positivizar esta opción, considero necesario incorporar una disposición para poder determinar la ley provisionalmente competente en tanto se resuelvan las posibles discrepancias que pudieran suscitarse entre las instituciones implicadas. Para ello, podría tomarse como ejemplo el artículo 6 del Reglamento 987/2009, aunque sería más recomendable dar preferencia a la ley del Estado miembro de residencia en estos casos, pues, probablemente, será la competente a título definitivo en muchas ocasiones, evitando, de este modo, complejas regularizaciones posteriores.

VII.3. El teletrabajo como reto inminente de los Reglamentos de coordinación: introducción general a este fenómeno

367. La expansión del teletrabajo. El fenómeno de trabajo atípico que requiere mayor atención en la actualidad es, sin duda, el teletrabajo. Si bien el teletrabajo no es una forma de prestación de servicios laborales novedosa, pues lleva entre nosotros más de cincuenta años, su importancia ha sido creciente, sobre todo a partir de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19. Esta situación de emergencia sanitaria ha potenciado enormemente el recurso al teletrabajo¹³¹⁰, reavivando problemas clásicos que habían quedado adormecidos en los últimos decenios.

A diferencia de otras nuevas formas de trabajo, en la gran mayoría de Estados miembros, los teletrabajadores están sujetos a la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena¹³¹¹. Sin embargo, esto no resuelve todos los problemas de protección social, especialmente desde el prisma internacional. De hecho, expertos en la materia no han dudado en calificar esta forma de empleo como un “verdadero rompecabezas” a la hora de aplicar las normas de coordinación¹³¹². La situación es todavía más apremiante si

¹³⁰⁹ En línea con lo expuesto en JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 54/64.

¹³¹⁰ En España, durante el confinamiento producido en primavera-verano de 2020, el 58'50 % de las empresas que se mantuvieron activas lo hicieron recurriendo al teletrabajo. Finalizada esta etapa, el 40'80 % de las empresas aseguraron que continuarían facilitando el teletrabajo a sus trabajadores, el 42'10 % que lo hará en atención a las necesidades empresariales y el restante 17'40 % que lo facilitará siempre que el trabajador así lo quiera. Por su parte, el 83 % de los profesionales manifestaron su preferencia por esta forma de trabajar, siendo la media de teletrabajo deseada el 72'50 % de la jornada laboral. Datos facilitados por INFOEMPLO y THE ADECCO GROUP, *XXIII Informe Infoempleo Adecco: Oferta y Demanda de Empleo en España (2019)*, 2020, pp. 49-52, disponible en http://www.inscripcionesadecco.com/Adecco/Informe_Infoempleo_Adecco_2020.pdf

¹³¹¹ Aunque con particularidades en cuanto a los accidentes de trabajo. STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 25. Entre los Estados (UE y EFTA) en los que los teletrabajadores cuentan con esta protección social se citan los siguientes: Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suiza.

¹³¹² JORENS, Y. y VAN OVERMEIREN, F., “General principles...”, *op. cit.* (74, nota al pie 85).

atendemos al respaldo que la Unión Europea ha dado al teletrabajo, que, sin embargo, se podría ver obstaculizado por la inadecuación de las actuales normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación¹³¹³.

368. La necesaria contextualización de esta forma de empleo. Para comprender la envergadura del reto al que se enfrentan las normas de conflicto actuales, es necesario, en primer lugar, definir el concepto de teletrabajo, así como sus diferentes modalidades y su regulación vigente (tanto en el plano supranacional, como internacional y nacional).

VII.3.1. Los orígenes y evolución del teletrabajo

369. Los orígenes del teletrabajo. El teletrabajo, denominado inicialmente *telecommuting*¹³¹⁴, surgió en Estados Unidos como consecuencia de la primera gran crisis del petróleo que tuvo lugar en la década de los setenta. El teletrabajo fue visto como una nueva forma de prestación de servicios vinculados con el procesamiento de información, susceptible de reducir el consumo de este combustible fósil, haciendo uso de las nuevas tecnologías que empezaban a despuntar y la extensión del uso del ordenador personal¹³¹⁵. El estudio de este fenómeno, en cambio, no se generalizó hasta la década siguiente, momento en el que el teletrabajo ya era considerado un verdadero “fenómeno social”¹³¹⁶.

370. La evolución del teletrabajo. Cincuenta años después, la importancia relativa del teletrabajo no era tanta como se auguraba en el momento de su nacimiento. Sin embargo, debido al avance de las NTIC en los últimos años, el teletrabajo ha vuelto a generar expectación. La evolución de las NTIC ha permitido la creación de entornos virtuales que antes eran impensables y que permiten la prestación de un elenco amplísimo de servicios en remoto, servicios no circunscritos exclusivamente al procesamiento de información para el que fue concebido el teletrabajo. Buena muestra de ello es la creación de la inteligencia artificial o la realidad virtual, así como la irrupción de la robotización, el “Internet de las cosas” o el *blockchain*. Además, con las redes de alta velocidad, los sistemas inalámbricos actuales y la reducción del coste económico de acceso a Internet y herramientas tecnológicas (en contraposición al encarecimiento del transporte, especialmente, el precio del combustible), las posibilidades de teletrabajo, no solo están

¹³¹³ LHERNOULD, J.-P., “Les limites de la coordination des régimes de sécurité sociale”, *Liaisons Sociales Europe (LSE)*, núm. 207, de 4 de septiembre de 2008, versión electrónica (p. 3/7).

¹³¹⁴ Término acuñado por el físico Jack Nilles, en 1973. Por todos, DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la Sociedad de la Información*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 21.

¹³¹⁵ CARRASCO PÉREZ, R. y SALINAS LEANDRO, J. M., *Teletrabajo*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, España, 1994, pp. 13 y 27.

¹³¹⁶ CARRASCO PÉREZ, R., y SALINAS LEANDRO, J. M., *Teletrabajo*, *op. cit.*, pp. 13-14; y DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

presentes en más sectores, sino que también se presentan como más viables y accesibles¹³¹⁷. Si a todo ello se adiciona la voluntad empresarial de favorecer la conciliación de la vida laboral, personal y familiar (reivindicación tradicional de los trabajadores por cuenta ajena), se obtiene el impulso perfecto para el uso de las NTIC, especialmente, en el ámbito laboral¹³¹⁸.

El último cambio producido en la era digital¹³¹⁹ ha venido propiciado por la aparición de las plataformas digitales¹³²⁰, expresión última de la descentralización productiva¹³²¹. Estas plataformas han supuesto un ingrediente más en el ya de por sí complejo análisis de la figura del teletrabajo¹³²². El trabajo en plataformas digitales ha supuesto, además de un cambio en la forma en la que las empresas se organizan y coordinan, un cambio en el modo en el que los trabajadores prestan sus servicios y se relacionan con la empresa cliente final¹³²³. No cabe duda de que la aparición de estas

¹³¹⁷ *El libro blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, junio 2012, p. 28, disponible en <https://docplayer.es/13404-Del-trabajo-a-domicilio-a-los-e-workers-un-recorrido-por-la-flexibilidad-espacial-la-movilidad-y-el-trabajo-en-remoto.html>; y SIERRA BENÍTEZ, E. M., “Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas”, en ROALES PANIAGUA, E. (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social* (II), Laborum, 1ª Edición, España, 2014, pp. 25-42 (27).

¹³¹⁸ *El libro blanco del teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 28.

¹³¹⁹ La era digital puede definirse como un momento histórico caracterizado por el uso generalizado de las tecnologías digitales en diferentes aspectos de la vida, incluida la economía, la política y la mayoría de formas de interacción humana. Todo ello implica una profunda transformación social, económica y política. *Vid.* EUROFOUND, *Digital age. Automation, digitisation and platforms: implications for work and employment*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, p. 1, disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/automation-digitisation-and-platforms-implications-for-work-and-employment>

¹³²⁰ En este sentido, “*las plataformas digitales, desde un punto de vista estrictamente tecnológico, son sistemas electrónicos de información alojada en un servidor y a la que puede accederse desde dispositivos computerizados de diversa índole, como ordenadores, tablets o smartphones, entre otros. Desde una perspectiva económica, las plataformas son agentes económicos que pueden adoptar diversos roles: intermediación entre demanda y oferta de productos y servicios, puesta a disposición de productos o servicios propios o de otros agentes asociados, organización de la producción de prestaciones para su puesta en el mercado, etc.*”, definición contenida en el informe TODOLÍ SIGNES, A., SÁNCHEZ OCAÑA, J. M., y KRUIHOF AUSINA, A., *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*, Labora y Càtedra de Economía Colaborativa de la UV, 2019, p. 8, disponible en <http://www.labora.gva.es/documents/166000883/166282936/Informe+trabajo+en+plataformas+digitales+2019.pdf/1dcbb6c3-dfa8-44cb-a732-202170d2b09c>.

¹³²¹ TODOLÍ SIGNES, A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, Lan Harremanak, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 41, junio de 2019, versión electrónica, p. 3/21.

¹³²² 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*, núm. 132, 2017, pp. 17-48 (43).

¹³²³ TODOLÍ SIGNES, A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador...”, *op. cit.*, p. 3/21. Un breve análisis de la problemática de Seguridad Social de este colectivo, VUKOREPA, I., “Cross-border platform work...”, *op. cit.*

plataformas ha posibilitado, aún más, el recurso al teletrabajo, no solo dentro de las fronteras nacionales, sino también (y puede que especialmente) fuera de ellas.

VII.3.2. Los elementos configuradores del teletrabajo

371. La falta de una definición unánime de teletrabajo. El término “teletrabajo” ha sido utilizado por multitud de disciplinas, tanto jurídicas como económicas y sociológicas, lo que ha hecho que existan multitud de definiciones, con diferentes extensiones, pero sin que se haya alcanzado un consenso global en casi medio siglo¹³²⁴.

La definición más utilizada en la doctrina *iustlaboralista* es aquella que define el teletrabajo como una forma de organización y/o ejecución del trabajo que supone la prestación habitual de servicios a distancia (fuera de los locales empresariales) mediante el uso intensivo de las NTIC¹³²⁵. En esta línea se pronuncia el AMET, al definir 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*” (art. 2).

372. Los cuatro elementos configuradores del teletrabajo. En esta definición confluyen los tres elementos que la doctrina ha denominado “configuradores” o “caracterizadores” del teletrabajo: el elemento espacial, el cualitativo y el cuantitativo¹³²⁶. No obstante, considero que debería añadirse un cuarto elemento, que podría denominarse “personal”, como punto de partida¹³²⁷. Para poder estar ante un supuesto de teletrabajo en sentido propio, deben concurrir estos cuatro elementos de manera acumulativa¹³²⁸.

373. El elemento personal. En primer lugar, el elemento personal hace referencia a la exigencia de que la prestación de servicios sea desarrollada por una persona física.

¹³²⁴ GALLARDO MOYA, R., *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*, IBIDEM Ediciones, 1ª Edición, Madrid, 1998, p. 55. Sobre los orígenes del teletrabajo y la variedad de definiciones, véase, ampliamente, SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, marzo 2011, pp. 29-34.

¹³²⁵ En este sentido, por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en VV. AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del 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, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 761-871 (770); THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2001, p. 32; GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2001, pp. 1189-1214 (1191).

¹³²⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (764 y ss.).

¹³²⁷ Elemento que Escudero Rodríguez menciona como premisa de la construcción de la figura del teletrabajo. Sobre este particular, *vid.* MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Capítulo I. Una aproximación al concepto...”, *op. cit.* (17-21).

¹³²⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (765).

De este modo, todas aquellas prestaciones de servicios realizadas por empresas o personas jurídicas quedan fuera del concepto de teletrabajo, independientemente de que estas prestaciones cumplan con el resto de elementos configuradores¹³²⁹.

A su vez, atendiendo a este elemento personal, podemos encontrar dos definiciones de teletrabajo, una amplia y otra limitada. La primera de ellas, de carácter amplio, considera incluidas dentro de la noción de teletrabajo relaciones laborales regidas por las notas diferenciadoras de dependencia y ajenidad, pero también relaciones civiles o mercantiles realizadas en régimen de independencia y autonomía¹³³⁰. En cambio, la segunda posición doctrinal limita la noción de teletrabajo, exclusivamente, a las primeras de ellas, esto es, a las relaciones que puedan ser calificadas como laborales¹³³¹.

La frontera entre unas relaciones y otras está muy difuminada, pues las notas de laboralidad clásicas presentan particularidades importantes en el ámbito del teletrabajo¹³³² (dado que este no supone trabajar haciendo uso de las NTIC, sino que implica un verdadero modo diferente de trabajar a través del recurso a estas tecnologías¹³³³), especialmente cuando se desarrolla por medio de plataformas digitales, lo que hace muy complicada la tarea de calificación de la relación¹³³⁴. En el presente

¹³²⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (765). En estos casos, las prestaciones de servicios en cuestión podrían entrar dentro del concepto amplio de *eWork*. Este término comprende toda clase de actividad prestada fuera de los locales empresariales cuya coordinación se realice a través de las NTIC, tanto si estos servicios se prestan por trabajadores por cuenta ajena, como por personal subcontratado. Sobre este concepto, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, W., “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 13, 2005, pp. 107-130 (110).

¹³³⁰ En este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (770).

¹³³¹ Defendiendo esta segunda tesis, PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

¹³³² PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 39 y ss. Estos autores señalan la relevancia de una serie de indicios particulares para determinar la laboralidad de estas prestaciones de teletrabajo como, por ejemplo, la “dependencia tecnológica” del teletrabajador, esto es, si la empresa es la dueña del *know-how*, en cuyo caso el teletrabajador necesitaría utilizar los programas y bases de datos de la empresa para prestar sus servicios.

¹³³³ THIBAUT ARANDA, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, 1998, pp. 93-108 (94).

¹³³⁴ La compleja calificación de estas relaciones ya ha llegado al TJUE a través de una petición de decisión prejudicial procedente de Reino Unido y respondida mediante Auto de 22 de abril de 2020 (C-692/19, asunto *Yodel Delivery Network*), aunque con una respuesta, por ahora, poco contundente. Para un análisis en profundidad de la tarea de calificación del teletrabajo, *vid.* TODOLÍ SIGNES, A., “Capítulo IV. La frontera entre el teletrabajo autónomo y subordinado”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, *op. cit.*, pp. 75-90. Sobre la problemática de la prestación de servicios en la era digital en general, *vid.*, por orden cronológico, TODOLÍ SIGNES, A., *El Trabajo en la era de la Economía Colaborativa. La clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2017; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*, Bomarzo, 1ª Edición, España, 2017; y TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi, 1ª Edición, España, 2018.

Capítulo se va a hacer uso del concepto estricto de teletrabajo, centrando el estudio en las relaciones de teletrabajo laborales, tal y como hace también el AMET.

374. El elemento espacial. En segundo lugar, el elemento espacial exige que la prestación laboral se realice fuera de los locales empresariales en los que se presta el trabajo habitualmente, sin que, además, el empresario u otra persona que le represente esté presente físicamente¹³³⁵. En estos casos, el concepto tradicional de “centro de trabajo” en el ámbito laboral cede frente a la noción “lugar de trabajo”, entendiéndose este como el lugar donde el teletrabajador presta sus servicios¹³³⁶.

375. El elemento cualitativo o tecnológico. En tercer lugar, el elemento cualitativo (o elemento tecnológico¹³³⁷) guarda relación con los instrumentos de trabajo empleados para realizar la prestación laboral desde el concreto lugar de trabajo donde se encuentre el teletrabajador. Concretamente, el teletrabajo exige que la prestación de servicios se realice, necesariamente, a través de medios tecnológicamente avanzados (informática y/o telecomunicaciones). Por tanto, el teletrabajo no ha sido considerado, *per se*, una nueva modalidad contractual (aunque pueda llegar a serlo o, incluso, formar parte de una relación laboral especial¹³³⁸). De ahí que la contratación de los teletrabajadores pueda realizarse por cualquiera de las modalidades actualmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico (siempre que, obviamente, concurren los requisitos necesarios para ello)¹³³⁹, y dentro de cada una de estas modalidades, a tiempo completo o a tiempo parcial¹³⁴⁰.

376. El elemento cuantitativo. En cuarto y último lugar, el elemento cuantitativo hace referencia al requisito de la “habitualidad” en la prestación de los servicios a distancia haciendo un uso “intensivo” de las NTIC¹³⁴¹. Las dos preguntas que se suscitan en este momento son, pues, qué debe entenderse por “habitual” (o “regular” para el AMET) y por “uso intensivo” a estos efectos (aunque el AMET no incorpora tal exigencia

¹³³⁵ DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo...*, *op. cit.*, p. 31.

¹³³⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (768).

¹³³⁷ PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 17.

¹³³⁸ Sobre este debate, por todos, THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, pp. 278-287; y SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, pp. 63-67.

¹³³⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (818).

¹³⁴⁰ PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 45. Esta conclusión se ha visto confirmada por el artículo 3 del *Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia* (en adelante, “RD-L 28/2020”), interpretado a *contrario sensu*. Sobre esta interpretación, *vid.* SALA FRANCO, T., “Capítulo IX. El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, *op. cit.*, pp. 167-206 (183-184).

¹³⁴¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (770).

al hacer referencia a la “utilización”, en general, de las NTIC, es un requisito exigido habitualmente por la doctrina¹³⁴²). Sin embargo, tradicionalmente, ninguno de estos dos extremos se ha definido, ni siquiera mínimamente (no se han definido umbrales mínimos), aunque sí se ha negado generalizadamente que sea necesario que esta prestación de servicios se realice siempre fuera de los locales empresariales, y haciendo uso de las NTIC en todo momento. Esta indeterminación tiene un efecto positivo, al permitir una gran flexibilidad del término, pero también un efecto negativo, al dotar de gran incertidumbre la delimitación de este elemento configurador y, por ende, del propio concepto de teletrabajo¹³⁴³.

La doctrina ha mantenido diferentes posicionamientos respecto del *quantum* que debería concurrir para poder hablar, propiamente, de teletrabajo. Por un lado, el posicionamiento menos estricto ha considerado necesario que, al menos, el 20 por ciento de la jornada laboral se realice a distancia y haciendo uso habitual o continuo de las NTIC (lo que no equivale, necesariamente, a hacer un uso exclusivo y exhaustivo de las mismas)¹³⁴⁴. Por otro lado, otro sector doctrinal más exigente ha elevado este porcentaje a más del 50 por ciento de la jornada laboral para entender que concurre verdaderamente este requisito¹³⁴⁵. Pese a la diferencia de criterio en este punto, la doctrina coincide en dejar en manos de la negociación colectiva la concreción de los umbrales mínimos necesarios para la caracterización del teletrabajo¹³⁴⁶. Se ha considerado que, de este modo, se permitiría una mayor adaptación a las características particulares de cada supuesto¹³⁴⁷, paliando, en cierta manera, la ausencia de una regulación específica¹³⁴⁸.

¹³⁴² Un resumen de las diversas definiciones ofrecidas por la doctrina puede ser consultado en DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo...*, *op. cit.*, pp. 23-34.

¹³⁴³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (770-771).

¹³⁴⁴ En este sentido, por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (774-775); y SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 38. Este porcentaje del 20 por ciento de actividad no presencial fue defendido también por el Grupo Parlamentario Mixto en la enmienda presentada con ocasión de la reforma laboral de 2012. Más ampliamente, *vid.* SIERRA BENÍTEZ, E. M., “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y Derecho*, número 29, 1 de mayo de 2017, versión electrónica, pp. 4-5/20.

¹³⁴⁵ En este otro sentido, por todos, MELLA MÉNDEZ, L., “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, *Aranzadi Social*, volumen V, 1998 (BIB 1998/639), versión electrónica, p. 5-6/33; y SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 38-39 (si bien este autor duda de la idoneidad de recurrir a porcentajes para determinar la habitualidad).

¹³⁴⁶ En esta línea, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (774-775); y SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, pp. 37 y 40.

¹³⁴⁷ GALLARDO MOYA, R., *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio...*, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹³⁴⁸ En este sentido, SANGUINETI RAYMOND, W., “Teletrabajo”, en ANTONIO BAYLOS GRAU, A., FLORENCIO THOMÉ, C., y GARCÍA SCHWARZ, R. (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2014, pp. 2005-2010 (2009).

Contrariamente a estas posturas centradas en el *quantum*, otra parte de la doctrina ha hecho mayor hincapié en el modo de organización de la actividad. Así, desde este otro punto de vista, se ha considerado que existe teletrabajo cuando la actividad se organiza de tal modo que justifica este calificativo, lo que supone conceptualizar el teletrabajo de un modo más amplio¹³⁴⁹.

En el ordenamiento jurídico español, la reciente aprobación del RD-L 28/2020 ha arrojado algo de claridad sobre la determinación del *quantum*, pero solo respecto del porcentaje de la jornada que debería prestarse en la modalidad de teletrabajo (al menos, el 30 % de la jornada, en un periodo de referencia de tres meses), no así respecto a la determinación del uso intensivo o prevalente de las NTIC¹³⁵⁰. No obstante, no puede perderse de vista que nos encontramos ante una mera definición a escala nacional.

377. Síntesis. Lo expuesto hasta el momento respecto de los elementos caracterizadores del teletrabajo puede sintetizarse en tres preguntas básicas (si bien, no exentas de problemas dada la falta de definición de alguno de los parámetros básicos): quién realiza la prestación de servicios, dónde la presta y cómo la desarrolla. Así, para hablar de teletrabajo en el sentido señalado en este epígrafe, las respuestas a esta triple interrogación deberían ser las siguientes¹³⁵¹:

- **Quién:** la prestación de los servicios debe realizarse por una persona física y en régimen de dependencia y ajenidad.
- **Dónde:** dicha prestación laboral debe realizarse habitualmente fuera de los lugares empresariales en los que se prestan los servicios de manera usual, sin presencia del empleador o asimilado.
- **Cómo:** la prestación laboral debe desarrollarse haciendo un uso intensivo de las NTIC de manera habitual.

VII.3.3. Las modalidades de teletrabajo

378. La necesidad de clasificar los supuestos de teletrabajo. De conformidad con lo expuesto en el apartado anterior, la noción de teletrabajo es difícil de perfilar dada la variada casuística presente en la realidad¹³⁵². Ello hace recomendable adoptar criterios de clasificación para poder distinguir grandes clases de teletrabajo o, dicho de otro modo,

¹³⁴⁹ THIBAUT ARANDA, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *op. cit.* (94-95).

¹³⁵⁰ Sobre el RD-L 28/2020, *vid. infra*, número 407.

¹³⁵¹ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Capítulo I. Una aproximación al concepto...”, *op. cit.* (21).

¹³⁵² PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 21.

diferentes modalidades de teletrabajo. Esta distinción, útil, sin duda, a efectos teóricos, también puede tener relevancia jurídica¹³⁵³.

Las principales modalidades “típicas” de teletrabajo pivotan sobre dos de los elementos configuradores señalados anteriormente: el elemento espacial y el tecnológico. No obstante, al igual que un sector doctrinal, considero relevante a efectos de este estudio hacer mención también a otras clasificaciones del teletrabajo, concretamente, en función del territorio donde se ejerce, y en función del elemento cuantitativo.

379. Consideración previa. Es importante señalar, antes de comenzar con el análisis de las diferentes modalidades de teletrabajo, que los supuestos de teletrabajo presentes en la realidad pueden catalogarse haciendo uso conjunto de todas las clasificaciones que se van a exponer a continuación, sin que las mismas sean excluyentes entre sí, al basarse en elementos diferentes (territorio de ejecución, elemento espacial, elemento tecnológico y elemento cuantitativo).

VII.3.3.A. Las modalidades de teletrabajo en función del territorio de ejecución

380. El teletrabajo nacional. La primera clasificación del teletrabajo que debe abordarse es aquella que tiene como eje el territorio en el que se ejecutan los teleservicios¹³⁵⁴. De este modo, podemos encontrarnos ante un supuesto de teletrabajo en el que todos los elementos presentes estén vinculados con un mismo país. En ese caso, estaremos ante un supuesto de teletrabajo nacional o interno.

381. El teletrabajo transnacional. Sin embargo, con la globalización, la creación de un mercado único europeo y el avance continuo de las NTIC, se ha facilitado la comunicación (incluso en tiempo real) desde casi cualquier parte del globo, lo que ha contribuido a desdibujar las rígidas fronteras geográficas de los mercados de trabajo tradicionales. Las nuevas fronteras las marca, básicamente, la falta de medios materiales y/o humanos necesarios para la puesta en práctica de la actividad¹³⁵⁵. Todo ello unido ha supuesto un impulso para las relaciones laborales internacionales en general¹³⁵⁶, y para

¹³⁵³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (777) y PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 24.

¹³⁵⁴ Por todos, SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, Tomo II, diciembre 2001, pp. 1237-1277 (1242).

¹³⁵⁵ SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Informe realizado para el Proyecto Europeo sobre Teletrabajo, desarrollado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España bajo la dirección de D. Ángel Luis Sánchez Iglesias, Salamanca, junio 2002, versión electrónica, pp. 13-14, disponible en <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf>

¹³⁵⁶ HIERRO HIERRO, F., “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias*

una modalidad de teletrabajo en particular¹³⁵⁷, caracterizada por la presencia de, al menos, un elemento de extranjería: el teletrabajo transnacional¹³⁵⁸ o transfronterizo¹³⁵⁹.

382. La problemática del teletrabajo transnacional. Los motivos que pueden llevar a las empresas a recurrir a esta clase de teletrabajo son muchos y variados¹³⁶⁰. Sin embargo, el principal motivo por el que las empresas deciden hacer uso de esta modalidad específica de teletrabajo es la posible obtención de ventajas competitivas¹³⁶¹. La doctrina ha denominado a este tipo específico de teletrabajo transnacional como “teletrabajo *offshore*”¹³⁶².

La obtención de estas ventajas económicas se posibilita por el régimen aplicable a las relaciones laborales internacionales que, por el momento, no contiene previsiones específicas en materia de teletrabajo. Especial relevancia tiene en este punto la determinación del *ius*, tanto respecto al contrato de trabajo como a la relación de Seguridad Social. En los planos supranacional e internacional, las normas que tratan de ofrecer soluciones a estas dos cuestiones se basan en un criterio general de marcado carácter geográfico: *la lex loci laboris*. Este sistema permite que, en muchos casos de teletrabajo transnacional¹³⁶³, el empleador pueda escoger libremente el lugar de prestación de servicios y, con ello, elegir las condiciones de trabajo y de Seguridad Social

Sociales, Universidad de Barcelona, Vol. VI, núm. 119 (73), 2002, versión electrónica, p. 6/13, disponible en <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119-73.htm>

¹³⁵⁷ Hecho puesto de manifiesto por muchos autores, por todos, ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, en VV. AA., *Descentralización productiva y nuevas formas...*, *op. cit.*, pp. 1135-1150 (1143).

¹³⁵⁸ SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, en VV. AA., *Descentralización productiva y nuevas formas...*, *op. cit.*, pp. 1121-1134 (1127).

¹³⁵⁹ THIBAUT ARANDA, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *op. cit.* (106) y ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, *op. cit.* No obstante, este término es más apropiado para referirse a los casos en los que existe una frontera común entre los países implicados. En este sentido, DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo...*, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁶⁰ Entre estos motivos, pueden destacarse los siguientes: búsqueda de un perfil de trabajador específico, difícil de encontrar dentro de las fronteras nacionales y poco predispuesto a la movilidad; acceder a otros mercados sin tener que invertir cantidades de dinero elevadas en nuevos locales o desplazamiento de trabajadores; aprovechar los diferentes husos horarios en otros países para ofrecer sus servicios durante un horario más prolongado; ampliar la demanda de trabajadores que pueden ser contratados por la empresa. ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, *op. cit.* (1141) y PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 108.

¹³⁶¹ En esta línea, THIBAUT ARANDA, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *op. cit.* (107); y SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización...*, *op. cit.*, p. 29 y doctrina ahí citada.

¹³⁶² DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo...*, *op. cit.*, p. 30, haciendo referencia a supuestos en los que existe una gran distancia física entre los Estados implicados.

¹³⁶³ Evidentemente, este riesgo no se materializará en todos los casos, pero sí es altamente probable que ocurra en las prestaciones de servicios en las que la mano de obra sea fácilmente intercambiable, lo que ocurrirá, sobre todo, en las prestaciones de servicios con poco valor añadido.

que quiere que le resulten de aplicación a esa relación laboral. En otras palabras, a través de una instrumentalización de la *lex loci laboris*¹³⁶⁴, se permite una “importación virtual” del trabajo a coste del país más competitivo económicamente¹³⁶⁵, “sustrayendo” al teletrabajador de la protección ofrecida por las normas del Estado donde se aprovecha su prestación laboral¹³⁶⁶. Ello ha llevado a parte de la doctrina a calificar estas situaciones, posibilitadas por las NTIC, como supuesto de “teledesplazamiento” de trabajadores¹³⁶⁷ o “inmigraciones enmascaradas”, evitando los problemas jurídicos y sociales ligados a la inmigración¹³⁶⁸. En definitiva, nos encontramos ante otra forma de *dumping* social¹³⁶⁹.

383. El teletrabajo y los Reglamentos de coordinación. Obviamente, desde la óptica de los Reglamentos de coordinación, el teletrabajo que interesa es, exclusivamente, el transnacional en la medida en la que debe concurrir el requisito de transnacionalidad para poder aplicar los mismos¹³⁷⁰. Por ello, el estudio que se va a llevar a cabo en este Capítulo estará centrado en esta modalidad de teletrabajo.

VII.3.3.B. Las modalidades de teletrabajo en función del elemento espacial

384. Una segunda clasificación parte del elemento espacial antes expuesto, catalogando los supuestos de teletrabajo en función del lugar donde se lleva a cabo el trabajo. Siguiendo este criterio, pueden distinguirse tres grandes modalidades de teletrabajo “puras”: el teletrabajo a domicilio, el teletrabajo en telecentros y el teletrabajo itinerante o nómada.

385. El teletrabajo a domicilio. La primera modalidad en función del elemento espacial es el teletrabajo a domicilio que, como su propio nombre indica, supone que el teletrabajador presta sus servicios desde su propio hogar. La peculiaridad más relevante

¹³⁶⁴ SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización...*, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁶⁵ *Ibíd.*, pp. 22-23.

¹³⁶⁶ LO FARO, A. “Politiche comunitarie e Diritto internazionale”, en GAETA, L. y PASCUCI, P. (Dirs.), *Telelavoro e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 213-235 (215).

¹³⁶⁷ El término “teledesplazamiento” fue utilizado por primera vez por Jack Nilles en la década de los setenta, conceptuando el teletrabajo como un modo de sustitución de los desplazamientos laborales; en estos casos, el trabajo es el que se desplaza a los trabajadores. *Vid.* DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo...*, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁶⁸ SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, *op. cit.*, p. 1239.

¹³⁶⁹ Por todos, LO FARO, A. “Politiche comunitarie e Diritto internazionale”, *op. cit.* (215), ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, *op. cit.* (1146-1147); y PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 109. Estos problemas también fueron puestos de manifiesto en FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO, “Informe sobre las Implicaciones sociales del Teletrabajo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 11, 1998, pp. 177-190 (183 y 184).

¹³⁷⁰ Sobre este requisito, véase el apartado II.2.1.A.

que presenta esta modalidad de teletrabajo proviene de la configuración constitucional del domicilio, envuelto en una garantía de inviolabilidad, que limita los poderes empresariales e, incluso, de la Inspección de Trabajo¹³⁷¹. Esta es la modalidad de teletrabajo más longeva y la que más éxito tuvo en sus orígenes¹³⁷², siendo también el supuesto más común en la actualidad¹³⁷³.

386. El teletrabajo en telecentros. Una segunda modalidad de teletrabajo en atención a este criterio es el que tiene como lugar de ejercicio un telecentro. El telecentro es un centro independiente de la sede empresarial¹³⁷⁴ dispuesto por la empresa, de forma *ad hoc*, para el desempeño del teletrabajo¹³⁷⁵. Suelen situarse en zonas periféricas o rurales, cercanas a los focos de residencia de los teletrabajadores que prestan ahí sus servicios y, por tanto, más cercanos a estos que los centros de trabajo habituales de la empresa, contribuyendo así al ahorro de costes empresariales (por el precio menor de los locales en estas zonas respecto del centro de las ciudades) y de tiempo de desplazamiento de los trabajadores¹³⁷⁶.

Estos centros, utilizados mayoritariamente por PYMES, están equipados con recursos compartidos e instalaciones informáticas y de telecomunicaciones imprescindibles para poder llevar a cabo actividades de teletrabajo¹³⁷⁷. En ocasiones, incluso, pueden prestar servicios añadidos o paralelos como formación, guardería y/o servicios de ocio¹³⁷⁸. De este modo, los telecentros pueden estar a disposición de un amplio abanico de usuarios, desde trabajadores de diferentes empresas, hasta trabajadores autónomos¹³⁷⁹. La propiedad de los telecentros pueden ostentarla empresas o asociaciones de empresas (para compartir costes), empresas de telecomunicaciones o de informática (para fomentar el consumo de sus equipos y/o servicios), y, en algunos casos, incluso administraciones públicas (para promover el trabajo en su territorio)¹³⁸⁰.

¹³⁷¹ Por todos, GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *op. cit.* (1202); SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 67 y ss.

¹³⁷² PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁷³ SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁷⁴ SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, *op. cit.* (1242).

¹³⁷⁵ PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁷⁶ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, p. 35.

¹³⁷⁷ GRAY, M., HODSON, N. y GORDON, G., *El teletrabajo*, BT Telecomunicaciones, ECTF y Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1995, p. 75.

¹³⁷⁸ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, p. 35; GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *op. cit.* (1194).

¹³⁷⁹ MELLA MÉNDEZ, L., “Sobre una nueva manera de trabajar...”, *op. cit.*, p. 8/33; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (768).

¹³⁸⁰ HORMIGOS RUÍZ, J., “Nuevas formas de trabajo en la sociedad del conocimiento: el teletrabajo”, *Barataria: Revista castellano-manchega de Ciencias Sociales*, núm. 5, 2002, pp. 213-226 (221-222).

Una mención adicional requiere el teletrabajo en centros satélites. Estos centros son oficinas de la empresa alejadas de la sede empresarial, pero en comunicación con esta, desde donde se desarrolla una parte diferenciada de la actividad (normalmente, con el objetivo de acercarse a los clientes potenciales o empleados¹³⁸¹). Si bien algunos autores consideran este teletrabajo como una modalidad independiente del teletrabajo en telecentros, considero más oportuno la posición doctrinal contraria que solo lo conceptúa como una modalidad específica de este¹³⁸².

387. El teletrabajo itinerante o nómada. Por último, cabe la posibilidad de que los teletrabajadores no tengan un lugar de trabajo habitual, sino que presten sus servicios en lugares diferentes, produciéndose cambios continuos. Así, estos trabajadores prestan sus servicios donde pueden o donde surge la necesidad de hacerlo¹³⁸³. Los lugares de prestación de servicios de estos teletrabajadores son muy variados, pudiendo ser las oficinas de los clientes, su propio vehículo, hoteles, etc.¹³⁸⁴

388. La posible combinación de las distintas modalidades. Todas estas modalidades de teletrabajo pueden presentarse en su forma pura, es decir, desarrollando la totalidad del teletrabajo en una sola modalidad. Igualmente, también pueden presentarse de forma mixta, que tendrá lugar cuando se combinen varias de estas modalidades en el mismo supuesto de teletrabajo¹³⁸⁵. De este modo, se trata de modalidades compatibles entre sí, no excluyentes.

VII.3.3.C. Las modalidades de teletrabajo en función del elemento tecnológico

389. Una tercera clasificación del teletrabajo toma como punto de referencia el elemento cualitativo o tecnológico. Siguiendo este criterio, se distinguen dos grandes modalidades de teletrabajo en función de la conexión informática que conecta al teletrabajador con la empresa para la que presta sus servicios, y a través de la cual se transmiten informaciones vinculadas con esta prestación: el teletrabajo *off-line* o desconectado y el teletrabajo *on-line* o conectado¹³⁸⁶.

390. El teletrabajo *off-line* o desconectado. En el primer tipo de teletrabajo, el teletrabajador presta sus servicios sin que exista una conexión directa con el sistema

¹³⁸¹ GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *op. cit.* (1195).

¹³⁸² En esta línea, THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁸³ HORMIGOS RUÍZ, J., “Nuevas formas de trabajo...”, *op. cit.*, p. 222.

¹³⁸⁴ MELLA MÉNDEZ, L., “Sobre una nueva manera de trabajar...”, *op. cit.*, p. 10/33; y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (781).

¹³⁸⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (783).

¹³⁸⁶ PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 24.

informático de la empresa (al que se denomina, comúnmente, “terminal”). En estos casos, el teletrabajador recibe las instrucciones necesarias para desarrollar su trabajo y, una vez lo ha finalizado, remite el resultado a la empresa¹³⁸⁷.

La forma concreta en la que debe producirse el envío del resultado final en los casos de teletrabajo ha originado un debate doctrinal. Por un lado, existen defensores de la necesidad de que se haga uso de las telecomunicaciones también para el envío de este resultado pues, de lo contrario, estaríamos ante un trabajo a domicilio tradicional, aunque se utilicen vías telemáticas para realizar otras tareas¹³⁸⁸. Por otro lado, un sector doctrinal más flexible¹³⁸⁹ ha considerado necesario, únicamente, el recurso a las técnicas informáticas, pero no a las telecomunicaciones en el teletrabajo, pues estas solo constituyen una condición suficiente, pero no necesaria (no obstante, esta posición fue mantenida en un momento inicial, cuando existían importantes barreras técnicas y económicas para la extensión de las telecomunicaciones¹³⁹⁰). Esta posición defiende la existencia de teletrabajo, tanto si el envío del resultado se produce mediante transporte convencional o mensajería, como por correo electrónico o vía módem.

El teletrabajo *off-line* conlleva, en principio, una mayor autonomía para el teletrabajador y, consiguientemente, un menor control empresarial sobre el mismo. No obstante, es importante recordar que, a los efectos de este Capítulo, se ha optado por un concepto estricto de teletrabajo, formado únicamente por trabajadores dependientes. Por ello, esta mayor autonomía y menor control empresarial no deben ser tan intensos que conduzcan a situar el supuesto fuera de la esfera laboral (lo cual puede ocurrir en algunos casos)¹³⁹¹. Pese a ello, es posible que, incluso en la modalidad de teletrabajo desconectado, el control empresarial sea intenso, aunque no en tiempo real. Ello podría conseguirse, por ejemplo, a través de algún tipo de *software* aplicativo, que solo permite la prestación de servicios siguiendo las instrucciones incluidas en el mismo; si no se siguen estas instrucciones, se podría impedir al teletrabajador realizar o continuar su

¹³⁸⁷ A pesar de que la posición doctrinal mayoritaria incluye la modalidad de conexión *off-line* dentro de los supuestos de teletrabajo, un sector doctrinal minoritario se ha posicionado en sentido contrario por entender que, en estos casos, el uso de las NTIC no se revela imprescindible para la prestación de servicios, sin que su uso suponga un verdadero cambio de organización del trabajo respecto del modo tradicional, lo cual supone un requisito esencial para hablar propiamente de teletrabajo. Defendiendo esta tesis, SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹³⁸⁸ En esta línea, por todos, CARRASCO GUTIÉRREZ, J. A., “El teletrabajo como nueva opción”, *Estudios Financieros: Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 177, 1997, pp. 121-158 (126); HORMIGOS RUÍZ, J., “Nuevas formas de trabajo...”, *op. cit.* (218).

¹³⁸⁹ En esta otra línea, CARRASCO PÉREZ, R., y SALINAS LEANDRO, J. M., *Teletrabajo*, *op. cit.*, p. 19; MELLA MÉNDEZ, L., “Sobre una nueva manera de trabajar...”, *op. cit.*, p. 11/33; THIBAUT ARANDA, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *op. cit.* (94) y doctrina que ahí se cita.

¹³⁹⁰ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁹¹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia”, en VV. AA., *Descentralización productiva...*, *op. cit.*, pp. 939-955 (947) y doctrina ahí citada.

trabajo. Este *software*, además, permite registrar el tiempo de trabajo efectivo, las pausas realizadas, el número de operaciones llevadas a cabo, los errores cometidos, etc.¹³⁹², lo que permitiría un control *ex post* de la prestación laboral.

391. El teletrabajo *on-line* o conectado. En el segundo tipo de teletrabajo en función del elemento tecnológico, la prestación laboral se realiza en conexión directa con el terminal de la empresa. A través de este sistema informático empresarial se desempeña el trabajo y se hace llegar el resultado final¹³⁹³. Ello no implica, sin embargo, que la conexión deba ser, necesariamente, permanente durante todo el tiempo que dure la prestación de servicios del teletrabajador¹³⁹⁴.

Dentro de esta modalidad general, pueden distinguirse, a su vez, dos subcategorías en atención al modo de comunicación entre el teletrabajador y la empresa: teletrabajo *one way line* o en sentido único, y teletrabajo *two way line* o interactivo.

En el caso del teletrabajo en sentido único, la comunicación entre el teletrabajador y la empresa es unidireccional, es decir, la empresa recibe el trabajo realizado de forma inmediata y directa, pero sin posibilidad de ejercer un control directo y continuo sobre la prestación laboral¹³⁹⁵.

En cambio, en el caso del teletrabajo interactivo, el teletrabajador utiliza un terminal incorporado en una red de comunicación que permite una comunicación bidireccional. Esta conexión posibilita un flujo constante de información que puede ser, incluso, a tiempo real¹³⁹⁶, lo que posibilita también el ejercicio de un poder de dirección y control empresarial intenso sobre el teletrabajador¹³⁹⁷. Esto ha llevado a considerar que estos teletrabajadores prestan sus servicios en casi idénticos términos que el resto de trabajadores físicamente presentes en las instalaciones empresariales, es decir, como si ellos también estuviesen trabajando físicamente ahí. Esta es la modalidad actualmente más extendida entre las diferentes opciones en función de la conexión¹³⁹⁸.

392. La posible combinación de las distintas modalidades. De igual modo que las modalidades de teletrabajo en función del elemento espacial, las modalidades de

¹³⁹² PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 38.

¹³⁹³ *Ibíd.*, p. 24.

¹³⁹⁴ CARRASO PÉREZ, R., y SALINAS LEANDRO, J. M., *Teletrabajo*, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁹⁵ PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 24.

¹³⁹⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (770); THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, p. 39.

¹³⁹⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Teletrabajo y poder de dirección...”, *op. cit.* (950-951) y doctrina ahí citada y PÉREZ DE LOS COBOS, F., y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España...*, *op. cit.*, p. 38.

¹³⁹⁸ SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 52.

teletrabajo en función del elemento tecnológico también pueden presentarse mediante fórmulas puras o mixtas. Así, un teletrabajador podría trabajar de modo interactivo durante el tiempo que coincida su jornada de trabajo con el horario del centro de trabajo al que está adscrito, prestando el resto de servicios mediante conexión *off-line*¹³⁹⁹.

VII.3.3.D. Las modalidades de teletrabajo en función del elemento cuantitativo

393. La oportunidad de una clasificación adicional. Hasta el momento, se han expuesto las modalidades que la doctrina utiliza, generalmente, cuando hace referencia al teletrabajo. No obstante, a menudo se alude también a una clasificación del teletrabajo en función de la proporción de la jornada laboral que se dedica a este en relación con la totalidad de la jornada. En estos casos, se han distinguido dos grandes modalidades de teletrabajo: el habitual y el ocasional, marginal o impropio¹⁴⁰⁰.

394. El teletrabajo habitual. El teletrabajo puede calificarse de habitual cuando se hace uso de esta forma de trabajo de manera periódica, prestando una parte relevante de los servicios de este modo. Normalmente, además, este teletrabajo suele pactarse de manera formal entre teletrabajador y empresa. Dentro de esta modalidad pueden distinguirse, a su vez, dos subcategorías en función del tiempo dedicado, proporcionalmente, al teletrabajo respecto del total de la jornada: el teletrabajo puro y el teletrabajo a tiempo parcial, mixto, alterno o telependular¹⁴⁰¹.

En primer lugar, el teletrabajo puro sería aquel en el que el teletrabajador presta la totalidad de sus servicios mediante teletrabajo, sin acudir físicamente a la sede empresarial; es decir, este teletrabajo cumple dos requisitos: exclusividad y permanencia¹⁴⁰². Esta es la subcategoría más susceptible de generar *dumping* social teniendo en cuenta el estado actual de la regulación aplicable a las relaciones laborales internacionales (salvo que se hagan interpretaciones adaptativas).

En segundo lugar, el teletrabajo podría ser alterno cuando se combine la prestación de servicios a través del teletrabajo y la prestación de servicios en la sede empresarial de manera periódica, siendo esta la subcategoría más extendida en la actualidad

¹³⁹⁹ MELLA MÉNDEZ, L., “Sobre una nueva manera de trabajar...”, *op. cit.*, p. 12/33.

¹⁴⁰⁰ Sobre esta clasificación, *vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (771-775); y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, *op. cit.*, pp. 29-31.

¹⁴⁰¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (771-775); y SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁰² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (773).

(concretamente, teletrabajo de uno a tres días por semana)¹⁴⁰³. Esta modalidad de teletrabajo es admitida dado que, como ya se ha señalado, no es necesario que se presten la totalidad de los servicios fuera de los locales empresariales¹⁴⁰⁴.

395. El teletrabajo ocasional. En contraposición al teletrabajo habitual, el ocasional o marginal no se realiza periódicamente, sino en determinados momentos puntuales, representando una parte muy minoritaria de la jornada laboral. Generalmente, este teletrabajo suele ser informal o tácito, al no estar plasmado en ningún acuerdo con el empresario, quien se limita a permitir o tolerar este teletrabajo en determinados momentos. Mayoritariamente, la doctrina científica ha negado la existencia de un verdadero supuesto de teletrabajo en estos casos por entender que, debido a su presencia tan residual, no supone un cambio en la forma de organizar o ejecutar el trabajo¹⁴⁰⁵.

396. La difusa línea entre habitualidad y ocasionalidad. Como se ha indicado en el apartado correspondiente al hablar del elemento cuantitativo, la línea que separa el teletrabajo habitual y el ocasional no está claramente definida, existiendo diferentes posicionamientos doctrinales, aunque con consenso a la hora de derivar esta tarea a la negociación colectiva. No obstante, como se ha señalado, el RD-L 28/2020 ha reducido esta incertidumbre, pero, obviamente, solo a escala nacional.

VII.3.4. La carencia de un marco normativo específico para el teletrabajo transnacional

VII.3.4.A. El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET)

397. El AMET como centro de la regulación comunitaria del teletrabajo. El teletrabajo carece de una verdadera regulación supranacional y, en muchos países, incluso nacional. Desde el prisma del Derecho laboral, el texto fundamental para los países de la Unión Europea sigue siendo, dieciocho años después, el AMET. De este modo, se optó por la vía convencional para la regulación de este fenómeno de trabajo por cuenta ajena¹⁴⁰⁶. Aunque, sin duda, el AMET supuso un avance positivo en su momento, han

¹⁴⁰³ VERANO TACORONTE, D., SUÁREZ FALCÓN, H., y SOSA CABRERA, S., “El teletrabajo y la mejora de la movilidad en las ciudades”, Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, núm. 20, 2014, pp. 41-46 (43).

¹⁴⁰⁴ SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, op. cit., p. 30.

¹⁴⁰⁵ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, op. cit., p. 30. En esta misma línea, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, op. cit. (773).

¹⁴⁰⁶ El origen del AMET data de junio del año 2000, momento en el que la Comisión Europea planteó una consulta a los interlocutores sociales europeos en materia de modernización y mejora de las relaciones laborales, incluyendo expresamente el teletrabajo, siguiendo el procedimiento del artículo 154.2 del TFUE. Tras dos fases de consultas, los agentes sociales europeos informaron a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 155 del TFUE en materia de teletrabajo, cuyo resultado fue el AMET. A pesar de que, mayoritariamente, la eficacia de los acuerdos adoptados siguiendo este procedimiento se encomendaba a una actuación posterior del Consejo, incorporando el contenido pactado

sido numerosos los autores que han cuestionado su suficiencia, tanto por las escasas materias que regula, como por la forma e intensidad en la que lo hace¹⁴⁰⁷.

398. Breve referencia al contenido del AMET: definición y equiparación de derechos de los teletrabajadores. Como se ha adelantado, el AMET define 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*”. Consecuentemente, se define como teletrabajador, a todo aquel que efectúa teletrabajo según la definición anterior. Por consiguiente, nos encontramos con una definición amplia de teletrabajo, que no fija parámetro numérico de referencia alguno. Esto puede conducir a la existencia de diferentes y muy dispares definiciones nacionales.

Entre las cuestiones que se incorporan en el AMET, es importante resaltar lo dispuesto en su artículo 4, en materia de igualdad de trato. Sobre la base de lo recogido en dicho precepto, en materia de condiciones de empleo, los teletrabajadores ostentan los mismos derechos (garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables) que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. Ello sin perjuicio de que, en atención a las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos.

399. El AMET en el ordenamiento español. En el ordenamiento español¹⁴⁰⁸, el AMET se ha incorporado como Anexo en los sucesivos Acuerdos Interconfederales para

en normas comunitarias, en esta ocasión se optó por dejar la aplicación del AMET en manos de los miembros de los interlocutores sociales firmantes, según sus “*procedimientos y prácticas específicas*” en los diferentes Estados miembros, concediendo un plazo de tres años desde su firma para ello (cláusula 12). Sobre este procedimiento, THIBAUT ARANDA, J., y JURADO SEGOVIA, A., “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas Laborales*, número 72, 2003, pp. 35-68 (40); y SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo...”, *op. cit.* (47 y 49).

¹⁴⁰⁷ Por todos, SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 14, 2004, pp. 45-74 (66-67). Concretamente, esta autora criticó especialmente al AMET por lo “*poco ambicioso, tanto en lo relativo a las materias objeto de regulación, al dejar aspectos relevantes afectados por la nueva forma organizativa, cuanto en la calidad e intensidad de la regulación ofrecida*”. En la misma línea crítica, SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁴⁰⁸ En la mayoría de los Estados miembros, el AMET se ha implementado mediante la participación de los interlocutores sociales. En Irlanda y Gran Bretaña, carentes de un sistema nacional de negociación colectiva, se han introducido directrices y códigos de buenas prácticas. Algunos otros países, como el caso de Hungría, han trasladado el acuerdo a su legislación nacional. Sobre este particular, *vid.* OIT y EUROFOUND, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Informe conjunto, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 44, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf

la Negociación Colectiva, el primero de ellos, de 30 de enero de 2003¹⁴⁰⁹. El acuerdo actualmente vigente (de 2018 a 2020, ambos incluidos) es el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, de 5 de julio de 2018¹⁴¹⁰, que prorroga casi en su totalidad, el Acuerdo anterior¹⁴¹¹, salvo en aquellos aspectos regulados expresamente en el nuevo Acuerdo (art. 1 del Acta de firma del IV Acuerdo). En materia de teletrabajo, se mantienen vigentes las disposiciones del III Acuerdo (apartado 4, Capítulo IV, relativo a “*Instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo*”), donde se establecían dos cuestiones diferentes: 1) criterios que pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores y sus representantes en esta materia¹⁴¹²; y 2) se hace remisión, nuevamente, al contenido del AMET (revisado en 2009).

400. La omisión del teletrabajo transnacional en el AMET. Aunque el AMET es el referente en materia de teletrabajo en el ámbito europeo, este Acuerdo omite cualquier referencia a normas de DIPr en esta materia. Esta exclusión del teletrabajo transnacional del AMET no fue un descuido de la Comisión a la hora de iniciar el procedimiento de consultas¹⁴¹³, 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 internacionales¹⁴¹⁴. Esta afirmación es, no obstante, discutible.

VII.3.4.B. La ausencia de normativa internacional para el teletrabajo

401. La inexistencia de norma específica. Allende las fronteras regionales, no encontramos ningún instrumento internacional específicamente aplicable al teletrabajo.

¹⁴⁰⁹ BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2003, pp. 7539 a 7548.

¹⁴¹⁰ BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018, pp. 72468 a 72472.

¹⁴¹¹ El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, de 8 de junio de 2015 (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015, pp. 51602 a 51619).

¹⁴¹² Se recogen tres criterios: 1) el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa; 2) la igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa; y 3) la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.

¹⁴¹³ La Comisión ya había mencionado la problemática particular de esta modalidad de teletrabajo, especialmente en cuanto a sus posibles implicaciones sociales, en la página 15 del Libro Verde sobre *Cooperación para una nueva organización del trabajo*, de 16 de abril de 1997 (COM (97) 128 final), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997DC0128&from=EN>

¹⁴¹⁴ SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo...”, *op. cit.* (65-66).

Sí encontramos, en cambio, dos instrumentos de la OIT relativos al trabajo a domicilio¹⁴¹⁵: el Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184, ambos de 1996¹⁴¹⁶.

En el apartado anterior se han analizado las diferentes modalidades de teletrabajo, entre las que se encontraba el teletrabajo a domicilio. Sin embargo, esta es solo una modalidad más, sin que todo el teletrabajo sea desarrollado en el domicilio ni todo el trabajo desarrollado en el domicilio sea teletrabajo.

402. Consideraciones sobre el Convenio núm. 177 de la OIT. Respecto del primer instrumento, este Convenio ha sido ratificado por tan solo 10 países (Albania, Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Finlandia, Irlanda, Macedonia del Norte, Países Bajos y Tayikistán), entre los que no se encuentra España. En cuanto a su contenido, el Convenio (que excluye de su ámbito de aplicación el trabajo a domicilio ocasional) se centra, principalmente y de manera muy genérica, en la igualdad de trato de estos trabajadores con el resto de trabajadores asalariados (art. 4) y la prevención de riesgos laborales (art. 7).

403. Consideraciones sobre la Recomendación núm. 184 de la OIT. Respecto de la Recomendación citada, complementaria al Convenio, su contenido es más amplio, incorporando disposiciones sobre el control del trabajo (apartado III); edad mínima (apartado IV); derecho de sindicación y derecho a la negociación colectiva (apartado V); remuneración (apartado VI); seguridad y salud en el trabajo (apartado VII); horas de trabajo, periodos de descanso y licencias (apartado VIII); Seguridad Social y protección de la maternidad (apartado IX); protección en los casos de terminación de la relación de trabajo (apartado X); solución de conflictos (apartado XI); programas relativos al trabajo a domicilio (apartado XII); y acceso a la información (apartado XIII).

Respecto del apartado relativo a la Seguridad Social, esta Recomendación se limita a señalar que los trabajadores a domicilio deben estar protegidos en esta materia mediante alguna de estas opciones: a) la extensión de los regímenes existentes de Seguridad Social a estos trabajadores; b) la adaptación de los regímenes de Seguridad Social para que amparen a estos trabajadores; o c) la creación de cajas o regímenes especiales para ellos.

¹⁴¹⁵ Ambos instrumentos conceptúan este trabajo como el desarrollado por un trabajador (arts. 1.a) de los dos textos): (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales.

¹⁴¹⁶ Más ampliamente sobre estas normas, por todos, GALLARDO MOYA, R., *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio...*, *op. cit.*, pp. 97-102; y, más recientemente, SALA FRANCO, T., “Capítulo II. La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, *op. cit.*, pp. 39-60.

404. La omisión del teletrabajo transnacional en el plano internacional. Como se deduce de lo señalado, también en el plano internacional, el teletrabajo transnacional carece por completo de mención específica alguna, lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta que ni siquiera estamos ante normas relativas al teletrabajo.

VII.3.4.C. La (des)regulación española

405. El trabajo a domicilio en el ET. Desde la aparición del teletrabajo, la doctrina *iustlaboralista* trató de encontrar acomodo a esta figura en las normas laborales vigentes. Como no podría ser de otra forma, el foco de atención se fijó, inmediatamente, en el artículo 13 del ET, regulador del contrato de trabajo a domicilio desde el año 1980 hasta el año 2012.

En la versión vigente hasta la reforma de 2012, el artículo 13 del ET regulaba una modalidad contractual para un tipo específico de trabajo: el contrato de trabajo a domicilio. Esta prestación laboral se caracterizaba por la concurrencia de dos requisitos fundamentales: 1) la actividad laboral debía realizarse en el domicilio del trabajador o en otro lugar libremente elegido por este; y 2) esta prestación de servicios debía realizarse sin la vigilancia del empresario. Si bien en un momento inicial, parte de la doctrina entendió suficiente esta regulación para regular el teletrabajo (señalando la posibilidad de hacer las adaptaciones necesarias a nivel contractual –individual o colectivo– y jurisprudencial)¹⁴¹⁷, pronto se alzarían muchas voces críticas en contra de este precepto –que no estaba pensado para esta situación–, reclamando su modificación¹⁴¹⁸. El principal motivo de esta petición de reforma residía en el hecho de que esta regulación no podía aplicarse a todos los supuestos de teletrabajo, pues ni siempre era el teletrabajador quien decidía el lugar de prestación de servicios, ni siempre se realizaba tal prestación laboral sin vigilancia del empresario (sobre todo en los casos de teletrabajo *on-line*)¹⁴¹⁹. De ahí que parte de la doctrina se refiriera muy críticamente al artículo 13 ET como un “*precepto prematuramente envejecido, si es que no nació ya decrépito*”¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁷ SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Teletrabajo: ¿esperanza o realidad?”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 11, 1998, pp. 25-37 (31-32).

¹⁴¹⁸ Entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (813), HIERRO HIERRO, F., “Las nuevas perspectivas laborales...”, *op. cit.*, p. 5/13; MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma”, Estudios Financieros: Revista de trabajo y Seguridad Social, núm. 273, 2005, pp. 71-144 (122), SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, pp. 55 y 63; y SUÑÉ LLINÁS, E., “El teletrabajo”, Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, núm. 19-22, 1998, pp. 585-610 (600).

¹⁴¹⁹ En el mismo sentido, STS (Sala Cuarta) de 11 de abril de 2005 (Rec. 143/2005), FD sexto. Considerando una posible interpretación adaptativa del requisito relativo a la vigilancia empresarial del artículo 13 del ET para el teletrabajo, SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, *op. cit.*, pp. 94-97.

¹⁴²⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, *op. cit.* (813).

406. La reforma del artículo 13 del ET. Haciéndose eco de los problemas de adaptación del artículo 13 ET a la nueva realidad del teletrabajo, especialmente tras el AMET, mediante *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* y, posteriormente, *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, se procedió a la modificación tan reclamada del precepto estatutario. En el apartado III del preámbulo de estas normas se recogía el deseo expreso de modificar el artículo 13 del ET para “*dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías*”, denominado teletrabajo, conceptualizado como una “*particular forma de organización del trabajo*” que favorece “*la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementa(r) las oportunidades de empleo y optimiza(r) la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar*”.

Tras esta reforma, el artículo 13 ET regulaba el trabajo a distancia, entendiendo por tal “*aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*”.

Esta nueva regulación del artículo 13 ET –inspirada en el Convenio núm. 177 de la OIT– también fue ampliamente cuestionada por la doctrina científica, pues seguía siendo claramente insuficiente al tratarse “*más bien de una declaración de intenciones que de una protección real*”¹⁴²¹. Además, el cambio introducido parte de una única concepción de teletrabajo (el que se realiza en el domicilio del empleado o en otro sitio elegido libremente por este, en alternancia con su presencia en el centro de trabajo de la empresa), sin tener en cuenta las diferentes modalidades que este puede adoptar¹⁴²² y que ya se han señalado en el apartado anterior.

En definitiva, la reforma del artículo 13 del ET acontecida en el año 2012 no supuso un gran cambio respecto de la regulación anterior en materia de teletrabajo, que seguía recayendo, fundamentalmente, en la negociación colectiva. El importante y prevalente papel reservado a la negociación colectiva fue defendido por una parte de la doctrina, sobre todo, por favorecer una mayor adaptabilidad¹⁴²³. Sin embargo, esta posición

¹⁴²¹ SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 1, núm. 1, enero-marzo de 2013, versión electrónica, pp. 7-8/38.

¹⁴²² *Ibíd.*, pp. 10-11/38.

¹⁴²³ Entre todos, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 223-340; y CALVO GALLEGOS, F. J., “Negociación colectiva y nuevas actividades y sectores emergentes”, en VV. AA., *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de estudios sobre la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp. 245-271.

también cuenta con detractores, que se basan en la propia realidad para dudar –con razón– de su eficacia, pues esta ha sido más bien escasa hasta la fecha¹⁴²⁴.

407. El Real Decreto-ley 28/2020 sobre el trabajo a distancia. El 26 de junio de 2020, el Ministerio de Trabajo elaboró un anteproyecto de ley para regular el trabajo a distancia, dando inicio formal a un debate sobre la regulación de esta forma de trabajo que se prolongó durante tres meses, concluyendo con la aprobación del RD-L 28/2020, convalidado mediante Resolución de 15 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados¹⁴²⁵. Tras esta norma, el artículo 13 del ET se limita a señalar la posibilidad de la prestación de servicios a distancia de conformidad con lo dispuesto en la misma.

En el artículo 2 de este RD-L 28/2020, se define el trabajo a distancia como una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral realizada desde el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta¹⁴²⁶, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular (apartado a); en contraposición al trabajo presencial, que sería aquel prestado en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa (apartado c). En el artículo 1 del RD-L 28/2020 se concreta el concepto de “carácter regular”, cosa que no hacía el anteproyecto presentado por el Ministerio de Trabajo. Este precepto fija en un porcentaje mínimo del treinta por ciento de la jornada en un periodo de referencia de tres meses (o parte proporcional en función de la duración del contrato) para considerar la existencia de un trabajo a distancia “con carácter regular” y, por tanto, para aplicar la norma señalada (porcentaje también aplicable al teletrabajo)¹⁴²⁷. No obstante, este porcentaje o periodo de referencia pueden reducirse mediante convenios o acuerdos colectivos (apartado 2 de la DA Primera)¹⁴²⁸.

El teletrabajo, en cambio, se define como una modalidad de trabajo a distancia “*que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos,*

¹⁴²⁴ Entre otros, SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, op. cit.; y SERRANO GARCÍA, J. M., “La negociación colectiva europea y los acuerdos «libres»: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, en BAYLOS GRAU, A., *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 95-118.

¹⁴²⁵ BOE núm. 279, de 22 de octubre de 2020, pp. 90578-90578.

¹⁴²⁶ Eliminando el término “libremente” que ha acompañado, históricamente, al lugar de trabajo a distancia del trabajador. Un comentario sobre el sentido de esta supresión, como forma de reconocer la necesidad del acuerdo de voluntades para la fijación de este lugar de trabajo, GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso”, Trabajo y Derecho, núm. 72, 2020, versión electrónica, pp. 3-4/25.

¹⁴²⁷ Una crítica a este límite cuantitativo, que excluye a gran parte de los supuestos de teletrabajo que se dan en la práctica, en SANGUINETI RAYMOND, W., “La noción jurídica de teletrabajo y el teletrabajo realmente existente”, Trabajo y Derecho, núm. 72, diciembre 2020, versión electrónica, pp. 6-7/7; y GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La nueva regulación del trabajo a distancia...”, op. cit., pp. 6-7/25.

¹⁴²⁸ El uso de la conjunción disyuntiva “o”, aunque podría interpretarse como la imposibilidad de que la negociación colectiva modificara ambos extremos conjuntamente, parte de la doctrina científica se decanta por una interpretación, en mi opinión, más razonable e integradora, aceptando esta doble modificación conjunta. Vid. SALA FRANCO, T., “Capítulo IX. El Real Decreto-ley 28/2020...”, op. cit. (170).

telemáticos y de telecomunicación” (apartado b del artículo 2 del RD-L 28/2020). Así pues, desde el punto de vista de la nueva legislación española, no existe teletrabajo, propiamente, si el porcentaje de la jornada realizado a distancia y haciendo uso de estos medios y sistemas no alcanza, al menos, el treinta por ciento de la jornada en un periodo de referencia de tres meses (salvo disposición en contrario en los convenios o acuerdos colectivos).

El texto de esta norma está centrado en aspectos tales como el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, la igualdad de trato de estos trabajadores en relación con los empleados presenciales (de conformidad con el artículo 4 del AMET)¹⁴²⁹, la prevención de riesgos laborales y la dotación y mantenimiento de medios para el desarrollo del trabajo a distancia y el abono y compensación de gastos originados con ocasión del mismo¹⁴³⁰.

408. La falta de referencia específica al teletrabajo transnacional. Como puede observarse, en ninguna de las normas españolas señaladas se hace referencia de manera específica al teletrabajo transnacional, que se continuará rigiendo por las disposiciones generales previstas para las relaciones laborales internacionales. No obstante, no considero que el tratamiento nacional de este fenómeno sea el más adecuado dada su transcendencia a escala global.

VII.4. En busca de una solución para la intrincada determinación de la ley aplicable al teletrabajo transnacional

409. El necesario recurso a la normativa general sobre relaciones laborales internacionales. De conformidad con lo que acaba de exponerse, el teletrabajo transnacional carece de una regulación específica, tanto en el plano institucional como internacional y nacional español. La carencia de normas específicas conduce, necesariamente, a la búsqueda de respuestas a las preguntas derivadas del componente internacional en las normas generales destinadas a las relaciones laborales internacionales. Como ya se ha indicado, en la Unión Europea, estas normas son, fundamentalmente, las siguientes: el Reglamento Bruselas I *bis* en materia de competencia judicial internacional; el Reglamento Roma I para la determinación de la ley

¹⁴²⁹ Específicamente, el artículo 4.1 del RD-L 28/2020 indica: “*Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional*”.

¹⁴³⁰ En profundidad, sobre el contenido del RD-L 28/2020 y las dudas que este suscita, *vid.*, por todos, SALA FRANCO, T., “Capítulo IX. El Real Decreto-ley 28/2020...”, *op. cit.*; y GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La nueva regulación del trabajo a distancia...”, *op. cit.*

aplicable al contrato de trabajo; y los Reglamentos de coordinación para la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social.

410. El teletrabajo transnacional y el ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación. La primera cuestión que debemos plantearnos es, necesariamente, si el teletrabajo transnacional está incluido o no en el ámbito de la coordinación comunitaria y, de ser así, si alguna de sus modalidades debería ser excluida. Los mayores problemas se podrían suscitar en relación con las diferentes modalidades de teletrabajo en función del elemento cuantitativo y su acomodo al requisito general de transnacionalidad.

En un caso de teletrabajo alterno, dada la prestación de servicios físicamente en más de un Estado miembro, parece evidente la existencia de este componente internacional en la relación laboral. Más problemas presenta el teletrabajo puro. En estos casos, el teletrabajador va a prestar sus servicios, en principio, siempre desde un mismo Estado miembro, donde estará situada –presumiblemente– su residencia, sin que preste servicios físicamente en ningún otro Estado miembro. ¿Se puede defender también aquí la existencia del componente de transnacionalidad, necesario para la aplicación de los Reglamentos de coordinación, o, por el contrario, nos encontramos ante una relación puramente interna?¹⁴³¹ En mi opinión, la respuesta debería ser favorable a la primera opción. Como se ha expuesto, el requisito de la transnacionalidad hace referencia a la necesidad de que se encuentren involucrados, al menos, los sistemas nacionales de Seguridad Social de dos Estados miembros. Ello ocurrirá en la medida en la que la relación laboral cuente con algún elemento de extranjería. En los casos de teletrabajo, aunque este sea puro, si el empleador está situado en un Estado miembro diferente al Estado miembro desde el que se teletrabaja¹⁴³², se debería considerar la existencia de un elemento de extranjería relevante. Esta situación podría originar conflictos de leyes debido a la existencia de una pluralidad de puntos de conexión en el territorio comunitario, sobre todo, positivos, con el resultado indeseado de dobles cotizaciones en el ámbito territorial de las normas de coordinación.

Es cierto que estas normas surgen con la finalidad de evitar las trabas a la libre circulación desde una perspectiva geográfica por lo que, generalmente, serán aplicables en casos de movilidad física de personas. No obstante, como se ha indicado, 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. En los ya comentados asuntos *Aldewereld, Bakker, Kik* y *SF*, aunque exista

¹⁴³¹ Sobre la razonabilidad de esta duda, LHERNOULD, J.-P., “Les entreprises face à la coordination européenne...”, *op. cit.* (p. 6/18).

¹⁴³² Si, en un supuesto de teletrabajo puro, el empleador estuviese situado en un tercer Estado, no existiría el elemento de transnacionalidad en el ámbito comunitario para poder invocar los Reglamentos de coordinación.

movilidad física de los trabajadores implicados, ninguno de ellos la ejerce en el territorio comunitario al tratarse de prestaciones de servicios ejecutadas en el territorio de terceros Estados, lo que sitúa a estos supuestos fuera del ámbito del derecho fundamental a la libre circulación. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha dudado en aplicar las normas de coordinación dada la vinculación de la relación laboral con más de un Estado miembro (el de residencia y el de la sede empresarial), tal y como ocurre en estos supuestos de teletrabajo. Además, esta conclusión es acorde con el principio de efecto útil del sistema de normas de conflicto del Título II, porque solo mediante la aplicación de este se puede evitar que, en situaciones como las descritas, puedan existir conflictos de leyes que redunden en perjuicio de los trabajadores de la Unión (y también de sus empleadores) y del principio de progreso social.

411. La ausencia de referencia al teletrabajo en los Reglamentos de coordinación. En el Capítulo anterior se han expuesto las normas de conflicto recogidas en los Reglamentos de coordinación, sin que ninguna de ellas haga referencia expresa al teletrabajo. Esta falta de regulación específica –presente también en sus predecesores– hace necesario acudir a las reglas analizadas 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. Las opciones que se han barajado por parte de la doctrina científica han sido, esencialmente, dos, en función de si entendemos que los servicios se prestan en uno o varios Estados.

En el primer caso, sería posible recurrir a la aplicación de la regla general del artículo 11.3.a) del Reglamento de base (*lex loci laboris*), de manera más o menos flexible. Estas posiciones parten, no obstante, de la consideración territorial de los servicios prestados. Sin embargo, cabría plantearse una interpretación menos convencional. El teletrabajo ha sido considerado como un fenómeno que conlleva la “desmaterialización del trabajo”, que puede prestarse en cualquier momento y desde cualquier parte del globo¹⁴³³. Esta conceptualización del trabajo podría derivar en una concepción no territorial de esta prestación de servicios o, al menos, cuya territorialidad se ve afectada.

En el segundo caso, esto es, de entenderse que el teletrabajo se ejerce en dos Estados miembros, se ha planteado el recurso a la regla especial del artículo 13 del Reglamento 883/2004.

Al margen de lo anterior, en cualquiera de estos casos, queda abierta la vía convencional por medio del artículo 16 del Reglamento 883/2004. Aunque estos acuerdos

¹⁴³³ JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 27/64; y SANGUINETI RAYMOND, W., “La noción jurídica de teletrabajo...”, *op. cit.*, p. 4/7.

puedan solucionar situaciones generadas por problemas adaptativos de las reglas del Título II, como ya se ha argumentado, no sería conveniente el recurso a ellos como solución principal para una situación particular como podría ser el teletrabajo. De ser así, se estarían generando otros problemas diferentes, por ejemplo, el aumento de cargas administrativas, mayor inseguridad jurídica e, incluso, cuestionamiento del valor de los Reglamentos de coordinación.

VII.4.1. El teletrabajo como prestación realizada en un único Estado miembro

VII.4.1.A. El teletrabajo transnacional y la determinación de la *lex loci laboris*

412. El “lugar de ejercicio” en el artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004. El artículo 11.3.a.) del Reglamento 883/2004 prevé la regla general de la *lex loci laboris* en los casos de prestación de servicios en un único Estado. Recordemos que la interpretación dada por el TJUE a este concepto parte de la existencia de una definición autónoma a nivel europeo (concepto comunitario) y se basa en el sentido habitual de los términos empleados, motivo por el que se ha concluido que este “lugar de ejercicio” de la actividad debe entenderse situado allí donde la persona realiza los actos relacionados con ella¹⁴³⁴. Ahora bien, ¿cuál es el “lugar de ejercicio” del teletrabajo?

413. Las dos opciones doctrinales. La doctrina científica que ha estudiado esta problemática se ha dividido en dos posiciones opuestas¹⁴³⁵. Por un lado, un sector doctrinal más conservador ha considerado oportuno realizar una interpretación *strictu sensu* del término “lugar de ejercicio” de la actividad en los casos de teletrabajo, de conformidad con la jurisprudencia existente del TJUE. Por otro lado, otro sector doctrinal más progresista ha considerado necesario realizar una interpretación más flexible de este término para estos supuestos dadas las particularidades que presenta esta forma de organización/realización del trabajo.

414. La interpretación estricta del “lugar de ejercicio”. Como se acaba de avanzar, un parte de la doctrina científica se ha posicionado a favor de una aplicación literal de la jurisprudencia del TJUE recaída hasta la fecha sobre la determinación del lugar de ejercicio de la actividad, sin adaptaciones o precisiones adicionales para el teletrabajo. De este modo, el lugar de ejercicio de la actividad del teletrabajador se entendería situado allí donde este se encuentre físicamente y, por tanto, desde donde hace uso de las NTIC.

¹⁴³⁴ STJUE de 27 de septiembre de 2012 (C-137/11, asunto *Partena*).

¹⁴³⁵ Por todos, ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, *op. cit.* (1148).

Los motivos alegados para ello han sido, esencialmente, dos¹⁴³⁶. El primer motivo ha sido el carácter marcadamente territorial de la Seguridad Social, que hace que la prestación de servicios físicamente en un territorio sea especialmente relevante. El segundo motivo alegado ha sido el principio de igualdad de trato, pues con esta interpretación se evitaría que los trabajadores que presten sus servicios en el mismo territorio nacional estén sujetos a legislaciones y regímenes de Seguridad Social distintos. Respecto de esta segunda cuestión, cabe señalar su adecuación al objetivo perseguido por el legislador comunitario al establecer como punto de conexión prevalente el *locus laboris* en los Reglamentos de coordinación que, tal y como se pone de manifiesto en el considerando 10 del Reglamento de base, era, precisamente, la igualdad de trato de todas las personas que trabajan en un mismo Estado miembro.

La principal crítica que puede hacerse a este posicionamiento estricto es su posible efecto pernicioso desde el punto de vista del *dumping* social¹⁴³⁷. Pensemos, por ejemplo, en la reducción de costes sociales que podría suponer para una empresa española, radicada en territorio nacional, la posibilidad de contratar a multitud de teletrabajadores radicados en Estados como Rumanía, Bulgaria o Portugal, sometidos de manera exclusiva a la legislación de Seguridad Social de estos últimos. Esto sería posible en función del tipo de trabajo de que se trate, pero con el mencionado avance de las NTIC, cada vez son más las actividades que pueden realizarse en remoto y, además, si se opta por el teletrabajo conectado, con un gran control empresarial. Así, sin necesidad de renunciar a una parte importante del poder de dirección y control de la actividad laboral, la citada empresa española podría obtener prácticamente la misma prestación de servicios, pero a un coste social muy inferior (situación que podría ser aún más atractiva para la citada empresa si también ocurriera lo mismo con los costes laborales). En definitiva, nos encontramos ante una situación similar a la que acontecería de aplicar la ley del Estado miembro de residencia, que ha sido tradicionalmente descartada a nivel comunitario, precisamente, por sus consecuencias nocivas para la competencia empresarial y el progreso social¹⁴³⁸.

Algunos autores han visto una solución a este problema en la Carta Social Europea de 1961, ratificada por todos los Estados miembros de la Unión¹⁴³⁹. La importancia de la CSE a nivel europeo ha sido reivindicada por parte de la doctrina, que la ha calificado como el instrumento internacional que contiene el catálogo más completo de derechos sociales, constituyendo la prolongación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en

¹⁴³⁶ GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *op. cit.* (1198-1199); y SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴³⁷ Riesgo alertado por la doctrina desde hace años. Por todos, ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, *op. cit.*

¹⁴³⁸ Véase *supra*, número 253.

¹⁴³⁹ Defendiendo esta solución, SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 109.

el terreno de estos derechos¹⁴⁴⁰. Mediante la ratificación de esta Carta, los Estados miembros han adquirido compromisos internacionales en materia de Seguridad Social (art. 12), asistencia social y médica (art. 13) y servicios sociales (art. 14), entre otros. Destaca especialmente, respecto del primero, el compromiso adquirido sobre el mantenimiento de un régimen de Seguridad Social “satisfactorio” que respete, al menos, el mínimo exigido por el ya citado Convenio núm. 102 de la OIT, sobre normas mínimas de Seguridad Social.

La suficiencia de este compromiso frente al *dumping* social es más que cuestionable. Más allá del posible debate sobre la eficacia de la CSE¹⁴⁴¹ y del cumplimiento de la misma por los Estados que la han ratificado¹⁴⁴², si partimos de la premisa de que se respetan los mínimos establecidos por el Convenio núm. 102 de la OIT y el resto de compromisos incluidos en la CSE, la disparidad entre los distintos Estados miembros en materia de costes sociales puede seguir siendo muy elevada. Este hecho no ha pasado desapercibido para las instituciones europeas pues, consecuentemente, han adoptado precauciones en las propias normas de coordinación frente al *dumping* social, riesgo que no se ciñe exclusivamente al teletrabajo. Un ejemplo claro es el de la ya comentada regla de conflicto para los trabajadores desplazados (art. 12.1 del Reglamento de base).

¹⁴⁴⁰ BELORGEY, J.-M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, pp. 347-377 (349 y 352).

¹⁴⁴¹ Sobre los dos posicionamientos acerca de la eficacia de la CSE, pueden consultarse: SALCEDO BELTRÁN, M. C., “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2016, versión electrónica; y AGÍS DASILVA, M., “Lección 2. El derecho europeo de coordinación...”, *op. cit.* (61).

¹⁴⁴² En relación con este asunto, revisten especial interés las Conclusiones XX del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), de 2017, en materia de Salud, Seguridad Social y Protección Social (últimas en la materia), disponibles en <https://rm.coe.int/press-briefing-highlights-conclusions-2017/168077fee0>. En estas conclusiones se plasman los resultados de la evaluación del CEDS sobre los informes realizados por 33 Estados parte de la CSE en estas materias (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30). De todas las situaciones examinadas, el 36 % (175) se consideraron no conformes con el contenido de la Carta y un 17 % (83) no pudieron concretarse por falta de información, por tanto, menos de la mitad obtuvieron la declaración de conformidad (47 %). En el caso de España, un breve resumen de las conclusiones de no conformidad puede consultarse en la *Factsheet* de mayo de 2020, disponible en <https://rm.coe.int/spain-and-the-european-social-charter/1680492969>. Algunas de las conclusiones de no conformidad fueron en materia de desempleo (se consideró inadecuado el nivel de estas prestaciones para personas sin responsabilidades familiares), asignaciones familiares (no se garantiza la igualdad de trato en el acceso a ellas por los nacionales del resto de Estados parte), pensiones no contributivas de jubilación (se considera excesivo el requisito de 10 años de residencia), asistencia social (no se considera adecuado el nivel pagado a una persona sola) y rentas mínimas (se cuestionan los requisitos vinculados a la duración de la residencia en la Comunidad Autónoma y de edad, así como la duración de esta renta, que no siempre coincide con la duración de la necesidad). Sobre esta última materia, conviene tener presente el cambio del sistema español de rentas mínimas que se ha producido con la aprobación y entrada en vigor del *Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo* (BOE núm. 54, de 1 de junio de 2020), vigente desde su publicación (DF Decimoprimera), que ha incidido en algunas de las cuestiones indicadas por el CEDS. Un análisis sobre esta cuestión puede consultarse en SALA FRANCO, T. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El Ingreso Mínimo Vital. El Sistema Español de Rentas Mínimas*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2020.

415. La interpretación flexible del “lugar de ejercicio”. Frente a este posicionamiento estricto, otro sector doctrinal se ha apoyado en las especialidades que caracterizan al teletrabajo para abogar por una adaptación, sino una redefinición, de los puntos de conexión utilizados en los Reglamentos de coordinación¹⁴⁴³.

Partiendo de la oportunidad de redefinir el concepto de “lugar de ejercicio” de la actividad, la doctrina científica ha dirigido sus miradas a una norma conocida en materia de relaciones laborales internacionales en la esfera de la UE: el Reglamento Bruselas I *bis*¹⁴⁴⁴. Se hace necesario, por tanto, conocer la interpretación dada por el TJUE a las reglas en materia de competencia judicial internacional para, posteriormente, analizar su posible acomodo a la realidad de la coordinación comunitaria de Seguridad Social.

VII.4.1.A.a. El modelo del Reglamento Bruselas I bis

416. Breve referencia a los ámbitos de aplicación del RBI *bis*. El Reglamento Bruselas I *bis* es el encargado de distribuir la competencia judicial, de manera jerarquizada, entre los distintos Estados miembros dentro de su ámbito de aplicación¹⁴⁴⁵. Este Reglamento resulta aplicable a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 (art. 66.1), estando vigente en todos los Estados miembros de la Unión, con dos excepciones: 1) Dinamarca, que lo aplica como convenio internacional¹⁴⁴⁶; y 2) determinados territorios específicos –como los Departamentos franceses de Ultramar–, de conformidad con el arts. 52 del TUE y 355 del TFUE¹⁴⁴⁷. Por su parte, el ámbito de aplicación material abarca cuestiones civiles y mercantiles, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (art. 1) y, obviamente, siempre que se presente algún elemento de extranjería. Quedan expresamente excluidas de su ámbito material, entre otras materias, la Seguridad Social¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴³ FILLON, J.C., “Trois défis pour la coordination des systèmes de sécurité sociale”, *Liaisons Sociales Europe*, núm. 198, 3 de abril de 2008, versión electrónica, p. 3/11.

¹⁴⁴⁴ En materia de teletrabajo, LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (459); en un sentido general, RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurités sociales...”, *op. cit.* (69).

¹⁴⁴⁵ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 18ª. Obligaciones contractuales: régimen general”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* pp. 599-636 (600).

¹⁴⁴⁶ Sobre este particular, *vid.* IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Lección 2ª. La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen institucional”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 107-156 (117-118); y GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A., “Capítulo 48. La competencia judicial. El reconocimiento mutuo y la ejecución de sentencias”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 1341-1376 (1346).

¹⁴⁴⁷ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Lección 2ª. La competencia judicial internacional...”, *op. cit.* (119).

¹⁴⁴⁸ Sobre las diferentes exclusiones, *vid.* ampliamente, IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Lección 2ª. La competencia judicial internacional...”, *op. cit.* (120-123). Sobre la exclusión relativa a la Seguridad Social, véase *supra*, número 221.

417. La ausencia de referencia al teletrabajo. El RBI *bis* no hace referencia alguna al teletrabajo, pero sí al contrato individual de trabajo en general. Ello nos lleva a interrogarnos sobre la posible inclusión del teletrabajo en este último concepto, pero para poder dar respuesta a esta pregunta, es necesario acudir a la jurisprudencia del TJUE dictada en este aspecto.

Con el objetivo de garantizar una aplicación uniforme de este Reglamento y evitar los posibles problemas que podrían surgir por la disparidad de conceptos a nivel interno, el TJUE ha elaborado un concepto comunitario de “contrato individual de trabajo”¹⁴⁴⁹. De esta jurisprudencia¹⁴⁵⁰ se extrae un concepto amplio de contrato de trabajo, caracterizado por cuatro elementos que deben darse de manera conjunta¹⁴⁵¹:

- Elemento personal: debe tratarse de una prestación personal de servicios;
- Elemento organizativo: la prestación de servicios debe realizarse en régimen de dependencia o subordinación;
- Elemento económico: la prestación de los servicios debe realizarse a cambio de una remuneración; y
- Elemento temporal: la prestación de servicios debe de ser de carácter duradero, es decir, no debe de ser de tan poca entidad como para ser considerada una prestación “marginal”, con independencia del carácter indefinido o no de la relación (STJUE de 23 de marzo de 1982 –C-53/1981, asunto *Levin*–).

Si comparamos estos elementos del concepto comunitario de contrato de trabajo a efectos del RBI *bis* y los elementos configuradores del teletrabajo ya expuestos, comprobaremos que los supuestos de teletrabajo tienen plena cabida en este término de contrato de trabajo. Por ello, el análisis de esta norma debe centrarse en los foros de competencia previstos para las relaciones laborales internacionales con carácter general.

418. El presupuesto general activador de la aplicación del RBI *bis*. El presupuesto general activador de la aplicación de este Reglamento es el domicilio del demandado (considerando 13), independientemente de la nacionalidad de las partes (art.

¹⁴⁴⁹ Sobre este particular, *vid.*, ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 19ª. Obligaciones contractuales: algunos contratos en especial”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, pp. 637-664 (651-652).

¹⁴⁵⁰ El Tribunal europeo señala, en multitud de sentencias que “*los contratos de trabajo presentan ciertas particularidades, en el sentido de que crean una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario y en el sentido de que se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos*” (SSTJCE de 15 de enero de 1987 –C-266/85, asunto *Shenevai*, apartado 16–; de 15 de febrero de 1989 –C-32/88, asunto *Six Constructions*–; y STJUE de 10 de septiembre de 2015 –C-47/14, asunto *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, apartado 39–, entre otras).

¹⁴⁵¹ SALA FRANCO, T. (Dir.), *Ley aplicable y jurisdicción competente...*, *op. cit.*, pp. 68-69.

4 RBI *bis*)¹⁴⁵². De este modo, si la parte demandada está domiciliada en un Estado miembro de la Unión, entonces serán de aplicación las disposiciones del Reglamento Bruselas I *bis* para determinar los tribunales de qué Estado de la Unión serán competentes para conocer de la pretensión en cuestión. Por tanto, el concepto de domicilio reviste especial importancia en el RBI *bis*. Ello ha llevado al legislador comunitario a definir de manera autónoma y amplia el concepto de domicilio de las sociedades y personas jurídicas en su artículo 63¹⁴⁵³. Sin embargo, respecto del domicilio de las personas físicas, el RBI *bis* se limita a hacer un reenvío a la legislación interna de cada Estado miembro (en el caso español, el artículo 40 del Código Civil). El sistema de determinación del domicilio no se agota con estas dos disposiciones en el caso de contratos individuales de trabajo, sino que es necesario tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 20.2 del RBI *bis* (tendente a evitar situaciones de “*forum shopping*”¹⁴⁵⁴). En este precepto se extiende el concepto de domicilio del empleador también a las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento que tenga en uno de los Estados miembros, pero solo respecto de los litigios derivados de la explotación de tales sucursales, agencias o establecimientos. Así, si surge un litigio entre un trabajador y un empleador con una sucursal en España, este último podría entenderse domiciliado en España a efectos de los litigios derivados de esa sucursal.

419. Los foros de competencia en materia de contrato de trabajo. A la hora de determinar los Tribunales competentes al amparo del RBI *bis* en materia de contrato de trabajo, debe atenderse, jerárquicamente, a los siguientes foros: 1) sumisión tácita, aunque con ciertas particularidades (art. 26 RBI *bis*)¹⁴⁵⁵; 2) sumisión expresa, pero limitada a dos

¹⁴⁵² La interpretación del artículo 4 RBI *bis* conduce a concluir que, si el único elemento de extranjería de la relación laboral es la nacionalidad del trabajador, no sería necesario determinar la competencia judicial internacional aplicando este Reglamento, pues la relación se asimilaría a una relación jurídica de carácter interno (apartado 39 del Informe *Jenard-Möller* –DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990–, relativo al Convenio de Lugano, norma con contenido prácticamente análogo al Convenio de Bruselas). En este sentido, pero en aplicación del Convenio de Bruselas, CARO GÁNDARA, R., “Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de ciberempleo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 355, 1998 (BIB 1998/562), versión electrónica, p. 4/16.

¹⁴⁵³ El artículo 63.1 RBI *bis* señala que una sociedad o persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal. *Vid.* sobre este particular, REIG FABADO, I., “Capítulo primero. La competencia judicial internacional en materia...”, *op. cit.* (29).

¹⁴⁵⁴ ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *Brussels Ibis Regulation: commentary*, Otto Schmidt: sellier European law publishers, 3ª Edición, Alemania, 2016, pp. 534-558 y doctrina ahí citada.

¹⁴⁵⁵ En materia de contratos de trabajo, también es posible la sumisión tácita prevista en el artículo 26.1 RBI *bis*, aunque con una cautela adicional. Cuando el demandado sea un trabajador, el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda por sumisión tácita deberá informar al demandado sobre su derecho a impugnar la competencia de este órgano, así como sobre las consecuencias asociadas a su comparecencia o incomparecencia en sede judicial (art. 26.2 RBI *bis*). Esta cautela se introduce para evitar que, en los casos en los que el trabajador desconozca el procedimiento a seguir para declinar la competencia –especialmente cuando se trate de Tribunales extranjeros–, cometa algún error que suponga la aceptación

supuestos específicos (art. 23 RBI *bis*)¹⁴⁵⁶; y 3) foros especiales para los contratos de trabajo (arts. 20 a 23).

Descartada la existencia de sumisión tácita o expresa en los términos exigidos por el Reglamento Bruselas I *bis*, debe acudirse a los citados foros especiales (sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6¹⁴⁵⁷, 7.5¹⁴⁵⁸ y 8.1¹⁴⁵⁹). Estos foros prevén un régimen diferenciado en atención a la titularidad de la condición de demandante, con la finalidad de equilibrar la desigualdad existente entre las partes de la relación laboral en favor del trabajador (*favor laboratoris*)¹⁴⁶⁰.

420. Los foros de competencia para el trabajador demandante. Cuando el demandante es el trabajador, el Reglamento Bruselas I *bis* reconoce dos foros alternativos, de modo que el demandante va a poder decantarse por uno u otro, de forma igualmente válida, según sus preferencias. El primero de estos foros coincide con la regla general del artículo 4 del RBI *bis*, pues se permite al trabajador que plantee la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el empleador (art. 21.1.a RBI *bis*)¹⁴⁶¹.

de la misma. *Vid.* TODOLÍ SIGNES, A., “Capítulo segundo. La competencia judicial y la prueba de derecho extranjero en caso de movilidad internacional de trabajadores. Especial mención a la nueva ley de cooperación jurídica internacional”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales...*, *op. cit.*, pp. 53-98 (75).

¹⁴⁵⁶ Las cláusulas de sumisión expresa pactadas entre las partes también son posibles en el caso de los contratos individuales de trabajo, pero, dada la habitual posición de inferioridad en la que se encuentra la parte trabajadora, el RBI *bis* establece ciertos límites. En atención a lo dispuesto en el artículo 23 RBI *bis*, las cláusulas de sumisión expresa en supuestos de trabajo solo serán válidas si cumplen alguno de estos dos condicionantes: a) que dichas cláusulas se hayan pactado con posterioridad al nacimiento del litigio origen del proceso judicial; o bien b) que, habiéndose pactado previamente al nacimiento del litigio, su contenido beneficie al trabajador, esto es, que le permita presentar las eventuales demandas, además de ante los órganos jurisdiccionales designados por el propio RBI *bis*, ante otros órganos adicionales. En caso de pactar una cláusula de sumisión expresa que no se pueda incluir en alguno de los dos supuestos anteriores, la cláusula pactada no podría ser alegada para evitar que los órganos jurisdiccionales ante los que se plantee la demanda conozcan de la reclamación interpuesta por el trabajador.

¹⁴⁵⁷ En este artículo se prevé, con carácter general, la remisión a las normas de competencia judicial internas en caso de que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, aunque con ciertas restricciones. Sobre estas restricciones y los cambios producidos en este artículo, *vid.* ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, *op. cit.* (538).

¹⁴⁵⁸ En este segundo precepto se prevé la posibilidad de demandar a una persona domiciliada en un Estado miembro en otro Estado de la UE en el que tenga una sucursal, agencia o establecimiento, cuando se trate de litigios relacionados con la explotación de estos locales.

¹⁴⁵⁹ Por último, este artículo se refiere a la competencia judicial en caso de existir varios demandados.

¹⁴⁶⁰ REIG FABADO, I., “Capítulo primero. La competencia judicial internacional en materia...”, *op. cit.* (19).

¹⁴⁶¹ Como excepción al presupuesto general activador del RBI *bis*, esta norma podrá resultar de aplicación aun cuando el empleador no esté domiciliado en un Estado miembro. No obstante, en esos casos, no resultará aplicable este foro competencial, sino solo el resto que se exponen a continuación (art. 21.1.b por remisión del art. 21.2 del RBI *bis*).

Alternativamente, el trabajador también podrá demandar al empleador ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que, o desde el que, desempeñe habitualmente su trabajo (siempre que este lugar esté dentro del ámbito territorial del RBI *bis*¹⁴⁶²), o ante el tribunal del último lugar en que lo haya desempeñado (art. 21.1.b.i RBI *bis*). Subsidiariamente, si no puede determinarse un único Estado miembro de prestación habitual de servicios, el trabajador podrá interponer su demanda ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté, o haya estado, situado el establecimiento que le haya empleado (art. 21.1.b.ii RBI *bis*)¹⁴⁶³.

421. La determinación del *locus laboris* en el Reglamento Bruselas I *bis*. De los foros de competencia señalados anteriormente, el relevante a efectos de posible interpretación alternativa del artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004 es el previsto en el artículo 21.1.b.i del RBI *bis*.

El concepto “lugar de prestación habitual de los servicios” no se encuentra definido en el texto reglamentario, pero el TJUE se ha encargado de ir definiendo sus contornos, aunque su jurisprudencia no ha estado exenta de polémica. Para precisar el significado de este concepto, es necesario tener en cuenta los pronunciamientos emitidos al amparo del RBI *bis*, pero también del Reglamento Roma I. El motivo de ello lo encontramos en el considerando 7 del RRI, donde se incorporó el objetivo de coherencia que debe regir entre ambas normas, estando ambas estrechamente vinculadas. Consecuentemente, si ambos Reglamentos hacen uso de un mismo término, con carácter general, debe otorgarse el mismo significado en ambos¹⁴⁶⁴ (por todas, STJCE, de 15 de marzo de 2011 –C-29/10, asunto *Koelzsch*, apartados 28 y 33–).

La determinación de este lugar no presenta especiales problemas cuando los servicios se prestan en, o a partir de, un único lugar de trabajo. Lo mismo puede decirse de los casos en los que, habiendo varios lugares de prestación de servicios, solo uno de ellos es reconocido como habitual por las dos partes del contrato o solo uno de ellos está

¹⁴⁶² Este foro no resulta aplicable cuando la totalidad de la prestación de servicios del trabajador se desarrolla en terceros países (SSTJCE de 15 de febrero de 1989 –*Six Constructions*, 32/88, apartado 22– y de 27 de febrero de 2002 –C-37/00, asunto *Weber*, apartado 27–).

¹⁴⁶³ Cuando el demandante es el empleador, los foros competenciales se limitan a conferir competencia al órgano jurisdiccional del lugar del domicilio del trabajador (art. 22.1 RBI *bis*), sin perjuicio del derecho a formular reconvencción ante el órgano competente que conozca de la demanda inicial (art. 22.2 RBI *bis*). Esta limitación supone que, cuando el trabajador no está domiciliado en un Estado miembro, el Reglamento Bruselas I *bis* no resulta aplicable. Sobre la reconvencción, véase la STJUE de 21 de junio de 2018 (C-1/17, asunto *Petronas Lubricants Italy*).

¹⁴⁶⁴ FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional: estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 23 y ss.; y SERRANO GARCÍA, M. J., *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales: la conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios*, Reus, 1ª Edición, Madrid, 2011, p. 109.

situado dentro del ámbito territorial del RBI *bis*¹⁴⁶⁵. La opción del legislador europeo en favor de este foro surge por la finalidad tuitiva antes señalada, pues con el mismo se pretendía dar al trabajador la posibilidad de litigar en un lugar que, presumiblemente, será más cercano a él (con el consiguiente ahorro en costes ligados al proceso judicial para el trabajador¹⁴⁶⁶) y cuyo ordenamiento jurídico conozca mucho mejor que el del domicilio del empleador, siendo este el lugar, también, donde se encuentran los Tribunales mejor preparados para conocer del litigio¹⁴⁶⁷. Por tanto, en estos casos, el TJUE hace referencia al lugar en el que el trabajador presta físicamente sus servicios para el empleador, con un claro criterio geográfico.

Por el contrario, si la prestación laboral se desarrolla en más de un Estado miembro, sin que exista consenso entre las partes sobre cuál de ellos es el habitual, la determinación del “lugar de prestación habitual de los servicios” es más problemática. Nuevamente, el TJUE nos ofrece indicaciones sobre cómo poder resolver este problema. Como punto de partida, el Tribunal de Luxemburgo señala la necesidad de realizar un análisis global de todos los elementos fácticos concurrentes en el caso para poder dar una respuesta¹⁴⁶⁸. Tras este análisis, procede situar el lugar de prestación habitual de servicios, generalmente, allí donde esté establecido el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador y en el cual, o desde el cual, este cumpla principalmente sus obligaciones laborales¹⁴⁶⁹ (criterio que algunos autores han denominado “organizativo”¹⁴⁷⁰). Un hecho relevante a tener en cuenta a la hora de determinar este centro efectivo de actividades es la existencia

¹⁴⁶⁵ ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, *op. cit.* (549) y doctrina ahí citada.

¹⁴⁶⁶ SSTJCE de 13 de julio de 1993 (C-125/92, asunto *Mulox IBC*, apartados 18 y 19); de 9 de enero de 1997 (C-383/95, asunto *Rutten*, apartado 17 y 24); de 27 de febrero de 2002 (C-37/00, asunto *Weber*, apartado 40); y de 10 de abril de 2003 (C-437/00, asunto *Pugliese*, apartado 18).

¹⁴⁶⁷ Por todos, asuntos *Mulox*, apartados 17 y 19; *Rutten*, apartados 22 a 24; y *Weber*, apartado 49. Del mismo modo, en aplicación del RRI –que también utiliza este criterio–, ha afirmado que este criterio ha de “interpretarse en el sentido de que garantiza la aplicabilidad de la ley del Estado en el que éste (el trabajador) ejerce su actividad profesional en vez de la del Estado en que está establecido el empresario”, lugar donde “el trabajador desempeña su función económica y social”; y dado que el medio profesional y político influye en la actividad laboral, “debe garantizarse en la medida de lo posible el respeto de las normas de protección laborales previstas en el Derecho de ese país” (asunto *Koelzsch*, apartado 42).

¹⁴⁶⁸ SSTJCE de 27 de febrero de 2002 (C-37/00, asunto *Weber*, apartado 58) y de 10 de abril de 2003 (C-437/00, asunto *Pugliese*, apartado 19).

¹⁴⁶⁹ SSTJCE, de 13 de julio de 1993 (C-125/92, asunto *Mulox IBC*, apartados 25 y 26) y de 9 de enero de 1997 (C-383/95, asunto *Rutten*, apartado 27). En el primer pronunciamiento, el TJUE localiza el centro efectivo de operaciones en el lugar en el que el trabajador tenía un despacho y había establecido su residencia, desde el que desempeñaba sus actividades profesionales y al que regresaba tras cada desplazamiento profesional (apartado 25). Por su parte, en la segunda sentencia, este lugar se sitúa allí donde el trabajador tenía un despacho, desde el cual organizaba sus actividades profesionales y al que regresaba después de cada desplazamiento profesional, siendo este mismo Estado miembro, además, el lugar donde el trabajador pasó la mayor parte de su tiempo de trabajo (considerando 27).

¹⁴⁷⁰ TODOLÍ SIGNES, A., “Capítulo segundo. La competencia judicial y la prueba de derecho extranjero...”, *op. cit.* (80).

de una oficina del trabajador en un Estado miembro pues, en caso de existir, se crea una presunción fuerte de que este centro está situado en dicho Estado miembro¹⁴⁷¹.

Cuando este centro efectivo de actividades no pueda identificarse, será necesario recurrir a otros criterios, ya sea el cualitativo o el cuantitativo/temporal. La jurisprudencia¹⁴⁷² parece decantarse, en primer lugar, por la aplicación del criterio cualitativo, es decir, aquel que se basa en la naturaleza e importancia del trabajo realizado en los diferentes lugares en los que el trabajador haya prestado sus servicios. Si, en atención a este segundo criterio, tampoco puede dirimirse la disyuntiva porque se prestan los mismos servicios en varios Estados miembros (situación que será la más habitual), entonces deberá recurrirse al criterio temporal. Este tercer criterio se basa en la duración del tiempo de trabajo en cada uno de los Estados miembros involucrados, debiendo valorarse la totalidad del periodo de actividad trabajado en virtud de la relación laboral en cuestión¹⁴⁷³. No obstante, este criterio no podrá ser aplicado si se verifica la voluntad inequívoca de las partes del contrato de convertir el último lugar de trabajo en nuevo lugar de prestación habitual de los servicios. En estos casos, la competencia la tendría el órgano jurisdiccional de este último lugar a pesar de ser el lugar donde se han prestado cuantitativamente menos servicios¹⁴⁷⁴. Así pues, puede concluirse que el criterio cuantitativo tendrá especial relevancia cuando se presten los mismos servicios simultánea o alternativamente en varios lugares.

¹⁴⁷¹ GRUŠIĆ, U., *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 1ª Edición, 2015, p. 112.

¹⁴⁷² STJCE de 27 de febrero de 2002 (C-37/00, asunto *Weber*). Sobre los problemas de coherencia derivados de la interpretación realizada en esta sentencia y, posteriormente, extendidos a otros pronunciamientos, *vid.* ampliamente, FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Atelier, 1ª Edición, Barcelona, 2019, pp. 175-195.

¹⁴⁷³ En cuanto a los transportistas internacionales, prestadores de servicios en una diversidad de Estados miembros, es importante tener en cuenta la STJCE, de 15 de marzo de 2011 (C- 29/10, asunto *Koelzsch*). En este pronunciamiento, el Tribunal de Luxemburgo realiza una interpretación especializada para este colectivo del concepto “Estado en el cual o a partir del cual se realiza habitualmente el trabajo”. En este caso, se entendió que este país era aquel en el que el trabajador cumplió la parte principal de sus obligaciones frente al empresario (apartado 50), teniendo en cuenta cuestiones fácticas como en qué Estado estaba situado el lugar a partir del cual el trabajador llevaba a cabo sus misiones de transporte, recibía las instrucciones sobre sus misiones y organizaba su trabajo, así como el lugar en que se encontraban las herramientas de trabajo, cuáles eran los lugares en que se efectuaba principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresaba una vez finalizadas sus misiones (apartado 49). Si bien este pronunciamiento versa sobre el Reglamento Roma I, también podría utilizarse a efectos interpretativos del artículo 21.1.a) RBI *bis*. En este sentido, ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, *op. cit.*, pp. 548-549. Sobre personal aéreo, véase la ya comentada STJUE 14 de septiembre de 2017 (C-168/16 y C-169/16, asuntos acumulados *Nogueira y otros*) –véase nota al pie 955–.

¹⁴⁷⁴ Esta regla de competencia a favor del último lugar de prestación habitual de los servicios también operaría en los casos en los que la relación laboral ya se haya extinguido en el momento de iniciar el procedimiento judicial. ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, *op. cit.*, p. 549 y doctrina ahí citada.

No obstante lo anterior, hay una matización fundamental que cierra la interpretación dada por el TJUE en esta materia y que puede hacer inaplicables las soluciones ofrecidas por los criterios antes expuestos. Esta matización consiste en dotar de carácter de presunción *iuris tantum* a la determinación del lugar de prestación habitual de los servicios realizada al amparo de cualquiera de los tres criterios anteriores (el organizativo, el cualitativo y/o el temporal), pudiendo desvirtuarse en caso de que la relación contractual presente vínculos más estrechos con otro Estado miembro¹⁴⁷⁵. Con ello se hace patente la finalidad que persigue el TJUE con su interpretación: lograr establecer como lugar de prestación habitual de los servicios el lugar más estrechamente vinculado con la disputa laboral¹⁴⁷⁶.

En definitiva, de todo lo expuesto puede concluirse la inexistencia de criterios universalmente válidos para la totalidad de los casos, debiendo recurrir a unos u otros en función de la naturaleza del trabajo prestado¹⁴⁷⁷.

VII.4.1.A.b. La extrapolación del modelo del Reglamento Bruselas I bis a las normas comunitarias de coordinación

422. Supuestos de aplicación. El artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004 resulta aplicable en los casos de prestación en un único Estado miembro, pues en caso de

¹⁴⁷⁵ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 19ª. Obligaciones contractuales...”, *op. cit.* (653). Esta interpretación de habitualidad, realizada en el marco del Reglamento Bruselas I *bis*, presenta problemas a la hora de extrapolarla a la esfera del Reglamento Roma I puesto que la regulación contenida en ambas normas no es exactamente idéntica: en el RRI se prevé la cláusula de escape, basada en la existencia de vínculos más estrechos, que permite aplicar preferentemente la ley de un país distinto al determinado por los criterios precedentes (entre ellos, el de habitualidad). Sin embargo, en el ámbito del RBI *bis* no existe tal cláusula, motivo por el cual, parece, el TJUE ha intentado incluir el criterio del “vínculo más significativo” a la hora de interpretar el concepto de habitualidad. Sobre este particular, *vid.* ampliamente, FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Capítulo XI. Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. temporalidad en las normas de derecho internacional privado del trabajo europeas”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coord.), *El desplazamiento de trabajadores...*, *op. cit.*, pp. 249-274 (262-273).

Esta falta de identidad normativa y de diferencia en los objetivos perseguidos por cada una de ellas, podría llevar a plantearnos la posible existencia de interpretaciones parcialmente diferentes del “lugar habitual de trabajo” en la esfera del RBI *bis* y el RRI (aunque las complicaciones prácticas nos conducirían, probablemente, a rechazar esta opción). En este sentido, hay autores que han apuntado que la coherencia no significa unidad (QUÉGUINER, J.-S., *Qualification et détermination de la compétence spéciale. L'exemple de la matière contractuelle*, tesis (Dir. C. Nourissat), Lyon, Université Lyon III, abril 2012, p. 465 y ss.). En otras palabras, el principio de coherencia también debe aplicarse coherentemente, en el sentido de que requiere un análisis casuístico, sin que pueda conllevar la extrapolación, automática, de conceptos, nociones o soluciones de un ámbito normativo a otro. En esta línea, SÁNCHEZ LORENZO, S., “El principio de coherencia en el Derecho Internacional Privado Europeo”, *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 70, núm. 2, julio-diciembre 2018, pp. 17-47 (46); y FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Habitualidad vs temporalidad...*, *op. cit.*, pp. 194-195.

¹⁴⁷⁶ GRUŠIĆ, U., *The European Private International Law of Employment*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁷⁷ LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “Capítulo tercero. Problemas que plantea la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales...*, *op. cit.*, pp. 99-132 (114). Sobre las posiciones contradictorias del Abogado General y la Comisión Europea ante el TJUE respecto de la preferencia de unos criterios sobre otros, *vid.* GRUŠIĆ, U., *The European Private International Law of Employment*, *op. cit.*, pp. 111-112.

actividad en dos o más de ellos, los Reglamentos de coordinación prevén una norma específica recogida en el artículo 13. Por este motivo, la propuesta interpretativa solo sería aplicable a los casos de teletrabajo en los que se entienda que solo hay prestación de servicios en un único Estado. Esto ocurrirá cuando el teletrabajador preste sus servicios desde su domicilio o telecentro la totalidad del tiempo, acudiendo solo esporádicamente o nunca a la sede empresarial situada en otro Estado miembro¹⁴⁷⁸.

423. La dudosa aplicación al teletrabajo alterno. En el resto de casos, es decir, cuando el teletrabajo es alterno, la cuestión es menos pacífica. La premisa para aplicar el artículo 11.3.a) del Reglamento de base es negar la existencia de prestación de servicios en más de un Estado, pero, en esta modalidad de teletrabajo, sería complicado rechazar la existencia de una verdadera prestación de servicios en varios Estados miembros.

Ello podría sostenerse cuando el teletrabajo represente una mínima parte de la jornada laboral (teletrabajo ocasional o marginal). Como ejemplo, puede recordarse la STJUE en el asunto X, donde se descartó que una persona que ejerce un 6'5 % de su jornada laboral desde su casa pueda conceptuarse como alguien que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros. Ello se ve confirmado con la introducción del artículo 14.5 *ter* del Reglamento de aplicación, respecto a la irrelevancia de las actividades marginales para determinar la legislación aplicable sobre la base del artículo 13 del Reglamento 883/2004. Como ya se ha señalado, en la Guía Práctica de la CACSS, las actividades marginales son aquellas que, aunque permanentes, son insignificantes desde la perspectiva del tiempo y del rendimiento económico. Como indicadores, además del umbral del 5 %, también podría tenerse en consideración la naturaleza de la actividad, señalando expresamente las “*actividades de apoyo [...] que se realizan desde el hogar*”¹⁴⁷⁹. Así pues, si se considera el teletrabajo como una actividad marginal a efectos de la determinación de la legislación aplicable, deberá concluirse que el trabajador realiza una actividad únicamente en un Estado miembro (aunque sí será de aplicación el procedimiento del artículo 16 del Reglamento 987/2009). En estos casos, sería procedente la aplicación de la *lex loci laboris* sin tener en cuenta el trabajo prestado en la modalidad de teletrabajo.

Si el teletrabajo tuviera un peso considerable, en cambio, sería más complicado de defender que este no afecta a la regla de conflicto aplicable. A mayor abundamiento, las

¹⁴⁷⁸ El análisis efectuado sobre el teletrabajo desde el punto de vista de las normas de coordinación se centra en el caso de prestación de servicios para un único empleador (por ser el más común), sin valorar situaciones más complejas (relaciones triangulares, grupos de empresa, etc.).

¹⁴⁷⁹ Guía Práctica de la CACSS, pp. 28-29/57 (más ampliamente sobre esta cuestión, véase número 306). Esta consideración podría extrapolarse también al resto de modalidades de teletrabajo en función del elemento espacial en la medida en la que se trate de actividades que podrían considerarse como “de apoyo” y representen un porcentaje reducido.

dos ocasiones en las que la Guía del Trabajador Móvil Europeo¹⁴⁸⁰ hace referencia expresa al teletrabajo son, precisamente, respecto a su modalidad alternativa, indicando la aplicación de las reglas del artículo 13 del Reglamento de base. Asimismo, parece que la CACSS también ha optado por localizar la prestación de teleservicios en el lugar donde este se desarrolla físicamente¹⁴⁸¹.

424. La insuficiencia del criterio geográfico. La interpretación dada por el TJUE en la esfera de la competencia judicial internacional para los casos de prestación de servicios en, o partir de, un único lugar de trabajo (que, si bien podría ser de utilidad en otros supuestos), no supone gran variación respecto del concepto de “lugar de ejercicio de la actividad” manejado en el ámbito de las normas de coordinación para los casos de teletrabajo. En ambos casos, se trata de un concepto ligado a la prestación física de servicios en un determinado lugar.

Si extrapolamos esta interpretación al artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004 en los supuestos en los que se entienda que el teletrabajo es prestado en un único lugar (el domicilio del teletrabajador o un telecentro), el lugar de ejercicio podría situarse allí donde se presten físicamente los servicios y donde se haga uso de las NTIC por parte del teletrabajador¹⁴⁸², sin que el elemento telemático condicione la naturaleza jurídico-laboral de esta relación¹⁴⁸³. Pero, precisamente, esta es la interpretación que parte de la doctrina ha querido flexibilizar recurriendo a la jurisprudencia comunitaria en materia de competencia judicial internacional.

425. La necesidad de una interpretación más flexible. Más significativa resulta, en cambio, la interpretación de lugar de prestación habitual de los servicios por la que este se presume situado, salvo prueba de vínculos más estrechos con otro lugar, donde se encuentre el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador y, si este no existiese, o bien donde se presten los servicios más relevantes (criterio cualitativo) o bien, subsidiariamente, donde se preste la mayor parte de la actividad (criterio temporal).

¹⁴⁸⁰ ESSERS, G. y DISTLER, K., *Guide for mobile European workers*, EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION (ETUC), 4ª Edición, Bruselas, 2017, pp. 21 y 84, disponible en https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/files/mobility_guide_uk.pdf

¹⁴⁸¹ JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 5/34.

¹⁴⁸² En esta línea, VV. AA., “Capítulo 16. III. Trabajo en el extranjero e internacionalización de la relación laboral”, en VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre Contrato de Trabajo*, Francis Lefebvre, enero 2020, marginal 4536; y CARRILLO POZO, L., F., “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 129-162 (135).

¹⁴⁸³ SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, *op. cit.* (1127).

Si aplicamos esta jurisprudencia a los supuestos de teletrabajo, es muy probable que exista un centro efectivo de actividades situado en el lugar donde, o a partir del cual, el teletrabajador preste físicamente sus servicios. Este lugar será, probablemente, su domicilio o un telecentro (que podría entenderse como la “oficina” del teletrabajador), siendo este lugar en el cual prestará sus servicios haciendo uso de las NTIC. De las sentencias del TJUE en este punto se desprende, también aquí, un importante elemento geográfico.

426. El criterio alternativo de la relación laboral. De cuanto antecede se concluye que la alternativa fundamental para determinar el lugar de ejercicio de la actividad para el teletrabajo sea el recurso al criterio de los vínculos más estrechos. La cuestión que se plantea a continuación es determinar cómo podría concretarse este concepto jurídico indeterminado para estos supuestos.

Doctrina cualificada en el ámbito de los Reglamentos de coordinación ha señalado el criterio de la relación laboral como revelador de una posible conexión más estrecha del teletrabajador con un Estado miembro diferente al de prestación física de los servicios¹⁴⁸⁴. El criterio de la relación laboral no es ajeno a las normas de coordinación, pues está presente en algunas de las excepciones de la *lex loci laboris* previstas expresamente en su articulado. Ejemplos de ello son las reglas para el desplazamiento temporal de trabajadores (art. 12 del Reglamento 883/2004) y para la prestación de servicios de funcionarios públicos (art. 11.3.b del Reglamento 883/2004). En los casos de teletrabajo, se ha entendido que este lugar más estrechamente vinculado con la relación laboral podría situarse en el lugar donde se encuentre el establecimiento empresarial y no en el de prestación física de los servicios, aunque no en todos los casos.

427. Correcciones al modelo. En el apartado anterior, cuando hemos aludido a la interpretación del lugar de prestación habitual de servicios dada por el TJUE al amparo de los Reglamentos Bruselas *I bis* y Roma I, se ha señalado que la intención de las partes puede ser relevante en ciertos casos. En efecto, se ha indicado que, si las partes coinciden en reconocer un mismo lugar como el de prestación habitual de los servicios, este será designado como tal. Igualmente, si las partes acuerdan modificar este lugar, será el nuevo destino acordado el lugar de prestación habitual de los servicios. Sin embargo, la doctrina ha cuestionado —a mi parecer, acertadamente— que la intención contractual pueda jugar papel alguno en la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social al

¹⁴⁸⁴ LHERNOULD, J.-P., “ Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (459).

amparo de los Reglamentos de coordinación, materia regida por normas de carácter imperativo y, por tanto, indisponibles para las partes¹⁴⁸⁵.

Por otro lado, también se ha señalado que, a la hora de determinar el lugar de prestación habitual de los servicios en aplicación del criterio temporal, debe valorarse la totalidad del periodo de actividad trabajado en virtud de la relación laboral en cuestión. Esto puede ser problemático desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social a la relación de afiliación, que surte efectos desde el mismo momento de inicio de la relación laboral. En ese momento, no existirá “relación laboral” que analizar en pasado, sino en futuro. Por ello, sería más conveniente que, para aplicar este criterio, se tuviera en cuenta cómo se va a articular, previsiblemente, la relación laboral, sin perjuicio de que, si las circunstancias cambian, pueda producirse un cambio de legislación aplicable. La importancia de las previsiones a la hora de determinar la ley aplicable a la relación de afiliación no es algo novedoso. Podemos encontrar importantes ejemplos de ello en los artículos 12 del Reglamento de base (duración previsible del desplazamiento) y 4.10 del Reglamento de aplicación (respecto a la determinación de la “parte sustancial” de la actividad del artículo 13 del Reglamento 883/2004).

428. Críticas al criterio alternativo. El criterio alternativo extraído de la jurisprudencia en materia de competencia judicial internacional dota a la determinación del “lugar de ejercicio” del artículo 11.3.a) de una gran flexibilidad que podría ser útil, no solo para los casos de teletrabajo, sino también para otras situaciones nuevas que vienen aparejadas a la generalización del uso de las NTIC. Sin embargo, recurrir a un criterio como el de los vínculos más estrechos para determinar la ley aplicable (ya sea en materia de contrato de trabajo, ya sea en materia de Seguridad Social), supone un importante problema desde el punto de vista de la predictibilidad de la ley aplicable y la seguridad jurídica en el tráfico internacional al dejar la decisión final en manos de la apreciación de los hechos que haga el juez en cuestión¹⁴⁸⁶. Frente a estas críticas, se ha

¹⁴⁸⁵ Sobre este cuestionamiento, LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (459). Este autor hace referencia a una sentencia de la *Cour de cassation* francesa relativa a la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo. En esta sentencia, al igual que parece hacer el TJUE, se otorga un peso importante a la intención contractual para determinar la ley aplicable al contrato de trabajo, en este caso, en un supuesto de teletrabajo informal durante una parte importante de la jornada; peso que Lhernould cuestiona que pudiera ser aplicable en caso de estar dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación dado su carácter indisponible. En este sentido, exponiendo los problemas derivados de otorgar poder de decisión a las partes de la relación laboral (riesgo de elección del lugar con menores costes para el empleador; contrario al carácter imperativo del sistema de normas de conflicto de los Reglamentos; y riesgo de minar la solidaridad financiera entre sistemas de Seguridad Social contribuyendo a casos de abuso), JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (183).

¹⁴⁸⁶ Sobre la indeseable falta de seguridad jurídica en materia de competencia judicial internacional por este mismo motivo, ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, *op. cit.*, p. 549 y doctrina ahí citada.

defendido la oportunidad de un criterio flexible e indeterminado por su adaptabilidad a un mundo en continuo cambio y, sobre todo, por la limitación que tal indeterminación supone para los empleadores que quieran aprovechar las reglas de manera torticera¹⁴⁸⁷.

VII.4.1.A.c. La puesta en práctica de la propuesta interpretativa

429. El centro de la propuesta: los vínculos más estrechos. Coincidiendo con la doctrina científica citada, considero como una alternativa coherente y útil la adaptación de la interpretación dada en el ámbito de la competencia judicial internacional al ámbito de la coordinación de Seguridad Social. Esta extrapolación supondría equiparar el “lugar de ejercicio” del artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004, salvo existencia de vínculos más estrechos, al lugar donde se encuentre el centro efectivo de las actividades profesionales del teletrabajador. Si tal centro efectivo no existiese (lo cual no será muy habitual), entonces entrarían en juego otros criterios como el cualitativo o, subsidiariamente, el temporal.

De este modo, podrían tener acomodo dentro de este concepto multitud de supuestos, ya sean prestaciones tradicionales de servicios (en las que sería sencillo determinar el centro efectivo de actividades, sin existir mayores complicaciones), ya sean nuevas formas de prestaciones de servicios a través de las NTIC¹⁴⁸⁸. La tarea más complicada (y, al mismo tiempo, fundamental) para garantizar la eficacia de esta interpretación sería precisar las circunstancias a valorar para determinar la existencia de una vinculación más estrecha con otro lugar distinto al de prestación física de los servicios. De conformidad con lo argumentado por la doctrina, dotar de mayor relevancia al criterio de la relación laboral sería conveniente para poder conseguir el objetivo pretendido. No obstante, conviene hacer algunas precisiones adicionales acerca de la aplicación de este criterio a los casos de teletrabajo, en función de las circunstancias concurrentes.

430. Indicios para determinar los vínculos más estrechos en los casos de teletrabajo. Ya se ha comentado en diversas ocasiones la gran cantidad de casos diferentes en los que se puede encontrar el teletrabajo en la realidad, por lo que sería

¹⁴⁸⁷ Así lo ha reconocido el TJUE, en materia de competencia judicial internacional (por todas, STJUE de 14 de septiembre de 2017 –C-168/16 y C-169/16, asuntos acumulados *Nogueira y otros*, apartado 62–): “Ese método indiciario permite no sólo reflejar mejor la realidad de las relaciones jurídicas, puesto que obliga a tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador (véase, por analogía, la sentencia de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, C-29/10, EU:C:2011:151, apartado 48), sino también evitar que un concepto como el «lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo» se vea instrumentalizado o contribuya a la práctica de estrategias de elusión de obligaciones (véase, por analogía, la sentencia de 27 de octubre de 2016, *D’Oultremont y otros*, C-290/15, EU:C:2016:816, apartado 48 y jurisprudencia citada).

¹⁴⁸⁸ Sobre las posibles aplicaciones de este criterio de conexión, JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, op. cit., pp. 54, 56-57/64.

oportuno contar con una serie de indicios generales que pudieran ayudar a los tribunales en su compleja tarea de determinar los vínculos más estrechos de la relación laboral con un determinado lugar. Para ello, partiendo de los supuestos a los que puede resultar aplicable esta propuesta, considero necesario distinguir tres escenarios posibles, dos de ellos ya abordados por la doctrina científica.

Primer escenario: imaginemos un trabajador que presta sus servicios en la modalidad de teletrabajo a domicilio desde el Estado A para una empresa situada en el Estado B. Este trabajador se desplaza periódicamente a la sede empresarial situada en el Estado B, no para prestar servicios propiamente, sino para recibir cursos de formación, asistir a reuniones con clientes, etc.

En este caso, el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador estará situado, presumiblemente, en el lugar de su domicilio por prestar ahí sus servicios (a modo de oficina particular). Esto nos llevaría a aplicar la ley de Seguridad Social del Estado A. Sin embargo, el trabajador viaja periódicamente a la sede empresarial situada en el Estado B, lugar desde el que emanan las directrices que debe seguir para prestar sus servicios y desde donde se realiza el control empresarial de la actividad laboral. Teniendo todo ello en cuenta, podría entenderse que la relación laboral está más estrechamente vinculada con el Estado B, a pesar de que la prestación de servicios se realice desde el Estado A. Con esta solución se podría conseguir uno de los objetivos fijados por el AMET (art. 4) y por el resto de normas en materia de teletrabajo: la igualdad de trato entre los teletrabajadores y el resto de empleados de la misma empresa en materia de Seguridad Social, al estar todos ellos sujetos a la misma ley. Además, con ello se evitarían, también, situaciones de *dumping* social, con el consiguiente beneficio para los teletrabajadores¹⁴⁸⁹, el principio de progreso social y la lucha contra la competencia desleal entre empresas. En este sentido, considero que estos vínculos más estrechos podrían verse aún más reforzados si la modalidad de teletrabajo fuera interactiva y el poder de dirección y el control empresarial ejercidos sobre el teletrabajador fueran intensos.

Segundo escenario: imaginemos un trabajador que presta sus servicios en la modalidad de teletrabajo a domicilio desde el Estado A para una empresa situada en el Estado B. El trabajador no acude nunca a la sede empresarial situada en este último Estado y la conexión utilizada para prestar sus teleservicios es la desconectada (o unidireccional).

Al igual que en el escenario anterior, el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador estará situado, presumiblemente, en el lugar de su domicilio por prestar ahí sus servicios (a modo de oficina particular). Esto nos llevaría a aplicar la

¹⁴⁸⁹ Sobre este primer escenario, *vid.* JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B, *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 5/34. Apoyando esta posición, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y *dumping* social...”, *op. cit.* (51).

ley de Seguridad Social del Estado A. La misma conclusión podría alcanzarse a través del examen de los vínculos más estrechos. En estos otros supuestos, se ha defendido que la relación de trabajo podría situarse allí donde se presten los servicios físicamente por el teletrabajador¹⁴⁹⁰. La no presencia del teletrabajador en la sede empresarial en ninguna ocasión podría ser un indicio de vínculos distantes con el empleador, lo cual podría verse acentuado si la modalidad de conexión utilizada fuera la desconectada o unidireccional. Sin embargo, ello no excluye que algún supuesto específico, excepcionalmente, pueda presentar los citados vínculos más estrechos con el Estado B, por ejemplo, si el poder de dirección y control empresarial ejercidos sobre el trabajador fueran muy intensos.

Tercer escenario: imaginemos un trabajador que presta sus servicios en la modalidad de teletrabajo a domicilio desde el Estado A para una empresa situada en el Estado B. El trabajador nunca acude a la sede empresarial situada en este último Estado y la conexión utilizada para prestar sus teleservicios es la interactiva.

Como en los casos anteriores, el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador estará situado, presumiblemente, en el lugar de su domicilio por prestar ahí sus servicios (a modo de oficina particular). Esto nos llevaría a aplicar la ley de Seguridad Social del Estado A. Pese a ello, ¿podría defenderse, en estos casos, la existencia de vínculos más estrechos con el lugar donde se encuentra el empleador –Estado B–? Teniendo en cuenta lo analizado anteriormente, esta postura podría defenderse sobre la base de que este lugar sigue siendo donde se encuentra la generalidad de la plantilla empresarial, de donde emanan las instrucciones y directrices del empleador, donde este realiza el control de la actividad laboral (puede que a tiempo real e, incluso, de manera más intensa que el control que ejercería en caso de prestación en las instalaciones empresariales) y donde la prestación de servicios es aprovechada, siendo totalmente irrelevante el lugar de prestación física de los servicios. No obstante, en mi opinión, habría que estar, entre otras cuestiones, al modo en el que el empresario ejerce su poder de dirección y control, pues cuanto más intenso sea este, podría entenderse que el teletrabajador está más vinculado con el Estado B.

431. La oportunidad de la adaptación interpretativa. Considero conveniente, por tanto, que el TJUE decidiera utilizar una interpretación similar a la dada para los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I en el ámbito de las normas de coordinación a la hora de determinar el lugar de ejercicio de la actividad (a salvo de modificación normativa en esta materia en las normas de coordinación). De este modo, los tres pilares del modelo

¹⁴⁹⁰ LHERNOULD, J.-P., “Conflicts de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (459), pero sin referencia a la modalidad del teletrabajo en función de la conexión.

europeo de Derecho Internacional Privado¹⁴⁹¹ aplicable a las relaciones laborales internacionales conducirían a conclusiones más próximas, mejorando la coordinación de todos ellos¹⁴⁹². Es cierto que, mientras los dos primeros reglamentos hablan de “lugar o país en el que, o desde el cual, el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo”, los Reglamentos de coordinación hacen referencia a un concepto no exactamente coincidente como es el de “lugar de ejercicio de una actividad”. Sin embargo, ambos conceptos no distan mucho entre sí, siendo el segundo más amplio que el primero, al no contener la expresión “habitual”, pudiendo entenderse compatible con el tenor del precepto la extrapolación –al menos parcial– de la jurisprudencia señalada. No obstante, como ya se ha indicado, no puede perderse de vista que, a diferencia del RBI *bis* y del RRI, el Reglamento 883/2004 incorpora una norma específica para los supuestos de prestación de servicios en más de un Estado miembro. Esta discrepancia haría necesaria una modificación de la adaptación del lugar de ejercicio habitual de la actividad en la esfera de la Seguridad Social (solo aplicable a los casos en los que se entienda realizada la actividad en un solo Estado de manera significativa¹⁴⁹³), o una modificación más generalizada del sistema de normas de conflicto (lo que parece mucho más complicado de conseguir).

Asimismo, la intención del legislador comunitario al introducir ambos criterios era la misma: la búsqueda del lugar más vinculado con la relación laboral que, tradicionalmente y con carácter general, se situaba en el lugar de prestación física de los servicios. Sin embargo, desde la inclusión de estos conceptos hasta nuestros días, han acontecido numerosos cambios que han exigido una reinterpretación de los textos para poder conseguir el citado objetivo de la vinculación estrecha. Esta reinterpretación se ha dado en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo. Sería un buen momento para que este avance llegara también al tercer pilar del sistema, contando con una jurisprudencia avanzada en este punto.

¹⁴⁹¹ Con las salvedades que tiene la inclusión de la Seguridad Social dentro del concepto de DIPr expuestas en el CAPÍTULO V.

¹⁴⁹² Las interrelaciones entre los tres ámbitos de las relaciones laborales internacionales ya se han ido apuntando, por ejemplo, al hablar de la referencia al asunto *Koezlsch* como criterio residual para determinar la sede o domicilio de la empresa o empleador del trabajador en la Guía práctica de la CACSS; la utilización del criterio de la “base” de la rama de Seguridad Social para el personal aéreo en materia de competencia judicial internacional en los asuntos acumulados *Nogueira y otros*; o la utilización de un criterio similar al de los vínculos más estrechos del RRI en el asunto *Kik*.

¹⁴⁹³ Como ejemplo más evidente, piénsese en los trabajadores del transporte internacional. Mientras que, al amparo del RBI *bis* y el RRI, podría determinarse un lugar “a partir del cual” se desarrollan sus servicios, calificando al mismo como lugar de prestación habitual de su actividad; en el Reglamento 883/2004, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 13, por ser una prestación de servicios prestada en más de un Estado miembro. Igualmente, en el caso de los desplazamientos de trabajadores (sin regulación específica en los RBI *bis* y RRI), el Reglamento de base ya reconoce una especie de preferencia por el lugar de prestación habitual de los servicios en su artículo 12, siendo de aplicación sin necesidad de recurrir a adaptaciones interpretativas del artículo 11.3.a).

VII.4.1.B. El teletrabajo como elemento disruptivo del carácter territorial de la prestación de servicios

VII.4.1.B.a. La alteración del lugar de prestación de servicios por la naturaleza del teletrabajo

432. El teletrabajo y la territorialidad. Las dos posiciones anteriores parten de la consideración territorial de los servicios prestados sin que el teletrabajo altere la naturaleza de los mismos. Sin embargo, resulta interesante explorar otras posibilidades, cuyo origen se encuentra en la doctrina científica en materia de ley aplicable al contrato de trabajo. Un sector doctrinal ha considerado que, en los casos de teletrabajo transnacional en su modalidad interactiva¹⁴⁹⁴, cabría una interpretación alternativa posible, capaz de evitar el riesgo de *dumping* social asociado a la identificación del lugar físico de prestación de los teleservicios con el de ejercicio de la actividad.

433. El criterio de fungibilidad geográfica. Una primera posibilidad explorada ha sido el “criterio de fungibilidad geográfica” de esta prestación¹⁴⁹⁵. Así, se ha debatido sobre si la interactividad presente en este modo de conexión neutralizaría el distanciamiento geográfico entre el teletrabajador y la empresa, hasta el punto de entender que la prestación de servicios se realiza desde donde se ubica esta última, aunque dicha prestación sea virtual¹⁴⁹⁶. De conformidad con esta interpretación, el lugar de ejercicio de la actividad sería aquel donde se encuentre el terminal que permita el diálogo interactivo entre las partes¹⁴⁹⁷, asemejando esta situación a la “presencia virtual” del trabajador en este lugar¹⁴⁹⁸ donde la prestación del trabajo es dirigida y aprovechada¹⁴⁹⁹, independientemente de la ubicación física del teletrabajador (siendo esta ubicación secundaria¹⁵⁰⁰).

¹⁴⁹⁴ Al ser la única modalidad que permite un diálogo inmediato y continuo entre las partes, con posibilidad de utilizar controles a tiempo real más intensos, incluso, que los tradicionales. SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, *op. cit.* (1133); y MORENO MÁRQUEZ, A., “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, *Revista de contratación electrónica*, núm. 58, marzo 2005, versión electrónica, pp. 22 y 25/34. Esta autora considera que el resto de modalidades de teletrabajo no requieren de tales adaptaciones dada su similitud con el trabajo tradicional, sin que exista una asimilación de la presencia virtual con la física.

¹⁴⁹⁵ SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, *op. cit.* (1134).

¹⁴⁹⁶ Razonamiento utilizado, en materia de determinación de la ley aplicable, por SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, *op. cit.* (1133-1134).

¹⁴⁹⁷ Razonamiento utilizado, también en materia de determinación de la ley aplicable, por ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, *op. cit.* (1146).

¹⁴⁹⁸ Sobre el teletrabajo como una forma distinta de presencia, SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, *op. cit.*, p. 124 y doctrina ahí citada.

¹⁴⁹⁹ SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización...*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁰⁰ MORENO MÁRQUEZ, A., “Ley aplicable al teletrabajo transnacional...”, *op. cit.*, p. 3/34.

La principal ventaja ofrecida por esta interpretación, es que permitiría otorgar el mismo trato a los teletrabajadores que prestan sus servicios en la modalidad interactiva dentro y fuera de las fronteras nacionales¹⁵⁰¹; así como a todos los trabajadores de la empresa en general, ya sean teletrabajadores o no, cumpliendo con el objetivo recogido en el artículo 4 del AMET¹⁵⁰².

A pesar de esta ventaja, al igual que ha apuntado la doctrina en materia de ley aplicable al contrato de trabajo, también en materia de Seguridad Social podría considerarse “artificial” tratar de situar el “lugar de ejercicio” donde se encuentre situado el terminal de la empresa (cualquiera que sea la modalidad de teletrabajo), por alejarse del propio tenor literal de la norma (de marcado carácter geográfico) y la inequívoca intención del legislador comunitario perseguida al introducir tal punto de conexión en el Reglamento de base¹⁵⁰³. Por ello, en mi opinión, no resulta oportuno realizar una interpretación adaptativa del concepto “centro efectivo de actividades” al teletrabajo tratando de situar este allí donde se encuentre el terminal de la empresa, de donde parten las instrucciones y desde donde se realiza el seguimiento y control de la prestación laboral (centro de actividades “virtual”).

434. El teletrabajo como prestación plurilocalizada. La segunda posibilidad explorada por la doctrina científica ante los problemas detectados respecto de la anterior, se ha centrado en la consideración de esta prestación de teleservicios como realizada, simultáneamente, en dos lugares diferentes: 1) el lugar donde se encuentra físicamente prestando los servicios el teletrabajador; y 2) el lugar donde son aprovechados esos servicios por parte del empresario y se encuentra situado el terminal¹⁵⁰⁴.

En mi opinión, esta alternativa sería más razonable en la medida en la que no prescinde absolutamente del criterio geográfico, al tiempo que añade una particularidad derivada de la prestación virtual de servicios. No obstante, su puesta en práctica, que se regirá por lo señalado en relación con la jurisprudencia relativa al RBI *bis* y el RRI, puede generar problemas desde el punto de vista del Reglamento 883/2004 (por la existencia del artículo 13, importante elemento diferenciador). A mi parecer, lo más razonable, si se quiere hacer una interpretación muy flexible, sería decantarse por la imposibilidad de identificar un único centro efectivo de actividades, debiendo acudir a los criterios

¹⁵⁰¹ *Ibíd.*, p. 25/34.

¹⁵⁰² En este sentido, sobre la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 5/34.

¹⁵⁰³ En este sentido, pero en materia de ley aplicable al contrato de trabajo, SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización...*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁰⁴ SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización...*, *op. cit.*, p. 70 y doctrina ahí citada.

cualitativo y temporal para optar por un lugar u otro. Todo ello, salvo la existencia de vínculos más estrechos de la relación laboral con otro lugar.

435. La puesta en práctica de estas alternativas. Partiendo de los ejemplos señalados en el apartado anterior, las conclusiones alcanzadas podrían variar de entender aplicables estas interpretaciones adaptativas propuestas.

Primer escenario: imaginemos un trabajador que presta sus servicios en la modalidad de teletrabajo interactivo a domicilio desde el Estado A para una empresa situada en el Estado B. Este trabajador se desplaza periódicamente a la sede empresarial situada en el Estado B, no para prestar servicios propiamente, sino para recibir cursos de formación, asistir a reuniones con clientes, etc.

Siguiendo esta posición doctrinal, podría entenderse que existe un centro efectivo “virtual”, exclusivo o concurrente con el de prestación física de los servicios. En el primer caso, al existir un solo centro efectivo coincidiendo con el virtual, la ley aplicable sería la del Estado B, aunque sería difícil de sostener esta posición dada su total desvinculación con el criterio geográfico presente en la propia regla del Reglamento 883/2004.

En el segundo caso, si entendemos que existen dos centros, uno físico y otro virtual, dada la imposibilidad de optar por uno u otro al ser igualmente relevantes, deberían aplicarse los criterios cualitativo y temporal para resolver la disputa¹⁵⁰⁵. Lo primero que deberíamos discernir ahora es si las actividades prestadas a través de las NTIC deben considerarse realizadas exclusivamente en el Estado A o, por el contrario, si se pueden entender realizadas en ambos lugares al mismo tiempo. Las actividades desarrolladas en el Estado B podrían considerarse más relevantes que las desarrolladas en el Estado A, obteniendo la aplicación de la ley del primer Estado. Si, por el contrario, se consideraran igualmente relevantes las funciones realizadas en ambos Estados, entonces habría que acudir al criterio temporal. En aplicación de este criterio, será aplicable la ley del Estado B si la teleprestación se localiza en ambos Estados o, la del Estado A, si solo se considera prestada en el Estado A. No obstante, en virtud de la cláusula de los vínculos más estrechos, se podría defender la aplicación de la ley del Estado B. Por tanto, se podría llegar a la misma conclusión que la expuesta en el epígrafe anterior para este mismo supuesto, pero tras un análisis más complejo.

Con todo, considero que esta propuesta alternativa se aleja demasiado del tenor literal del precepto y de la voluntad del legislador comunitario al redactarlo, siendo más coherente optar por una interpretación “clásica” del centro efectivo de las actividades,

¹⁵⁰⁵ Si la premisa para aplicar el artículo 11.3.a) del Reglamento de base es negar la existencia de prestación de servicios en más de un Estado, podría ser problemático argumentar la existencia de dos centros efectivos de trabajo, sino que más bien debería concluirse la inexistencia de un centro efectivo como tal y acudir al resto de criterios.

pero corregida con la cláusula de los vínculos más estrechos, que nos permitiría alcanzar resultados bastante satisfactorios con un análisis más sencillo de los hechos.

Tercer escenario: imaginemos un trabajador que presta sus servicios en la modalidad de teletrabajo interactivo a domicilio desde el Estado A para una empresa situada en el Estado B. El trabajador nunca acude a la sede empresarial situada en este último Estado y la conexión utilizada para prestar sus teleservicios es la interactiva.

De nuevo, si atendemos a las propuestas de este sector doctrinal en este supuesto, el centro efectivo de actividades podría considerarse situado virtualmente en el Estado B, de manera exclusiva o concurrente con otro centro situado en el Estado A. En el primer caso, la existencia de ese solo centro efectivo en el Estado B, conduciría a la aplicación de la legislación de este Estado.

En el segundo caso, si entendemos que existen dos centros (el físico y el virtual) igualmente relevantes, deberían aplicarse los criterios cualitativo y temporal para resolver la disputa¹⁵⁰⁶. Si se considera que los teleservicios a través de las NTIC solo se prestan desde el Estado A, será aplicable la ley de este Estado. Por el contrario, si se considera que los teleservicios se prestan en ambos Estados, entonces habría que acudir al criterio temporal, que tampoco solucionarían el problema, debiendo aplicar la cláusula de los vínculos más estrechos. En todos estos casos, el análisis de la situación podría conducirnos a vincular la relación laboral con el Estado B, pero tras un análisis más enrevesado. Por ello, huelga decir, otra vez, que no me considero partidaria de esta interpretación.

VII.4.1.B.b. El teletrabajo como una prestación de servicios no territorial

436. La desterritorialización del teletrabajo. Como se ha señalado, el teletrabajo ha sido considerado un fenómeno de “desmaterialización del trabajo”, pues este permite que la prestación laboral se realice en cualquier momento y desde cualquier parte¹⁵⁰⁷. Este planteamiento nos podría conducir a valorar una última opción, basada en la ubicuidad del teletrabajo, que considerara este, no como un elemento de alteración de la territorialidad clásica de la prestación laboral, sino como una verdadera prestación de servicios realizada al margen de ella. Dicho de otro modo, se podría intentar defender que la prestación de teleservicios no se realiza en el territorio de ningún Estado (sea el de presencia física del teletrabajador, sea el de ubicación del terminal de la empresa), sino

¹⁵⁰⁶ Nuevamente, si la premisa para aplicar el artículo 11.3.a) del Reglamento de base es negar la existencia de prestación de servicios en más de un Estado, podría ser problemático argumentar la existencia de dos centros efectivos de trabajo, sino que más bien debería concluirse la inexistencia de un centro efectivo como tal y acudir al resto de criterios.

¹⁵⁰⁷ JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, op. cit., p. 27/64.

en el “ciberespacio”. Sin embargo, a mi parecer, este planteamiento solo podría tener alguna viabilidad en los supuestos de teletrabajo *on-line* en su vertiente interactiva.

437. ¿Posible aplicación de los Reglamentos de coordinación? Si partimos de la base de que la prestación de servicios no se presta en ningún Estado, sino en el ciberespacio (lugar sin propiedad estatal definida), podría defenderse la aplicación de los Reglamentos de coordinación en atención a la jurisprudencia del TJUE consolidada en los asuntos *Aldewereld, Bakker, Kik* y *SF*¹⁵⁰⁸.

En consonancia con esta jurisprudencia, podría concluirse que los Reglamentos de coordinación resultan de aplicación a un supuesto de teletrabajo si la relación laboral está suficientemente vinculada con el territorio comunitario. Esta vinculación tendría lugar, al menos, cuando se cumplieran tres requisitos: 1) que el teletrabajador fuera un nacional de la UE, 2) con residencia en un Estado miembro; y 3) empleado por una empresa establecida en otro Estado miembro.

Una vez determinada la aplicabilidad de los Reglamentos de coordinación, deberá determinarse la concreta norma de conflicto que resolverá el conflicto de leyes. Dada la inexistencia de una norma concreta para el teletrabajo, lo más razonable, al amparo del actual Reglamento 883/2004, sería acudir a la regla supletoria del artículo 11.3.e), especialmente tras el asunto *SF*¹⁵⁰⁹. Esta norma de conflicto nos conduciría a la ley del Estado miembro de residencia, lo cual no soluciona la problemática inicialmente expuesta sobre el teletrabajo.

Una mejor solución vendría dada por la aplicación de la doctrina del asunto *Kik*, basada en la mayor conexión del lugar de establecimiento empresarial con la relación laboral y, por ende, la competencia de esta legislación para regir la relación de afiliación. Sin embargo, como ya he señalado en el capítulo anterior, considero difícil de sostener la aplicación de esta doctrina al amparo de los nuevos Reglamentos de coordinación dada la interpretación que el TJUE ha realizado en el asunto *SF*, en clara consonancia con el tenor literal del precepto 11.3.e) del Reglamento 883/2004.

De cualquier modo, el asunto *Kik* puede considerarse como una aplicación más directa del criterio de los vínculos más estrechos. No obstante, además de los problemas de su aplicación tras el Reglamento 883/2004, la conclusión no distaría mucho de la que podría conseguirse de extrapolar la jurisprudencia recaída sobre los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I ya comentada. Esta extrapolación, además, es más acorde con el sistema de las normas de conflicto del Título II del Reglamento de base, sin necesidad de recurrir a una “desterritorialización” de la prestación laboral.

¹⁵⁰⁸ Sobre esta jurisprudencia, véase *supra*, número 74.

¹⁵⁰⁹ Sobre esta jurisprudencia, véase *supra*, apartado VI.6.2.

VII.4.2. Teletrabajo transnacional, ¿prestación de servicios en más de un Estado?

438. Las reglas del artículo 13 del Reglamento 883/2004. En contraposición a todas las alternativas expuestas en el epígrafe anterior, si se entendiera que, en un caso de teletrabajo, la actividad se desarrolla en dos o más Estados miembros, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de base¹⁵¹⁰.

Como ya se ha señalado, este precepto indica que, en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros (ya sea de manera simultánea, ya sea de manera alternativa), será aplicable la legislación del Estado miembro de residencia del trabajador si se ejerce una parte sustancial de la actividad en dicho Estado (apartado 1.a). Se entenderá que se realiza una “parte sustancial” de la actividad en el Estado de residencia cuando se desarrolle en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de actividades laborales, cuantía que se cifra en un mínimo del 25 % del total (art. 14.8 del Reglamento 987/2009). Como criterios orientativos para realizar esta cuantificación, se podrán tener en cuenta el tiempo de trabajo o la remuneración percibida en el caso de las actividades asalariadas. Para ello, deberá considerarse la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes a la hora de determinar esta cuestión (art. 14.10 del Reglamento 987/2009).

En caso contrario, esto es, si no se realizara una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia, resultará de aplicación la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador (apartado 1.b.i), entendiéndose situado este allí donde se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central (art. 14.5 *bis* del Reglamento 987/2009).

439. La aplicación de estas reglas al teletrabajo. En este momento, resulta oportuno recordar la sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2017 (C-570/15, asunto X), dictada en un caso de teletrabajo a domicilio durante un porcentaje muy reducido de la jornada laboral (menos del 6'5 %), sin haberse acordado previamente entre las partes (teletrabajo informal). En esta ocasión, el Tribunal europeo rechazó que el trabajador estuviese realizando, propiamente, una actividad en dos Estados a los efectos del artículo 13 del Reglamento de base pues, lo contrario, podría originar un riesgo de elusión de las normas de conflicto de leyes establecidas en el Título II del Reglamento. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta sentencia fue dictada al amparo del Reglamento 1408/71, que no contenía una disposición análoga al actual artículo 14.5 *ter* del Reglamento 987/2009.

¹⁵¹⁰ Señalando la aplicación de esta regla al teletrabajo alterno, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “El lugar de trabajo en el teletrabajo transnacional”, *op. cit.*

Descartando estos supuestos de teletrabajo marginal u ocasional (que, recordemos, la doctrina excluye mayoritariamente del propio concepto de teletrabajo), en el caso del 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. Piénsese que 10 horas en una jornada semanal de 40 horas (menos de dos días completos de trabajo) ya suponen el 25 % de la jornada, por lo que bastaría con teletrabajar esa parte desde el Estado de residencia para poder aplicar la ley de Seguridad Social de ese país¹⁵¹¹. El *dumping* social parece contar con un campo abierto en este precepto si se mantiene una aplicación literal del mismo para el teletrabajo.

440. La complicada adaptación interpretativa de estos preceptos. Teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 14.8 del Reglamento 987/2009 y la aplicación que ha venido haciendo el TJUE del mismo, no considero pertinente hacer adaptaciones interpretativas como las indicadas respecto del artículo 11.3.a) del Reglamento de base (recurriendo a los vínculos más estrechos), por alejarse claramente del criterio del legislador, que obedece a un elemento cuantitativo¹⁵¹² y no cualitativo. Como se ha indicado precedentemente, la única vía que, en mi opinión, podría ser aceptable –y con dudas– para intentar evitar la aplicación de las reglas del artículo 13 del Reglamento de base en supuestos de teletrabajo alterno, sería recurrir a la calificación de las actividades prestadas en la modalidad de teletrabajo como de “marginales”. Cuando el porcentaje no supere el umbral citado del 5 %, no será problemático. No obstante, cuando se supere ese parámetro de referencia, podría intentar justificarse la marginalidad de la actividad en la propia naturaleza de la actividad desarrollada, con el respaldo de la Guía Práctica de la CACSS (donde se conceptúan como actividades de apoyo, entre otras, las que se realizan desde el hogar) que, aunque no tenga eficacia vinculante, en la mayoría de ocasiones suele coincidir con el criterio finalmente seguido por el Tribunal de Justicia.

441. El teletrabajo, ¿un desplazamiento de trabajadores? Ante estos problemas adaptativos, algunas empresas han comenzado a buscar soluciones para evitar el cambio de ley aplicable en estos casos de teletrabajo alterno, como se ha encargado de advertir la doctrina científica¹⁵¹³. Así, algunos empleadores que hacen uso de esta modalidad de teletrabajo, solicitan la emisión de certificados de legislación aplicable A1 antes del inicio de la actividad en el lugar de residencia del trabajador, como si de un desplazamiento

¹⁵¹¹ Sobre la probable aplicación de esta norma en casos de teletrabajo alterno, RENNUIY, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 425; y CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (51).

¹⁵¹² En este sentido se confirma en la Guía Práctica de la CACSS, p. 30/57. Igualmente, FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁵¹³ Aspecto práctico apuntado en GUYOT, H., “Nouvelles pratiques des distances, nouveaux risques ?”, *JurisClasseur Périodique (JCP)*, *La Semaine Juridique, Édition Sociale*, núm. 15, 15 de abril de 2015, marginal 1133.

temporal se tratara. De este modo, se logra el mantenimiento de la aplicación de la legislación del Estado empleador, sin que se vea alterada por la situación de teletrabajo.

No obstante, la doctrina científica se ha decantado por la exclusión de los supuestos de teletrabajo del ámbito del artículo 12 del Reglamento de base por no tratarse de verdaderos desplazamientos de trabajadores a estos efectos¹⁵¹⁴. El primer problema deriva de la propia literalidad del texto. El precepto hace referencia a la persona a la que su empleador “*envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro*”. En un supuesto de teletrabajo, sometido a la voluntad concurrente de ambas partes para que pueda producirse y que, normalmente, se hará por petición y/o en beneficio del trabajador, resulta complicado poder entender que nos encontramos ante un supuesto de desplazamiento en sentido propio.

El segundo problema proviene de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 12. Los requisitos relativos a los elementos organizativo y orgánico no parecen conflictivos en estos supuestos. Más dudas plantea el requisito temporal respecto de su vertiente de previsibilidad de la duración de la actividad a desarrollar en el Estado de destino. Si se tratase de una prestación de teleservicios de carácter marginal en otro Estado miembro, no derivaría en un cambio de ley aplicable. Si dicha prestación alcanzara umbrales de relevancia, probablemente, implicaría la existencia de cierta regularidad en la prestación de servicios mediante teletrabajo, lo que excluye la naturaleza meramente temporal de esta actividad y conduciría a la aplicación del artículo 13 del Reglamento de base. Adicionalmente, de conformidad con lo analizado, una vez finalizado un periodo de desplazamiento (con independencia de su duración y salvo solicitud de prórroga), no se podría autorizar uno nuevo hasta que no hubiese transcurrido un periodo de espera de, al menos, dos meses, desde la fecha de finalización del primero, salvo excepciones (apartado 3.c) de la Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009). No obstante, la CACSS hace referencia a un desplazamiento “*del mismo trabajador a las mismas empresas y al mismo Estado miembro*”, pero en un caso en el que no hay empresa de destino, podría entenderse que también concurre esta identidad que exigiría respetar el periodo de espera señalado.

VII.4.3. Propuestas de adaptación para el teletrabajo: el modelo de los foros especiales del Reglamento Roma I

442. La conveniencia de un tratamiento específico para el teletrabajo. La falta de reglas específicas en materia de teletrabajo en los Reglamentos de coordinación dota a la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social de un elevado grado

¹⁵¹⁴ Negando la existencia de un verdadero desplazamiento temporal en supuestos de teletrabajo, por carencia de un movimiento transnacional de trabajadores, CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, *op. cit.* (51); y por carencia de voluntad empresarial tras el movimiento migratorio, STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 44.

de inseguridad jurídica. Como se acaba de exponer, la aplicación de las reglas actuales al teletrabajo puede ser compleja, existiendo multitud de interrogantes que deberán resolverse, si no es por el legislador europeo, por el TJUE que, no cabe duda, tendrá que hacer frente a un número creciente de asuntos en esta materia.

Para evitar esta falta de previsibilidad, sería conveniente contar, al menos, con una decisión o recomendación de la CACSS sobre este particular, o bien, incorporar alguna mención especial en la ya citada Guía Práctica de la CACSS¹⁵¹⁵. Aunque, por el momento, esto tampoco se ha producido, la CACSS parece haberse inclinado, aunque no de manera formal, por la aplicación de la *lex loci domicilii* como lugar de ejercicio efectivo del teletrabajo¹⁵¹⁶.

443. Propuestas de reglas específicas. Algunos autores, conscientes de esta problemática, han apuntado a otra norma comunitaria como posible referente para el establecimiento de reglas de conflicto para el teletrabajo: el Reglamento Roma I en materia de ley aplicable¹⁵¹⁷. Esta propuesta puede considerarse, al mismo tiempo, innovadora e integradora: innovadora porque trata de incorporar reglas nuevas a los Reglamentos de coordinación que se separan de las actualmente vigentes; e integradora al tratar de acercar, aún más, los tres pilares del Derecho europeo de las relaciones laborales internacionales.

Para poder analizar adecuadamente esta propuesta, es necesario comenzar con un estudio del contenido del Reglamento Roma I que podría ser utilizado de referente para, posteriormente, analizar hasta qué punto este Reglamento y la jurisprudencia que lo interpreta, pueden servir de pauta a efectos de una regla de conflicto para el teletrabajo.

444. Breve introducción al Reglamento Roma I. El Reglamento Roma I es la norma comunitaria encargada de determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales si la competencia para conocer de un determinado litigio corresponde a los órganos judiciales de algún Estado miembro de la Unión¹⁵¹⁸. Este Reglamento es de

¹⁵¹⁵ LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (459-460). En el mismo sentido, STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵¹⁶ LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.* (459, nota al pie 16); STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵¹⁷ LHERNOULD, J.-P., “Telework versus free movement of workers (FMW) and Social Security Coordination (SSC)”, ponencia realizada en el marco del MovesS webinar *New types of work in the light of free movement and social security coordination*, celebrado el 15 de noviembre de 2019.

¹⁵¹⁸ LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “Capítulo tercero. Problemas que plantea...”, *op. cit.* (105). En el caso de los órganos judiciales y administrativos de Dinamarca, se seguirá aplicando el Convenio de Roma de 1980. *Vid.* GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Capítulo 47. La regulación comunitaria de la ley aplicable a la relación laboral en el espacio internacional”, en CASAS BAAMONDE, M. E., y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 1315-1340 (1321).

aplicación a los contratos celebrados desde el 17 de diciembre de 2009 (art. 28 RRI)¹⁵¹⁹. Entre las materias incluidas dentro de su ámbito de aplicación material, el RRI comprende las obligaciones derivadas de contratos individuales de trabajo, previendo normas específicas para estos supuestos. El concepto de “contrato individual de trabajo” en este ámbito coincide con el concepto utilizado por el RBI *bis*, pudiendo entenderse incluidos, por tanto, los supuestos de teletrabajo.

445. Las reglas especiales en materia de contrato de trabajo del Reglamento Roma I. La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo parte de la autonomía de la voluntad de las partes, pudiendo ser ellas las que la determinen (art. 3 RRI por remisión del artículo 8.1). Sin embargo, dada la clara posición de inferioridad del trabajador frente al empresario, el legislador europeo ha establecido ciertos límites a esta autonomía de la voluntad con la finalidad de proteger al trabajador. Así, el artículo 8.1 del RRI prevé que esta elección no puede privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que resultaría aplicable a falta de elección por las partes. Una vez determinada esta ley, procede realizar una comparación entre esta y la ley elegida por las partes, comparando condición por condición (debiendo existir homogeneidad entre las materias objeto de comparación)¹⁵²⁰, aplicando aquella que resulte más favorable para el trabajador.

En consecuencia, deviene fundamental conocer qué ley resultaría de aplicación en defecto de pacto, pregunta cuya respuesta se encuentra en los apartados 2 a 4 del artículo 8 del RRI, distinguiendo entre una regla principal, una subsidiaria y la cláusula de escape.

La regla general es aquella en virtud de la cual resulta de aplicación, en defecto de elección, la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente, entendiendo que los eventuales desplazamientos temporales del trabajador no alteran dicho lugar de prestación habitual de servicios (art. 8.2 RRI). La regla subsidiaria (que, por tanto, solo entraría en juego en la medida en la que no pueda determinarse el lugar habitual de trabajo), determina como aplicable la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3 RRI). Por último, la cláusula de escape¹⁵²¹ puede suponer

¹⁵¹⁹ Pese a ello, el TJUE ha admitido la posibilidad de aplicar el RRI a contratos celebrados antes de esa fecha bajo circunstancias específicas (STJUE de 18 de octubre de 2016 –C-135/15, asunto *Nikiforidis*–).

¹⁵²⁰ En este sentido, Informe *Giuliano-Lagarde*, relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, publicado en el DOCE núm. C 327, de 11 de diciembre de 1992 (versión española), p. 1 y ss. (23); FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 104-105; LÓPEZ TERRADA, E., *El régimen jurídico del personal laboral...*, *op. cit.*, p. 94; y doctrina ahí citada. En contra, defendiendo una comparación global, LAPIEDRA ALCAMI, R., “Capítulo tercero. Problemas que plantea...”, *op. cit.* (114) y doctrina ahí citada.

¹⁵²¹ Sobre la configuración como “cláusula de escape” y no “de excepción”, dada su aplicación no excepcional, *vid.* GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Capítulo 47. La regulación comunitaria...”, *op. cit.* (131) y doctrina que ahí se cita.

la inaplicación de las otras dos reglas “*si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto*”, pues, entonces, se aplicará la ley de ese otro país con carácter preferente al resto de conexiones señaladas (art. 8.4 del RRI).

Sin perjuicio de cuanto antecede, con independencia de la ley que resulte ser la aplicable al contrato de trabajo, hay una serie de matizaciones que deben tenerse en cuenta. Por un lado, las leyes de policía del país del lugar de prestación del trabajo siempre serán aplicables (art. 9.2 del RRI). El principal problema de esta primera matización es la inexistencia de una definición concisa del término “leyes de policía” en este sentido¹⁵²², sin que puedan considerarse coincidentes con las normas imperativas laborales, pues las primeras deben interpretarse de modo más estricto (considerando 37 del RRI¹⁵²³). Por otro lado, el artículo 21 del Reglamento Roma I establece la inaplicación de aquellas disposiciones manifiestamente incompatibles con el orden público del foro, con independencia de la regla que se haya seguido para determinar la ley aplicable¹⁵²⁴.

VII.4.3.A. La determinación de la lex loci laboris en el teletrabajo transnacional

446. Como acaba de exponerse, la primera conexión prevista en el RRI para determinar la ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección de las partes es el país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente (art. 8.2 RRI).

447. El momento de determinar la habitualidad. El primer punto a determinar es el momento en el que debe verificarse la habitualidad en el trabajo ejecutado. A pesar de que el precepto no dice nada al respecto, se ha entendido que deberá atenderse al lugar donde habitualmente se desarrolla la actividad laboral en el momento de producirse el hecho origen del litigio y no en el momento de celebración del contrato¹⁵²⁵.

¹⁵²² El artículo 9.1 RRI se limita a conceptualizar estas leyes como disposiciones “*cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*”. Sobre las diferentes teorías para distinguir las leyes imperativas de las leyes de policía, con carácter general, *vid.* RINGOT-NAMER, C., *La loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, tesis (Dir. O. Cachard y P. Klötgen), Nancy, Université de Lorraine, 2020, pp. 432-460.

¹⁵²³ Sobre el deber de interpretación en sentido estricto de estas leyes, por su categoría de “medidas de excepción”, *vid.* STJUE de 18 de octubre de 2016 (C-135/15, asunto *Nikiforidis*, apartado 44).

¹⁵²⁴ Tanto el concepto de “ley de policía” como el de “orden público” han sido, y siguen siendo, ampliamente debatidos por la doctrina científica. Más ampliamente, *vid.* GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 163-188.

¹⁵²⁵ ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 19ª. Obligaciones contractuales: algunos contratos en especial”, *op. cit.* (657).

448. La determinación del país de prestación habitual de los servicios. Como ya se ha tenido ocasión de señalar al comentar el RBI *bis*, no existe definición de “lugar de prestación habitual de los servicios” en los textos europeos, pero el TJUE ha dictado numerosas sentencias definiendo los contornos de tal concepto, jurisprudencia aplicable tanto en el ámbito del RBI *bis* como del RRI por el citado principio de coherencia.

449. El país de prestación habitual de los servicios en el teletrabajo. En resumidas cuentas, aplicando lo señalado en materia de competencia judicial internacional al RRI, si la prestación de servicios tuviera lugar en, o a partir de, un único país de trabajo, o hubiese varios países, pero solo uno fuera habitual para ambas partes del contrato, o solo uno de estos estuviera dentro de la Unión Europea, esta determinación no presentaría problemas. En el caso de prestación de servicios en varios Estados miembros, sería necesario acudir a unos criterios de determinación más complejos. En estos otros casos, el país de prestación habitual de los servicios se presume situado, salvo prueba de vínculos más estrechos con otro, donde se encuentre el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador. Si tal centro efectivo no pudiera determinarse, entonces entrarían en juego otros criterios, como el cualitativo y, subsidiariamente, el temporal¹⁵²⁶.

Aplicando esta jurisprudencia a los supuestos de teletrabajo de manera estricta, como ya se ha tenido ocasión de señalar anteriormente, la ley aplicable coincidiría con la del país de prestación física de los servicios desde donde se hace uso de las NTIC¹⁵²⁷. Tal y como ya se ha señalado, en la práctica, esta solución implicaría un riesgo alto de *dumping* social. Este motivo ha llevado a la doctrina a buscar otras posibilidades interpretativas, especialmente, para los casos de teletrabajo interactivo: desde la defensa de la existencia de un único centro efectivo de actividades virtual en el Estado donde se encuentra la sede empresarial, hasta la existencia de prestación en dos centros, uno físico y otro virtual, situados en diferentes Estados, que hace necesario recurrir al resto de criterios señalados por el TJUE.

Este complejo sistema de determinación del país de prestación habitual de los servicios, principal criterio para determinar la ley aplicable en defecto de pacto, hace que la decisión final dependa de la apreciación que haga el Tribunal en cuestión de las

¹⁵²⁶ No obstante, en caso de que el lugar de prestación habitual de los servicios haya sido modificado por las partes durante la vigencia de la relación laboral, el lugar relevante será este último lugar (con independencia de si en este último lugar se han llegado a desempeñar más o menos actividades).

¹⁵²⁷ En esta línea, VV. AA., “Capítulo 16. III. Trabajo en el extranjero...”, *op. cit.*, marginal 4536; y CARRILLO POZO, L., F., “La ley aplicable al contrato...”, *op. cit.* (135).

circunstancias del caso, lo cual afecta al deseable grado de seguridad jurídica y predictibilidad de la ley aplicable al contrato de trabajo¹⁵²⁸.

VII.4.3.B. El criterio subsidiario de la ley del país de contratación

450. La regla subsidiaria que resulta de aplicación cuando no pueda determinarse un único país de prestación habitual de servicios, establece la aplicación de la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador (art. 8.3 del RRI).

451. El concepto de “establecimiento de contratación”. Para poder determinar este país, es imprescindible precisar qué debe entenderse por “establecimiento”, lo cual puede resultar complejo (posibilidad de empresas interpuestas, supuestos de circulación de trabajadores en grupos multinacionales de empresas o empresas secundarias que actúan como meras ventanillas de contratación, etc.). Por ello, se ha optado por realizar una interpretación amplia también de este concepto¹⁵²⁹. Asimismo, respecto del calificativo “de contratación”, el TJUE ha señalado que este establecimiento debe entenderse situado allí donde se encuentren los elementos vinculados con el procedimiento de conclusión del contrato (por ejemplo, el lugar de publicación del anuncio de contratación y de realización de las entrevistas), buscando la ubicación real de este establecimiento (STJCE de 15 de diciembre de 2011 –C-384/10, asunto *Voogsgeerd*, apartado 50–).

452. El establecimiento de contratación en el teletrabajo. En los supuestos de teletrabajo, en principio, este criterio tendría un carácter residual, pues es poco probable que no pueda determinarse un país de trabajo habitual (ya sea el de prestación física o virtual de los servicios), dada la amplitud que le ha otorgado el TJUE a este concepto¹⁵³⁰.

Sin embargo, podría entenderse que nos encontramos ante un supuesto en el que la prestación de servicios realizada (física o virtualmente) en los dos países es igualmente importante y, por ende, no existe un único país de prestación habitual de servicios (esta conexión podría ser particularmente útil para los casos de teletrabajo móvil o itinerante si no se pudiera fijar el citado “país a partir del cual” se prestan los servicios). En esos casos, sería necesario recurrir al criterio del establecimiento de contratación que, generalmente,

¹⁵²⁸ Sobre la indeseable falta de seguridad jurídica en materia de competencia judicial internacional por este mismo motivo, ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, *op. cit.*, p. 549 y doctrina ahí citada.

¹⁵²⁹ ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, *op. cit.*, p. 551 y doctrina ahí citada.

¹⁵³⁰ Este era, justamente, el objetivo perseguido por el tribunal al establecer esta interpretación. *Vid.* ampliamente, FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Habitualidad vs temporalidad...*, *op. cit.*, p. 183; y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Capítulo 47. La regulación comunitaria...”, *op. cit.* (1334-1335).

se corresponderá con el lugar donde esté situado el terminal de la empresa y desde donde provienen las instrucciones, direcciones, control y remuneración empresarial.

Con esta conclusión también se conseguiría la aplicación de la ley donde se encuentra situada la empresa y no la de la ubicación física del teletrabajador, evitando el riesgo de *dumping* social y contribuyendo al objetivo de igualdad de trato entre teletrabajadores y el resto de empleados de la empresa consagrado en el AMET y resto de textos internacionales sobre trabajo a distancia. Y, todo ello, sin prescindir totalmente del elemento físico presente en el artículo 8.2 del RRI. Sin perjuicio de estas bondades, el recurso a esta regla puede suponer problemas en la práctica, porque podrían darse casos en los que el establecimiento de contratación no sea el mismo que la sede de la empresa para la que se prestan los servicios (desde donde provienen las instrucciones, direcciones, control y remuneración empresarial), lo que podría conducir a una insuficiente vinculación de la ley designada con la relación laboral (sobre todo tras el asunto *Voogsgeerd*, donde se desvincula este criterio del poder de dirección empresarial, básico para el Derecho del Trabajo¹⁵³¹).

VII.4.3.C. La cláusula de escape: la determinación de los vínculos más estrechos

453. Los dos puntos de conexión anteriores pueden resultar inaplicables en virtud de la cláusula de escape del artículo 8.4 del RRI, de carácter preferente. Este precepto se limita a señalar la preferencia de la ley del país con el que la relación presente vínculos más estrechos, sin precisar cómo concretar los mismos. Por ello, nuevamente, debemos acudir a la jurisprudencia comunitaria para tratar de colmar esta laguna.

454. Las conexiones prevalentes y relevantes para determinar los vínculos más estrechos. Esta importante labor ha sido concretada en la ya famosa STJUE de 12 de septiembre de 2013 (C-64/2012, asunto *Schlecker*). En este pronunciamiento, el Tribunal europeo señaló, en primer lugar, que la determinación del país cuya ley será aplicable en virtud de esta cláusula se hará atendiendo al Estado con el que existan puntos de conexión más relevantes, no con el que se tengan más puntos de conexión, tomando en consideración la totalidad de las circunstancias del caso. En segundo lugar, el TJUE realiza una clasificación de conexiones, destacando las consideradas prevalentes y relevantes. Como conexiones prevalentes que, por tanto, priman sobre del resto, se han determinado dos: el país en el que el trabajador esté afiliado a la Seguridad Social, y el

¹⁵³¹ FOTINOPOULOU BASURKO, O., “A la búsqueda de alternativas a la aplicación del criterio *locus laboris* en el trabajo transnacional”, conferencia realizada en el *webinar* sobre “El teletrabajo transnacional en el contexto postcovid”, celebrado el 30 de junio de 2020. En esta línea, sobre los problemas de conexión accidental o, incluso manipulada, del criterio del país de contratación, JAULT-SESEKE, F., “Contrat de travail international”, en VV. AA., *Répertoire de droit international*, Dalloz, París, febrero 2019, versión electrónica, apartado 93.

país en el que paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad (cuestiones que, normalmente, se rigen por normas imperativas y no por la voluntad de las partes). Como conexiones relevantes pero no prevalentes, se señalan otros elementos, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo¹⁵³². Por último, la nacionalidad o residencia habitual de la parte o el lugar de celebración del contrato quedan relegados, a juicio del Tribunal europeo, a un segundo plano.

455. La posible menor favorabilidad de la ley más estrechamente vinculada. Otra de las apreciaciones relevantes que el TJUE realizó en el asunto *Schlecker* fue rechazar que la ley del país con el que la relación laboral guarde vínculos más estrechos deba ser, necesariamente, la ley más favorable para los intereses del trabajador (apartado 34).

456. La cláusula de escape: posible vía para el teletrabajo. Una parte de la doctrina ha visto en la cláusula de escape de este precepto la vía más factible para adaptar las normas de determinación de la ley aplicable a los casos de teletrabajo (por ser un criterio flexible, difícilmente eludible y que no afecta a la determinación de la competencia judicial internacional)¹⁵³³, especialmente, cuando se presta en modalidad interactiva¹⁵³⁴. Ello nos puede llevar a interrogarnos por su posible eficacia para determinar, también, la ley aplicable en materia de Seguridad Social. Dada la relevancia que el TJUE otorga al país de tributación por las rentas de la actividad, conviene analizar brevemente, en este momento, qué Estado sería este en los casos de teletrabajo para poder comprender mejor los resultados que la aplicación de esta jurisprudencia podría conllevar.

VII.4.3.C.a. Aproximación a la tributación de las rentas del teletrabajo

457. Respecto del primer criterio “privilegiado” que el TJUE señala, resulta oportuno tener presente una visión general de la resolución de conflictos en materia de fiscalidad internacional para poder comprender mejor los resultados que la aplicación de esta jurisprudencia podría suponer desde el punto de vista de la protección social de los

¹⁵³² Por ejemplo, el convenio colectivo (GRUŠIĆ, U., *The European Private International Law of Employment*, *op. cit.*, pp. 175-176).

¹⁵³³ PALAO MORENO, G., “Las normas de Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo ante los retos de la integración europea y de la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pp. 309-334 (332) y doctrina ahí citada. Este autor señala la posible aplicación de la cláusula de escape en materia de teletrabajo: “*se podrían beneficiar de esta regla los supuestos de "teletrabajo", en vistas a aplicar la ley del país donde se encontrara establecido el empleador y no el ordenamiento del lugar de trabajo*”. En esta misma línea, FOTINOPOULOU BASURKO, O., “A la búsqueda de alternativas...”, conferencia ya citada.

¹⁵³⁴ Por todos, SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, *op. cit.* (1266).

teletrabajadores. No obstante, la extensa y variada casuística existente en este punto –accesorio al tema principal de este Capítulo–, aconseja ceñir este sucinto análisis al régimen más extendido en la práctica, con el objetivo de dar una visión general de la problemática actual.

458. Los problemas de doble imposición internacional. Al igual que ocurre con la Seguridad Social, el ámbito fiscal forma parte del Derecho Público, estando estrechamente vinculado con la idea de soberanía nacional¹⁵³⁵. La exigencia de tributos por parte de un Estado requiere la existencia de una relación con su territorio, pudiendo ser esta relación, en los casos de impuestos sobre la renta, de dos tipos: vinculación personal, generalmente ligada a la noción de residencia del sujeto pasivo y que implicaría la tributación por su renta mundial (es decir, por todas las rentas que obtenga en el Estado en cuestión y en el extranjero); y vinculación real, conectada no con la persona, sino con la renta en cuestión, motivo por el que suele suponer la tributación únicamente por esa concreta manifestación de riqueza¹⁵³⁶.

Así, en esta materia, nos encontramos con amplias potestades estatales que, no obstante, pueden interferir con la jurisdicción impositiva de otros Estados. De este modo, se podrían producir situaciones de doble residencia fiscal, lo que podría conllevar que la persona en cuestión tuviese que tributar más de una vez por su renta mundial, pero también situaciones en las que la misma renta fuera gravada por dos Estados, el de la residencia fiscal (por vinculación personal) y el de la fuente de la renta (por vinculación real). Estas situaciones pueden englobarse dentro del concepto general de “doble imposición jurídica internacional”, definida, en términos generales, como “*el resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de un mismo hecho y en el mismo ejercicio*”¹⁵³⁷. Estas situaciones pueden suponer obstáculos para la economía internacional, dado su impacto negativo sobre el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios, así como sobre los movimientos de capitales, tecnologías y personas¹⁵³⁸, motivo por el que muchos Estados

¹⁵³⁵ OLTRA SANTA CRUZ, F., “Los conflictos tributarios en el ámbito internacional: los Estados y la «doble imposición»”, en DÍAS BARRADO, C. M., RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M., y PEREIRA COUTINHO, F. (Dir.), *Las empresas transnacionales en el Derecho Internacional Contemporáneo: derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2020, pp. 137-149 (139-142) y doctrina que ahí se cita.

¹⁵³⁶ Por todos, MARTOS, J. J., “Criterios de sujeción de las rentas del teletrabajo internacional: residencia fiscal y doble imposición internacional”, *Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 11, 2002, pp. 169-188 (173); y FABRA VALLS, M., “Ciudadanía española en el exterior y sistema tributario. Especial atención a las rentas del trabajo”, en BLASCO DÍAZ, J. L., (Ed.), *Régimen jurídico de la ciudadanía española en el exterior*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2010, pp. 161-190 (161).

¹⁵³⁷ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada*, de 21 de noviembre de 2017, p. 13 (disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es).

¹⁵³⁸ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 13.

han tratado de buscar soluciones. A falta de soluciones imperativas a nivel global y a nivel de la UE, la mayoría de los Estados han adoptado medidas nacionales, pero también, y muy especialmente, medidas internacionales a través de convenios de doble imposición (CCDI)¹⁵³⁹. La mayoría de estos convenios internacionales siguen el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (en adelante, “MCOCDE”), cuya primera versión revisable data del año 1992, produciéndose su última actualización en el año 2017¹⁵⁴⁰. Este modelo no es jurídicamente vinculante, siendo considerado parte integrante del denominado *soft law*; sin embargo, su importancia práctica es innegable¹⁵⁴¹. De hecho, ha sido ampliamente seguido en las negociaciones de convenios entre Estados miembros de la OCDE (de la que forman parte la gran mayoría de Estados miembros de la UE¹⁵⁴²) e, incluso, por Estados no miembros, llegando a ser utilizado como referencia para la elaboración de otros modelos como el Modelo de Convenio sobre doble imposición entre países desarrollados y países en desarrollo de las Naciones Unidas¹⁵⁴³.

459. Los CCDI suscritos por España con los Estados miembros de la UE. En el caso español, se han firmado más de un centenar de convenios de doble imposición, estando actualmente vigentes 97, además de los 6 que se encuentran en fase de tramitación¹⁵⁴⁴. A efectos de este estudio, es importante tener en cuenta que España tiene convenios de doble imposición vigentes con todos los Estado miembros de la UE, salvo Dinamarca¹⁵⁴⁵. En cuanto al contenido de estos textos internacionales respecto de las rentas del trabajo por cuenta ajena, puede concluirse que siguen, con carácter general, el contenido del MCOCDE¹⁵⁴⁶.

¹⁵³⁹ OLTRA SANTA CRUZ, F., “Los conflictos tributarios...”, *op. cit.* (142).

¹⁵⁴⁰ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁴¹ CUBERO TRUYO, A. y DÍAZ RAVN, N., *Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España y Modelo de la OCDE: análisis comparativo*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2012, pp. 16-19.

¹⁵⁴² Todos salvo cinco: Bulgaria, Croacia, Chipre, Malta y Rumanía. Datos extraídos de la web de la OCDE, disponible en <https://www.oecd.org/acerca/miembros-y-socios/> (última consulta realizada el 26 de diciembre de 2020).

¹⁵⁴³ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁵⁴⁴ Datos extraídos de la página web del Ministerio de Hacienda, disponible en <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/cdi.aspx> (última consulta el 26 de diciembre de 2020).

¹⁵⁴⁵ El Convenio entre España y Dinamarca para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Copenhague el 3 de julio de 1972 (publicado en el BOE de 28 de enero de 1974), y Protocolo modificativo de 17 de marzo de 1999 (publicado en el BOE de 17 de mayo de 2000), fue denunciado por Dinamarca, mediante Nota de 10 de junio de 2008, y dejó de estar en vigor el 1 de enero de 2009 (publicación en el BOE de 19 de noviembre de 2008).

¹⁵⁴⁶ La gran mayoría de los convenios incorporan esta materia en su artículo 15, aunque algunos lo hacen en algún artículo anterior (por ejemplo, convenios con Bulgaria, Croacia o Estonia) o posterior (por ejemplo, convenios con Austria, Países Bajos o Rumanía). No obstante, existen diferencias a la hora de

460. El régimen de las rentas del trabajo por cuenta ajena en el MCOCDE.

Dada la gran extensión del MCOCDE, conviene hacer especial referencia al régimen en él contenido respecto de la tributación de las rentas del trabajo por cuenta ajena. Esta cuestión viene regulada en el artículo 15 del MCOCDE, precepto en el que se indica una regla general, una excepción y una norma especial (para las retribuciones obtenidas por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados en el tráfico internacional como miembro de la tripulación habitual del buque o aeronave).

La regla general contenida en el apartado primero señala que, los sueldos y salarios y otras retribuciones análogas serán gravables exclusivamente por el Estado contratante del que sea residente el contribuyente, salvo que el empleo sea ejercido en otro Estado contratante, pues en ese caso, este último Estado puede gravarlas (siendo esta posibilidad un derecho de tal Estado, no una obligación). Por lo tanto, la regla general es la de tributación en el Estado donde se ejerza el trabajo¹⁵⁴⁷ (*locus laboris*).

En los casos en los que el Estado fuente ejerza tal potestad impositiva sobre las rentas del trabajo, el Estado de residencia está obligado a eliminar la doble imposición originada, ya sea mediante la exención de estas rentas (método de exención), ya sea mediante la deducción del impuesto pagado en el Estado fuente (método de imputación o de crédito) en su impuesto sobre la renta¹⁵⁴⁸. En el caso español se ha optado por esta última posibilidad, incorporando una deducción por doble imposición internacional en el artículo 80 de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio* (en adelante, “LIRPF”)¹⁵⁴⁹. Como ha señalado parte de la doctrina, nos encontramos ante un supuesto

determinar el cómputo de los 183 días del apartado 2.a): algunos convenios hacen referencia al año fiscal, otros al año civil, otros al año natural y otros a un periodo de 12 meses. Además, algunos convenios incorporan algún apartado adicional como así lo hacen los convenios suscritos con Bulgaria y Portugal. Por último, conviene apuntar que el convenio suscrito con Austria incorpora una diferencia relevante respecto del régimen general del artículo 15.1 del MCOCDE (en el artículo 16.1 de este convenio se indica que las rentas del trabajo por cuenta ajena obtenidas “*por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo, sólo pueden someterse a imposición en este Estado, a no ser que el empleo se ejerza en el otro Estado contratante. Si el empleo se ejerce en este último Estado, las remuneraciones derivadas del mismo sólo pueden someterse a imposición en este Estado*”), como también se ha apuntado en CUBERO TRUYO, A. y DÍAZ RAVN, N., *Convenios para evitar la doble imposición...*, *op. cit.*, p. 229.

¹⁵⁴⁷ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 306. Así pues, como han destacado algunos autores, el Estado fuente a estos efectos no es el Estado de residencia de la entidad pagadora de la renta del trabajo, sino el Estado de prestación física de los servicios (pudiendo coincidir ambos o no). En esta línea, FABRA VALLS, M., “Ciudadanía española en el exterior y sistema tributario...”, *op. cit.* (181).

¹⁵⁴⁸ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 21-22 (apartados 25 y 25.1).

¹⁵⁴⁹ El artículo 80 de la LIRPF se aplica en todos los casos de doble imposición internacional, exista o no CDI con el otro Estado implicado, siempre que España sea el Estado de residencia y el otro país implicado, no considerado un paraíso fiscal, sea el Estado fuente (la aplicación de la ley interna para resolver los conflictos de doble imposición internacional entre Estado de residencia y Estado fuente es ampliamente

de tributación compartida entre ambos Estados, sin limitaciones para el Estado fuente y con limitaciones para el Estado de residencia¹⁵⁵⁰.

La excepción viene recogida en el apartado 2 del artículo 15, donde se señala que las retribuciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo por cuenta ajena ejercido en otro Estado contratante serán gravables exclusivamente en el primer Estado (país de la residencia fiscal) si se cumplen tres requisitos acumulativos: a) que el perceptor permanezca en el otro Estado durante un periodo o periodos cuya duración no exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier periodo de doce meses que comience o termine en el ejercicio fiscal considerado; b) que el pagador, o aquel por cuenta de quien se paguen las retribuciones, sea un empleador no residente del otro Estado; y c) que las retribuciones no corran a cargo de un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro Estado.

461. El importante concepto de “residente” en el MCOCDE. Como puede intuirse, hay un concepto clave que debe tenerse en cuenta para poder determinar el lugar de gravamen de las rentas del trabajo por cuenta ajena según el MCOCDE: la residencia fiscal. El artículo 4.1 del MCOCDE define “residente de un Estado contratante” como toda persona que, según la legislación nacional, esté sujeta a imposición en el territorio de ese Estado por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga (vínculo personal), con exclusión de las personas sujetas a imposición exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el territorio de ese Estado (que sería considerado el Estado fuente). De la lectura de este apartado deben extraerse, por tanto, dos requisitos para tener la consideración de residente a los efectos del MCOCDE: 1) ser residente fiscal de conformidad con la legislación interna del Estado contratante; y 2) estar sujeto a gravamen por renta mundial en el mismo (sujeción plena)¹⁵⁵¹.

Dada esta remisión a los ordenamientos nacionales, es posible que, en determinados casos, varios Estados consideren a una persona física residente fiscal en su territorio,

aceptada por los Estados). En el caso de que ambos Estados se consideren Estados de residencia, no se suelen aplicar las soluciones internas para los supuestos de doble imposición. *Vid.* SALA GALVAÑ, G., “Capítulo séptimo. Los principales incentivos fiscales de la normativa interna española para trabajadores impatriados y expatriados contribuyentes del IRPF español”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales...*, *op. cit.*, pp. 289-370 (306).

¹⁵⁵⁰ CUBERO TRUYO, A. y DÍAZ RAVN, N., *Convenios para evitar la doble imposición...*, *op. cit.*, p. 38. La inexistencia de limitaciones para la tributación de estas rentas en el Estado fuente, siempre que no sea de aplicación la excepción del artículo 15.2 del MOCDE, se recoge expresamente en OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 20 (apartado 21).

¹⁵⁵¹ Sobre la interpretación de la segunda frase del artículo 4.1 MCOCDE, origen del segundo requisito señalado, *vid.* OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 109 (apartado 8.3). En general, sobre ambos requisitos, *vid.* CUBERO TRUYO, A. y DÍAZ RAVN, N., *Convenios para evitar la doble imposición...*, *op. cit.*, pp. 106-107; SALA GALVAÑ, G., “Capítulo séptimo. Los principales incentivos fiscales...” , *op. cit.* (307).

motivo por el que, en el apartado 2 del artículo 4, se incluyen las denominadas “*tie break rules*”, criterios ordenados jerárquicamente para “desempatar” los casos de doble residencia fiscal¹⁵⁵²:

- a) El criterio prioritario es el de residencia donde se encuentre la vivienda permanente a disposición de la persona física. La vivienda puede adoptar cualquiera de sus formas (casa o apartamento, en propiedad o en alquiler¹⁵⁵³, habitación alquilada con muebles), siendo lo relevante a estos efectos su carácter permanente. Se entenderá que la vivienda es permanente cuando la persona “*ha dispuesto lo necesario para que el alojamiento esté a su disposición en todo momento, de forma continuada¹⁵⁵⁴ y no ocasionalmente para estancias que, por las razones que las motiven, han de ser necesariamente de corta duración (viajes de placer, negocios, estudios, asistencia a cursos en escuelas, etc.)*”¹⁵⁵⁵.

En caso de concurrencia de viviendas permanentes a disposición de la persona física en varios Estados, se da preferencia al gravamen en el Estado donde esta mantenga relaciones personales y económicas más estrechas. Para la determinación de este “centro de intereses vitales” de la persona en cuestión, se deben tomar en consideración, de manera conjunta, sus relaciones familiares y sociales, sus ocupaciones, sus actividades políticas, culturales o de otro tipo, la localización de su actividad económica, el lugar desde el que administra su patrimonio, etc. (no obstante, priman las consideraciones basadas en los actos que realicen las personas físicas)¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵² SALA GALVAÑ, G., “Capítulo séptimo. Los principales incentivos fiscales...”, *op. cit.* (307).

¹⁵⁵³ Puede consultarse la consulta vinculante V0015-08, de 4 de enero de 2008, sobre un supuesto de residencia permanente en una vivienda alquilada. En esta consulta se señaló lo siguiente: “*De los datos que figuran en el escrito de consulta parece desprenderse que la vivienda que el consultante alquila en España tiene carácter permanente, dado que dispone de ella “en régimen de alquiler de larga temporada”. Puesto que el alojamiento en otros países se efectuará en hoteles o en casas de amistades, las cuales parecen conllevar estancias de corta duración, podría afirmarse que el consultante, durante el año 2008, sólo contará con una vivienda permanente a su disposición en España*”.

¹⁵⁵⁴ Así, por ejemplo, se ha señalado que una casa perteneciente a una persona física no puede considerarse a su disposición durante un periodo en el que está alquilada y efectivamente ocupada por una persona no relacionada, de forma que esa persona no tenga la posesión de la casa ni la posibilidad de habitarla. OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 112 (apartado 13).

¹⁵⁵⁵ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 112-113 (apartado 13).

¹⁵⁵⁶ Así, se pone como ejemplo el caso de una persona que tiene una vivienda en un Estado y, manteniendo esta, decide establecer una segunda vivienda en otro Estado. Si conserva la primera vivienda en el entorno donde ha vivido siempre, donde ha trabajado y donde están su familia y sus bienes, este hecho puede contribuir, junto con otros elementos, a demostrar que ha conservado el centro de sus intereses vitales en el primer Estado. OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 112 (apartado 15). Sobre la puesta en práctica de este criterio en un caso similar al expuesto, véase la consulta vinculante V1643-14, de 27 de junio de 2014, y la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de febrero de 2015 (Rec. 32/2014) –especialmente, FD séptimo–.

- b) Cuando este primer criterio no pueda resolver la disputa, ya sea por no existir viviendas permanentes, ya sea porque, existiendo varias, no se pueda determinar el centro de intereses vitales, entonces, esa persona se considerará residente en el Estado donde viva habitualmente. Esta noción de habitualidad denota la frecuencia, la duración y la regularidad de las estancias que forman parte de la rutina habitual de una persona y que son, por tanto, más que meramente transitorias. Por ello, no es suficiente determinar en cuál de los dos Estados esa persona ha pasado más días en un determinado periodo (la duración del cual no está fijada, aunque debe ser lo suficientemente prolongado como para poder comprobar esa regularidad, sin que en el mismo se produzcan grandes cambios que puedan alterar de manera importante esta determinación –por ejemplo, un divorcio o separación–)¹⁵⁵⁷.
- c) Si tampoco pudiera determinarse un solo Estado de residencia habitual, la persona en cuestión será considerada residente en el Estado del que sea nacional.
- d) Por último, en caso de doble nacionalidad o falta de la misma en los dos Estados implicados, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso mediante un acuerdo amistoso¹⁵⁵⁸.

462. La determinación de la residencia fiscal por la normativa interna. Así pues, el contenido de las legislaciones nacionales en materia tributaria es especialmente relevante en este punto, pues son estas las encargadas de establecer los requisitos que deben cumplirse para ostentar la residencia fiscal en su territorio nacional. Mayoritariamente, los Estados adoptan la residencia como criterio de sujeción estatal a sus impuestos sobre la renta, incluyendo criterios legales muy similares de residencia fiscal (sin establecer ninguna preferencia entre ellos)¹⁵⁵⁹.

Ejemplo de ello puede encontrarse en la legislación española, concretamente, en el artículo 9.1 de la LIRPF. En este precepto se recogen tres criterios para determinar la residencia fiscal de un contribuyente en España, sin grado de preferencia, siendo suficiente la concurrencia de solo uno de ellos¹⁵⁶⁰:

¹⁵⁵⁷ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 112 (apartados 17, 18, 19 y 19.1).

¹⁵⁵⁸ Los CCDI suscritos por España siguen, generalmente, lo dispuesto en el artículo 4 del MCOCDE, salvo escasos matices en materia de resolución de los problemas de doble residencia de las personas físicas (apartado 2 del artículo 4 del MCOCDE), como el caso de los convenios suscritos con Austria y Bulgaria. Sobre este particular, *vid.* CUBERO TRUYO, A. y DÍAZ RAVN, N., *Convenios para evitar la doble imposición...*, *op. cit.*, pp. 108-110.

¹⁵⁵⁹ SALA GALVAÑ, G., “Capítulo séptimo. Los principales incentivos fiscales...”, *op. cit.* (304-305).

¹⁵⁶⁰ *Ibíd.* (294).

- a) Criterio de permanencia: permanencia (presencia física) más de 183 días, durante el año natural, en territorio español (computando las ausencias esporádicas, salvo acreditación de residencia fiscal en otro país –entre otras, consulta vinculante C1381-17, de dos de junio de 2017–)¹⁵⁶¹.
- b) Criterio del centro de intereses económicos: cuando radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. No existe concepto legal de este “centro de intereses económicos”, de ahí que la labor de la Hacienda española y de la jurisprudencia sea muy importante. Así, se ha optado por un criterio amplio y casuístico, determinando la residencia fiscal en España si, durante el periodo impositivo, España es el Estado del que el contribuyente obtiene mayor parte de las rentas y/o más invierte o más consume y/o más patrimonio tiene o desde donde lo administra o lo gestiona (para lo que hay que hacer una comparación de la importancia relativa Estado por Estado, no de España frente al extranjero en global)¹⁵⁶². En el caso español, este criterio suele utilizarse para considerar residentes fiscales en España a personas que permanecen en territorio nacional menos de 183 días al año, pero obtienen aquí la mayor parte de sus rentas¹⁵⁶³.
- c) Criterio del centro de intereses personales y familiares: se establece una presunción *iuris tantum* de residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél. La doctrina ha señalado el carácter subsidiario de este criterio en la práctica tributaria española, que solo opera en defecto de los dos anteriores¹⁵⁶⁴.

463. La aplicación del régimen del artículo 15 del MCOCDE al teletrabajo transnacional puro. Como ya se ha tenido ocasión de apuntar, en el ámbito europeo, la regulación contenida en el MCOCDE resulta fundamental para dirimir los problemas de doble imposición internacional. En los casos de teletrabajo, resulta especialmente

¹⁵⁶¹ No se computan a estos efectos las estancias temporales en España que sean consecuencia de las obligaciones contraídas en acuerdos de colaboración cultural o humanitaria, a título gratuito, con las Administraciones públicas españolas. Además, en el supuesto de países o territorios considerados como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural.

¹⁵⁶² SALA GALVAÑ, G., “Capítulo séptimo. Los principales incentivos fiscales...”, *op. cit.* (302-303).

¹⁵⁶³ *Ibid.* (301). No obstante, parte de la doctrina ha apuntado que este criterio puede ser contrario al límite establecido en el artículo 4.1 del MCOCDE, donde se excluye del concepto de residente a toda persona sujeta, exclusivamente, por la renta que obtenga de fuentes situadas en ese Estado. En este sentido, FABRA VALLS, M., “Ciudadanía española en el exterior y sistema tributario...”, *op. cit.* (167).

¹⁵⁶⁴ SALA GALVAÑ, G., “Capítulo séptimo. Los principales incentivos fiscales...”, *op. cit.* (303). Sobre este carácter subsidiario, si bien al amparo de la *Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (con una regulación similar a la actual en este punto), STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 13 de octubre de 2011 (Rec. 2283/2008), FD cuarto.

relevante la regla general del artículo 15 del MCOCDE. Según lo expuesto, si un trabajador es residente fiscal en un Estado, pero presta sus servicios en otro distinto, generalmente, las rentas del trabajo podrán ser gravadas por el Estado fuente. Nuevamente, la cuestión que se suscita en este punto es determinar dónde se realiza el trabajo en los casos de teletrabajo. Los comentarios al MCOCDE despejan esta duda al señalar que *“el trabajo por cuenta ajena se ejerce en el lugar donde el empleado esté físicamente presente cuando realiza las actividades por las que se paga la renta correspondiente”*, sin que el trabajador puede estar sujeto a imposición en otro Estado respecto de dicha retribución *“por el mero hecho de que los resultados de su trabajo se exploten en ese otro Estado”*¹⁵⁶⁵.

De este modo, es altamente probable que, en los casos de teletrabajo puro desde el Estado de residencia del trabajador para una empresa situada en otro Estado, el primero sea el encargado de gravar la totalidad de las rentas del teletrabajo por cuenta ajena. En esta línea se ha pronunciado la Dirección General de Tributos (DGT) española en diversas consultas vinculantes. Entre ellas, puede destacarse, por su actualidad, la consulta vinculante V0597-20, de 16 de marzo de 2020.

En esta ocasión, la consultante era una trabajadora de una sociedad inglesa, inicialmente residente en Reino Unido, que decide trasladarse a España para vivir, momento a partir del cual residirá en el territorio nacional, teletrabajando para la sociedad británica. Como punto de partida, la DGT aborda la determinación de la residencia fiscal de la consultante. En aplicación del artículo 9.1 de la LIRPF, la DGT señala que, tras el cambio de residencia de Reino Unido a España, la consultante cumplirá con el requisito de permanencia durante más de 183 días dentro del año natural en territorio nacional, por lo que será considerada residente fiscal en España. No obstante, se reconoce la posibilidad de que la consultante también pueda ser considerada residente fiscal en Reino Unido, de conformidad con su legislación interna. En este caso, el conflicto entre ambas residencias se resolvería en aplicación de lo dispuesto en el CDI celebrado entre ambos Estados, de 14 de marzo de 2013, que sigue lo dispuesto en el MCOCDE en lo referente a esta materia. A falta de más datos, la DGT parte de la hipótesis de que la consultante es residente fiscal en España y, por tanto, tributará en el IRPF español por su renta mundial. Por su parte, respecto de la tributación de las rentas del trabajo prestado para la empresa británica por cuenta ajena, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 14 del CDI hispano-británico, materia que sigue, también en este punto, lo dispuesto en el MCOCDE. Por ello, teniendo en cuenta la interpretación dada por la OCDE en sus comentarios, se concluye que *“(e)n tanto que el empleo se ejerce en el mismo país de residencia, es decir, en España, mediante el sistema conocido como teletrabajo, [...] la renta sólo puede*

¹⁵⁶⁵ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, op. cit., p. 306.

someterse a imposición en España, sin que puedan ser gravadas en Reino Unido". De este modo, la consultante será contribuyente del IRPF español, debiendo tributar en España por la totalidad de sus rentas, incluyendo las rentas percibidas de la entidad británica.

En idéntico sentido se resolvió la consulta vinculante V3286-17, de 27 de diciembre de 2017. Esta consulta versa sobre un supuesto de posible contratación de dos trabajadores residentes fiscales en España para que teletrabajen desde este país para una empresa con sede en Irlanda. Dada la existencia de un CDI entre ambos Estados, de 10 de febrero de 1994, siguiendo el MCOCDE, la DGT concluye que *“las rentas del trabajo dependiente derivadas de realizar teletrabajo, desde un domicilio privado en España, aunque los frutos de dicho trabajo sean para una empresa irlandesa y siendo los trabajadores considerados residentes fiscales en España, al ejercer el empleo en España, solamente tributarán en España”*¹⁵⁶⁶. En cualquier caso, incluso aunque se entendiera que, en estos casos, la persona física es residente fiscal en el otro Estado, dado que el teletrabajo se desarrolla en territorio español (no de modo temporal, sino permanente), las rentas derivadas del mismo estarían sujetas a tributación en España –por el impuesto sobre la renta de no residentes–, de conformidad con lo establecido en el MCOCDE (en este sentido, consulta vinculante V1305-15, de 28 de abril de 2015).

La DGT también se ha pronunciado sobre la situación inversa, es decir, cuando el teletrabajo se presta desde otro Estado (en este caso, Reino Unido) para una empresa española (consulta vinculante V2852-17, de 3 de noviembre de 2017). En estos supuestos, cabe la posibilidad de residencia fiscal en España si se cumplen los requisitos del artículo 9.1 de la LIRPF, debiendo resolver los posibles conflictos de residencia de conformidad con los CCDI (en este caso, el CDI hispano-británico de 14 de marzo de 2013). Si, en aplicación de las *tie break rules*, la persona física resultara residente fiscal en España, tributaría ahí por su renta mundial. No obstante, dado que, en los casos de teletrabajo, el trabajo se presta desde el otro Estado (Reino Unido), este último país podría gravar las rentas derivadas de ese trabajo, salvo que concurriesen los requisitos de la excepción a esta regla general antes comentados. En caso de no concurrir esta excepción (lo que generalmente no ocurrirá si son relaciones de larga duración, pues no se cumplirá el primer requisito de no exceder de 183 días), España, al ser el Estado de residencia, debería eliminar la doble imposición de acuerdo con lo dispuesto en el CDI (art. 22) y el artículo 80 de la LIRPF. Por el contrario, si la persona no se considerara residente fiscal en España,

¹⁵⁶⁶ En esta misma línea, consultas vinculantes V0686-15, de 3 de marzo de 2015 (posible teletrabajo desde España para una empresa alemana, existiendo un CDI entre ambos países que sigue el MCOCDE, aunque la consulta planteada era dudosa y la DGT la resolvió de una manera muy genérica); y V0906-17, de 11 de abril de 2017 (teletrabajo desde España para una empresa estadounidense, existiendo un CDI entre ambos países que sigue el MCOCDE).

en la medida en la que el trabajo no se desarrolla en este territorio, la renta del teletrabajo no se considerará obtenida aquí y, por tanto, no estará sujeta a tributación en España¹⁵⁶⁷.

464. La aplicación del régimen del artículo 15 del MCOCDE al teletrabajo transnacional alterno. Menos clara es la solución para los casos de teletrabajo alterno, modalidad cuya casuística, como ya se ha señalado, es muy variada. En estos casos, la prestación laboral se entenderá realizada en ambos Estados, pero en diferente proporción. Lo más complicado será determinar qué parte del sueldo, salario u otra retribución análoga pagados al trabajador proviene del ejercicio de su trabajo por cuenta ajena en cada uno de los Estados¹⁵⁶⁸, pues el régimen fiscal puede ser diferente.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en la consulta vinculante V3794-16, de 9 de septiembre de 2016. En este supuesto, la consultante era una trabajadora que prestaba sus servicios para una empresa con sede en Alemania, que se trasladó a vivir a España de manera definitiva, manteniendo su prestación de servicios para la misma empresa en su modalidad de teletrabajo, con obligación de viajar a la oficina empresarial –sita en Múnich– una semana al mes. En esta ocasión, también existe un CDI suscrito entre España y Alemania, de 3 de febrero de 2011, que sigue el MCOCDE. La DGT realiza un doble análisis de las rentas del trabajo de la consultante, diferenciando entre las obtenidas por su prestación de servicios en España mediante la modalidad de teletrabajo y las obtenidas por su prestación de servicios en Alemania (la parte proporcional correspondiente a una semana por cada mes de trabajo). Respecto de las primeras, la solución a la que se llega es la misma que la señalada en los casos de teletrabajo puro prestado desde España para empresas sitas en otros Estados con CDI: partiendo de la premisa de que la consultante es residente fiscal en España, se declara la tributación exclusiva en España, país de prestación de los servicios. En cambio, respecto de las rentas obtenidas por el tiempo de prestación de servicios en Alemania, la DGT señala –una vez descartada la existencia del supuesto de excepción a la regla general del artículo 15 del MCOCDE– la posibilidad de que este último Estado pueda gravar estas rentas (como

¹⁵⁶⁷ En idéntico sentido, consulta vinculante V3945-15, de 10 de diciembre de 2015 (teletrabajo durante más de un año desde Reino Unido para una empresa española, existiendo un CDI entre ambos países que sigue el MCOCDE). En esta misma línea, consultas vinculantes V0755-13, de 12 marzo de 2013 (teletrabajo desde el país de la residencia fiscal de la trabajadora, esto es, Reino Unido, para una empresa española, descartando igualmente la tributación en España de estos rendimientos en aplicación de la normativa española sobre el IRNR); V1451-14, de 30 de mayo de 2014 (teletrabajo prestado desde los Emiratos Árabes para una empresa española, existiendo CDI que sigue el MCOCDE respecto de la tributación de las rentas del trabajo por cuenta ajena, con algunas particularidades en cuanto a las reglas para determinar la residencia fiscal en caso de conflicto); y V1952-16, de 6 de mayo de 2016 (teletrabajo –asimilado– desde Portugal para una empresa española, existiendo un CDI entre ambos países que sigue el MCOCDE, aunque, en este caso, la DGT resuelve la no posible tributación en España de estos rendimientos en aplicación de la normativa española para el impuesto sobre la renta de no residentes –IRNR–).

¹⁵⁶⁸ Así se reconoce en OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio...*, op. cit., p. 306 (apartado 2.3).

Estado fuente), siendo España el país de residencia fiscal donde la consultante estará sometida a gravamen por su renta mundial; de ahí que sea España quien deba eliminar esta posible doble imposición aplicando su legislación interna (art. 80 de la LIRPF) o lo dispuesto en el CDI.

Otro ejemplo diferente puede encontrarse en la consulta vinculante V0976-14, de 7 de abril de 2014. En este caso se pregunta acerca del lugar de tributación si un trabajador presta sus servicios tres días por semana en Francia para una empresa francesa y regresa cada semana a su residencia en España, desde donde completa la semana laboral con dos días de teletrabajo, país donde vive su familia y donde el consultante mantiene sus propiedades. En esta ocasión, la DGT centra su respuesta en la determinación de la residencia fiscal del consultante, aplicando las *tie break rules* del MCOCDE y poniendo de manifiesto la problemática particular de este caso (que puede ser bastante común en la práctica). La primera regla de desempate que recoge el MCOCDE es la de la vivienda permanente. Sin embargo, en estos casos, tal y como se señala en la respuesta de la DGT, es probable que el trabajador disponga de una vivienda permanente a su disposición en cada uno de los Estados al trabajar habitualmente en los dos. Entonces, pues, habrá que atender al lugar donde radique el centro de intereses vitales del trabajador para resolver el posible conflicto de residencias. Sin embargo, este criterio tampoco soluciona el problema dado que, aunque las relaciones personales del trabajador están en España (donde reside su familia y mantiene sus propiedades), el grueso de su actividad se realiza en Francia y le paga una empresa francesa. Por tanto, debería acudirse al criterio de la habitualidad, en cuyo caso se entiende que concurre en el Estado español. De este modo, el consultante sería residencia fiscal en España, tributando en el IRPF por su renta mundial. Ahora bien, aunque en la consulta no se dice nada a este respecto (se ciñe a la determinación del lugar de tributación), debe tenerse en cuenta lo señalado en la consulta V3794-16, de 9 de septiembre de 2016, respecto de la parte proporcional de las rentas del trabajo obtenidas durante la prestación de los servicios realizada físicamente en Francia (tres días a la semana).

465. Corolario. De todo cuanto antecede puede deducirse, como parte de la doctrina así lo ha venido manifestando, que, en los supuestos de teletrabajo puro, el principio de gravamen en el Estado fuente puede verse ampliamente sustituido por el del Estado de residencia¹⁵⁶⁹ (lo que ocurrirá cuando coincida el Estado de prestación del teletrabajo con el de la residencia fiscal del trabajador, supuesto muy habitual). Este efecto se reduce proporcionalmente en los casos de teletrabajo alterno, al existir una parte

¹⁵⁶⁹ DE JUAN LEDESMA, A., “Fiscalidad del Comercio Electrónico: mito o realidad”, Estudios financieros: Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, núm. 204, 2000, pp. 123-144 (135-136); MARTOS, J. J., “Criterios de sujeción de las rentas del teletrabajo internacional...”, *op. cit.* (184-186).

de la prestación de servicios desarrollada físicamente en el Estado donde se encuentra la sede empresarial (que sería el Estado fuente), sin que resulte aplicable la excepción prevista en el artículo 15.2 del MCOODE (porque será en ese Estado fuente donde resida el empleador pagador de esas rentas).

Así pues, en una multitud de casos de teletrabajo puro, la tributación de las rentas del trabajo se realizará íntegramente en el Estado de residencia del trabajador. Por su parte, en los casos de teletrabajo alterno, existirá una tributación compartida entre ambos Estados, aunque podría decirse que esta será mayoritariamente realizada en aquel Estado donde se preste proporcionalmente más trabajo físicamente¹⁵⁷⁰. No obstante, conviene recordar que el análisis efectuado es una simplificación, a modo ejemplificativo, de la casuística tan variada existente en la realidad, por lo que no se descarta que puedan darse casos mucho más complejos con soluciones diferentes¹⁵⁷¹.

VII.4.3.C.b. Consecuencias de la aplicación de la doctrina Schlecker al teletrabajo

466. La determinación de la ley aplicable al contrato de teletrabajo. La aplicación literal de esta jurisprudencia al caso del teletrabajo, podría conducirnos a determinar como aplicable la ley del país donde se presten físicamente los servicios porque este será el Estado en el que, generalmente, residirá el teletrabajador, pagará sus cotizaciones sociales (salvo cambio normativo o interpretativo) y los tributos que graven las rentas de su actividad –dado que estas dos últimas materias giran en torno a un elemento geográfico–. Pese a ello, podría llegarse a otra conclusión en atención al resto de circunstancias relevantes del caso.

Sea como fuere, la cláusula de escape es de naturaleza abierta, lo cual podría permitir una reinterpretación judicial de forma más flexible en los casos de teletrabajo (al menos en su modalidad interactiva), pudiendo vincular la relación laboral con el país de la sede empresarial.

467. La posible utilidad de esta solución en la esfera de los Reglamentos de coordinación. Por su parte, si extrapolamos la jurisprudencia comunitaria al amparo del

¹⁵⁷⁰ No obstante, en los (escasos y, probablemente, transitorios) casos de teletrabajo alterno en un país para una empresa residente en otro diferente, siendo este último el Estado de residencia fiscal del teletrabajador, podrían cumplirse los tres requisitos recogidos en la excepción del artículo 15.2 del MCOODE y, por tanto, las rentas obtenidas por este trabajo estarían sujetas a tributación exclusivamente por el Estado de residencia (que coincidiría, así, con el Estado donde esté ubicada la empresa pagadora).

¹⁵⁷¹ La fiscalidad internacional no ha quedado indemne tras la irrupción de las NTIC y la llegada de la era digital, de ahí que exista también un debate abierto sobre posibles reacciones desde el Derecho Fiscal frente a este cambio tan relevante. Puede consultarse un análisis sintético de este debate en GARCÍA NOVOA, C., “Capítulo 8. Impuestos atípicos en la era post BEPS”, en CUBERO TRUYO, A. (Dir.), *Tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2018, pp. 209-244.

artículo 8.4 del RRI al ámbito de las normas comunitarias de coordinación, obviamente, la conexión prevalente del lugar de afiliación y cotización carece de sentido para determinar la ley encargada de regir tales cuestiones. De este modo, la conexión prevalente que subsistiría sería la del lugar de tributación de las rentas del trabajo por cuenta ajena que, tal y como se ha analizado, nos conducirá, generalmente, al país de prestación física de los servicios en el caso de teletrabajo puro y, en el teletrabajo alterno, al país donde se presten proporcionalmente más servicios físicos. El resto de conexiones relevantes señaladas por el TJUE son los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo, que parecen fácilmente maleables. En cualquier caso, según se ha dicho, la cláusula de escape es de naturaleza abierta, lo cual podría suponer una reinterpretación de forma más flexible en los casos de teletrabajo (al menos en su modalidad interactiva), pudiendo vincular la relación laboral con el establecimiento empresarial (por ejemplo, centrando el análisis en el criterio de la relación laboral expuesto al hablar del modelo del RBI *bis*).

468. Principal crítica. Al igual que se señaló sobre la determinación del lugar habitual de trabajo a efectos del RBI *bis* recurriendo a los vínculos más estrechos, la principal crítica doctrinal contra la cláusula de escape es, precisamente, la inseguridad jurídica y falta de previsibilidad derivada de dejar la determinación de la ley aplicable en manos del órgano jurisdiccional competente¹⁵⁷². A esta crítica se le pueden oponer los mismos argumentos señalados en materia de competencia judicial internacional: flexibilidad del criterio capaz de adaptarse a un mundo en continuo cambio y, sobre todo, dificultad de los empleadores para aprovechar las reglas de manera torticera.

VII.4.4. Necesidad de una regla de conflicto específica para el teletrabajo: entre la *lex loci domicilii* y la ley de la sede empresarial

469. Una norma de conflicto como solución. Ya se ha tenido oportunidad de mencionar en diversidad de ocasiones que la finalidad de los nuevos Reglamentos de coordinación era conseguir una simplificación de los textos reglamentarios. Esta simplificación fue unida a una reducción de las reglas específicas para determinadas categorías de trabajadores (manteniendo el mínimo indispensable). Esta tarea de simplificación ha llevado a importantes expertos en la materia a decantarse por realizar adaptaciones interpretativas y fomentar su efectiva implementación para conseguir el resto de objetivos de las normas de coordinación¹⁵⁷³. Sin embargo, después del análisis

¹⁵⁷² SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, *op. cit.* (1266). Igualmente, en cuanto al problema de la seguridad jurídica, MORENO MÁRQUEZ, A., “Ley aplicable al teletrabajo transnacional...”, *op. cit.*, p. 14/34. Alegando la mayor inseguridad jurídica y el consiguiente aumento de disputas judiciales, JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 56/64.

¹⁵⁷³ JORENS, Y., “Towards new rules...”, *op. cit.* (175).

efectuado, pueden extraerse dos conclusiones: 1) el teletrabajo puro podría recibir una solución adaptativa por la vía de la extrapolación de la interpretación del concepto “lugar de ejercicio de la actividad” al amparo de la jurisprudencia comunitaria sobre el RBI *bis* (básicamente, el recurso a los vínculos más estrechos), aunque con un elevado grado de inseguridad jurídica; y 2) el teletrabajo alterno, en cambio, presentaría más dificultades dada la dificultad de escapar del ámbito de aplicación de las reglas del artículo 13 del Reglamento 883/2004. Por ello, considero necesario contar con una regla específica en materia de teletrabajo, tanto puro como alterno, que clarifique su régimen, ya que las interpretaciones adaptativas no pueden considerarse plenamente satisfactorias.

La inclusión de esta regla específica para el teletrabajo transnacional, excepción a la regla general del artículo 11.3.a) del Reglamento de base, podría estar justificada dado que nos encontramos en una situación en la que resulta más adecuado establecer otro vínculo de conexión diferente (apartado 27, asunto X). Esta afirmación podría venir respaldada por el hecho de que, en el teletrabajo, el lugar de prestación física de servicios pierde gran parte de su importancia dada la propia naturaleza de estos servicios, lo que nos debe llevar a buscar conexiones alternativas. La duda que se nos plantea ahora es precisar cuál sería la opción más adecuada en materia de Seguridad Social. Descartado el lugar de prestación de los servicios, y siguiendo la dinámica del sistema de normas de conflicto actual, solo quedarían dos conexiones posibles: el lugar de residencia del teletrabajador y el lugar donde está radicada la empresa empleadora¹⁵⁷⁴. Como se ha encargado de dejar patente el estudio realizado por la red de expertos MoveS, de julio de 2020, no existe una respuesta sencilla a la hora de decantarse por una u otra conexión¹⁵⁷⁵.

470. La *lex loci domicilii* y sus problemas. Si se prima la concepción física o geográfica de la prestación laboral y se vincula el teletrabajo con la residencia del trabajador (*lex loci domicilii*), se mantendrían los problemas derivados de la existencia de un elevado riesgo de *dumping* social, si bien se daría un tratamiento igualitario a todos los trabajadores que presten sus servicios en el mismo territorio¹⁵⁷⁶. Sobre la primera cuestión, es importante recordar que, precisamente, uno de los motivos por los que se prefirió la *lex loci laboris* como regla general fue para evitar posibles efectos negativos sobre la competencia entre las empresas producidas por importaciones de trabajadores a

¹⁵⁷⁴ Podría pensarse también en la conexión de actividad preponderante, como ha defendido un sector doctrinal como alternativa a la conexión de la residencial del artículo 13 del Reglamento de base. No obstante, para los casos de teletrabajo, no considero apropiada esta opción dado que, en mi opinión, el lugar de prestación de los servicios carece de relevancia.

¹⁵⁷⁵ STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, pp. 44-46.

¹⁵⁷⁶ A favor de estos argumentos, GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *op. cit.* (1999); y SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, *op. cit.*, p. 109.

coste de su Estado de residencia, propiciando carreras a la baja en la protección social con el consiguiente peligro para el principio de progreso social (art. 3.3 del TUE).

Asimismo, aunque la fijación de este criterio aportaría seguridad jurídica, lo cierto es que la determinación de la residencia no siempre es una tarea sencilla. A este respecto, basta recordar lo señalado sobre los criterios de determinación de la residencia a efectos de las normas de coordinación en el artículo 11 del Reglamento 987/2009, así como sus diferencias respecto del concepto legal de la Directiva 2004/38 y del concepto de residencia fiscal. Por ello, se ha considerado oportuno redefinir el concepto de residencia para tratar de aproximar todos estos conceptos divergentes¹⁵⁷⁷.

Por último, también existiría un problema adicional derivado de la posible inestabilidad del lugar de trabajo. No podemos obviar que el teletrabajador, ejerciendo el derecho fundamental a la libre circulación y residencia en la UE, podría cambiar su residencia en cualquier momento, manteniendo su prestación de servicios en idénticos términos para su empresa empleadora. En estos casos, los expertos han alertado de que esto podría conllevar múltiples cambios de la ley aplicable a la misma relación, generando complicaciones administrativas e, incluso, de protección para el propio trabajador. Como solución a este problema, se podrían establecer periodos temporales mínimos de estancia en un lugar para entender que se ha producido un cambio de residencia a estos efectos, salvo prueba en contrario¹⁵⁷⁸.

471. La ley de la sede empresarial y sus problemas. Por el contrario, si se prima la conexión con el establecimiento empresarial contratante que ejerce las funciones de empleador, se conseguiría el objetivo de igualdad entre trabajadores de una misma empresa (como exige el AMET, el Convenio núm. 177 de la OIT y la normativa española), aunque este logro sería a costa de la igualdad de condiciones sociales con el resto de trabajadores que prestan servicios dentro de las mismas fronteras nacionales¹⁵⁷⁹. Asimismo, la identificación de la sede empresarial, como ya se ha indicado, tampoco está exenta de inconvenientes en su puesta en práctica.

¹⁵⁷⁷ CARRASCOSA BERMEJO, D., “Good practices regarding the concept of the frontier worker and his unemployment protection under EU coordinating regulations”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *Good Practices in Social Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2015, pp. 119-138 (126); y STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁷⁸ STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, p. 46. En el caso español, el RD-L 28/2020 ha limitado el margen de elección del lugar de prestación de los teleservicios por parte del trabajador (arts. 7.f y 16). No obstante, al tratarse de una norma nacional, no impide que otros Estados puedan regular esta cuestión de manera más flexible o, incluso, no regularla en absoluto.

¹⁵⁷⁹ Además, surge una duda adicional que podría tener importantes consecuencias en materia de prestaciones sociales (desempleo y asistencia sanitaria), sin perjuicio de la posible aplicación del ya comentado principio *Petroni*: ¿debería considerarse a estos teletrabajadores como trabajadores fronterizos? Vid. STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, *op. cit.*, pp. 45-46.

No obstante, la conexión de la sede empresarial presenta un elevado grado de estabilidad, a diferencia de la residencia, evitando importantes inconvenientes, y estaría vinculándose la relación laboral con el lugar donde se generan los beneficios empresariales y se aprovecha la prestación de servicios. Asimismo, no afectaría a la libre circulación de personas, en tanto que los cambios en el lugar de residencia no afectarían a la relación de afiliación del trabajador.

472. Un problema común: los requisitos de la residencia legal. En ambos casos, tanto si se opta por una ley como por otra, es importante tener presentes los requisitos exigidos por la Directiva 2004/38 para ser residente legal en un Estado miembro. Recordemos que, para ser residente legal pasado el periodo inicial de tres meses (salvo derecho de residencia permanente), o bien se es trabajador (o asimilado), o bien se dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de destino y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos (art. 7 de la Directiva 2004/38). Si resultara aplicable la ley del Estado donde se encuentra la sede empresarial, en principio, este teletrabajador no tendría la consideración de trabajador en el Estado donde reside, por lo que podría tener que cumplir con los requisitos de recursos económicos y seguro de enfermedad para poder ser residente legal ahí (si dicho Estado no es el de la nacionalidad, pues en ese caso, la residencia legal sería automática)¹⁵⁸⁰.

En contraste, si resultara de aplicación la ley del Estado de residencia (determinada de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de aplicación), el problema residiría en la existencia de umbrales (en horas de trabajo y/o remuneración obtenida) en algunos Estados miembros para poder ser considerado un trabajador (lo cual supondría un problema para los empleos de reducida jornada y/o con escasa remuneración). Esta situación ha llevado a defender la supresión de estos umbrales, con la finalidad de no perjudicar la protección de los teletrabajadores (entre otros colectivos afectados)¹⁵⁸¹.

Por último, el hecho de no considerar a estos teletrabajadores como verdaderos trabajadores en el Estado donde no estén asegurados tendría un problema adicional: ¿en qué categoría deberían englobarse entonces? Si fueran considerados como personas inactivas, adquiere especial relevancia lo estudiado respecto de la doctrina *Brey*, *Dano*, *Alimanovic*, *García Nieto* y *Comisión vs. Reino Unido*. Pese a esta posibilidad hipotética, los expertos han considerado poco razonable esta conclusión¹⁵⁸², aunque habrá que esperar a que el TJUE se pronuncie al respecto (si no hay un cambio normativo previo).

¹⁵⁸⁰ STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, op. cit., pp. 45-46.

¹⁵⁸¹ Sobre los problemas ligados a la existencia de umbrales, vid. ampliamente STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, op. cit., pp. 35-38 y 45.

¹⁵⁸² STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, op. cit., pp. 47-51.

VII.4.4.A. Una propuesta integradora: la positivización de los vínculos más estrechos como criterio de conexión para el teletrabajo en materia de Seguridad Social

473. El ámbito de aplicación de la norma de conflicto. El primer asunto espinoso sobre la introducción de una norma de conflicto específica es la propia determinación de su ámbito de aplicación. Como se ha expuesto, en el ámbito supranacional, el AMET define el teletrabajo de manera amplia, 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*”. Ahora bien, esta definición no impide que los Estados miembros opten por incorporar en sus legislaciones nacionales conceptos más precisos de teletrabajo, tal y como ha hecho, por ejemplo, el Estado español. Por tanto, debería precisarse si el concepto de “teletrabajo” de las normas de coordinación debería tener la naturaleza de concepto comunitario o, contrariamente, remitir a la legislación de los Estados miembros para definir la inclusión o no de un trabajador dentro de esta norma de conflicto.

En mi opinión, la opción menos problemática sería optar por una definición comunitaria de teletrabajo a estos efectos, especialmente si tenemos en cuenta los problemas que todavía no han sido resueltos debido, justamente, a la remisión a los ordenamientos nacionales para la calificación de una persona como ejerciente de una actividad por cuenta ajena¹⁵⁸³. El teletrabajo no cuenta con regulación específica en todos los Estados miembros, y las regulaciones que se adopten para su regulación pueden ser altamente dispares. Por ello, en aras de garantizar una aplicación uniforme y más sencilla, debería optarse por definir el teletrabajo a escala comunitaria, de un modo amplio (pues la regla propuesta, como excepción a la *lex loci laboris*, deberá ser interpretada de manera estricta, de ahí que su dicción deba comprender una amplia variedad de casos de teletrabajo). Por ejemplo, intentando mantener la coherencia con los textos reglamentarios actuales, se podría determinar la aplicación de esta regla específica cuando el teletrabajo represente una parte sustancial de la actividad laboral (entendida como expresión de la “regularidad” del teletrabajo que señala el AMET), cifrando esta, al menos, en el 25 % de la jornada del trabajador en un periodo de referencia de los siguientes 12 meses civiles. En caso de no concurrir esta “sustancialidad”, sería aplicable la regla general de la *lex loci laboris*, obviando el lugar donde se hayan prestado los servicios en la modalidad de teletrabajo (para evitar un uso abusivo del artículo 13 del Reglamento de base).

¹⁵⁸³ Sobre esta problemática, véase nota al pie 855.

474. La conveniencia de optar por una conexión múltiple. La elevada variedad de formas en las que puede presentarse el teletrabajo impide, a mi juicio, poder optar estrictamente por uno de los dos criterios de conexión indicados. Considero más oportuno, en cambio, decantarnos por una posición intermedia, que admita flexibilidad, pero con ciertas garantías de seguridad jurídica, tan necesaria en materia de Seguridad Social. Una manera de conseguir esta complicada tarea sería positivizar en los Reglamentos de coordinación una regla de conflicto específica para el teletrabajo (en cualquiera de sus modalidades) cuyo criterio de conexión relevante sean los vínculos más estrechos con la relación laboral, a semejanza de la cláusula de escape del RRI¹⁵⁸⁴, pero con un significado diferente, más próximo al expuesto en materia de competencia judicial internacional. En otras palabras, el Reglamento de base podría incorporar una regla de conflicto de conexión múltiple con una conexión principal y otra subsidiaria. La regla general podría preceptuar la aplicación de la legislación del Estado miembro donde se encuentre la sede o el domicilio de la empresa o el empleador del trabajador, siempre que existan vínculos estrechos entre este Estado y la relación laboral. En caso contrario (conexión subsidiaria), la legislación aplicable podría ser la del Estado miembro de residencia del teletrabajador¹⁵⁸⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, sería necesario incorporar una conexión de excepción para los supuestos de teletrabajo puro (en el sentido de inexistencia de prestación desde los locales de la empresa empleadora), prestado desde el territorio de varios Estados miembros, para una empresa establecida en un tercer Estado (donde se encuentran los locales de la misma). Esta cautela, en mi opinión, debería seguir lo dispuesto en el artículo 14.11 del Reglamento 987/2009. De esta forma, debería prescribirse que, cuando una persona ejerza su actividad asalariada mediante la modalidad de teletrabajo en dos o más Estados miembros por cuenta de un empleador establecido fuera del territorio de la Unión y resida en un Estado miembro, aquella quedará sujeta a la legislación de este último Estado miembro.

475. La primacía de la ley del establecimiento empresarial. En definitiva, me decanto por dar primacía a la ley de la sede empresarial¹⁵⁸⁶, fundamentalmente, por cuatro

¹⁵⁸⁴ A favor de incluir una referencia a la noción del vínculo más estrecho de la actividad con un Estado miembro a efectos de determinar la ley aplicable en ciertas situaciones específicas, entre ellas, el teletrabajo, JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, p. 54/64.

¹⁵⁸⁵ Norma que, en atención a la jurisprudencia comunitaria, también debería considerarse aplicable en los casos en los que el trabajador en cuestión, residente en un Estado miembro, sea contratado por una empresa situada en otro Estado miembro, pero realice la prestación de los teleservicios desde un tercer Estado.

¹⁵⁸⁶ También a favor de la aplicación de la ley donde el empleador está localizado, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 5/34. Asimismo, en este informe también se defiende el uso del criterio de la residencia solo para las personas inactivas o como criterio subsidiario cuando el lugar de trabajo no es relevante o no conlleva resultados justificables (p. 11/34).

motivos: 1) es una ley que, previsiblemente, se mantendrá estable durante toda la relación laboral (quedando indemne ante una posible reversibilidad del teletrabajo¹⁵⁸⁷); 2) evita situaciones de *dumping* social¹⁵⁸⁸; 3) evita la instrumentalización del teletrabajo para alterar la ley aplicable a la relación laboral¹⁵⁸⁹; y 4) no afecta ni instrumentaliza el derecho a la libre circulación de los teletrabajadores, que podrán residir donde prefieran sin que ello afecte, generalmente, a la ley aplicable determinada por los Reglamentos de coordinación¹⁵⁹⁰.

Igualmente, la elección de esta conexión es coherente con el sistema de normas de conflicto del Título II que, como ha reconocido el TJUE, relega la ley del Estado miembro de residencia a una posición accesorio en los casos de prestación laboral. En el asunto *Kik*, el Tribunal de Luxemburgo decantó la balanza a favor del lugar de establecimiento empresarial, por considerar que este estaba más estrechamente vinculado con la relación laboral. En el teletrabajo, considero que esta relación está más vinculada con el lugar de establecimiento empresarial que con el de residencia del trabajador, pues este último carece de gran importancia dada la propia naturaleza del teletrabajo. Excluido el lugar de prestación de servicios de la ecuación, a semejanza de lo que ocurre en supuestos de prestaciones de servicios en un tercer Estado (asuntos *Aldewereld* y *Kik*), solo puede optarse por la *lex loci domicilii* (en este caso, sin vinculación con esta prestación laboral)

¹⁵⁸⁷ Tanto el AMET como la regulación española, hacen hincapié en la reversibilidad del teletrabajo. Eso hace posible que se produzcan cambios en la forma de prestar los servicios que, de optarse por la prioridad de la ley del Estado miembro de residencia, podría implicar cambios en la ley aplicable, con indeseables efectos para las partes implicadas. Sobre este punto, *vid.* LHERNOULD, J.-P., “Les entreprises face à la coordination européenne...”, *op. cit.* (pp. 6-7/18).

¹⁵⁸⁸ Sin perjuicio de situaciones de fraude en las que se pretenda situar la sede empresarial, de manera ficticia, en un Estado con menores costes sociales para, desde ahí, contratar a teletrabajadores en otros Estados miembros. Esta problemática no es nueva, pues es similar a las tradicionales “empresas buzón”, práctica que ya se está tratando de combatir, tanto en vía judicial ante el TJUE como en vía legislativa, en el procedimiento legislativo actualmente en marcha.

¹⁵⁸⁹ El hecho de que un trabajador comience a prestar uno o dos días de su jornada laboral semanal en la modalidad de teletrabajo no implicaría, automáticamente, un cambio en la ley de Seguridad Social aplicable a su relación laboral. Lo contrario podría crear una indeseable vía para las empresas que quieran beneficiarse de la aplicación de la ley del Estado de residencia del teletrabajador, pues bastaría con posibilitar el teletrabajo en una reducida parte de su jornada para conseguirlo. Esto ocurriría si, por ejemplo, se equiparara el teletrabajo alterno con una prestación de servicios en varios Estados miembros y el trabajador prestara, al menos, el 25 % de su jornada mediante teletrabajo.

¹⁵⁹⁰ Si la ley de Seguridad Social aplicable se modifica por el cambio de residencia del trabajador, podría desincentivar la movilidad en la UE si, con ello, se pueden perder ciertas ventajas sociales. Contrariamente, el teletrabajador podría tratar de instrumentalizar su residencia con el objetivo de obtener más ventajas sociales, a costa de un encarecimiento de los costes sociales para el empleador. Confirmando la posible instrumentalización por parte de los trabajadores, en la práctica, cuando no tienen un lugar fijo de prestación de servicios y pueden elegirlo de manera flexible, JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B, *Towards a new framework for applicable legislation...*, *op. cit.*, p. 10/34.

Asimismo, el empleador también podría verse seducido por la idea de contratar teletrabajadores con residencia en Estados miembros con costes sociales menores o, incluso, “sugerir” cambios de residencia para conseguir tal objetivo.

o por la ley de establecimiento empresarial, debiendo decantarse por esta última siempre que existan vínculos con el Estado miembro donde se ubique tal establecimiento.

476. La introducción de criterios específicos como garantes de una mayor seguridad jurídica. Para corregir el elevado grado de inseguridad jurídica derivado del criterio de conexión elegido, se podrían especificar, mediante una disposición del Reglamento de aplicación, una serie de factores “relevantes” a la hora de realizar tal valoración. Así, haciéndonos eco de las diferentes posiciones doctrinales comentadas y la jurisprudencia comunitaria, debería, en primer lugar, preceptuarse la obligatoriedad de tener en cuenta todos los elementos concurrentes en el caso en cuestión, realizando una valoración global de todos ellos. En segundo lugar, deberían tenerse particularmente en cuenta, como criterios de conexión más relevantes, tres: si el teletrabajador en cuestión viaja regularmente a los locales empresariales, el modo de conexión utilizado para prestar sus servicios y la intensidad del poder de dirección y control efectivamente ejercido por el empleador¹⁵⁹¹. También se podrían valorar los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo (aunque menos significativos), quedando en un segundo plano otros elementos, tal y como se señaló en el asunto *Schlecker*. Descarto dotar de carácter relevante al lugar de gravamen de las rentas del trabajo por el marcado carácter geográfico que rige esta cuestión y que, salvo adaptación futura, no se ajusta a las especialidades del teletrabajo o, en general, del trabajo en entornos virtuales.

477. La necesidad de precisiones adicionales. Tras el estudio de las normas de conflicto del Título II, para intentar garantizar, en la medida de lo posible, la efectividad de esta norma de conflicto propuesta, deberían realizarse ciertas adaptaciones normativas e interpretativas adicionales. En primer lugar, respecto del concepto “empresa o empleador del trabajador”, debería atenderse a la definición dada por el TJUE en el asunto *AFMB*¹⁵⁹². Es decir, debería vincularse esta categoría con el empleador real del trabajador, con independencia de criterios meramente formales.

En segundo lugar, el concepto “sede o domicilio” debería contar con mayores garantías frente a las empresas buzón y otros supuestos de montajes empresariales tendentes a eludir la legislación competente¹⁵⁹³. Ante prestaciones de servicios con un componente virtual, parte de la doctrina ha hecho hincapié en el lugar donde se encuentra situado el terminal de la empresa. A estos efectos, es importante distinguir el lugar de la

¹⁵⁹¹ Obviamente, el poder empresarial debe ser suficientemente intenso como para entender que nos encontramos ante un supuesto de trabajo por cuenta ajena. Además, a la hora de valorar esa “intensidad”, deberá tenerse en cuenta el caso concreto, pues no es lo mismo un teletrabajador que sea un alto directivo que un teletrabajador que se encargue de tareas de gestión de bajo perfil.

¹⁵⁹² Véase *supra*, número 308.

¹⁵⁹³ Para ver si esta tarea se consigue finalmente, habrá que esperar a conocer el resultado final del procedimiento legislativo en torno a la reforma de los Reglamentos de coordinación.

sede o domicilio de la empresa o empleador del lugar donde se encuentre ubicado el servidor utilizado por esta/e, pues de lo contrario, debido a la fácil traslación de este servidor a otro lugar más beneficioso en términos económicos, se estaría posibilitando la elusión de las obligaciones sociales¹⁵⁹⁴.

En tercer lugar, sería necesario que, para los casos de teletrabajo, también resultara de aplicación una cláusula de asimilación como el artículo 13.5 del Reglamento 883/2004. De este modo, se entendería que los trabajadores ejercen la totalidad de sus actividades en el Estado miembro cuya legislación se declare competente por la norma de conflicto específica para el teletrabajo.

En último lugar, considero más apropiado el establecimiento de un procedimiento similar al previsto para los supuestos de actividad en más de un Estado miembro, con participación de las instituciones de los Estados miembros implicados desde el primer momento, con posibilidad de cuestionar la competencia de la ley designada como aplicable provisionalmente. El orden de preferencia de la designación de esta ley competente a título provisional en caso de discrepancias, podría dar prioridad a la ley del Estado miembro de residencia si solo se va a trabajar desde ahí la totalidad del tiempo (teletrabajo puro), y en caso contrario (teletrabajo alterno), la ley del establecimiento empresarial. Las posibilidades de detección de casos de abuso o fraude en supuestos de teletrabajo, especialmente en la modalidad a domicilio, son todavía más difíciles de poder detectar en el Estado receptor. Por ello, sería recomendable que, a partir de un examen preliminar de la situación previsible del teletrabajador (sin perjuicio de modificaciones posteriores que puedan conllevar un cambio en la ley aplicable), las instituciones implicadas puedan decidir de manera conjunta la ley competente a título definitivo.

478. La neutralidad de la norma de conflicto propuesta. En cualquier caso, es importante señalar, al igual que hizo el TJUE en el asunto *Schlecker*, que esta norma de conflicto específica para el teletrabajo trata de ser neutral, por lo que la ley designada en aplicación de esta puede ser más o menos favorable a los intereses del trabajador en el

¹⁵⁹⁴ En este sentido, en otro ámbito ajeno a la Seguridad Social, puede resultar útil la definición realizada en el artículo 2.c de la *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (en adelante, “Directiva sobre el comercio electrónico”), del “prestador de servicios establecido” como el “prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios”. Como se deduce del tenor de esta definición, la utilización de medios tecnológicos (como la ubicación del servidor) no son suficientes para la determinación del establecimiento de un determinado prestador de servicios. Sobre esta interpretación, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 20, 2001, pp. 3-40 (9).

caso concreto. Por tanto, debe descartarse que siempre deba optarse por la ley más favorable para el teletrabajador.

479. La puesta en práctica de la regla de conflicto propuesta. En definitiva, los diferentes escenarios posibles y las soluciones que esta interpretación conlleva en cada uno de ellos, podrían sintetizarse en la tabla que se expone a continuación. En esta tabla se parte del supuesto de prestación de servicios en el Estado miembro A, desde donde se teletrabaja (toda la jornada o una parte de ella) y donde se reside legalmente, para una empresa situada en el Estado miembro B.

La solución dada a cada uno de los supuestos, en mi opinión, debería girar en torno a los tres criterios antes señalados, uno prioritario y dos subsidiarios. El criterio prioritario debería ser la asistencia periódica o no a los locales empresariales. En caso de ser así, se podrá presumir (salvo prueba en contrario) la existencia de vínculos más estrechos con el Estado B, donde está situada la sede empresarial de la que parten las instrucciones y la remuneración, donde se realiza el control de la actividad laboral y donde, normalmente, se encuentra la generalidad de la plantilla. Si la asistencia a los locales empresariales es nula o muy esporádica, entonces, se podrían tener en cuenta la modalidad de conexión empleada en el teletrabajo y la intensidad y forma del poder de dirección y el control empresarial efectivamente ejercido sobre el teletrabajador. Cuando la modalidad de conexión sea interactiva y, además, exista un ejercicio intenso de los poderes empresariales sobre el teletrabajador, podría presumirse (de nuevo, *iuris tantum*) la existencia de vínculos más estrechos con el Estado B pues sería “como si el trabajador estuviese físicamente en la empresa”. Por el contrario, aunque la modalidad de conexión sea interactiva, si el poder de dirección y control efectivamente ejercido por el empleador es débil (escasa comunicación entre las partes, instrucciones básicas, control genérico, etc.), podría sostenerse la conclusión contraria. En definitiva, aunque la conexión interactiva permita un flujo constante de información (que puede ser, incluso, a tiempo real) y el ejercicio de un poder de dirección y control empresarial intenso sobre el teletrabajador, es necesario que estas posibilidades se ejerzan efectivamente en el caso en cuestión para poder entender que concurren los vínculos estrechos con el Estado miembro de establecimiento del empleador.

Por su parte, si la conexión fuera *off-line* o unidireccional, con un débil ejercicio de los poderes empresariales, entonces, podría presumirse la existencia de vínculos distantes con el empleador situado en el Estado B. Más dudas presenta el supuesto de teletrabajo *off-line*/unidireccional con un ejercicio intenso de los poderes de dirección y control. Piénsese, por ejemplo, en un empleado que teletrabaja desde su domicilio sin acudir a la sede empresarial, mediante una conexión *off-line*. *A priori*, podría pensarse que los vínculos existentes con el empleador serán distantes. Sin embargo, ¿podría sostenerse tal

afirmación si el teletrabajador debiese hacer uso de un *software* aplicativo, que solo le permite prestar sus servicios siguiendo las instrucciones incluidas en este y que, al mismo tiempo, registra todo tipo de incidencias (número de operaciones, errores cometidos, pausas realizadas, etc.) y el tiempo de trabajo efectivo, existiendo un control exhaustivo de estos datos por el empleador, con el que mantiene contacto vía correo electrónico o teléfono durante su jornada laboral de manera frecuente? En mi opinión, la respuesta debería ser negativa, resultando de aplicación la regla general que determina como ley aplicable la del Estado B. Por tanto, reiteramos nuevamente la necesidad de atender a las circunstancias concurrentes de cada caso.

Tabla 3.- Tabla-resumen de las soluciones para los casos de teletrabajo al amparo de la modificación de los Reglamentos de coordinación propuesta

¿Asistencia periódica a la sede empresarial?	Modalidad de conexión	Poder de dirección y control empresarial	Ley aplicable
NO	<i>Off-line</i> o unidireccional	Débil	EM A
NO	<i>Off-line</i> o unidireccional	Intenso	EM A o EM B
NO	Interactiva	Débil	EM A
NO	Interactiva	Intenso	EM B
SÍ	<i>Off-line</i> , unidireccional, o interactiva	Débil/Intenso	EM B

480. La posible articulación de la regla de conflicto propuesta con el resto de normas de conflicto comunitarias. De una parte, en los casos de teletrabajo, no parece posible aplicar directamente el régimen previsto para los desplazamientos temporales de trabajadores, tampoco cuando se produzcan cambios en el lugar de residencia del trabajador, pues estos cambios de ubicación no vendrán motivados (normalmente) por la voluntad del empleador¹⁵⁹⁵. Sin embargo, con la finalidad de evitar cambios continuos en la ley aplicable cuando esta ley sea la *lex loci domicilii*, se podría establecer una matización similar al artículo 12 del Reglamento de base. Esta matización podría consistir en la incorporación de una referencia al final de esta regla que excluya los cambios temporales de residencia del teletrabajador en la determinación de esta ley (a semejanza del artículo 8.2 del RRI), siempre que su duración previsible no exceda de veinticuatro meses.

¹⁵⁹⁵ STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms...*, op. cit., p. 44.

De otra parte, como medida anti elusión y articuladora con el artículo 13 del Reglamento de base, se considera necesario incorporar también dos precisiones: 1) en los casos de teletrabajo para un mismo empleador, no se entenderá que existe prestación de servicios en más de un Estado miembro, con independencia del porcentaje que represente el teletrabajo (por tanto, no aplica el artículo 13); y 2) cuando la prestación de teletrabajo coincida con la prestación de servicios para otro empleador situado en un Estado miembro diferente, entonces, podrá resultar de aplicación la regla prevista en el artículo 13 con una especialidad: el *locus laboris* de la prestación realizada total o parcialmente mediante teletrabajo, se entenderá situado, en su totalidad, en el Estado cuya ley resulte aplicable de conformidad con lo establecido en la regla específica propuesta para el teletrabajo.

De este modo, si la ley aplicable a la relación laboral con prestación total o parcial de teletrabajo es la del Estado de sede empresarial, esta ley no cambiará, sistemáticamente, a la de residencia del teletrabajador. Por un lado, si la otra prestación laboral se presta en el mismo Estado que el de la sede empresarial, entonces, no habrá prestación de servicios en dos Estados miembros a los efectos del Reglamento 883/2004. Por otro lado, si la otra prestación laboral se realizara en el Estado de residencia del teletrabajador (para un empleador con sede en el Estado de residencia del trabajador o de la empresa para la que este teletrabaja), pero sin alcanzar los umbrales de la actividad sustancial (sin ser actividades marginales), también se mantendría la aplicación de la ley del Estado miembro de la sede empresarial (art. 13.1.b) *ii* y *iii* del Reglamento de base). Sin embargo, fuera de estos casos, la *vis atractiva* de la *lex loci domicilii* en el actual artículo 13 del Reglamento 883/2004 es muy fuerte.

VII.5. La hegemonía de la *lex loci laboris*, ¿en crisis?

481. El debate sobre la preferencia por la *lex loci laboris*. A pesar de que la opción preferencial por la *lex loci laboris* se ha mantenido desde los orígenes de la coordinación comunitaria, no ha estado exenta de debate. El análisis de las normas de conflicto del Título II del Reglamento de base muestra cómo, en ocasiones, el recurso al *locus laboris* no ofrece una solución satisfactoria, siendo desplazado por otra conexión más idónea. Estas excepciones o matizaciones a la regla general no son pocas, ni mucho menos irrelevantes. Como se ha indicado, las normas más problemáticas en la práctica y con una mayor proyección son las contenidas en los artículos 12 y 13 del Reglamento 883/2004, ninguna de las cuales tiene como principal conexión la *lex loci laboris* en sentido estricto.

El cuestionamiento de esta opción se ha mantenido durante mucho tiempo (sobre todo, tras la inclusión en la esfera comunitaria de países con sistemas de Seguridad Social basados en la residencia y financiados mayoritariamente vía impositiva, como los países

nórdicos¹⁵⁹⁶), pero se ha avivado especialmente en los últimos años como consecuencia de la aparición de las ya mentadas nuevas realidades laborales y nuevas formas de movilidad. Como se ha puesto de manifiesto respecto de los *mini-jobs* y el teletrabajo, la opción por la regla general genera problemas que aconsejan la búsqueda de soluciones alternativas. Por ello, la doctrina científica se ha planteado si ha llegado el momento de reflexionar sobre cambios más profundos en los Reglamentos de coordinación que permitan una mejor adaptación a las nuevas necesidades de los trabajadores y sus empleadores¹⁵⁹⁷.

482. La *lex loci domicilii* como principal competidora. No puede negarse que la evolución económica, social y tecnológica de los Estados miembros, plasmada en los cambios en los patrones migratorios y las formas de empleo, ha puesto contra las cuerdas a la *lex loci laboris*, cada vez más con más excepciones o adaptaciones necesarias para poder hacer frente a estos nuevos retos. Sin embargo, no resulta sencillo otorgar el título de conexión principal del sistema de normas de conflicto a una conexión distinta.

Un sector doctrinal¹⁵⁹⁸ ha llegado a plantearse esta ardua tarea, apuntando siempre a un rival principal: la ley del Estado miembro de residencia. La evolución del sistema de normas de conflicto ha evidenciado un mayor protagonismo progresivo de esta ley, pero ¿suficiente como para dar este salto cualitativo? En opinión de este sector doctrinal, no, en el estado actual de las cosas.

Un primer motivo para rechazar esta sustitución se ha encontrado en el mismo Derecho originario. En efecto, la aplicación de la ley del Estado miembro de trabajo efectivo se considera una emanación de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de los distintos Estados miembros recogida en el artículo 45 del TFUE¹⁵⁹⁹. De hecho, el considerando 17 del Reglamento 883/2004 señala que la norma general para determinar la legislación aplicable será la del Estado miembro en que el interesado realice una actividad por cuenta ajena o propia, “*para garantizar del modo más eficaz posible la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro*”. Así, la selección de cualquier otra conexión como norma general

¹⁵⁹⁶ Por todos, PENNING, F., “Co-ordination of social security...”, *op. cit.* (77); y RENNUI, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 373-374.

¹⁵⁹⁷ MARTIN, D. y LHERNOULD, J.-P., “Conflit de lois en matière de sécurité sociale...”, *op. cit.*, p. 347; y MORSA, M., *Sécurité Sociale...*, *op. cit.*, p. 158.

¹⁵⁹⁸ Por todos, PENNING, F., “Co-ordination of social security...”, *op. cit.*; PENNING, F., *European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 81-82; FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 146-147; y RENNUI, N., *EU Social Security Law...*, *op. cit.*, pp. 377-383.

¹⁵⁹⁹ Concretamente, el apartado 3.c) de este precepto señala que la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho “*de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales*”.

podría contravenir lo dispuesto en el Derecho primario, sin que exista una justificación objetiva suficiente para ello. Ello no obsta, en cambio, para que pueda hallarse justificación suficiente para introducir las excepciones señaladas y amparadas en la propia normativa derivada, pero sería muy difícil –si no imposible– sostener esta justificación de una manera generalizada.

Un segundo motivo que ya ha sido apuntado, es el referente al posible incentivo a la competencia desleal o *dumping* social. La aplicación de diferentes legislaciones de Seguridad Social a los trabajadores en función de su lugar de residencia permite clasificar a estos en más o menos económicos en función de dicho lugar. Esto podría provocar la contratación en masa de trabajadores en países con menores costes sociales, con el peligro que de ello se deriva para la competencia leal entre empresas en el territorio de la Unión y el principio de progreso social.

483. ¿Hacia una positivización general de los vínculos más estrechos? Como alternativa, algunos expertos en esta materia han debatido acerca de la posible sustitución del actual sistema de normas de conflicto por la introducción de una regla general que positivice la conexión con la ley del Estado miembro más estrechamente vinculado con la relación jurídica, con carácter general¹⁶⁰⁰. Como no podría ser de otro modo, este cambio tan radical en el modelo de coordinación comunitaria ha sido explorado desde una perspectiva teórica, pero reconociendo la reducida posibilidad de éxito entre la clase política. Además, si bien con esta conexión de proximidad en su máxima expresión se podrían ofrecer soluciones satisfactorias a mayor escala, su practicidad y seguridad jurídica se reducirían considerablemente dada la ambigüedad y abstracción del criterio, elevando las disputas entre los Estados miembros. Estos problemas han llevado a este sector doctrinal a inclinarse por remediar los problemas que las actuales normas de conflicto generan en determinados casos particulares y que podrían ser remediadas desde el principio de proximidad, pero con adaptaciones menos ambiciosas.

¹⁶⁰⁰ JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C., y STRBAN, G., *Key challenges...*, *op. cit.*, pp. 56-57/64.

CONCLUSIONS

CONCLUSIONS¹⁶⁰¹

484. General aspects. Determining the applicable legislation to employees for social security affiliation purposes is a key element, not only for employers and employees, but also for the different Member States. The determination of this legislation has important implications for the three parties of this triangle. That is why it is convenient to know the dispositions and the functioning of the rules governing this subject. The EU Regulations on Social Security Coordination are of crucial importance in this area due to the high mobility within the European Union and the special status of European law.

It is well known that these Regulations seek to coordinate the different national Social Security systems, leaving aside the harmonization of their content. Coordination is not expected to change in favour of harmonization on such a political issue, especially considering its economic and social implications for the Member States. Hence, the coordination model is here to stay, and for a very long time.

The EU coordination rules are a tool to achieve the free movement of persons, which is a fundamental right in the EU. Their main purpose is to eliminate as many obstacles to this freedom concerning the loss of social rights as possible. Thus, according to European case-law, Articles 45 to 48 of the TFEU (to which Article 21 should be added) constitute the basis, the framework and the bounds of the Social Security regulations. Likewise, those Regulations seek to improve both standard of living and employment conditions of the people to whom they apply, based on the principles of continuity of rights and social progress.

On the one hand, these Regulations still remain unknown for many in spite of their first version coming into force over sixty years ago. On the other hand, their dispositions constitute a key challenge for those who have to apply them. The same can be said about authors who have decided to study these complex and technical rules. One may say that almost nothing in such Regulations is what it seems to be.

Nowadays, the content of the Coordination Regulations is being re-evaluated as a result of the legislative procedure underway, initiated by the European Commission in December 2016. A provisional Agreement was reached in March 2019 but there are still some outstanding issues to be solved. Undoubtedly, this is the right time to study these rules in depth and, above all, their critical issues: not only because of this ongoing procedure, but also because of the new challenging labour, family and migration realities.

¹⁶⁰¹ Traducción en castellano disponible en el Anexo III.

1. General critical issues of the Coordination Regulations

485. The “quasi-legislative” work of the CJEU. A first problem of these rules is determining the specific content of the Regulations. It is clear that any rule of law is to be construed by judges when applied. However, arguably, the CJEU’s role has promoted interpretation to the next level in the European coordination field. In practice, it is very common for the CJEU to go beyond the apparent explicit wording of the dispositions and make “quasi-legislative” interpretations that even tend to vary without compelling reasons. So much so that the majority of the changes of these Regulations have been made according to the CJEU case-law, though, in a small number of cases, these changes have been made precisely to discard this European case-law. In the end, this situation creates an undesirable legal uncertainty detrimental to everyone involved (sometimes, neither employees nor employers know what to expect).

486. The problems related to the scope of application. The second problem to be addressed is the applicability in itself of the Coordination Regulations to a specific case. The vagueness of the articles addressing the scope of the Regulations is not a sign of clarity and simplicity of this matter whatsoever.

Firstly, it is difficult to determine the geographical scope of application because it has not been explicitly defined. Consequently, it is necessary to apply the general rules laid down in EU primary law. In addition, the CJEU considerably extended this geographical scope to cases in which, at first sight, these rules would not apply. These cases are twofold: 1) when an employed person pursues an activity in a third State while the employment relationship is closely linked to the territory of the EU; and 2) when an employed person pursues an activity on offshore platforms on the continental shelf adjacent to the territory of a coastal Member State, provided that the “functionality” requirement is met. For the sake of legal certainty, it would be helpful to codify this case-law withing the text of the Regulation 883/2004.

Secondly, the determination of the personal scope of application presents three main problems. The first one results from the need to refer to the national legislations to characterize a person as a family member (more problems arise from new family models which are recognised differently across Member States). The second problem comes from the absence of any kind of reference to the existence of Regulation 1231/2010 (by virtue of which this coordination model can be extended to nationals of third countries) in the coordination rules. The third problem is that the Coordination Regulations do not reference the so-called “transnationality” requirement. This is a basic requirement for the application of these provisions and it has been interpreted by the CJEU in a flexible manner. Undoubtedly, all these points should be clarified in the regulatory text itself.

Lastly, from the point of view of the material scope of application, the main problem is the lack of clear definition of two concepts: Social Security benefits and social contributions. On the one hand, it is essential to define Social Security - and, in return, social assistance - consistently not only with the Coordination Regulations, but also with general European law. In my view, that requires that the concept of social assistance of the Directive 2004/38 excludes, at least, benefits already included in the scope of the Coordination Regulations (mainly, the so-called special non-contributory benefits - SNCBs -). On the other hand, relative to social contributions, it is necessary to establish boundaries between contributions, included within the coordination rules, and taxes, excluded from them. This issue can significantly impact Member States from the contributory point of view, depending on their Social Security financing system.

487. The insufficiency of Article 8 of the Regulation 883/2004. One of the areas in which the CJEU has played a key interpretative role has been Article 8 of the Regulation 883/2004, which regulates the interplay between the Coordination Regulations and international agreements on Social Security.

The CJEU recognized the declarative nature of the content of Annex II of the Regulation 883/2004 and, more importantly, set forth the so-called *Rönfeldt* doctrine. As indicated, in accordance with this doctrine, a more favourable international agreement can be applied over the Coordination Regulations under certain circumstances. However, the European legislature missed several opportunities to incorporate this doctrine, which is fully in force. It would be appropriate to set this doctrine down since it can be considered settled. Likewise, it would be desirable to draw up a by-country list including the provisions that, according to the case-law of the Court, are deemed to be more favourable for individuals in application of this doctrine (although, one should consider that the more or less favourable nature of the provisions sometimes depends on the case).

Finally, in addition to the foregoing, the CJEU has also dictated the controversial *Gottardo* doctrine, relate to international agreements concluded by Member States with third countries. The implementation of this doctrine is complex (due to its involvement of third States), and it is not mentioned in any part of the regulatory text. However, the Recommendation No. H1, of 19 June 2013, at least, does cover it.

2. Specific critical issues of the determination of the applicable legislation in matters of affiliation

488. Once the applicability of the Coordination Regulations is settled, the conflict rules of Title II will apply in order to determine the applicable legislation for social security affiliation purposes. This determination is based, among others, on the principles of equality of treatment among citizens of the different Member States, administrative cooperation and unicity of the applicable legislation. This subject presents several problems as well.

489. Conflict of laws or authorities? The first problem, of a theoretical nature, is the qualification of the system of conflict rules laid down in Title II of Regulation 883/2004. The main question is whether they solve a conflict of laws or authorities. From my perspective, the coordination rules do not enable national institutions to apply a foreign Social Security law. This would prevent a conflict of laws in its traditional sense in the International Private law field from existing. On the contrary, the requirements of a conflict of authorities in its traditional sense are met. Given the coincidence of legislative, administrative and jurisdiction in matters of Social Security, the possible existence of rules distributing international jurisdiction in the Coordination Regulations themselves could be considered. This means that these European provisions would partially displace the national ones in this area.

490. The divergence of national concepts: the category of “activity as an employed person”. One of the main problems of the current conflict rules system is the lack of an EU concept of “person who pursues an activity as an employed person”, and this qualification is really important in order to decide which rule to apply - with great practical differences -. However, it is up to the national Social Security laws of the different Member States to give a definition, which can significantly differ from one State to the other. These differences are larger in two cases: when this qualification depends on certain thresholds of working hours or earned income; and when it comes to workers in new forms of employment, especially in virtual environments. The divergences in these cases can be huge and lead to problems in the implementation of the conflict rules that have not been solved so far.

491. The narrow definition of “location of an activity”. Another problem with the EU conflict rules lies in the interpretation made by the CJEU of the concept of “location of an activity”. It has been interpreted as equivalent to the place where, in practical terms, the person concerned carries out the actions linked to that activity. The difficulties derived from this very physical definition are varied. On the one hand, this concept presents problems when the activity is pursued in a reduced or minimal amount

of time in the Member State of employment and the employee has a closer connection with another Member State (normally, the one where he/she resides). On the other hand, this physical concept of the location of an activity does not consider the particularities of remote services or those performed in other virtual formats, which are increasing day by day. These challenges led to the possibility of extrapolating the BIR (recast) and RIR definition of a “habitual” workplace to the sphere of EU coordination. While it could be successful in some cases, the truth is that it would be necessary to make some adaptations to the current conflict rules system. Unlike the BIR (recast) and RIR, the Coordination Regulations, based on a geographical conception of the concept of Article 11.3.a) of Regulation 883/2004, incorporate special rules in their Articles 12 and 13 that should be subject to a major revision in case of importing the CJEU case-law on the “place in which the employee habitually carries out his/her work”.

492. The registered office or place of business and letter-box companies. The possible existence of letter-box companies is one of the most recurrent issues related to applicable legislation in national courts. Experts have recently pointed this out. This practice is difficult to address from the regulatory level conceptually. The long and ongoing ordinary legislative procedure started in 2016 rightly portrays this.

The EU's willingness to fight against this bogus companies is clear, but given the diversity of groups covered by the same rules, it is very difficult to reach a consensus on an effective way of addressing all of them. The more feasible option would be to incorporate a definition of registered office or place of business that offers a wide range of criteria to be assessed in the specific case. These criteria should allow legal practitioners to use one criterion or the other depending on the sector of activity or the company being assessed. It is highly likely that in the international transport sector the criteria are less connected to an actual activity pursued in the State where the company is established (for example, time spent working in each Member State). Nevertheless, this criterion will be critical in a vast majority of sectors to avoid these “brass-plate” companies.

493. The problems of residence identification. Residence constitutes an important EU concept - of an exclusive nature - in the Coordination Regulations. On one side, residence in a Member State is sometimes a necessary requirement for the application of the coordination rules (as in the case of stateless persons and refugees). On the other side, residence has relevant implications for determining the applicable legislation in some cases, either because it stands as the relevant connection criterion (as in Articles 11.3.e), 13.1.a) and 13.1.b.iv) of Regulation 883/2004 and Article 14.11 of Regulation 987/2009), or because it has a direct impact on this determination, without

being the chosen connecting factor (as in Articles 11.4 and 13.1.b.i) to iii) of Regulation 883/2004).

Despite its essential role in the Coordination Regulations, the identification of the place of residence presents problems in some cases. In fact, the determination of this place is another one of the most recurrent issues in national courts related to applicable legislation. The majority of these problems come from the vagueness of the criteria used in its definition established in Articles 1.j) of the Regulation 883/2004 and 11 of the Regulation 987/2009.

Furthermore, the concept of residence in the Coordination Regulations is far from both the concept of legal residence of Directive 2004/38 and the concept of fiscal residence. These differences make the application of European law even more difficult. Therefore, a greater similarity between these concepts would be appropriate.

494. Seafarers and flags of convenience. The main problem that seafarers face nowadays derives from the usual practice of flying flags of convenience. Since the general rule for seafarers working on board sea-going ships is the application of the legislation of the flag State, using these flags of convenience requires taking some specific safeguards. The subsidiary connection laid down in Article 11.4 *in fine* of Regulation 883/2004 is intended to combat, at least partially, these situations, but it remains insufficient. This inadequacy has been made clear in both *Kik* and *SF* cases. In my view, it would be convenient to consider the inclusion of a specific conflict rule for these cases of employment relationship connected to the EU territory, but where the rule of the flag State leads to the legislation of a third country. It might be appropriate to choose the connection where the registered office or place of business is located, as revealing a greater proximity to the employment relationship. That conflict rule would avoid the residual application of the legislation of the Member State of residence (as in the *SF* case), given the lack of connection between the employment relationship and the latter State.

495. Flight and cabin crew members and the problems of the home base criteria. By the same token, flight and cabin crew members present a specific problem regarding the privileged connection in the Coordination Regulations. The selection of the home base criterion has improved social protection for these workers. However, the home base can be problematic due to companies' ease in manipulating this connection. This is a new example of the need to have means of control against abusive and fraudulent situations in the field of EU coordination. Furthermore, when there is more than one home base in the EU or the home base is located in a third country but the activity is pursued on the EU airspace, since the application of the rule laid down in Article 11.5 of Regulation 883/2004 is not useful, Article 13 of the same Regulation should be applied. The application of the latest disposition to flight and cabin crew members has important

practical problems (which were precisely those that entailed to the incorporation of an *ad hoc* conflict rule for this group), including the risk that airlines can influence the determination of the applicable legislation by changing their operational plans. Therefore, it would be appropriate to consider a new conflict rule for these cases of inadequacy of the home base criterion in order to avoid the problematic application of the aforementioned Article 13 of Regulation 883/2004.

496. The conflictive posting of workers. Article 12 of Regulation 883/2004 concerning posting of workers is by far the most problematic conflict rule in Coordination Regulations. Posting in the field of EU coordination has been problematic since the very beginning, and this is the main reason why a large part of the legal doctrine is interested in studying its regulation. However, despite the numerous studies and case-law in this subject matter, not all the requirements to apply this article have been codified in the current Regulations. This clarification would definitely facilitate the understanding and application of this rule. It would be convenient for the Regulation 987/2009 to specify a list of criteria to be considered for the purposes of fulfilment of both the organic requirement (choosing less formalistic criteria, according to the *AFMB* case) and the organizational requirement (substantial activity of the employer in the sending Member State)¹⁶⁰². Moreover, it would be convenient to clearly distinguish the criteria used for general posting cases from those used for posted workers sent by temporary work agencies because of the particular nature of the relationships with their employees. Regarding the triple temporal requirement, there are many clarifications that should be made in the Coordination Regulations, beyond the indicative nature of the content of the Administrative Commission Practical Guide. This task is partially addressed in the provisional Agreement of 2019 (codification of the two-months waiting period, the minimum period of insurance prior to posting in the sending State, the possibility of partial substitutions and limitations on posting of self-employed persons), but not completely (neither the doctrine of the *Alpenrind* case, nor the possibility of extending the initially planned posting for a period of less than 24 months, nor even the type of prior insurance required have been incorporated into the Regulation).

In addition to the convenience of clarifying the requirements of posting in the Regulations, it is essential to solve the problem associated with the binding effect of PD A1, area with major pain points. One of the open issues after the provisional Agreement of 2019 is the obligation for prior notification where a person pursues his/her activity in a Member State other than the competent one and the exceptions thereof (for now,

¹⁶⁰² Likewise, a greater similarity between the criteria used for the organizational requirement and the ones used for the determination of the registered office/place of business would be convenient (nevertheless, the most relevant criteria in the international transport sector will be different from the most relevant ones in other sectors). That would make the application of the Coordination Regulations easier.

although they still need to be clarified, business trips and, where appropriate, short-term activities). Although it might be appropriate to require the obligation of prior notification for these certificates to avoid conflictive situations due to the lack of them or their retroactive effect, this is insufficient. In my view, breaches of this obligation need to have specific consequences in the Regulations to encourage its compliance, but they are yet to be specified (for example, when the retroactive effect of the certificates issued *ex post* would apply). In addition, since this obligation adds a layer of complexity to an already complicated process and increases administrative burdens, it would be necessary to have significant technological support to be able to offer guarantees while allowing agility in the process.

This proposed modification does not solve the most common issue in both national and EU courts: its binding effect, even in cases of proven fraud. Setting down the procedure previously regulated by the Administrative Commission to make it mandatory as well as incorporating the improvement of the requirement in the issuance of A1 forms are still a first step forward in the matter, though they do not address the problems revealed in both *Altun et al.* and *CRPNPAC and Vueling Airlines* cases. From my point of view, it would be necessary to establish a special judicial procedure before the CJEU, of an urgent and summary nature, to be able to settle these issues in a short period of time. At the same time, it would be necessary to regulate an administrative procedure for transferring contributions between institutions in case some contributions are paid to a non-competent institution taking as an example the procedure laid down in Article 73.2 of Regulation 987/2009 (what the provisional Agreement of 2019 tries to aim for).

Finally, the explicit clarification of the voluntary or mandatory nature of the rule of Article 12 is demanded because neither the EU legislator nor the CJEU answered this question. In the meantime, as far as I am concerned, the imperative nature of the conflict rules system and the wording of the precept in question should lead us to an imperative application of its legal consequence as long as all the requirements of that disposition are met.

497. The problems of Article 13 of Regulation 883/2004. While Article 12 of the Regulation 883/2004 has caught the attention since the very beginning of the EU coordination, Article 13 has gone almost unnoticed. However, in recent years, this latest provision has gained more importance as a result of its increased use, especially as an alternative to the rigid regime of temporary posting of workers. Willingly, this led to a similarity of the conditions of Articles 12 and 13, limiting their differences, in the provisional Agreement of 2019. In my opinion, the main problem with this similarity lies in the modification of the procedure provided for in Article 16 of the Regulation 987/2009. This proposed change would grant a greater administrative agility when the

competent State designates its own legislation as the applicable one. However, this similarity would also extend the problems related to the effects of PD A1 analysed before in the posting of workers' field. Furthermore, I consider that the procedure of Article 16 of the Regulation 987/2009, if applied correctly (and with some necessary corrections), constitutes a guarantee against the risk of fraudulent or abusive use of the conflict rules of Article 13 of the Regulation 883/2004.

Likewise, the complex implementation of this article should be pointed out. This complexity comes from the variety of undefined legal concepts that must be used for its application such as: a person who “normally” pursues an activity in two or more Member States; the concept of “marginal” activities which shall be disregarded for the purposes of determining the applicable legislation; or the concept of “substantial” part of the activity pursued in the Member State of residence. In this sense, it would be convenient to assess the inclusion of a definition of the concept of employer in the Coordination Regulations, for the purposes of applying both Article 12 and Article 13. This definition, to my mind, should be made in accordance with material criteria and not merely formal ones in line with the *AFMB* case. More specifically, it should take into consideration the particularities that certain companies might present (for example, temporary work agencies, as it has already been indicated regarding posting of workers).

Finally, with respect to the connecting criteria selected in these rules, the main criticism concerns their possible lack of proximity to the activity pursued. Regarding the registered office/place of business connection, I consider that the problems can be solved in a relatively satisfactory way through control *via* Article 16 of Regulation 987/2009 and, above all, by a modification of the concept of registered office/place of business aimed at combating letter-box companies (as the current ordinary legislative procedure tries to achieve). Introducing an activity condition in the Member State in question to apply the connection criteria of Article 13 - apart from that provided for in Article 13.1.a) - could constitute a significant problem for certain sectors such as the international transport one. However, the State of residence as a connecting criterion in cases where there is a clear majority or substantial activity in another Member State would be inconsistent with the purpose pursued by the Regulations themselves. This makes it appropriate to rethink the conflict rules of Article 13 in light of the new labour and migration context.

498. The complicated articulation of Articles 11.3.a), 12 and 13 of Regulation 883/2004. The Coordination Regulations do not establish the way in which these provisions interact with each other. However, I agree with a doctrinal sector that considers the existence of a sort of applicative priority of some rules over others, in view of their greater or lesser specificity.

Thus, the first preferred option would be the posting of workers rule of Article 12, in case all its requirements are met. If this provision cannot be applied due to non-compliance with any of its requirements, the application of the rules of Article 13 should be considered. Only when this article cannot be applied either, the *lex loci laboris* should step in. Nevertheless, a clarification in this or in another sense in the regulatory texts themselves would be convenient.

499. The concurrence of activities in need of clarification. Article 13.3 of the Regulation 883/2004 opts for the legislation of the Member State where the activity is pursued as an employee, regardless of the relevance of this activity, compared to the services provided as self-employed person in another Member State. In the same vein, Article 13.4 of the said Regulation establishes the preference for the legislation of the Member State of affiliation as a civil servant, regardless of the importance or quantity of that activity compared to the one as an employee in another Member State. According to the principle of proximity, seeking a close connection with the Member State whose legislation is applicable is needed. In order to do so, it would be convenient to establish a minimum activity requirement in the Member State for activity as an employee and for activity as a civil servant, respectively. In this way, abusive situations would also be avoided to influence the competent legislation.

Apart from that, it would be convenient to indicate in the Regulation 883/2004 how to solve the possible concurrence of activities in more than one Member State as a civil servant. Even though, in my opinion, the rules of Article 13.1 would apply, it would be better to have a specific solution, even if it consists of referring to these general rules.

500. The need for specific conflict rules for cases with elements located outside the territorial scope of the Coordination Regulations. The coordination rules only provide one conflict rule for cases involving an element located in a third country: Article 14.11 of Regulation 987/2009. This isolated rule does not provide a solution for many cases that can arise in real life. Two examples of this can be found in the rules for seafarers and flight and cabin crew members, for which the implementation of the Regulation is at risk when the flag or home base criterion leads to the legislation of a third country. These situations show, even more, the need to regulate other cases with elements located in third States, especially when the activity is totally or partially pursued in the EU territory (this problem does not arise in posting given the requirements demanded for its application).

One of these cases has already been addressed by the provisional Agreement of 2019. The specific conflict rule incorporated tries to deal with persons who, while residing in a third State, pursue activities (as an employed or self-employed persons) in several Member States if they are covered by the Social Security legislation of one of these latest countries. In these situations, the application, *mutatis mutandis*, of the provisions of the

Coordination Regulations (Article 13) is considered, given that their residence is located in the Member State where they pursue the majority of their activities in terms of working time in the EU territory. This connection could present problems in cases in which a predominant workplace cannot be determined, either due to the equivalent proportion of the activity pursued in several States, or due to the impossibility of determining the working time in the different States (for example, in cases related to international transport or services through NICT). It would therefore be advisable to have at least a subsidiary connection for these exceptional cases. Since the place of residence - located in a third country - is not useful in this context, the residence of this worker could be deemed to be located in the Member State in which the registered office or place of business of his/her employer is located (as provided in the Proposal of 2016).

Despite the progress in this area, there is still a long way to go. It is likely that problems will be addressed as new cases arise. That is what happened after the *Balandin* case and the aforementioned conflict rule laid down in the provisional Agreement of 2019.

Within the scope of Article 13 of Regulation 883/2004, for example, the existence of other situations not expressly solved by the Coordination Regulations can be considered. Thus, we might think of at least two possible scenarios for an employee whose residence is located in the territory of the EU (where he/she does not pursue a substantial part of his/her activity), and who pursues his/her activity in several Member States, depending on where the registered offices or places of business of their employers are established. A first scenario could occur in the presence of several employers, all of them established in the territory of the same third State. A first solution would be to apply an analogical interpretation of Article 14.11 of Regulation 987/2009, despite this provision only referring to the case in which the employee has a single employer. If this analogical application does not succeed, the residual rule of the system of Article 11.3.e) of Regulation 883/2004 could be applied, given the lack of a specific conflict rule for this situation. In both cases, the solution would be the same: applying the legislation of the Member State of the employee's residence.

A second scenario could happen if there are two employers involved, one established in a third country and the other one located in the Member State of the employee's residence. In this case, we could only apply the second option indicated above with respect to the first scenario, given the absence of a conflict rule for this specific situation. That entails more specifically the application of the residual rule of the system laid down in Article 11.3.e) of Regulation 883/2004 which would lead to the application of the legislation of the Member State of residence.

In all these cases, since there is an international element outside of EU system, it would be convenient for the European Union to adopt international agreements as a counterpart to these particular conflict rules in order to avoid possible double contributions and possible non-compliance with international agreements previously signed by the Member States.

501. The agreements of Article 16 of Regulation 883/2004. Exceptions to the rules laid down in the Coordination Regulations can be provided for by agreements of the Member States, their competent authorities or the bodies designated by them. This is at least striking given the imperative nature of these rules and their purpose of establishing a complete and uniform system of conflict rules. Firstly, Article 16 of Regulation 883/2004 is not a freedom of choice clause as Article 8.1 of RIR could be, for two reasons: first, because freedom of choice is not granted to the main parties (employer / worker); and second, because it does not operate in any case (or, at least, it should not work). Secondly, taking into account the important implications of this provision, it would be preferable to have a greater regulation of its procedure in the Regulation 987/2009. However, it should be noted that, despite the lack of many limitations in Article 16, this article should only be used to solve cases in which the solutions offered by conflict rules are not suitable *in concreto*. Therefore, it should not be possible to avoid generally the application of certain provisions just by reaching an agreement between several Member States. Agreements of this kind would not be endorsed by this Article and they would be subject to the provisions of European Union law, including these Regulations, considering the hierarchy of sources. In any case, it would be convenient for the EU legislature to regulate the limitations to this state power or, at least, specify its boundaries.

502. The problems of transitional arrangements. It might be convenient to take note of the problems that transitional rules of Regulation 883/2004 caused so as to solve them in a future modification of the Coordination Regulations. On the one hand, it is worth highlighting that the EU legislator forgot to include cases under Title III within the transitory provisions in matters of applicable legislation (problem solved by the CJEU's case-law). On the other hand, it would be convenient to specify in the regulatory text - if the same expression is used - the definition of the concept "relevant situation remains unchanged" in order to solve the divergence between what is indicated in the Practical Guide of the Administrative Commission (from an EU perspective) and the *Jeltes et al.* case (from a national perspective).

503. Regulation 883/2004 dealing with *mini-jobs*. The *mini-jobs*, which are jobs with a low number of hours and wage with limited social coverage, have been quite a challenge for the Coordination Regulations. To my mind, the most comprehensive option for a legislative reform would be to apply the legislation of the Member State where the

“centre of the professional interests of the employee” is located. This option would offer a solution not only for those specific cases, but also for other ones related to new employment and mobility patterns.

In order to specify the determination of this centre of interests, the global situation of the employee should be evaluated over a long period of time (if possible, the entire employment relationship of the worker in question or, at least, a period longer than the usual 12 months). Among the elements to be assessed to locate this centre, the employee’s place of residence should be included (which could be of particular relevance), as well as the location and duration of the different activities pursued by the worker concerned. Likewise, I consider that including a provision to regulate the provisional competent legislation in line with Article 6 of Regulation 987/2009 is needed. However, contrary to what is stated in this Article 6, I think it is more convenient to choose the Member State of residence as the main provisional connection in this case. This provisional legislation would be competent while solving the possible discrepancies that may arise between the institutions involved.

If the Regulations cannot be changed in this sense (as it is expected to occur in the short and medium terms), in my view, it would be possible to use EU primary law in courts to try to solve these cases. Thus, firstly, the application of the *lex loci laboris* in these cases should be declared not compatible with Articles 45 and 48 of the TFEU. The main reason to do so would be that this legislation impedes freedom of movement for workers disregarding the principles of proportionality and proximity and jeopardizing the principle of social progress. This could lead to the non-application of the general rule of Article 11.3.a) of the Regulation 883/2004. Secondly, once the application of this rule has been dismissed, we should go to the other rules laid down in Title II of the Regulation 883/2004. The only option available for these cases would be the application of the supplementary rule of the system contained in Article 11.3.e) of the Regulation 883/2004, in accordance with the interpretation given in the aforementioned *SF* case. This solution (temporary, as we await for an explicit solution to be given in the regulatory text), would lead to the same intended result: the competence of the legislation of the Member State of residence.

504. Establishing a subsidiary competent legislation? The *Kik* case opened an important question (also raised in the field of *mini-jobs*) that has not been solved thus far: the possible recognition of a “subsidiary competent” legislation in affiliation matters when the Member State designated as competent by the conflict rules does not offer any coverage. In cases of partial coverage, for the moment, EU case-law has dismissed this competence - *van den Berg and Giesen et al.* joined cases -. From my point of view, if this possibility is confirmed, in addition to all the questions that should be solved (mainly,

its mandatory or optional nature, and how that subsidiary competent legislation should be designated), the current system of Title II of the Regulation 883/2004 would be put in check without having any support for it in the coordination rules.

505. A proposal for a specific conflict rule for teleworking. Teleworking represents an imminent challenge to the Coordination Regulations that is expected to increase. The possible interpretative adaptations that have been considered could solve some problems related to pure telework, but would be difficult to apply to alternate telework, in accordance with the current regulation laid down in Article 13 of the Regulation 883/2004. Therefore, in my opinion, it would be necessary to incorporate a specific conflict rule for telework, applicable to both its pure and alternate modalities. The first question to be clarified would be the definition of telework. I reckon that the least problematic option would be an EU concept of teleworking for the purposes of applying the coordination rules, in accordance with the definition contained in the European Framework Agreement on Telework (EFAT). For this specific rule to come into play, it could be required, for example, that telework represents at least a 25% of the employee's working time in a reference period of the following 12 calendar months. In the event that this "substantiality" of teleworking is not met, the general rule of the *lex loci laboris* would be applicable, overlooking the activity pursued *via* teleworking.

For this, I would be in favour of the introduction of a multiple connection conflict rule with a main connection (the employer's registered office or place of business) and a subsidiary connection (the employee's place of residence). Taking into account a global assessment of the case, the main connection would apply when it can be concluded that there are sufficiently close links with the Member State where the employee's real employer is established (in the sense given to this concept in the *AFMB* case). For this purpose, the primary criterion for determining this necessary connection would be the regular commute to the work centre of the company. If this criterion is not met, the connection mode used in teleworking (off-line or on-line - unidirectional or interactive -) and the intensity and form of the management power and control effectively exercised over the teleworker could be considered. This shall apply unless the closest connection with the Member State of residence is proven by another means. When the *lex loci domicilii* is applicable according to those criteria, temporary changes of residence should be excluded (for example, when their anticipated duration does not exceed 24 months) to avoid continuous changes in the applicable legislation.

**Summary table of solutions for teleworking under the proposed
modification of the Coordination Regulations**

Regular commute to the company's work centre?	Connection mode	Management power and control	Applicable law
NO	<i>Off-line</i> or unidirectional	Soft	MA A ¹⁶⁰³
NO	<i>Off-line</i> or unidirectional	Intense	ME A or ME B ¹⁶⁰⁴
NO	Interactive	Soft	ME A
NO	Interactive	Intense	ME B
YES	<i>Off-line</i> , unidirectional, or interactive	Soft/Intense	ME B

The reasons why I am in favour of the legislation of the Member State where the registered office or place of business of the employer is located are five: 1) it is a law that, foreseeably, will remain stable throughout the employment relationship (it would remain unchanged even if the decision of teleworking is reversed); 2) it avoids situations of social dumping; 3) it also avoids the instrumentalization of telework to influence the applicable legislation to the employment relationship; 4) it does not affect or instrumentalize the freedom of movement for teleworkers, who may reside wherever they prefer without generally affecting the applicable legislation determined by the Coordination Regulations; and 5) it is consistent with the system of conflict rules of Title II which, as recognized by the CJEU (*Aldewereld* and *Kik* cases), relegates the legislation of the Member State of residence to an ancillary position in cases of employment relationships.

Besides these two connections, it would be necessary to add an exception connection (competence of the Member State of residence) for cases of pure telework pursued in the territory of several Member States for an employer established in a third country while the employee resides in a Member State.

Finally, it might be convenient to make two additional clarifications and to include a double anti-circumvention caveat. On one side, the two clarifications will be as follows: 1) including an assimilation clause so that employees are considered to pursue all of their activities in the Member State whose legislation is declared as the competent one by the specific conflict rule for teleworking; and 2) establishing an application procedure similar to that of Article 16 of Regulation 987/2009 which would regulate the determination of a provisionally competent legislation giving priority to the legislation of the Member State

¹⁶⁰³ Member State where the residence of the employee is located.

¹⁶⁰⁴ Member State where the registered office or place of business of the employer is located.

of residence for pure telework and to the legislation of employer's establishment for alternate telework.

On the other side, the double anti-circumvention caveat should consist, in my opinion, in the following clarifications: 1) when teleworking is carried out for the same employer, it will not be considered that the activity is pursued in more than one Member State whatever proportion that telework represents (therefore, Article 13 of Regulation 883/2004 would not apply); and 2) when the employee pursues telework for one employer and, at the same time, another activity for a different employer located in a different Member State, then the rule provided for in Article 13 may apply. Nevertheless, a difference should be made for the application of Article 13: it should be considered that the activity pursued totally or partially *via* telework is located entirely in the State whose legislation is applicable in accordance with the provisions of the specific rule proposed for telework.

506. Is the hegemony of *lex loci laboris* in crisis? In the light of those considerations, it could be held that the across-the-board validity of the *lex loci laboris* as a solution to conflicts of laws in affiliation matters has been compromised. Consequently, it has been made necessary to incorporate more exceptions and adaptations into this general rule in the Coordination Regulations. When these adaptations were not enough, the CJEU's case-law has attempted to solve the issues, sometimes in an unorthodox way from the legal point of view. *Mini-jobs* and teleworking are new examples of the need to rethink the system of the EU conflict rules. For the time being, it would be wise to try to provide solutions to these pressing issues, but certainly keeping an eye on the future. Even if there are many voices calling for a deep change of this conflict rules system, the problem is the lack of a true alternative that offers better results. On the one hand, the *lex loci domicilii* does not seem to have the support of EU primary law (Art. 45 of the TFEU) to be the new general rule of the system. In addition, the general competence of this legislation could be detrimental to fair competition between companies while encouraging social dumping. On the other hand, a generalized preference for the criterion of the closest link would lead to countless problems in its implementation and a high degree of legal uncertainty and lack of predictability. The door to change has been opened but it is still necessary to find a system that improves the current one, which is far from easy.

**REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Fuentes bibliográficas

AGÍS DASILVA, M., “Lección 2. El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (Dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2019, pp. 55-84.

ALDANONDO SALAVERRÍA, I., “Poligamia y pensión de viudedad (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 53, 2020, versión electrónica.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “Libre circulación, derecho de residencia y acceso a prestaciones de Seguridad Social”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1ª Edición, España, 2017, pp. 219-231.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2016.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y controversia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 62, 2017, pp. 93-125.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999, versión electrónica.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2018, pp. 77-133.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de Seguridad Social. ¿Retrosceso para la libre circulación de nacionales de la UE?”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2016, versión electrónica.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia”, *Estudios Financieros: Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 260, 2004, pp. 65-90.

AUDIT, B. y D'AVOUT, L., *Droit International Privé*, LGDJ-Lextenso éditions, 8ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2018.

BARRERO ORTEGA, A., LÓPEZ BASAGUREN, A. y ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., “Tema 1. El Derecho primario”, en LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Vol. II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2016.

BARROSO GONZÁLEZ, M. y CASTRO VADILLO, N. J., “Estado del Bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica”, Actas de la XII Reunión de Economía Mundial, 2011, versión electrónica, disponible en https://portal.uah.es/portal/page/portal/epd2_asignaturas/asig200025/informacion_academica/Estado%20de%20bienestar%20y%20crisis.pdf

BATIFFOL, H. y LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, Tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 8ª Edición, París, 1993.

BELORGEY, J.-M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, pp. 347-377.

BERNTSEN, L. y LILLIE, N., “Social dumping at work: uses and abuses of the posted work framework in the EU”, ETUI Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy, núm. 7, 2015, disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/Policy%20Brief%202015.07%20Berntsen%20Lillie.pdf>

BOLLO AROCENA, M. D., “Salvaguarda de las finanzas públicas, derecho de residencia y obtención de prestaciones de seguridad social en el estado miembro de acogida: Comentario a la Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2016. Asunto C-308/14”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2016, versión electrónica.

BONNEVILLE, P., BROUSSY, E., CASSAGNABERE, H. y GÄNSER, C., “Chronique de jurisprudence de la CJUE”, *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2018, pp. 1604-1606.

BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit International Privé, Tome I. Partie générale*, PUF, 4ª Edición, París, 2017.

CACHARD, O. y KLÖTGEN, P., *Droit international privé*, Bruylant, 8ª Edición, Bélgica, 2019.

CAIRÓS BARRETO, D., M., “Capítulo V. El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 1ª Edición, Barcelona, 2017, pp. 121-150.

CALVO BERNARDINO, A., “La política económica de la Unión Europea y la globalización”, en OREJA AGUIRRE, M. (Dir.), *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2002, pp. 257-265.

CALVO GALLEGO, F. J., “Negociación colectiva y nuevas actividades y sectores emergentes”, en VV. AA., *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de estudios sobre la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp. 245-271.

CAMPS RUIZ, L. M., “Comentario al artículo 3 del ET”, en VV. AA., *El estatuto de los trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, del 10 de marzo*, Edersa, 1ª Edición, Madrid, 1981, pp. 36-52.

CAMUS, C., *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2015.

CARO GÁNDARA, R., “Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de ciberempleo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 355, 1998 (BIB 1998/562), versión electrónica.

CARRASCO GUTIÉRREZ, J. A., “El teletrabajo como nueva opción”, *Estudios Financieros: Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 177, 1997, pp. 121-158.

CARRASCO PÉREZ, R. y SALINAS LEANDRO, J. M., *Teletrabajo*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, España, 1994.

CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de seguridad social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva*, tesis (Dir. S. González Ortega), Madrid, Universidad Carlos III, 2002.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2014 (BIB 2014/66), versión electrónica.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo V. El cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la «cuantía teórica»”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2006, pp. 95-120.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 533-582.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 32, 2012, versión electrónica.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 37-70.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Good practices regarding the concept of the frontier worker and his unemployment protection under EU coordinating regulations”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *Good Practices in Social Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2015, pp. 119-138.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M. (Dirs.), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2012, pp. 187-214.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social: ¿sufrir la UE de aporofobia?”, en MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cinca, 1ª Edición, Madrid, 2018, pp. 505-533.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 195-226.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos. CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Actum Social*, núm. 119, 2017, pp. 29-46.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “Capítulo I. Seguridad Social internacional: alcance, principios e incidencia en los trabajadores extranjeros extracomunitarios”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2010, pp. 31-54.

CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108, 2001, pp. 909-927.

CARRILLO POZO, L., F., “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 129-162.

CASAS BAAMONDE, M. E., “El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996, pp. 51-61.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “Globalización y relaciones laborales”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, núm. 3, 2008, pp. 202-209.

CHATZILAOU, K., “La lutte contre la fraude sociale éclipse par le dialogue administratif. À propos de l’arrêt CJUE 2 avril 2020, *Vueling*, aff. C-37/17 et C-37/18”, *Revue de Droit du Travail (RDT)*, núm. 6, 2020, pp. 380-387, versión electrónica.

CHAUMETTE, P., “Conflit de juridictions pour un travail effectué dans les eaux territoriales et sur le plateau continental de deux Etats membres de l’Union Européenne”, *Neptunus e-review*, Vol. 8/2, 2002, versión electrónica.

CHAUMETTE, P., “De l’affiliation sociale des gens de mer en droit européen : extension vers les marins ressortissants européens, expatriés sous pavillon tiers ?”, *Droit Maritime Français (DMF)*, núm. 769, 2015, pp. 401-416.

CHAUMETTE, P., “Du travail sur les plates formes gazières et pétrolières du plateau continental”, *Droit Social*, núm. 4, 2012, pp. 436-438.

CONTRERAS HERNÁNDEZ, O., *Desplazamiento de trabajadores en la UE: análisis de la situación actual y combinación metodológica para el estudio prospectivo de la Directiva (UE) 2018/957*, tesis (Dir. A. Merino Segovia), Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, 2019.

CORNELISSEN, R., “Les axes de réforme et les principes généraux du règlement n° 883/2004”, *Revue de Droit Sanitaire et Social (RDSS)*, núm. 1, 2010, versión electrónica.

CORREA CARRASCO, M., “El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 13-65, disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>

COURSIER, P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en Droit International Privé français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1ª Edición, París, 1993.

CRIADO, M. J., *La línea quebrada (historias de vida de migrantes)*, Consejo Económico y Social, 1ª Edición, Madrid, 2011.

CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 132, 2016, pp. 73-121.

CUBERO TRUYO, A. y DÍAZ RAVN, N., *Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España y Modelo de la OCDE: análisis comparativo*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2012.

CUENCA ALARCÓN, M., “Seguridad Social, libre circulación y mecanismos de coordinación en casos de desplazamiento temporal: jurisprudencia, reformas, debates. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de febrero de 2018. Asunto C-359/16, Altun y otros”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, versión electrónica.

DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 4/2016, núm. 4, 2016, versión electrónica.

DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2012, pp. 161-186.

DE ANDRÉS GILS, J. J., OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la Sociedad de la Información*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

DE JUAN LEDESMA, A., “Fiscalidad del Comercio Electrónico: mito o realidad”, *Estudios financieros: Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 204, 2000, pp. 123-144.

DE LA FUENTE LAVÍN, M., *Reparto y capitalización. Estudio comparado de sistemas de pensiones*, Consejo Económico y Social, 1ª Edición, Madrid, 2007, pp. 25-27.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 20, 2001, pp. 3-40.

DELEUZE, Q., *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens : entre compétitivité et protection sociale*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2016, disponible en <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:7839>

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*, núm. 64, 2006, pp. 19-40.

DEVETZI, S., “The coordination of family benefits by Regulation 883/2004”, *European Journal of Social Security*, Vol. 11, núm. 1-2, 2009, pp. 205-216.

DÍAZ-GÁLVEZ, J., ÁLVAREZ-NOVOA, M. y PÉREZ FONTES, C. (Dir.), *El desplazamiento de trabajadores al extranjero: su régimen jurídico, laboral y fiscal*, Lex Nova, 1ª Edición, Valladolid, septiembre de 2000.

DURÁN LÓPEZ, F., “Globalización y relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1998, pp. 689-888.

DURAND, P., *Politique contemporaine de Sécurité Sociale*, Dalloz, 1ª Edición, París, 1953.

D’AVOUT, L., *Droit International Privé*, LGDJ-Lextenso éditions, 8ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2018.

EDITORIAL, “Panorama de la globalización y el papel de los estados-nación en las relaciones laborales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 20, 2002, pp. 5-9.

ERRANDONEA ULAZIA, E., “Algunas notas sobre el método abierto de coordinación comunitario europeo de Seguridad Social y su influencia sobre el sistema español de pensiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009, pp. 125-146.

ERRANDONEA ULAZIA, E., “El concepto de empleador en el Reglamento (CE) 883/2004. A propósito de los conductores de vehículos de transporte por carretera. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 57, 2020, pp. 661-689.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en VV. AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del 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, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 761-871.

ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., “Section 5: Jurisdiction over individual contracts of employment”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *Brussels Ibis Regulation: commentary*, Otto Schmidt: sellier European law publishers, 3ª Edición, Alemania, 2016, pp. 534-558.

ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 1ª. El Derecho Internacional Privado: características generales”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2019, pp. 87-106.

ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 5ª. La determinación del derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales: aspectos generales”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2019, pp. 225-236.

ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 18ª. Obligaciones contractuales: régimen general”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2019, pp. 599-636.

ESPLUGUES MOTA, C., “Lección 19ª. Obligaciones contractuales: algunos contratos en especial”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2019, pp. 637-664.

ESSERS, G. y PENNING, F., “Gaps in social security protection of mobile persons: Options for filling these gaps”, *European Journal of Social Security*, Vol. 22, núm. 2, 2020, pp. 163-179.

ESTEVE SEGARRA, A., “Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital”, *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pp. 37-60.

FABRA VALLS, M., “Ciudadanía española en el exterior y sistema tributario. Especial atención a las rentas del trabajo”, en BLASCO DÍAZ, J. L., (Ed.), *Régimen jurídico de la ciudadanía española en el exterior*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2010, pp. 161-190.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El impulso de los sistemas de protección social en las iniciativas más recientes de la OIT”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 4/2016, núm. 4, 2016, versión electrónica.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid, 2018.

FERNÁNDEZ DÍAZ, A. y SALVADOR GARCÍA, M., “Las nuevas dimensiones del estado del bienestar en el contexto de la crisis”, *Actualidad Administrativa*, núm. 3, marzo 2017, versión electrónica.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Ámbito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes”, *Temas Laborales*, núm. 35, 1995, pp. 3-48.

FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Libre circulación de trabajadores en la UE: implicaciones en materia laboral”, Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo, Módulo Jean Monnet, disponible en http://jeanmonnet.webs.uvigo.es/docs/2016/sesion_2.pdf

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo I. Objeto, contenido y fuentes”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 2018, Thomson Reuters, 10ª Edición, libro electrónico.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo III. Derecho aplicable”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 2018, Thomson Reuters, 10ª Edición, libro electrónico.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Derecho Internacional Privado y Derecho comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, núm. 3, 1990, pp. 785-826.

FICK, B. J. y GARCÍA FLECHAS, A. C., “Social security for migrant workers: the EU, ILO and treaty-based regimes”, *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, núm. 9, 2007, pp. 45-86.

FILLON, J.-C., “La machinerie des nouveaux règlements : pilotage et gestion administrative et financière”, *Revue de Droit sanitaire et social (RDSS)*, núm. 1, 2010, pp. 64-72.

FILLON, J.-C., “Le détachement de travailleurs salariés version sécurité sociale (coordination des systèmes) : la loi de l’État d’envoi”, *Droit Social*, núm. 7-8, 2016, versión electrónica.

FILLON, J.-C., “Trois défis pour la coordination des systèmes de sécurité sociale”, *Liaisons Sociales Europe*, núm. 198, 3 de abril de 2008, versión electrónica.

FOHRER-DEDEURWAERDER, E., *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, París, 2008.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Atelier, 1ª Edición, Barcelona, 2019.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “A la búsqueda de alternativas a la aplicación del criterio *locus laboris* en el trabajo transnacional”, conferencia realizada en el *webinar* sobre “El teletrabajo transnacional en el contexto postcovid”, celebrado el 30 de junio de 2020.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Algunas reflexiones en relación con la Seguridad Social internacional de los trabajadores del mar a bordo de plataformas marítimas *offshore* y de embarcaciones de recreo”, en VV. AA., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, 1ª Edición, Barcelona, 2017, pp. 143-170.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Capítulo XI. Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. temporalidad en las normas de derecho internacional privado del trabajo europeas”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 1ª Edición, Barcelona, 2017, pp. 249-274.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La determinación del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de un litigio derivado de la existencia de un contrato de embarque”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 17, 2008, versión electrónica.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 71-99.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional: estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., ¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015, pp. 63-73.

FREYRIA, C., “Sécurité sociale et droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Tomo XLV, 1956, pp. 409-460.

FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.), *EU Social Security Law. A commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, C.H.BECK-Hart-Nomos, 1ª Edición, 2015.

GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2001, pp. 1189-1214.

GALLARDO MOYA, R., *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*, IBIDEM Ediciones, 1ª Edición, Madrid, 1998.

GAMET, L., “Personnel des aéronefs et lois sociales françaises : les compagnies *low cost* dans les turbulences du droit social français”, *Droit Social*, núm. 5, 2012, versión electrónica.

GARCÍA COSO, E., “Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familias en España: retrospectiva y retos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 291-312.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “Capítulo II. Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo”, en VV. AA., *La reforma de las pensiones en la Ley 27-2011*, AESSS y Laborum, 1ª Edición, Murcia, 2011, pp. 29 y ss.

GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDA, C., “Desplazamientos al extranjero y trabajos realizados en la Unión Europea: las nuevas iniciativas europeas de protección a los desempleados”, en VV. AA., *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 285-300.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “El *brexit* en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 49, 2018, pp. 1-31.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 51-62.

GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDA, C., “Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae. Cameron dixit”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Estudios Doctrinales*, núm. 3, 2015, pp. 35-58.

GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C., “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, *La Mutua*, núm. 3, septiembre-octubre del 2000, pp. 6-27.

GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso”, *Trabajo y Derecho*, núm. 72, 2020, versión electrónica.

GARCÍA NOVOA, C., “Capítulo 8. Impuestos atípicos en la era post BEPS”, en CUBERO TRUYO, A. (Dir.), *Tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2018, pp. 209-244.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

GARCÍA ROMERO, B., “Libre circulación de trabajadores, derecho de residencia en concepto de escolarización de los menores a cargo de trabajador migrante desempleado e igualdad de trato en materia de prestaciones de asistencia social”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020, versión electrónica, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000001076

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, 5ª Edición, junio 2019, libro electrónico.

GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 163-188.

GARZÓN CLARIANA, G., “Las fuentes del derecho comunitario”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Coords.), *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1993, pp. 23-54.

GHIDINI, M., *Diritto del lavoro. Corso di lezioni universitarie*, PADOVA, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Verona, 1969.

GIL Y GIL, J. L., “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2014, versión electrónica.

GIL Y GIL, J. L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009, versión electrónica.

GOERLICH PESET, J. M. (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia: un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social España, 1ª Edición, Madrid, 2011.

GOERLICH PESET, J. M., “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 2, 1997, pp. 130-147.

GOERLICH PESET, J. M., “Lección 1. El derecho de la Seguridad Social”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (Dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2019, pp. 39-60.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Capítulo 47. La regulación comunitaria de la ley aplicable a la relación laboral en el espacio internacional”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 1315-1340.

GÓMEZ ABELLEIRA F. J., “El carácter vinculante del certificado sobre aplicación de la Ley de Seguridad Social en los conflictos entre autoridades de distintos Estados de la UE”, *Trabajo y Derecho*, núm. 67, julio 2020, versión electrónica.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 461-495, disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>

GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A., “Capítulo 48. La competencia judicial. El reconocimiento mutuo y la ejecución de sentencias”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 1341-1376.

GONZÁLEZ RABANAL, C., “La necesidad de repensar el Estado de Bienestar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 31, 1999, pp. 15-35.

GONZÁLEZ VEGA, J. A., “Instalaciones «offshore» y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la “obsesión por el territorio””, *La Ley*, núm. 4, mayo de 2002, versión electrónica.

GONZÁLEZ VEGA, J. A., “¿A vueltas con la «obsesión por el territorio»? El Tribunal de Justicia, la plataforma continental y la aplicación espacial del Derecho de la UE (Comentario a la Sentencia TJUE de 17 de enero de 2012, A. Salemink C. Raad Van Bestuur Van Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen, Asunto C-347/10)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, versión electrónica.

GONZÁLEZ-SANCHO, E., “Relaciones entre legislación comunitaria y convenios bilaterales en materia de Seguridad Social de migrantes: de la sentencia Rönfeldt al caso Peschiutta”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, enero-marzo, 1992, pp. 81-92.

GONZALO GONZÁLEZ, B., “Globalización económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2000, versión electrónica.

GÓMEZ CALERO, J., *El transporte internacional de mercancías*, Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1984.

GRAY, M., HODSON, N. y GORDON, G., *El teletrabajo*, Ed. BT Telecomunicaciones, ECTF y Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1995.

GROUX, J., “Territorialité et droit communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 23, núm. 1, 1987, pp. 5-34.

GRUŠIĆ, U., *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 1ª Edición, 2015.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “El reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de poligamia la consolidación del criterio jurisprudencial (a propósito de la STS de 17 de diciembre de 2019)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, 2020, pp. 349-367.

GUYOT, H., “Nouvelles pratiques des distances, nouveaux risques ?”, *JurisClasseur Périodique (JCP), La Semaine Juridique, Édition Sociale*, núm. 15, 15 de abril de 2015.

GUZMÁN ZAPATER, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

HATZOPOULOS, V., “Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services”, *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pp. 43-82.

HÉRON, J., “Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (exemple de la protection des mineurs et des procédures collectives)”, *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 1990-1991, pp. 65-91.

[HIERRO HIERRO, F. J., “Capítulo 15. La protección social en la Unión Europea”, en CARDENAL CARRO, M. y PÉREZ CAMPOS, A. I. \(Dirs.\), *Derecho del Trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2019, pp. 189-203.](#)

HIERRO HIERRO, F., “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Vol. VI, núm. 119 (73), 2002, versión electrónica, disponible en <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119-73.htm>

HOLLEAUX, D., FOYER, J. y GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit international privé*, MASSON, París, 1987.

HORMIGOS RUÍZ, J., “Nuevas formas de trabajo en la sociedad del conocimiento: el teletrabajo”, *Barataria: Revista castellano-manchega de Ciencias Sociales*, núm. 5, 2002, pp. 213-226.

ICARD, J., “Le détachement des travailleurs, symbole des débats sur l'avenir de l'Union européenne”, *Recueil Dalloz*, núm. 10, 2019, pp. 546-547.

ICARD, J., “Portée du certificat de détachement : hors sécurité sociale, le juge national n'est pas lié !”, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1523 y ss.

IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Lección 2ª. La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen institucional”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2019, pp. 107-156.

IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Lección 3ª. La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen convencional y estatal”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2019, pp. 157-188.

JAMBU-MERLIN, R., “La loi applicable aux accidents du travail en droit international et en droit communautaire”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Tomo 180, 1984, pp. 241-294.

JAULT-SESEKE, F., “Contrat de travail international”, en VV. AA., *Répertoire de droit international*, Dalloz, París, febrero 2019, versión electrónica.

JAULT-SESEKE, F., “La coopération loyale au sens des règles de coordination des régimes de sécurité sociale. Interrogations autour des certificats de détachement”, en VV. AA., *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière : droit social international et européen en mouvement*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2019, pp. 115-124.

JIMÉNEZ BLANCO, P., “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *La Ley Unión Europea*, núm. 22, 2015, versión electrónica.

JORENS, Y. y VAN OVERMEIREN, F., “General principles of coordination in Regulation 883/2004”, *European Journal of Social Security*, Vol. 11, núm. 1-2, 2009, pp. 47-80.

JORENS, Y., “Towards new rules for the determination of the applicable legislation?”, en JORENS, Y. (Ed.), *50 years of Social Security Coordination. Past, present, future*, España, 2010, pp. 168-186.

JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002.

KAHIL-WOLFF, B., *Droit social européen. Union européenne et pays associés*, Dossiers de Droit européen núm. 25, Schulthess Éditions Romandes/LGDJ-Lextenso éditions, 1^a Edición, Ginebra/Zurich/París, 2017.

KESSLER, F., “La prise en compte des droits à pension acquis en vertu d'une convention bilatérale conclue avant l'entrée en vigueur du Règlement CEE 1408/71”, *Revue de Droit Sanitaire et Social (RDSS)*, 1991, pp. 368-370.

KESSLER, F., “Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable”, *Revue de Droit Sanitaire et Social (RDSS)*, núm. 1, 2010, versión electrónica.

KESSLER, F., “Sécurité Sociale : Coordination des régimes de base – Champ d'application – Principes généraux”, en VV. AA., *Répertoire de droit européen*, Dalloz, París, de enero de 2016.

LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs.), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Cinca, 1^a Edición, Madrid, 2010.

LALIVE, P., “Le droit public étranger et le droit international privé”, *Travaux du Comité français de droit international privé 1973-1975*, 1977, pp. 215-257.

LALIVE, P., “Sur l'application du droit public étranger”, en VV. AA., *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XXVII, Schulthess, Zurich, 1971, pp. 103-142.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “Capítulo tercero. Problemas que plantea la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch, 1^a Edición, Valencia, 2017, pp. 99-132.

LHERNOULD, J.-P., “Conflits de lois en matière de sécurité sociale : la *lex loci laboris* en question”, *Droit Social*, núm. 5, mayo 2015, pp. 457-464.

LHERNOULD, J.-P., “Fasc. 212-30 : Protection sociale et Droit de l'Union Européenne.- Règlements de coordination n° 883/2004 et n° 987/2009. Principes”, en VV. AA., *Jurisclasseur Protection Social Traité*, LexisNexis, París, de 15 de marzo de 2018.

LHERNOULD, J.-P., “La fraude au détachement reconnue mais strictement balisée”, *Semaine Sociale Lamy*, núm. 1804, 26 de febrero de 2018, versión electrónica.

LHERNOULD, J.-P., “Les droits sociaux des couples homosexuels”, *Droit Social*, núm. 6, 2008, pp. 712-719, versión electrónica.

LHERNOULD, J.-P., “Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de Sécurité sociale : l'Autre côté du miroir”, *Droit social*, núm. 2, 2007, versión electrónica.

LHERNOULD, J.-P., “Les limites de la coordination des régimes de sécurité sociale”, *Liaisons Sociales Europe (LSE)*, núm. 207, 4 de septiembre de 2008, versión electrónica.

LHERNOULD, J.-P., “Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture. À propos de la proposition de la Commission du 13 décembre 2016”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)*, Vol. 54, núm. 1, 2018, versión electrónica.

LHERNOULD, J.-P., “Telework versus free movement of workers (FMW) and Social Security Coordination (SSC)”, ponencia realizada en el marco del MovesS *webinar* sobre *New types of work in the light of free movement and social security coordination*, celebrado el 15 de noviembre de 2019.

LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores: libre prestación de Servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LLOBERA VILA, M., “Expansión territorial y personal de la frontera exterior de la seguridad social comunitaria: un análisis a partir del artículo 12.1 del Reglamento (CE) 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Vicisitudes de la aplicación del derecho comunitario en España*, Laborum, 2ª Edición, Murcia, 2007, pp. 279-305.

LLOBERA VILA, M., “Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, pp. 115-144.

LLOBERA, M., “La respuesta europea a las “empresas buzón”: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, octubre de 2018, pp. 536-566.

LO FARO, A. “Politiche comunitarie e Diritto internazionale”, en GAETA, L. y PASCUCI, P. (Dirs.), *Telelavoro e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 213-235.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., “Ciudadanía y Parlamento: rescatar a la Unión Europea del naufragio”, en CLIMENT, V., MICHAVILA, F. y RIPOLLÉS, M. (Coords.), *Los males de la Europa social: buscando soluciones*, Tecnos, 1ª Edición, Madrid, 2017, pp. 207-224.

LÓPEZ GANDÍA, J., “El requisito de residencia para el acceso a prestaciones no contributivas de Seguridad Social. Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2017, pp. 351-360.

LÓPEZ GANDÍA, J., “Lección 1. Formación histórica de la Seguridad Social: conceptos y técnicas. La Seguridad Social en España. El modelo constitucional de Seguridad Social. Las fuentes de la Seguridad Social”, en BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2016, pp. 9-45.

LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del derecho social comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en SALINAS MOLINA, F. (Dir.),

Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 17-70.

LÓPEZ TERRADA, E. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “La reciente propuesta de reforma de los reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 45, 2017, pp. 112-141.

LÓPEZ TERRADA, E. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, en VV. AA., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Vol. 2, España, 2018, pp. 297-311.

LÓPEZ TERRADA, E., *El régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración española en el exterior. Especial referencia a las cuestiones relativas a la competencia judicial y determinación de la ley aplicable*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2020.

LÓPEZ TERRADA, E., “Algunas propuestas metodológicas para el estudio del Derecho del Trabajo”, *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, núm. 13, enero de 2016, pp. 69-78.

LÓPEZ TERRADA, E., “Capítulo quinto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social a las relaciones laborales internacionales: las normas comunitarias de coordinación”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2017, pp. 183-226.

LÓPEZ TERRADA, E., “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español”, en ATIENZA NAVARRO, M. L., EVANGELIO LLORCA, R., MAS BADÍA, M. D. y MONTES RODRÍGUEZ, M. P. (Coords.), *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, Servicio de Publicaciones de la Universitat de València, 1ª Edición, Valencia, 2009, pp. 539-543.

LOUSADA AROCHENA J. F. y RON LATAS R. P., *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, Valladolid, 2013.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 191-219.

LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, Dalloz, 8ª Edición, París, 1993.

MALDONADO MOLINA, J. A., “Libertad de circulación y protección social”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1ª Edición, España, 2017, pp. 155-218.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las normas conflictuales en el Sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 249-279.

MARÍN SALAMERO, M. (Coord.), *Globalización y movimientos migratorios*, UOC, 1ª Edición, Barcelona, 2015.

MARTIN, D. y LHERNOULD, J.-P., “Conflit de lois en matière de sécurité sociale : la CJCE vient-elle d’inventer le concept de législation subsidiairement compétente ? A propos de CJCE 20 mai 2008, aff. C-352/06, Bosmann c/ Bundesagentur für Arbeit”, *Journal des tribunaux du travail*, núm. 1016, 2008, pp. 345-347.

MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J (Coord.), *Tratado práctico de derecho del trabajo y seguridad social*, Thomson Aranzadi, 2ª Edición, España, 2005.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “La Seguridad social, “en general”, en los convenios de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, pp. 35-49.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “El derecho social de la Unión Europea. Reflexiones a propósito del sistema de fuentes”, *La Ley Unión Europea*, núm. 8, 2013, versión electrónica.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma”, *Estudios Financieros: Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 273, 2005, pp. 71-144.

MARTÍNEZ DE LAUDALUCE, J. A., “De las banderas de conveniencia a los segundos registros”, *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 49, 1995, pp. 36-39.

MARTÍNEZ MORENO, C., “El concepto de trabajador”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 201-220.

MARTÍNEZ, D. y VEGA RUIZ, M. L., *La globalización gobernada. Estado, sociedad y mercado en el siglo XXI*, Tecnos, 1ª Edición, Madrid, 2001.

MARTÍN-CABELLO, A., "Sobre los orígenes del proceso de globalización", *Metodos Revista de Ciencias Sociales*, núm. 1, 2013, pp. 7-20.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Capítulo I. Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 17-38.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Capítulo VI. El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 101-144.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “La pensión de los migrantes europeos: un continuo foco de problemas para España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 58, 2021 (en prensa).

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Crónica de un “Brexit” anunciado: análisis de las causas sociales y su judicialización”, *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, núm. 15, 2018, pp. 49-63, disponible en https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N15/contenido/PDFs/05-ensayo-04.pdf

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “El “turismo social” en la Unión Europea antes y después del “Brexit”. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero y 14 de junio de 2016”, *Información Laboral*, núm. 3, 2017, pp. 23-33.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á., “Propuesta de Actualización de los Reglamentos europeos de coordinación: ¿hacia una protección social más “decente”?”, en MONEREO PÉREZ, J. L., BARROSO, F. T. y LAS HERAS, H. (Dirs.), *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: Congreso internacional*, Laborum, 1ª Edición, España, 2018, pp. 615-634.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Retos actuales de la coordinación europea en materia de Seguridad Social: la (eterna) propuesta de reforma y el "brexit"”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 439, 2019, pp. 141-170.

MARTOS, J. J., “Criterios de sujeción de las rentas del teletrabajo internacional: residencia fiscal y doble imposición internacional”, *Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 11, 2002, pp. 169-188.

MAVRIDIS, P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne, observations sur une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, tesis (Dir. A. Lyon-Caen), París, Université Paris Nanterre, 2002.

MAVRIDIS, P., “Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites”, en BARBAOU DES PLACES, S., PATAUT, E. y RODIÈRE, P. (Dirs.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Editions Pedone, 1ª Edición, París, 2018, pp. 127-168.

MAVRIDIS, P., “Y a-t-il encore des règles de conflits de lois en matière de sécurité sociale ? Quelques réflexions”, en VV. AA., *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière : droit social international et européen en mouvement*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2019, pp. 247-268.

MAYER, P., HEUZÉ, V. y RÉMY, B., *Droit International Privé*, LGDJ-Lextenso éditions, 12ª Edición, París, 2019.

MAYER, P., “Le rôle du droit public en droit international privé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 38, núm. 2, 1986, pp. 467-485.

MAYOS SOLSONA, G., “Aspectos de la nueva globalización”, *Prisma Social*, núm. 6, 2011, versión electrónica.

MEDINA CASTILLO, J. E., *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, Comares, 1ª Edición, Granada, 1999.

MELLA MÉNDEZ, L., “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, *Aranzadi Social*, Vol. V, 1998 (BIB 1998/639), versión electrónica.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y GORDILLO PÉREZ, L. I., “Tema 2. El Derecho derivado de la UE. Los acuerdos internacionales de la UE” en LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Vol. II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2016.

MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (Coord.), *Esquemas de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Tomo XIII, Valencia, 2010.

MIRANDA BOTO, J. M., “Capítulo XV. Los trabajadores fronterizos en el Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2010, pp. 363-380.

MIRANDA BOTO, J. M., “Capítulo 3. Competencias, fuentes y papel de las instituciones de la Unión Europea en materia social”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 77-96.

MIRANDA BOTO, J. M., “Capítulo 3. La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en CARDENAL CARRO, M. y PÉREZ CAMPOS, A. I. (Dirs.), *Derecho del Trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2019, pp. 58-70.

MIRANDA BOTO, J. M., “La Seguridad Social de los trabajadores del mar en los Reglamentos europeos”, CABEZA PEREIRO, J. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, 1ª Edición, Albacete, 2015, pp. 267-280.

MIRANDA BOTO, J. M., “Lección VIII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II): Prestaciones”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. Y MIRANDA BOTO, J. M. (Dirs.), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2012, pp. 217-234.

MIRANDA BOTO, J. M., “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2018”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 421-448.

MITROFANOVA, O., “Capítulo sexto. La ley aplicable en materia de Seguridad Social a las relaciones laborales internacionales: las normas extracomunitarias de coordinación” en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2017, pp. 228-288.

MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2006, pp. 589-625.

MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de seguridad social: “micro-relatos” de equidad judicial ¿“renglones torcidos” de derecho?*, Editorial Bomarzo, 1ª Edición, Albacete, 2013.

MOLINER TAMBORERO, G., “La competencia judicial internacional de los órganos de la jurisdicción española en el orden social (con dos adendas: I) sobre cuestiones procesales relacionadas con ella; II) relación de sentencias del contenido internacional dictadas por la Sala IV del Tribunal Supremo)”, en SALINAS MOLINA, F. (Dir.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 375-520.

MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S., “Prestaciones de asistencia social o de seguridad social y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 70, mayo 2019, versión electrónica.

MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”, *Relaciones laborales*, núm. 15-16, 2001, versión electrónica.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M. y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, Tecnos, 1ª Edición, Madrid, 1994.

MONTOYA MELGAR, A., “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pp. 395-426.

MOREAU BOURLES, M.-A., *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, tesis (Dir. B. Goldman), París, Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris, 1985.

MORGENSTERN, F., *Conflictos internacionales de derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

MORSA, M., “La révision du cadre légal européen du détachement des travailleurs et la coordination des systèmes de sécurité sociale : état des lieux”, en DORSSEMONT, F., FRANKART, A., MORSA, M. y TRAVERSA, E. (Coords.), *Le travail détaché face au droit européen : perspectives de droit social et de droit fiscal*, Larcier, 1ª Edición, Bruselas, 2019, pp. 103-170.

MORSA, M., *Sécurité Sociale, libre circulation et ciyoyenneté européennes*, Editorial Anthemis, 1ª Edición, Bélgica, 2012.

NAHAS, T. C., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo, 1ª Edición, Albacete, 2016.

NIBOYET, J.-P., *Traité de droit international privé français*, Tomo IV, Sirey, 1ª Edición, París, 1949.

NIBOYET, M-L. y DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit International Privé*, LGDJ-Lextenso éditions, 6ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2017.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Capítulo 4. La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 97-130.

OJEDA AVILÉS, A., “La doctrina del equilibrio interno del convenio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1987, núm. 31, pp. 333-356.

OLESTI RAYO, A., “El Acuerdo de Asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, pp. 49-90.

OLTRA SANTA CRUZ, F., “Los conflictos tributarios en el ámbito internacional: los Estados y la «doble imposición»”, en DÍAS BARRADO, C. M., RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M. y PEREIRA COUTINHO, F. (Dirs), *Las empresas transnacionales en el Derecho Internacional Contemporáneo: derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2020, pp. 137-149.

OMARJEE, I., *Droit européen de la protection sociale*, Bruylant, 1ª Edición, colección Droit de l'Union européenne, Bruselas, 2018.

PALAO MORENO, G., “Las normas del derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, núm. 5, 2005, pp. 309-334.

PANIZO ROBLES, J. A., “*Equal treatment in the EU? Bye, bye* (La incidencia en seguridad social de la Decisión del Consejo Europeo sobre nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, de los días 18 y 19 de febrero)”, *CEF.- Laboral Social*, febrero 2016, versión electrónica, disponible en http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/EXPRESS_febrero_2016_panizo_c_s.pdf

PÁRAMO MONTERO, P., “Desplazamiento de trabajadores transnacional: conflictos de competencia y legislación aplicable. Cooperación entre Estados de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 313-367.

PATAUT, E., “Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Quelle solidarité ? Sécurité sociale et assistance sociale”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)*, 2015, versión electrónica.

PATAUT, E., “Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : remarques sur les frontières de la solidarité en Europe”, en BARBAOU DES PLACES, S., PATAUT, E. y RODIÈRE, P. (Dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Editions Pedone, 1ª Edición, París, 2018, pp. 169-189.

PATAUT, E., “Territorialité et coordination en droit international privé : L'exemple de la sécurité sociale”, en VV. AA., *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso éditions, 1ª Edición, Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 663-677.

PASCO COSMÓPOLIS, M., “La norma más favorable: su determinación”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 57, 2004, pp. 339-367.

PENNINGS, F., *European Social Security Law*, Intersentia, 6ª Edición, Cambridge, 2015.

PENNINGS, F., “Co-ordination of social security on the basis of the state-of-employment principle: time for an alternative?”, *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, pp. 67-89.

PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

PÉREZ DEL PRADO, D., “Ciudadanía europea, derechos de libre circulación e igualdad de trato y protección social: tensiones en época de crisis. A propósito de la STJUE de 11 de noviembre de 2014 (Caso Dano)”, *Información Laboral*, núm. 12, 2014, versión electrónica.

PÉREZ YÁÑEZ, R. M., “La extensión del ámbito subjetivo de los convenios bilaterales, en materia de seguridad social, suscritos entre un estado miembro y un tercer estado”,

Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 65, 2002, pp. 209-222.

PIETERS, D., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, Civitas, 1ª Edición, Madrid, 1992.

PRECIADO DOMÈNECH, C. H., “Prestaciones sociales y libertad de circulación de personas. El TJUE prosigue en su senda regresiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2016, asunto C-308/14”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 403, 2016, pp. 153-160.

PRÉTOT, X., “Les travailleurs détachés et expatriés et la Sécurité sociale”, *Droit Social*, núm. 12, 1991, pp. 868-876.

PURCALLA BONILLA, M. A., “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2002, versión electrónica.

QUÉGUINER, J.-S., *Qualification et détermination de la compétence spéciale. L'exemple de la matière contractuelle*, tesis (Dir. C. Nourissat), Lyon, Université Lyon III, abril 2012.

REIG FABADO, I., “Capítulo primero. La competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo en el Reglamento *Bruselas I bis*”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-52.

RENNUY, N., *EU Social Security Law: territoriality, solidarity and equality*, tesis (Dir. Y. Jorens), Gent, Universiteit Gent, junio 2017.

RENNUY, N., “Posting of workers: enforcement, compliance, and reform”, *European Journal of Social Security*, Vol. 22, núm. 2, 2020, pp. 212-234.

RENNUY, N., “The emergence of a parallel system of social security coordination”, *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013, pp. 1221-1266.

RIBES MORENO, M. I., “Capítulo X. La problemática derivada de la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004, y del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al personal que presta servicios a bordo de buques”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARRIDO PÉREZ, E. (Dir.), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 151-165.

RINGOT-NAMER, C., *La loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, tesis (Dir. O. Cachard y P. Klötgen), Nancy, Université de Lorraine, 2020.

RODIÈRE, P., “Coordination européenne des sécurité sociales et conflit de lois (quelques observations)”, *Revue de Droit Sanitaire et Sociale (RDSS)*, núm. enero-febrero, 2016, pp. 63-79.

RODIÈRE, P., “Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicabilité ?”, *Droit Social*, núm. 7-8, 2016, versión electrónica.

RODIÈRE, P., “Sécurité sociale”, en VV. AA., *Répertoire de droit international*, Dalloz, París, abril 2019, versión electrónica.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Capítulo II. 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.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2010, pp. 39-64.

RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., “La protección social de los trabajadores del mar”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 496-519, disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Determinación de la normativa de Seguridad Social aplicable al transporte internacional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 72, 1995, pp. 571-607.

RODRÍGUEZ MAGDALENO, R., “De nuevo el ámbito de aplicación ¿territorial? del Derecho de la Unión Europea y la plataforma continental: el asunto Salemink”, *La ley*, núm. 7891, 2012, versión electrónica.

RODRÍGUEZ ROMERO, R. M., “La lucha contra el fraude en el desplazamiento de trabajadores: la validez de los certificados E101/A1 y ¿el primer cambio de doctrina jurisprudencial? (A propósito de la Sentencia del TJUE de 6 de Febrero de 2018, Asunto C-359/16, Caso Altun y otros)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 49, 2018, pp. 559-579.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero: régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, España, 2017.

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*, núm. 132, 2017, pp. 17-48.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Capítulo 2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 53-76.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009, versión electrónica.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, Vol. 1, 2000, pp. 107-117.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El Estado y la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pp. 41-83.

ROJO TORRECILLA, E., “Capítulo 18. Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de establecimiento”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 507-532.

ROMAGNOLI, U., “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pp. 9-19.

ROMÁN VACA, E., “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 109-113.

ROMERO BURILLO, A. M., “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, en VV. AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del 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, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 1135-1150.

ROZEZ, S., “Droit de la protection sociale - L'articulation des conventions bilatérales de sécurité sociale et du règlement communautaire 1408/71”, *Les Petites Affiches*, núm. 150, de 29 de julio de 2002, versión electrónica.

RUESGA, S. M. y DA SILVA BICHARA, J., “Globalización, relaciones laborales y migración. conceptos básicos y aspectos teóricos”, *Revista económica de Castilla-La Mancha*, núm. 10, 2007, pp. 129-161.

SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Teletrabajo: ¿esperanza o realidad?”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 11, 1998, pp. 25-37.

SALA FRANCO, T. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El Ingreso Mínimo Vital. El Sistema Español de Rentas Mínimas*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2020.

SALA FRANCO, T., “Capítulo II. La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2020, pp. 39-60.

SALA FRANCO, T., “Capítulo IX. El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 167-206.

SALA FRANCO, T. (Dir.), *Ley aplicable y jurisdicción competente en las relaciones laborales internacionales*, Lefebvre-El Derecho, 1ª Edición, Madrid, abril 2017.

SALA GALVAÑ, G., “Capítulo séptimo. Los principales incentivos fiscales de la normativa interna española para trabajadores impatriados y expatriados contribuyentes del IRPF español”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2017, pp. 289-370.

SALCEDO BELTRÁN, M. C., “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, Trabajo y Derecho, núm. 13, 2016, versión electrónica.

SANAHUJA, J. A., “Las cuatro crisis de la Unión Europea”, en MESA, M. (Coord.), *Cambio de ciclo: crisis, resistencias y respuestas globales. Anuario 2012-2013*, CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, mayo 2012, pp. 51-84, disponible en <http://eprints.sim.ucm.es/37358/1/ANUARIO%202012-Sanahuja.pdf>

SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 47, 2003, pp. 17-48.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “El principio de coherencia en el Derecho Internacional Privado Europeo”, Revista española de Derecho Internacional, Vol. 70, núm. 2, julio-diciembre 2018, pp. 17-47.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, 1ª Edición, Granada, 1997.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. I, núm. 1, 2016, versión electrónica.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo I. Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2010, pp. 23-38.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo IV. Convenios internacionales de Seguridad Social y Reglamentos de coordinación de Sistemas de Seguridad Social”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2010, pp. 91-100.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo XIII. La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2010, pp. 333-348.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Capítulo XI. ¿Una laguna del Reglamento 1408/71?: El (in)existente concepto de cónyuge en Derecho comunitario”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2006, pp. 257-281.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 395-417.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La configuración jurídica de las pensiones españolas de Seguridad Social en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el Reglamento (CEE) 1408/71”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995, versión electrónica.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 49, 2018, pp. 229-259.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia”, en VV. AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del 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, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 939-955.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y., “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE”, *La Ley Unión Europea*, núm. 32, 2015, versión electrónica.

SANGUINETI RAYMOND, W., “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 13, 2005, pp. 107-130.

SANGUINETI RAYMOND, W., “La noción jurídica de teletrabajo y el teletrabajo realmente existente”, *Trabajo y Derecho*, núm. 72, diciembre 2020, versión electrónica.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Teletrabajo”, en ANTONIO BAYLOS GRAU, A., FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R. (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2014, pp. 2005-2010.

SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 14, 2004, pp. 45-74.

SCHOUKENS, P. y PIETERS, D., “The rules within Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation”, *European Journal of Social Security*, Vol. 11, núm. 1-2, 2009, pp. 81-117.

SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Informes. El derecho del trabajo y de la Seguridad Social en España en 2019”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, núm. 55, 2020, pp. 829-831.

SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, en VV. AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del 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, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 1121-1134.

SEMPERE NAVARRO, A., “Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal”, en FERNÁNDEZ DE MATA, E. (Dir.), *Seguridad Social Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial XXII-1997, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 137-247.

SERRANO GARCÍA, M. J., *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales: la conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios*, Reus, 1ª Edición, Madrid, 2011.

SERRANO GARCÍA, J. M., “La negociación colectiva europea y los acuerdos «libres»: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, en BAYLOS GRAU, A., *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 95-118.

SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, Tomo II, diciembre 2001, pp. 1237-1277.

SIERRA BENÍTEZ, E. M., “Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas”, en ROALES PANIAGUA, E. (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social* (II), Laborum, 1ª Edición, España, 2014.

SIERRA BENÍTEZ, E. M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, marzo 2011.

SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2013, versión electrónica.

SIERRA BENÍTEZ, E. M., “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y Derecho*, número 29, 1 de mayo de 2017, versión electrónica.

STRBAN, G., “Family benefits in the EU: is it still possible to coordinate them?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 5, 2016, pp. 775-795.

SUÁREZ CORUJO, B., “Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre circulación de los pobres (trabajadores). A propósito de la STJUE 15 de septiembre de 2015, Alimanovic”, *Información Laboral*, núm. 1, 2016, versión electrónica.

SUÑÉ LLINÁS, E., “El teletrabajo”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 19-22, 1998, pp. 585-610.

TANTAROUDAS, C., *La protection juridique des travailleurs migrants de la C.E.E. en matière de Sécurité Sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés*, Economica, 1ª Edición, París, 1976.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: La primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, versión electrónica.

THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2001.

THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas Laborales*, número 72, 2003, pp. 35-68.

THIBAUT ARANDA, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, 1998, pp. 93-108.

TODOLÍ SIGNES, A., “Capítulo segundo. La competencia judicial y la prueba de derecho extranjero en caso de movilidad internacional de trabajadores. Especial mención a la nueva ley de cooperación jurídica internacional”, en LÓPEZ TERRADA, E. (Dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2017, pp. 53-98.

TODOLÍ SIGNES, A., “Capítulo IV. La frontera entre el teletrabajo autónomo y subordinado”, en SALA FRANCO, T. (Coord.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 75-90.

TODOLÍ SIGNES, A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, Lan Harremanak, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 41, junio de 2019, versión electrónica.

UXÓ GONZÁLEZ, J., “La UEM y los trabajadores: la protección social”, en OREJA AGUIRRE, M. (Dir.), *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2002, pp. 221-237.

VALDUEZA BLANCO, M. D., “Capítulo II. La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2010, pp. 55-122.

VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaria General para la Seguridad Social, Colección Seguridad Social, núm. 5, Madrid, 1992 (traducido por Pío Acero).

VAN RAEPENBUSCH, S., “Les rapports entre le droit communautaire et les conventions internationales entre États tiers antérieures au traité CE”, *Revue de Jurisprudence Sociale*, diciembre de 1993, versión electrónica.

VAN RAEPENBUSCH, S., “Les rapports entre le Règlement (C.E.E.) n° 1408/71 et les conventions internationales dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs circulant à l'intérieur de la Communauté”, *Cahiers de droit européen*, núm. 3-4, 1991, pp. 449-466.

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P., “El control del cumplimiento de la legislación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores desplazados: nuevo criterio jurisprudencial. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de febrero de 2018 (asunto C-359/16)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 422, 2018, pp. 151-157.

VERANO TACORONTE, D., SUÁREZ FALCÓN, H. y SOSA CABRERA, S., “El teletrabajo y la mejora de la movilidad en las ciudades”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía e la Empresa*, núm. 20, 2014, pp. 41-46.

VERSCHUEREN, H., “Sécurité sociale et détachement au sein de l'Union européenne. L'affaire Herbosch Kiere : une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social

transfrontalier et à la fraude sociale”, *Revue Belge de Sécurité Sociale*, núm. 3, 2006, pp. 405-451.

VICENTE PALACIO, A., “Capítulo III. El Reglamento 883/2004 y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, 1ª Edición, España, 2010, pp. 65-90.

VIROLÉS PIÑOL, R. M., “Capítulo 45. Competencia en materia de Seguridad Social de la Unión Europea”, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2ª Edición, Madrid, 22 de marzo de 2019, pp. 1277-1290.

VUKOREPA, I., “Cross-border platform work: riddles for free movement of workers and social security coordination”, *Collected papers of Zagreb Law Faculty*, Vol. 70, núm. 4, 2020, pp. 481-511.

VV. AA., “Capítulo 16. III. Trabajo en el extranjero e internacionalización de la relación laboral”, en VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre Contrato de Trabajo*, Francis Lefebvre, enero 2020.

VV. AA., “Chronique maritime”, *Revue de l’Union européenne*, núm. 592, octubre-noviembre 2015, pp. 577-589, versión electrónica.

VV. AA., “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, en VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre Seguridad Social*, Francis Lefebvre, agosto 2020.

VV. AA. “Parte I. Capítulo II. Jurisdicción y competencia”, en VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre Procedimiento Laboral*, Francis Lefebvre, noviembre 2018.

VV. AA., “Seguridad Social trabajadores migrantes: Seguridad Social de trabajadores migrantes en la Unión Europea”, *Aranzadi Experto Social*, 2016, versión electrónica.

VV. AA. “TC - Travail hors de France. Division I : Protection sociale”, en VV. AA., *Mémento Pratique ; Social*, Editions Francis Lefebvre, octubre 2019, versión electrónica.

WEBER, H., “Critical view on some issues of the EU-Commission’s proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending regulation (EC) N° 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) N° 987/2009 laying down the procedure for implementing regulation (EC) N° 883/2004”, *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, núm. 2, 2017, pp. 4-17, disponible en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/76337/148-552-1-PB.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

WIBAULT, J., “Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois”, *Droit Social*, núm. 5, 1965, pp. 318-326.

ZABALO ESCUDERO, E., “Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero-abril 2003, pp. 225-239.

ZARZALEJO CARBAJO, M., “La determinación de la competencia judicial internacional en materia de protección social”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 520-531, disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>

2. Fuentes documentales

BILETTA, I., CABRITA, J. y GERSTENBERGER, B., *Improving the monitoring of posted workers in the EU*, Eurofound, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19054en.pdf

CACSS, *Decisión núm. A1, de 12 de junio de 2009, relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo* (DOUE núm. C 106, de 24 de abril de 2010, pp. 1 a 4).

CACSS, *Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente* (DOUE núm. C 106, de 24 de abril de 2010, pp. 5 a 8).

CACSS, *Decisión núm. A3, de 17 de diciembre de 2009, relativa a la totalización de períodos ininterrumpidos de desplazamiento cubiertos al amparo de los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 del Consejo y el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo* (DOCE núm. C 149, de 8 de junio de 2010, pp. 3-4).

CACSS, *Decisión núm. H6, de 16 de diciembre de 2010, relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social* (DOUE núm. C 45, de 12 febrero 2011, pp. 5-7).

CACSS, *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*, Comisión Europea, Bruselas, diciembre 2013, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=es>

CACSS, *Recomendación núm. A1, de 18 de octubre de 2017, relativa a la emisión del certificado a que se refiere el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 987/2009*

del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE núm. C 183, de 29 de mayo de 2018, pp. 5-14).

CACSS, *Recomendación núm. H2, de 10 de octubre de 2018, relativa a la inclusión de elementos de autenticación en los documentos portátiles expedidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación de una persona a efectos de la aplicación de los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo* (DOUE núm. 147, de 29 de abril de 2019, pp. 6-7).

CARRASCOSA BERMEJO, D. y LHERNOULD, J.-P., *The application of free movement of workers and social security coordination rules by national courts*, Legal Report 2019, MoveS, European Commission, Luxemburgo, julio 2020, disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8317&furtherPubs=yes>

CEDS, *Conclusiones XX, en materia de Salud, Seguridad Social y Protección Social*, 2017, disponibles en <https://rm.coe.int/press-briefing-highlights-conclusions-2017/168077fee0>

CEDS, *Factsheet-Spain. Spain and the European Social Charter*, mayo 2020, disponible en <https://rm.coe.int/spain-and-the-european-social-charter/1680492969>

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS DE MIGRACIÓN DE LA UCL (CREAM), *Yes, EU immigrants do have a positive impact on public finances*, 2014, disponible en <http://theconversation.com/yes-eu-immigrants-do-have-a-positive-impact-on-public-finances-33815>

CESE, *Dictamen sobre Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital* (SOC/560), publicado en el DOUE núm. C 129, de 11 de abril de 2018, pp. 7-10.

COMISIÓN DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES (CEAS), *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004*, Documento núm. A8-0386/2018, 2018, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0386_EN.html

COMISIÓN EUROPEA, *Guía práctica sobre el desplazamiento de trabajadores*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/8ac7320a-170f-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-es>

COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for*

implementing Regulation (EC) No 883/2004, diciembre de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016PC0815>

CONSEJO, *Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia*, COM (2018) 132 final, de 13 de marzo de 2018, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0132>

CONSEJO EUROPEO, *Decisión del Consejo Europeo, sobre nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea*, 18 y 19 de febrero de 2016.

DE WISPELAERE, F., DE SMEDT, L. y PACOLET, J., *Posting of workers. Report on AI Portable Documents issued in 2018 (October 2019)*, European Commission Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion Directorate D Labour Mobility, Luxemburgo, 2020, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22302&langId=en>

El libro blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto, junio 2012, disponible en <https://docplayer.es/13404-Del-trabajo-a-domicilio-a-los-e-workers-un-recorrido-por-la-flexibilidad-espacial-la-movilidad-y-el-trabajo-en-remoto.html>

El libro verde sobre Cooperación para una nueva organización del trabajo, de 16 de abril de 1997 (COM (97) 128 final), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997DC0128&from=EN>

EUROFOUND, *Digital age. Automation, digitisation and platforms: implications for work and employment*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/automation-digitisation-and-platforms-implications-for-work-and-employment>

EUROPEAN SOCIAL POLICY NETWORK (ESPN), *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe: a study of national policies*, 2017, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17683>

ESSERS, G. y DISTLER, K., *Guide for mobile European workers*, EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION (ETUC), 4ª Edición, Bruselas, 2017, disponible en https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/files/mobility_guide_uk.pdf

FRIES-TERSCH, E., JONES, M., BÖÖK, B., DE KEYSER, L. y TUGRAN, T., *2019 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility Final Report*, European Commission, Directorate General for Employment Social Affairs and Inclusion Directorate D, Labour Mobility, enero 2020, disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&furtherPubs=yes&langId=en&pubId=8242>

FRIES-TERSCH, E., JONES, M. y SIÖLAND, L., *2020 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility*, European Commission, Social Europe, enero 2021, disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&furtherNews=yes&newsId=9877>

FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO, “Informe sobre Implicaciones sociales del Teletrabajo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 11, 1998, pp. 177-190.

GIULIANO, M. y LAGARDE, P., “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales” (Informe *Giuliano-Lagarde*), DOCE núm. C 327, de 11 de diciembre de 1992, p. 1 y ss.

ICF GHK CONSULTING LTD. Y MILIEU LTD., *Fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence*, DG Employment, Social Affairs and Inclusion via DG Justice Framework Contract, 14 de octubre de 2013, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10972>

INFOEMPLEO y THE ADECCO GROUP, *XXIII Informe Infoempleo Adecco: Oferta y Demanda de Empleo en España (2019)*, 2020, disponible en <http://www.inscripcionesadecco.com/Adecco /Informe Infoempleo Adecco 2020.pdf>

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “Résolution.- L'application du droit public étranger”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, disponible en www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1975_wies_04_fr.pdf

JENARD, P., “Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Informe *Jenard*)”, DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990, p. 122 y ss.

JENARD, P. y MÖLLER, G., “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (Informe *Jenard-Möller*)”, DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990, p. 57 y ss.

JORENS, Y. y HAJDÚ, J., *European report 2007*, trESS, diciembre 2007, disponible en <http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/europeanReport.jsp>

JORENS, Y. y HAJDÚ, J., *European report 2008*, trESS, noviembre 2008, disponible en <http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/europeanReport.jsp>

JORENS, Y. y LHERNOULD, J.-P., *European report 2013*, trESS, diciembre 2013, disponible en <http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/europeanReport.jsp>

JORENS, Y. y LHERNOULD, J.-P., *Procedures related to the granting of Portable Document A1: an overview of country practices*, FresSco, European Comission, mayo de 2014, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=13533&langId=en>

JORENS, Y., LHERNOULD, J.-P., FILLON, J.-C., ROBERTS, S. y SPIEGEL, B., *Towards a new framework for applicable legislation: new forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Think Tank Report 2008, trESS, 2008, disponible en www.tress-network.org

JORENS, Y., SPIEGEL, B., FILLON, J.-C. y STRBAN, G., *Key challenges for the social security coordination Regulations in the perspective of 2020*, Think Tank Report 2013, trESS, 2013, disponible en http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/trESSIII_ThinkTank%20Report%202013.pdf

LHERNOULD, J.-P. (Ed.), *Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons*, Analytical Report 2015, FreSsco, European Comission, June 2015, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=16959&langId=en>

LHERNOULD, J.-P. (Coord.), *The interrelation between social security coordination law and labour law*, Analytical Report 2017, FreSsco, European Comission, December 2017, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=19404&langId=en>

MIGRATION ADVISORY COMMITTEE (MAC), *EEA migration in the UK: Final report*, septiembre 2018, disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/741926/Final_EEA_report.PDF

OCDE, *In It Together Why Less Inequality Benefits All: overview of inequality trends, key findings and policy directions*, OECD Publishing, París, 2015, disponible en <https://www.oecd.org/els/soc/OECD2015-In-It-Together-Chapter1-Overview-Inequality.pdf>

OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada*, de 21 de noviembre de 2017, disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es

OCDE, “The fiscal impact of immigration in OECD countries”, en OCDE, *International Migration Outlook*, 2013, disponible en https://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2013-6-en

OIT y EUROFOUND, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Informe conjunto, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf

OIT, *Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes* (año de referencia 2017), Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad de la OIT y Departamento de Estadística de la OIT, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_652030.pdf

PALAMENTO EUROPEO, CONSEJO DE LA UE y COMISIÓN EUROPEA, *Acuerdo provisional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Documento 7698/19 ADD 1 REV 1*, marzo 2019, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf>

POLICY DEPARTMENT A, *Coordination of Social Security Systems in Europe*. Study for the European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs (EMPL), 2017, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614185/IPOL_STU\(2017\)614185_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614185/IPOL_STU(2017)614185_EN.pdf)

SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Informe realizado para el Proyecto Europeo sobre Teletrabajo, desarrollado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España bajo la dirección de D. Ángel Luis Sánchez Iglesias, Salamanca, junio 2002, versión electrónica, disponible en <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf>

SCHLOSSER, P., “Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (Informe Schlosser)”, DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990, p. 184 y ss.

SCHMID, G. y WAGNER, J., *Managing social risks of non-standard employment in Europe*, Oficina de la OIT, Ginebra, 2017, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms_584686.pdf

SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UE, *Documento de Preparación para los siguientes debates a tres bandas sobre la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación*, de 31 de octubre de 2019 (13582/19), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13582-2019-INIT/en/pdf>

SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UE, *Documento de Preparación para los siguientes debates a tres bandas sobre la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación*, de 22 de noviembre de 2019 (14389/19), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14389-2019-INIT/en/pdf>

SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UE, *Documento de Preparación para los siguientes debates a tres bandas sobre la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación*, de 29 de mayo de 2020 (ST 8134/20), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8134-2020-INIT/en/pdf>

SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UE, *Documento de Preparación para los siguientes debates a tres bandas sobre la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación*, de 16 de octubre de 2020 (ST 11785/20), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11785-2020-INIT/en/pdf>

SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UE, *Orientaciones para la continuación del trabajo en la Propuesta de actualización de los Reglamentos de coordinación*, de 11 de octubre de 2019 (12917/19), disponibles en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12917-2019-INIT/en/pdf>

STRBAN, G. (Coord.), *Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: interrelation, challenges and prospects*, MoveS Analytical report 2018, julio 2020.

STRBAN, G. (Coord.), *The application of the social security coordination rules on modern forms of family*, MoveS Analytical report 2019, julio 2020.

TODOLÍ SIGNES, A., SÁNCHEZ OCAÑA, J. M. y KRUIHOF AUSINA, A., *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*, Labora y Cátedra de Economía Colaborativa de la UV, 2019, disponible en <http://www.labora.gva.es/documents/166000883/166282936/Informe+trabajo+en+plataformas+digitales+2019.pdf/1dcbb6c3-dfa8-44cb-a732-202170d2b09c>

VV. AA., *Behavioural study on the effects of an Extension of Access to Social Protection for People in All Forms of Employment*, Comisión Europea, Luxemburgo, febrero 2018, disponible en ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=19161&langId=en

ANEXOS

ANEXO I. ÍNDICE DE TABLAS, GRÁFICOS Y CUADROS UTILIZADOS

- Tabla 1.-** Textos internacionales bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados por el Reino de España con países de la UE, EEE y Suiza **Página 52**
- Tabla 2.-** Textos internacionales bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados por el Reino de España con países fuera de la UE, EEE y Suiza **Página 55**
- Tabla 3.-** Tabla-resumen de las soluciones para los casos de teletrabajo al amparo de la modificación de los Reglamentos de coordinación propuesta **Página 469**
- Cuadro 1.-** Esquema de las normas de conflicto para los supuestos de actividad asalariada en más de un Estado miembro recogidas en los Reglamentos de coordinación **Página 315**
- Gráfico 1.-** Evolución del número de PDs A1 emitidos, por tipo (2007-2018) **Página 332**

ANEXO II. RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral se centra en la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, tercer pilar de la regulación de las relaciones laborales internacionales (junto con la competencia judicial internacional y la ley aplicable al contrato de trabajo). La determinación de esta ley, pese a ser un elemento clave en la toma de decisiones empresariales de índole laboral, constituye el área menos explorada por la doctrina científica.

A causa de la elevada movilidad en el seno de la Unión y la posición privilegiada que el Derecho europeo ostenta, destaca la regulación contenida en las normas comunitarias de coordinación: los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Además de su importancia práctica creciente como consecuencia del progresivo aumento de las relaciones laborales internacionales, la actualidad del tema objeto de estudio es mayor si se tiene en consideración el procedimiento de reforma actualmente abierto en torno a estos Reglamentos (iniciado en diciembre de 2016), que hace especialmente oportuno su análisis en el momento actual.

El objetivo de esta tesis es, pues, realizar un estudio omnicompreensivo y en profundidad de una de las principales cuestiones en materia de Seguridad Social, como es la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación de los trabajadores por cuenta ajena, con la finalidad de identificar sus principales puntos críticos y, en la medida de lo posible, aportar soluciones. Para abordar esta tarea, se ha decidido estructurar la tesis doctoral en dos partes. En la primera parte, relativa a los puntos críticos generales de las normas comunitarias de coordinación, se analizarán el entramado normativo en materia de Seguridad Social, los ámbitos de aplicación de los Reglamentos de coordinación y la compleja interrelación de estos con el resto de normas internacionales en la materia. En la segunda parte, dedicada a los puntos críticos específicos de sus normas de conflicto, se analizará el funcionamiento del sistema de normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación para, posteriormente, analizar las reglas contenidas, esencialmente, en el Título II del Reglamento 883/2004, y los retos futuros a los que estas se enfrentan por las nuevas realidades laborales y migratorias (particularmente, los *mini-jobs* y el teletrabajo).

ANEXO III. CONCLUSIONES

507. Aspectos generales. La determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación correspondiente a una prestación de servicios por cuenta ajena es una cuestión esencial para los empresarios y trabajadores implicados, pero, también, para los diferentes Estados miembros involucrados. Las importantes consecuencias que se derivan de la selección de esta ley para las tres partes de este triángulo, aconsejan conocer el contenido y funcionamiento de las reglas que regulan esta cuestión. Por su posición privilegiada en el sistema de fuentes y el recurso habitual a ellas, destacan, sin duda, los Reglamentos comunitarios de coordinación.

Como su nombre indica, estas normas comunitarias buscan “coordinar” los diferentes sistemas de Seguridad Social nacionales, sin que se espere que se sobrepase el límite de la coordinación para adentrarse en la armonización en una esfera tan política y con tantas implicaciones económicas y sociales para los Estados miembros. Por tanto, el modelo de coordinación ha llegado para quedarse, al menos, por un muy largo tiempo.

Las normas comunitarias de coordinación tienen como finalidad eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos a la libre circulación de personas –derecho con categoría de fundamental en la Unión– que podrían derivarse de la pérdida de derechos sociales por el ejercicio de la misma. De este modo, como ya ha sentado la jurisprudencia comunitaria, estas normas tienen como fundamento, marco y límite los artículos 45 a 48 del TFUE (al que habría que añadir el artículo 21 del TFUE), preceptos que deben tomarse como parámetros de referencia a la hora de interpretar sus disposiciones. Asimismo, estas normas comunitarias buscan contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de las personas a las que les resulten aplicables, sobre la base de los principios de continuidad de derechos y de progreso social.

A pesar de que estos Reglamentos llevan entre nosotros más de sesenta años, siguen siendo unos grandes desconocidos para muchos, y un verdadero quebradero de cabeza para aquellos que deciden adentrarse en su estudio o deben enfrentarse a su puesta en práctica. Podría decirse que, en estos textos, casi nada es lo que parece.

En la actualidad, el contenido de los Reglamentos de coordinación está siendo reevaluado con motivo del procedimiento legislativo iniciado en diciembre del año 2016, sin que se haya llegado a un consenso definitivo sobre todas las cuestiones en el Acuerdo provisional de marzo de 2019. Debido a ello, y a las nuevas realidades familiares, laborales y migratorias que han supuesto todo un reto para los postulados tradicionales del sistema de coordinación, es un buen momento para profundizar en el estudio de estas normas y, sobre todo, en los puntos críticos que presentan.

1. Puntos críticos generales de los Reglamentos de coordinación

508. La labor “cuasilegislativa” del TJUE. Un primer problema al que nos enfrentamos al tratar de lidiar con estas normas es determinar el contenido de los Reglamentos. Es claro que, cualquier norma, debe ser completada con la jurisprudencia que la interpreta y aplica; sin embargo, podría decirse que, en la coordinación comunitaria, se ha pasado al siguiente nivel. Es muy habitual que, en la práctica, el TJUE vaya más allá del aparente contenido literal de los textos reglamentarios y realice interpretaciones “cuasilegislativas” que, incluso, suelen variar sin aparentes razones de peso. Tanto es así que, en la mayoría de ocasiones, las reformas normativas han venido promovidas por la jurisprudencia comunitaria, muchas veces para confirmarla, pero, en ocasiones, para descartarla. Esta situación genera una indeseable inseguridad jurídica, perjudicial para todos los interesados que, en ocasiones, no saben a qué atenerse.

509. Los problemas de determinación del ámbito de aplicación. El segundo problema a abordar es la propia aplicabilidad de los Reglamentos de coordinación a un supuesto concreto. La parquedad con la que se definen los diferentes ámbitos de aplicación de estas normas no deriva, en absoluto, de la simplicidad de su determinación.

En primer lugar, existen dificultades para determinar el ámbito de aplicación territorial, por su falta de definición expresa, lo que obliga a recurrir a las reglas generales previstas en los Tratados originarios. Además, el TJUE ha ampliado considerablemente este ámbito geográfico a supuestos en los que, aparentemente, estas normas no son de aplicación. Estos supuestos son, fundamentalmente, dos: 1) prestaciones de servicios realizadas en terceros Estados cuando la relación laboral está estrechamente vinculada con el territorio de la Unión; y 2) prestaciones de servicios realizadas en plataformas *offshore* situadas en/sobre la plataforma continental adyacente al territorio de un Estado miembro ribereño, siempre que se cumpla el requisito de “funcionalidad”. Sería conveniente que, en aras de la tan deseada seguridad jurídica, se tratara de codificar esta jurisprudencia en el texto del Reglamento de base.

Asimismo, la determinación del ámbito de aplicación personal presenta tres problemas principales. El primero deriva de la remisión a la legislación nacional de la catalogación de los miembros de la familia (especialmente problemática para los nuevos modelos de familia, con diferente reconocimiento en los Estados miembros). El segundo es consecuencia de la falta de referencia expresa en las normas de coordinación a la existencia del Reglamento 1231/2010, en virtud del cual resulta extensible este régimen a los nacionales de terceros Estados. El tercer problema guarda relación con el silencio de los Reglamentos de coordinación respecto del denominado requisito de “transnacionalidad”, básico para la aplicación de estas normas y que ha sido precisado

por el TJUE de una manera flexible. Sin duda, convendría clarificar todos estos extremos en el propio texto normativo.

Por último, desde el punto de vista del ámbito de aplicación material, el principal problema es la indefinición de dos conceptos: prestaciones de Seguridad Social y cotizaciones sociales. Es indispensable contar con una definición de Seguridad Social y, por contrapartida, de asistencia social, que sea coherente en el modelo comunitario general, no solo a efectos de los Reglamentos de coordinación. Eso pasa, en mi opinión, por adecuar el concepto de asistencia social de la Directiva 2004/38 con el de asistencia social en el ámbito de la coordinación, al menos, en lo que a las prestaciones incluidas en el ámbito de los Reglamentos de coordinación se refiere (fundamentalmente, las PENC). Por otro lado, en lo que respecta a las cotizaciones sociales, es necesario establecer la línea divisoria entre las cotizaciones, incluidas dentro de las normas de coordinación, y los impuestos, excluidos de las mismas. Esta cuestión puede tener importantes consecuencias contributivas para los Estados miembros, en función de su sistema de financiación de la Seguridad Social.

510. El insuficiente contenido del artículo 8 del Reglamento 883/2004. Uno de los ámbitos en los que el TJUE ha realizado una importantísima labor interpretativa, ha sido en la esfera del artículo 8 del Reglamento de base, respecto de la interrelación de estas normas con los convenios internacionales en materia de Seguridad Social. En este ámbito, la jurisprudencia europea se ha encargado de reconocer la naturaleza declarativa del contenido del Anexo II del Reglamento de base y, lo que es más importante, de crear la denominada doctrina “*Rönfeldt*”. Como se ha indicado, en virtud de esta doctrina se permite la aplicación preferente de los convenios internacionales más favorables para los particulares afectados en determinadas circunstancias. Sin embargo, los Reglamentos de coordinación han desaprovechado varias ocasiones para incorporar el contenido de esta importante doctrina, plenamente vigente. Convendría positivizar esta doctrina toda vez que ya puede considerarse consolidada. Igualmente, sería deseable contar con un listado por países de las disposiciones que, en virtud de la jurisprudencia comunitaria, se han considerado más favorables para los particulares en aplicación de esta doctrina (aunque, en ocasiones, el carácter más o menos favorable dependa del caso concreto).

Por último, en línea con lo anterior, la jurisprudencia comunitaria también ha creado la polémica doctrina “*Gottardo*”, en referencia a los convenios internacionales celebrados por los Estados miembros con terceros Estados. Además de su complicada puesta en práctica –por involucrar a terceros Estados ajenos al sistema comunitario–, tampoco consta su existencia en parte alguna del texto normativo, si bien existe, al menos, la Recomendación núm. H1, de 19 de junio de 2013, sobre este particular.

2. Puntos críticos específicos de la determinación de la ley aplicable a la relación de afiliación

511. Una vez determinada la aplicabilidad de los Reglamentos de coordinación, procedería aplicar las reglas de conflicto del Título II para determinar la ley aplicable a la relación de afiliación. Esta determinación (basada, entre otros, en los principios de igualdad de trato por razón de la nacionalidad, de colaboración administrativa y de unicidad de ley aplicable) presenta también numerosos problemas.

512. ¿Conflicto de leyes o autoridades? El primer problema, de índole teórica, es la propia calificación del sistema de normas del Título II del Reglamento 883/2004 como de solución de conflicto de leyes o de autoridades. En mi opinión, las normas de coordinación no habilitan la aplicación del Derecho extranjero de Seguridad Social por las instituciones nacionales, lo que impediría la existencia de conflicto de leyes en su sentido *iusprivatista* tradicional, estando en presencia de un conflicto de autoridades en su sentido tradicional. Dada la coincidencia de competencias legislativa, administrativa y judicial en materia de Seguridad Social, podría plantearse la posible existencia de normas distributivas de competencia judicial internacional en los propios Reglamentos de coordinación, desplazando parcialmente las normas estatales de Derecho internacional autónomo.

513. La divergencia de conceptos nacionales: la categoría de “actividad por cuenta ajena”. Uno de los principales problemas que presenta el sistema de normas de conflicto actual es la falta de definición comunitaria de “persona que ejerce una actividad por cuenta ajena”. A pesar de la importancia de esta calificación para aplicar una regla u otra, con grandes diferencias prácticas, se remite su definición a las legislaciones de Seguridad Social de los diferentes Estados miembros, muy diversas en su contenido. Estas diferencias son más grandes en dos casos: cuando se determina esta calificación en función de ciertos umbrales de jornada de trabajo o ingresos obtenidos; y cuando se trata de trabajadores en las nuevas formas de empleo, especialmente, en entornos virtuales. Las divergencias en estos supuestos pueden ser abismales y conllevar problemas en la puesta en práctica de las normas de conflicto que, por el momento, no han sido solucionados.

514. La estricta definición de “lugar de ejercicio de la actividad”. Asimismo, otro de los problemas de las normas de conflicto comunitarias radica en la interpretación realizada por el TJUE del concepto “lugar de ejercicio de la actividad” como equivalente a lugar de trabajo efectivo. Las dificultades derivadas de esta definición tan física son variadas. Por un lado, esta concepción presenta problemas cuando la prestación de servicios es reducida o mínima en el Estado de empleo y el trabajador presenta vínculos más estrechos con otro Estado miembro (normalmente, el de su residencia). Por otro lado,

esta concepción física de la prestación laboral no tiene en cuenta las particularidades de las prestaciones de servicios en remoto o prestadas mediante modalidades virtuales, cada vez más presentes en la realidad. Esto ha llevado a plantear la posibilidad de extrapolar la definición de lugar de trabajo “habitual” del RBI *bis* y RRI a la esfera de la coordinación comunitaria. Si bien podría ser acertada en algunos casos, lo cierto es que, para ello, sería necesario realizar diversas adaptaciones al sistema de normas de conflicto actual. A diferencia del RBI *bis* y el RRI, los Reglamentos de coordinación, partiendo de esa concepción geográfica del concepto del artículo 11.3.a) del Reglamento de base, incorporan normas especiales en sus artículos 12 y 13 que deberían ser objeto de una importante revisión en caso de importar la jurisprudencia comunitaria sobre el lugar de trabajo “habitual”.

515. La sede empresarial y la lucha contra las empresas buzón. Como han señalado recientemente los expertos en la materia, uno de los cuatro asuntos más recurrentes en sede judicial nacional en materia de ley aplicable es la posible existencia de empresas buzón. Esta práctica es difícil de combatir desde el plano normativo en abstracto, tal y como ha quedado demostrado en el largo proceso legislativo iniciado en 2016 y que todavía no ha finalizado. La voluntad de luchar contra este tipo de empresas ficticias es clara, pero dada la diversidad de colectivos englobados en las mismas normas, se hace muy difícil poder consensuar un modo eficaz para todos. La opción que podría ser más factible sería incorporar una definición de sede empresarial que ofrezca un amplio elenco de criterios a valorar en el caso en concreto y permita hacer uso de unos u otros en función del sector de actividad o de la empresa en cuestión. Es muy probable que, en el sector del transporte internacional, los criterios estén menos vinculados con una prestación real de la actividad en el Estado de establecimiento (por ejemplo, el tiempo de prestación de servicios en cada Estado miembro), requisito que será casi imprescindible en una amplia mayoría de sectores para evitar este tipo de empresas pantalla.

516. Los problemas de identificación de la residencia. La residencia constituye un concepto comunitario –de carácter exclusivo– fundamental en los Reglamentos de coordinación. Por un lado, en ocasiones, la residencia en un Estado miembro es requisito necesario para la aplicación de las normas de coordinación (como en el caso de los apátridas y refugiados). Por otro lado, la residencia tiene importantes implicaciones para determinar la ley aplicable en algunos casos, ya sea porque se erige como el criterio de conexión privilegiado (como ocurre en los artículos 11.3.e), 13.1.a) y 13.1.b.iv) del Reglamento 883/2004 y el artículo 14.11 del Reglamento 987/2009); ya sea por tener impacto directo en esta determinación, sin ser el factor de conexión elegido (como en los artículos 11.4 y 13.1.b.i) a iii) del Reglamento 883/2004).

A pesar de su papel esencial en los Reglamentos de coordinación, la identificación del lugar de residencia –siguiendo lo establecido en los artículos 1.j) del Reglamento de base y 11 del Reglamento de aplicación–, presenta problemas en algunos supuestos dada la vaguedad de los criterios utilizados en su definición, siendo una de las cuestiones más recurrentes en materia de ley aplicable planteadas ante los tribunales nacionales.

Además, el concepto de residencia en las normas de coordinación dista mucho del concepto de residencia legal de la Directiva 2004/38 y del concepto de residencial fiscal. Esta divergencia de conceptos dificulta aún más la aplicación del Derecho europeo. Por ello, sería oportuna una alineación de estos conceptos.

517. Los trabajadores del mar y los pabellones de conveniencia. El principal problema asociado al colectivo de los trabajadores del mar en la actualidad es el derivado de la práctica habitual de la utilización de pabellones de conveniencia. Dada la regla general de aplicación de la ley del Estado del pabellón, el recurso a estos abanderamientos de conveniencia requiere establecer cautelas específicas. Aunque la conexión subsidiaria de excepción prevista en el artículo 11.4 *in fine* del Reglamento 883/2004 esté destinada a combatir, al menos en parte, estas situaciones, ha quedado patente su carácter insuficiente en los asuntos *Kik* y *SF*. En mi opinión, sería conveniente plantearse la inclusión de una norma de conflicto específica para estos casos de relación laboral vinculada con el territorio comunitario, pero en los que la ley del pabellón conduzca a la aplicación de una norma de un tercer Estado. Podría considerarse apropiado optar por la conexión de la sede empresarial en estos supuestos, como reveladora de una mayor proximidad con la relación laboral, evitando la aplicación residual de la ley del Estado miembro de residencia (como en el asunto *SF*), dada la inexistencia de relación con dicha prestación de servicios.

518. El personal aéreo y los problemas del criterio de la base. En sentido similar a lo expuesto respecto de los trabajadores del mar, el personal aéreo presenta una problemática específica respecto del criterio de conexión privilegiado en las normas de coordinación. La selección de la conexión de la base ha supuesto un avance para la protección de este colectivo. Sin embargo, esta conexión puede ser problemática dada la posible manipulación empresarial de la misma. Nos encontramos ante un nuevo ejemplo de la necesidad de disponer de medios de control contra las situaciones abusivas y fraudulentas en el ámbito de la coordinación comunitaria. Además, en los casos de existencia de varias bases en la UE o de bases situadas en terceros Estados, pero prestando los servicios en el espacio aéreo comunitario, descartada la aplicación de la regla del artículo 11.5 del Reglamento 883/2004, entraría en juego el artículo 13 del Reglamento de base. La aplicación de este último precepto al personal aéreo presenta importantes problemas prácticos (que fueron los que aconsejaron, precisamente, la incorporación de

una norma de conflicto *ad hoc* para este colectivo), destacando el riesgo de afectación de la ley aplicable por parte de las compañías aéreas a través de la fijación del plan de operaciones. Convendría pues, plantearse la posibilidad de incorporar una regla de conflicto para estos supuestos de inoperancia del criterio general de la base, evitando el recurso al problemático artículo 13.

519. El conflictivo desplazamiento temporal de trabajadores. Si hay una norma de conflicto problemática por excelencia, esa es el artículo 12 del Reglamento 883/2004. El desplazamiento de trabajadores no ha estado exento de problemas en el ámbito de la coordinación comunitaria desde sus inicios, lo que ha llevado a una gran parte de la doctrina a estudiar su regulación. A pesar de los estudios y la jurisprudencia existente, no se ha procedido a codificar todos los requisitos exigidos para poder aplicar esta excepción a la *lex loci laboris*, labor que facilitaría la comprensión y aplicación de esta regla. Sería conveniente que, en el Reglamento de aplicación, se especificara un elenco de criterios a considerar a efectos de cumplimiento del requisito orgánico (optando por criterios menos formalistas, en sintonía con lo señalado en el asunto *AFMB*) y del requisito organizativo (actividad sustancial del empleador en el Estado miembro de envío)¹⁶⁰⁵, distinguiendo claramente los supuestos de desplazamientos realizados por ETTs, debido a sus circunstancias particulares. Sobre el triple requisito temporal, muchas son las aclaraciones que deberían especificarse en los Reglamentos de coordinación, más allá del carácter indicativo del contenido de la Guía Práctica de la CACSS, tarea que, en parte, aborda el Acuerdo provisional de 2019 (codificación del periodo de espera de dos meses, el periodo mínimo de aseguramiento previo al desplazamiento en el Estado de envío, la posibilidad de sustituciones parciales y las limitaciones al desplazamiento de trabajadores por cuenta propia), aunque no totalmente (no se ha incorporado la doctrina del asunto *Alpenrind*, ni la posibilidad de prorrogar el desplazamiento inicialmente previsto por un periodo inferior a 24 meses, ni el tipo de aseguramiento previo necesario).

Más allá de la conveniencia de clarificar el régimen del desplazamiento en los textos reglamentarios, resulta fundamental solucionar el problema asociado a la validez de los PD A1, foco de innumerables problemas. Uno de los temas abiertos tras el Acuerdo provisional de 2019 es el carácter obligatorio de solicitar estos certificados previamente al desplazamiento y las excepciones a esta regla general (por ahora, aunque pendientes de perfilar, viajes de negocios y, en su caso, prestaciones de servicios de corta duración). Aunque pueda considerarse acertado exigir la obligatoriedad de solicitud previa de estos certificados para evitar situaciones conflictivas por la inexistencia de los mismos o con

¹⁶⁰⁵ Asimismo, sería conveniente que los criterios utilizados para determinar la sede empresarial y el requisito organizativo en el desplazamiento de trabajadores estuviesen más alienados para facilitar la aplicación de los Reglamentos de coordinación (con independencia de que, en el transporte internacional, los criterios más relevantes no sean los mismos que para el resto de sectores de actividad).

emisiones retroactivas, ello no es suficiente, pues esta obligación debería conllevar ciertas consecuencias para incentivar su cumplimiento que, por el momento, están por concretar (por ejemplo, los casos en los que procedería el efecto retroactivo de los certificados emitidos *ex post*). Además, debido al aumento de cargas administrativas, sería necesario contar con un importante apoyo tecnológico para poder ofrecer garantías al tiempo que se permite agilidad en el proceso.

Esta modificación propuesta tampoco resuelve el conflicto más presente ante los tribunales nacionales y comunitarios: su carácter vinculante, incluso en supuestos de fraude acreditado. La positivización del procedimiento regulado previamente por la CACSS, dotándolo de carácter obligatorio, así como la mayor exigencia en la emisión de los certificados A1, supone un avance en la cuestión, pero no aborda los problemas puestos de manifiesto en los asuntos *Altun y otros* y *CRPNPAC* y *Vueling Airlines*. Bajo mi punto de vista, sería necesario el establecimiento de un procedimiento judicial especial ante el TJUE, de carácter urgente y sumario, para poder dirimir estas cuestiones en un breve plazo de tiempo. Al mismo tiempo, sería necesario prever un procedimiento administrativo de trasvase de cotizaciones entre las instituciones implicadas en caso de cotización a una institución no competente en estos supuestos, similar al previsto en el artículo 73.2 del Reglamento 987/2009 (lo que parece tratar de conseguir el Acuerdo provisional de 2019).

Por último, también se ha venido reclamando la clarificación expresa del carácter voluntario u obligatorio de la norma del artículo 12, extremo sobre el cual no se ha pronunciado ni el legislador comunitario ni el TJUE. Mientras esta resolución expresa se produce, considero que, la propia naturaleza imperativa del sistema de normas de conflicto y la redacción del precepto en cuestión, deberían conducirnos a una aplicación imperativa de su consecuencia jurídica en la medida en la que se cumplan todos los requisitos incorporados en su supuesto de hecho.

520. Los problemas del artículo 13 del Reglamento 883/2004. Mientras que el artículo 12 del Reglamento de base ha acaparado el foco de atención desde los orígenes de la coordinación, el artículo 13 ha pasado casi desapercibido. Sin embargo, en los últimos años, ha repuntado su importancia como consecuencia del aumento de su utilización, sobre todo, como alternativa al rígido régimen del desplazamiento temporal de trabajadores. Ello ha llevado a plantear una asimilación de las condiciones del artículo 13 al artículo 12, limitando sus diferencias, en el Acuerdo provisional de 2019. En mi opinión, el principal problema de esta asimilación reside en la modificación del procedimiento previsto en el artículo 16 del Reglamento 987/2009. Aunque, en la modificación pretendida, se otorgue mayor agilidad administrativa cuando el Estado competente designe su propia ley como aplicable, se estarían extendiendo los problemas

de validez de los PD A1 vistos en el desplazamiento de trabajadores también a estos casos. Además, considero que el procedimiento del artículo 16 del Reglamento de aplicación, de aplicarse correctamente (y con algunas necesarias correcciones), supone una garantía frente al riesgo de uso fraudulento o abusivo de las reglas de conflicto del artículo 13 del Reglamento de base.

Igualmente, debe señalarse también la compleja puesta en práctica de este artículo por la variedad de conceptos jurídicos indeterminados que deben utilizarse para su aplicación: actividad ejercida “normalmente” en más de un Estado miembro; sin tener en cuenta actividades “marginales”; o el concepto de actividad “sustancial” en el Estado miembro de residencia. En este sentido, convendría valorar la inclusión en los Reglamentos de coordinación de una definición del concepto de empleador, a efectos de la aplicación de los artículos 12 y 13. Esta definición, en mi opinión, debería realizarse en atención a criterios materiales y no meramente formales, en línea con lo recogido en el asunto *AFMB*, pero con las particularidades que puedan presentar ciertas empresas (por ejemplo, las ETT, como ya se ha indicado respecto del desplazamiento de trabajadores).

Por último, respecto de los criterios de conexión seleccionados en estas reglas, la principal crítica ha sido su posible falta de proximidad con la prestación laboral. Respecto de las críticas por la conexión de la sede empresarial, considero que podrían ser solventadas, de manera relativamente satisfactoria, a través del control vía artículo 16 del Reglamento 987/2009 y, sobre todo, de aprobarse una reforma del concepto de sede empresarial tendente a combatir las empresas buzón (como trata de conseguirse en el procedimiento legislativo actualmente abierto). La incorporación de condiciones de actividad en el Estado miembro en cuestión para aplicar los criterios de conexión del artículo 13 –al margen del previsto en el artículo 13.1.a)–, podría suponer importantes problemas para determinados sectores como, por ejemplo, el del transporte internacional. No obstante, la aplicación de la ley del Estado de residencia como criterio de conexión en los casos en los que exista un Estado de empleo claramente mayoritario o sustancial, sería incongruente con la finalidad perseguida por los propios Reglamentos. Ello hace que pueda considerarse oportuno replantear las reglas de conflicto del artículo 13 en el nuevo contexto laboral y migratorio.

521. La complicada articulación de los artículos 11.3.a), 12 y 13 del Reglamento 883/2004. Los Reglamentos de coordinación no establecen, de manera expresa, el modo en el que interactúan estas normas. Sin embargo, coincido con un sector doctrinal que considera la existencia de una suerte de prioridad aplicativa de unas reglas sobre otras, en atención a su mayor o menor especificidad. Así, la primera opción preferente sería el régimen del desplazamiento de trabajadores del artículo 12, en caso de cumplir con todos sus requisitos. En caso de no poder ser de aplicación este precepto, por

el incumplimiento de alguno de sus requisitos, debería considerarse la aplicación de las reglas del artículo 13. Solo cuando no pueda aplicarse tampoco este precepto, debería entrar en escena la regla general de la *lex loci laboris*. No obstante, convendría una clarificación en este o en otro sentido en los propios textos reglamentarios.

522. Las necesarias matizaciones en la regulación de la concurrencia de actividades de diferente naturaleza. El artículo 13.3 del Reglamento de base decanta la determinación de la ley aplicable a favor de la ley del Estado miembro de prestación de los servicios por cuenta ajena, con independencia de la relevancia de estos, frente a los servicios prestados por cuenta propia en otro Estado miembro. En el mismo sentido, el artículo 13.4 de dicho Reglamento recoge la preferencia por la ley del Estado miembro de aseguramiento en calidad de funcionario, con independencia de la importancia o cantidad de servicios prestados, frente a la actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro. En aras de respetar el principio de proximidad, buscando una conexión estrecha con el Estado miembro cuya ley resulte de aplicación, sería conveniente establecer unos requisitos mínimos de actividad en el Estado miembro de actividad por cuenta ajena y de actividad como funcionario, respectivamente. De este modo se evitarían también situaciones abusivas para alterar la ley competente.

Por otro lado, sería conveniente señalar en el Reglamento de base el modo de solventar la posible concurrencia de actividades en más de un Estado miembro como funcionario. Si bien, a mi parecer, resultarían de aplicación las reglas del artículo 13.1, convendría aportar una solución expresa, aunque esta consista en la remisión a dichas reglas generales.

523. La necesidad de normas de conflicto para supuestos con elementos situados fuera del ámbito territorial de los Reglamentos de coordinación. Las normas de coordinación solo prevén una regla de conflicto para supuestos con algún elemento en un tercer Estado: el artículo 14.11 del Reglamento 987/2009. Esta norma, aislada, no da solución a los numerosos casos que pueden presentarse en la realidad. Dos ejemplos de ello los encontramos en la regulación para los trabajadores del mar y para el personal aéreo, cuya puesta en práctica se complica cuando el criterio del pabellón o la base conducen a las leyes de terceros Estados. Estas situaciones evidencian, aún más, la necesidad de regular otros supuestos con elementos situados en terceros Estados, especialmente, cuando la actividad laboral se desarrolle total o parcialmente en el territorio comunitario (problema que no se presenta en los desplazamientos de trabajadores dados los requisitos exigidos para su aplicación).

Uno de estos supuestos ya ha sido abordado por el Acuerdo provisional de 2019. La norma de conflicto específica incorporada está destinada a personas que, aun residiendo en un tercer Estado, realicen actividades (por cuenta ajena o propia) en varios

Estados miembros si están cubiertas por la legislación de Seguridad Social de uno de estos Estados. En estos casos, se prevé la aplicación, *mutatis mutandis*, de lo dispuesto en los Reglamentos de coordinación (artículo 13), considerando que su residencia está situada en el Estado miembro donde realicen la mayor parte de sus actividades en términos de tiempo de trabajo en el territorio comunitario. Esta conexión podría presentar problemas en los casos en los que no pueda determinarse un lugar de trabajo preponderante, ya sea por la proporción equivalente de la actividad realizada en varios Estados implicados, ya sea por la imposibilidad de determinar el tiempo de trabajo en los diferentes Estados (por ejemplo, en casos vinculados con el transporte internacional o con prestaciones a través de las NTIC). Sería conveniente, pues, contar, al menos, con una conexión subsidiaria para estos casos excepcionales. Descartada la utilidad del lugar de residencia –situado en un tercer Estado–, podría optarse por considerar situada la residencia de este trabajador en el Estado miembro en el que se encuentre la sede o domicilio de la empresa o empleador (como se preveía en la Propuesta de 2016).

Pese al avance en este ámbito, queda mucho camino por hacer, pero, presumiblemente, se irá tratando de solventar a medida que se vayan presentando supuestos en la realidad (como en el caso anterior, tras el asunto *Balandin*).

En el ámbito del artículo 13 del Reglamento 883/2004, por ejemplo, cabe plantearse la posible existencia de otras situaciones no resueltas expresamente por los Reglamentos de coordinación. Así, podría pensarse en, al menos, dos posibles escenarios para un trabajador, residente en el territorio de la Unión (donde no ejerce una parte sustancial de su actividad), que prestara sus servicios en varios Estados miembros, en función de la sede de sus empleadores. Un primer escenario podría producirse ante la existencia de varios empleadores, estando todos ellos establecidos en el territorio del mismo tercer Estado. Una primera solución sería acudir a una interpretación analógica del artículo 14.11 del Reglamento 987/2009, a pesar de hacer referencia expresa solo al caso en el que el trabajador haya sido empleado por un único empleador. De no prosperar esta aplicación analógica, se podría recurrir a la regla residual del sistema del artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, dada la inexistencia de norma de conflicto que prevea esta situación. En ambos casos, la solución sería análoga: la aplicación de la ley del Estado miembro de residencia.

Un segundo escenario podría producirse ante la existencia de dos empleadores, uno establecido en un tercer Estado y el otro situado en el Estado miembro de la residencia del trabajador. En este caso, solo podríamos recurrir a la segunda opción señalada respecto del primer escenario, esto es, aplicar la regla residual del sistema recogida en el artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, dada la inexistencia de norma de conflicto que prevea esta situación, solución que conduciría a la aplicación de la ley del Estado miembro de residencia.

En todos estos casos, al existir un elemento internacional ajeno al Derecho europeo, para evitar posibles dobles cotizaciones y el posible incumplimiento de convenios internacionales previamente suscritos por los Estados miembros, sería recomendable la adopción de convenios internacionales por parte de la Unión Europea como contrapartida a estas normas de conflicto particulares.

524. Los acuerdos del artículo 16 del Reglamento 883/2004. Dado el carácter imperativo de los Reglamentos de coordinación y su finalidad de instaurar un sistema completo y uniforme de normas de conflicto, resulta llamativo, al menos, que quepa excepcionar las reglas contenidas en estos textos mediante acuerdos de los Estados miembros, sus autoridades competentes o los organismos designados por estas. La primera apreciación a tener en cuenta es que esta regla no es una cláusula de autonomía de la voluntad como el artículo 8.1 del RRI por dos razones: primero, porque no se concede la libertad de elección a los interesados (empleador/trabajador); y, segundo, porque no opera en cualquier caso (o, al menos, no debería operar).

La segunda apreciación radica en la falta de regulación específica del procedimiento para realizar estos acuerdos, a pesar de las importantes implicaciones que de ellos se pueden derivar. Por ello, sería recomendable contar con una mayor regulación en el Reglamento de aplicación. No obstante, conviene precisar que, a pesar de la aparente inexistencia de limitaciones, lo cierto es que esta regla está pensada para solucionar supuestos en los que, *in concreto*, las soluciones ofrecidas por las normas de conflicto generan problemas. En consecuencia, no sería posible la inaplicación generalizada de ciertas disposiciones reglamentarias por acuerdo entre varios Estados miembros, pues estos acuerdos no estarían avalados por esta disposición y, siguiendo su posición en el sistema de fuentes, estarían sometidos a las disposiciones del Derecho europeo, incluyendo estos Reglamentos. En cualquier caso, sería recomendable que fuera el propio legislador comunitario quien regulara los límites a esta potestad estatal o, al menos, concretara sus contornos.

525. Los problemas del régimen transitorio. De cara a una futura modificación de los Reglamentos de coordinación, sería recomendable que se tomara nota de los problemas que la regulación del régimen transitorio previsto en el Reglamento 883/2004 ha originado para poder evitarlos. Destaca, por un lado, el “olvido” del legislador de incluir dentro del régimen transitorio en materia de ley aplicable los casos de determinación en virtud del Título III (problema resuelto por la jurisprudencia comunitaria). Por otro lado, convendría precisar en el texto reglamentario –de hacerse uso de la misma expresión– la definición del concepto “situación que haya prevalecido”, a efectos de solucionar la divergencia entre lo señalado en la Guía Práctica de la CACSS (desde un prisma comunitario) y el asunto *Jeltes y otros* (desde un prisma nacional).

526. El Reglamento 883/2004 frente a los *mini-jobs*. Los *mini-jobs*, empleos de escaso número de horas y retribución y con escasa cobertura social, han supuesto un reto para las normas de coordinación. En mi opinión, la opción de reforma legislativa más completa por ofrecer soluciones no solo para estos casos concretos, sería positivizar la competencia de la ley del Estado miembro donde se encuentre “el centro de intereses profesionales del trabajador”. A efectos de precisar la determinación de este centro de intereses, debería evaluarse la situación global del interesado durante un periodo largo de tiempo (siendo lo ideal, de ser posible, toda la relación de empleo del trabajador en cuestión o, al menos, un periodo más amplio de los 12 meses habituales). Entre los elementos a valorar para determinar este centro, se debería incluir el lugar de residencia del trabajador (que podría tener una relevancia particular), así como la localización y duración de sus diferentes prestaciones laborales. Asimismo, considero necesaria la incorporación de una disposición para poder determinar la ley provisionalmente competente en tanto se resuelvan las posibles discrepancias que pudieran suscitarse entre las instituciones implicadas, al estilo del artículo 6 del Reglamento de aplicación, pero dando preferencia a la ley del Estado miembro de residencia.

En defecto de reforma normativa (tal y como se prevé que ocurrirá en el corto y medio plazo), a mi parecer, sería posible recurrir al Derecho originario en vía judicial para tratar de solventar estos casos. Así, en primer lugar, debería declararse la disconformidad con los artículos 45 y 48 del TFUE de la aplicación de la *lex loci laboris* en estos supuestos, por obstaculizar la libre circulación de los trabajadores implicados sin respetar el principio de proporcionalidad y de proximidad, y en perjuicio del principio de progreso social. Esto podría conducir a la inaplicación de la regla general del artículo 11.3.a) del Reglamento de base. En segundo lugar, y una vez descartada la aplicación de esta regla, se debería buscar auxilio en alguna de las otras normas de conflicto del Título II, siendo la única opción la regla supletoria del sistema recogida en el artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004, de conformidad con la interpretación dada en el ya comentado asunto *SF*. Esta solución (de carácter temporal a la espera de una solución expresa en el texto reglamentario), conduciría al mismo resultado pretendido: la competencia de la ley del Estado miembro de residencia del trabajador.

527. ¿La instauración de una ley subsidiariamente competente? El asunto *Kik* abrió un importante interrogante (también planteado en el ámbito de los *mini-jobs*) que, hasta la fecha, no ha sido resuelto: el posible reconocimiento de una ley “subsidiariamente competente” en materia de ley aplicable a la relación de afiliación ante la falta cobertura total en el Estado miembro designado como competente por las normas de conflicto (en los supuestos de cobertura parcial, por el momento, la jurisprudencia comunitaria ha descartado esta competencia –asuntos acumulados *van den Berg* y *Giesen* y otros–). De confirmarse esta posibilidad, además de todos los interrogantes que deberían resolverse

(principalmente, su carácter obligatorio o potestativo, y el modo de determinación de esa ley subsidiariamente competente), se pondría en jaque el modelo actual del sistema de coordinación del Título II del Reglamento 883/2004 sin que, desde mi punto de vista, exista respaldo alguno para ello en las normas de coordinación.

528. Una propuesta de norma de conflicto específica para el teletrabajo. El teletrabajo representa un reto inminente para las normas de coordinación que se prevé que vaya en aumento. Las posibles adaptaciones interpretativas que se han barajado podrían solucionar algunos problemas vinculados al teletrabajo puro, pero serían de difícil aplicación a los casos de teletrabajo alterno, de conformidad con la regulación actual prevista en el artículo 13 del Reglamento de base. Por ello, en mi opinión, sería necesario incorporar una regla de conflicto específica para el teletrabajo, aplicable tanto a su modalidad pura como alterna. La primera cuestión a dilucidar sería la definición de teletrabajo. Considero que la opción menos problemática sería optar por un concepto comunitario de teletrabajo a efectos de la aplicación de las normas de coordinación, de conformidad con la definición contenida en el AMET. Para que resultara de aplicación esta regla específica, se podría exigir, por ejemplo, que el teletrabajo represente, al menos, el 25 % de la jornada del trabajador en un periodo de referencia de los siguientes 12 meses civiles. En caso de no concurrir esta “sustancialidad” del teletrabajo, sería aplicable la regla general de la *lex loci laboris*, obviando los servicios prestados vía teletrabajo.

Para ello, me decantaría por la introducción de una regla de conflicto de conexión múltiple con una conexión principal (la sede empresarial) y otra subsidiaria (el lugar de residencia). La conexión principal operaría cuando, de una valoración global del caso, se concluyera la existencia de vínculos suficientemente estrechos con el Estado miembro donde se encuentre establecido el empleador real del trabajador (en el sentido dado a este concepto en el asunto *AFMB*). Con este objeto, el criterio prioritario para determinar esta necesaria conexión sería la asistencia periódica a los locales empresariales. En caso de no concurrir este criterio, se podrían tener en cuenta la modalidad de conexión empleada en el teletrabajo (*off-line* u *on-line* –unidireccional o interactivo–) y la intensidad y forma del poder de dirección y el control empresarial efectivamente ejercido sobre el teletrabajador. Todo ello, salvo que se acredite, por otra vía, la conexión más estrecha con el Estado miembro de residencia. Cuando, de la aplicación de estos criterios, resulte aplicable la *lex loci domicilii*, en supuestos de movilidad del trabajador, deberían excluirse los cambios temporales de residencia (por ejemplo, cuando su duración previsible no exceda de 24 meses) para evitar cambios continuos en la ley aplicable.

Tabla-resumen de las soluciones para los casos de teletrabajo al amparo de la modificación de los Reglamentos de coordinación propuesta

¿Asistencia periódica a la sede empresarial?	Modalidad de conexión	Poder de dirección y control empresarial	Ley aplicable
NO	<i>Off-line</i> o unidireccional	Débil	EM A ¹⁶⁰⁶
NO	<i>Off-line</i> o unidireccional	Intenso	EM A o EM B ¹⁶⁰⁷
NO	Interactiva	Débil	EM A
NO	Interactiva	Intenso	EM B
SÍ	<i>Off-line</i> , unidireccional, o interactiva	Débil/Intenso	EM B

Los motivos por los que me inclino por dar preferencia a la ley del Estado miembro donde se encuentre la sede empresarial son cinco: 1) es una ley que, previsiblemente, se mantendrá estable durante toda la relación laboral (quedando indemne ante una posible reversibilidad del teletrabajo); 2) evita situaciones de *dumping* social; 3) evita la instrumentalización del teletrabajo para alterar la ley aplicable a la relación laboral; 4) no afecta ni instrumentaliza el derecho a la libre circulación de los teletrabajadores, que podrán residir donde prefieran sin que ello afecte, generalmente, a la ley aplicable determinada por los Reglamentos de coordinación; y 5) es coherente con el sistema de normas de conflicto del Título II que, como ha reconocido el TJUE (asuntos *Aldewereld* y *Kik*), relega la ley del Estado miembro de residencia a una posición accesoria en los casos de prestación laboral.

A estas dos conexiones, sería necesario adicionar una conexión de excepción (competencia del Estado miembro de residencia) para los supuestos de teletrabajo puro prestado desde el territorio de varios Estados miembros, para una empresa establecida en un tercer Estado, cuando se resida en un Estado miembro.

Por último, sería conveniente realizar dos precisiones adicionales e incluir una doble cautela anti elusión. Las dos precisiones serían las siguientes: 1) incluir una cláusula de asimilación para que se considere que los trabajadores ejercen la totalidad de sus actividades en el Estado miembro cuya legislación se declare competente por la norma de conflicto específica para el teletrabajo; y 2) establecer un procedimiento de aplicación similar al del artículo 16 del Reglamento 987/2009, previendo la determinación de una ley provisionalmente competente, dando prioridad a la ley del Estado miembro de residencia para el teletrabajo puro, y en caso de teletrabajo alterno, a la ley del establecimiento empresarial.

¹⁶⁰⁶ Estado Miembro donde se encuentra la residencia del trabajador.

¹⁶⁰⁷ Estado Miembro donde se encuentra la sede empresarial.

Por su parte, la doble cautela anti elusión debería consistir, a mi parecer, en las siguientes matizaciones: 1) en los casos de teletrabajo para un mismo empleador, no se entenderá que existe prestación de servicios en más de un Estado miembro, con independencia del porcentaje que represente el teletrabajo (por tanto, no procedería la aplicación del artículo 13 del Reglamento 883/2004); y 2) cuando la prestación de teletrabajo coincida con la prestación de servicios para otro empleador situado en un Estado miembro diferente, entonces, podrá resultar de aplicación la regla prevista en el artículo 13 con la especialidad de entender que el *locus laboris* de la prestación realizada total o parcialmente mediante teletrabajo, está situado, en su totalidad, en el Estado cuya ley resulte aplicable de conformidad con lo establecido en la regla específica propuesta para el teletrabajo.

529. La crisis de la hegemonía de *lex loci laboris*. Con todo lo expuesto, ha quedado patente la quiebra de la validez generalizada de la *lex loci laboris* como solución a los conflictos de leyes respecto de la relación de afiliación. Esto ha hecho necesario ir incorporando más excepciones y adaptaciones a esta regla general en los Reglamentos de coordinación. Cuando estas adaptaciones no han sido suficientes, se ha tratado de solventar la cuestión por la vía jurisprudencial, en ocasiones, de manera poco ortodoxa desde el punto de vista jurídico. Los casos de los *mini-jobs* y del teletrabajo son nuevos ejemplos de la necesidad de replantear el sistema de normas de conflicto comunitario. Por el momento, convendría tratar de ofrecer soluciones a estas cuestiones apremiantes, pero, sin duda, con la vista puesta en el futuro. Son muchas las voces que llaman a una reforma profunda de las normas de conflicto, el problema es la falta de una verdadera alternativa que ofrezca mejores resultados. La *lex loci domicilii* parece no contar con el respaldo del Derecho originario (art. 45 del TFUE) para ser la nueva regla general del sistema, con posibles efectos perjudiciales desde el punto de vista del *dumping* social y la competencia leal entre empresas. Por su parte, una preferencia generalizada por el criterio de los vínculos más estrechos, conduciría a innumerables problemas en su puesta en práctica y un elevado grado de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad. La puerta al cambio se ha abierto, falta encontrar un sistema que mejore el actual, tarea nada sencilla.

