

DIGITALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO: EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL E INTERNACIONAL

LIDIA DE LA IGLESIA AZA
Abogada. Doctora en derecho por la USC
Profesora de Derecho
Universidad Internacional de la Rioja (España)
ldelaiglesiaaza@gmail.com

RESUMEN

El teletrabajo estudiado en este artículo es el sistema de trabajo por el que se prestan servicios retribuidos y por cuenta ajena en el lugar elegido por el trabajador. Cuando a este sistema se le añade un elemento internacional, pasa a denominarse trabajo transnacional. Este elemento internacional requiere que se realice la determinación de la legislación, el fuero y el sistema de seguridad social aplicable a estos trabajadores.

Palabras clave: teletrabajo; transnacional; fuero.

ABSTRACT

Teleworking is the work system by which paid services are provided and paid for by others in the place chosen by the worker. When an international element is added to this system, it is called transnational work. This international element requires that the legislation, jurisdiction and social security system applicable to these workers be determined.

Keywords: teleworking; transnational; jurisdiction.

RESUMO

O teletraballo é o sistema de traballo polo que se prestan servizos retribuídos e por conta allea no lugar elixido polo

traballador. Cando a este sistema engádeselle un elemento internacional, pasa a denominarse traballo transnacional. Este elemento internacional require que se realice a determinación da lexislación, o foro e o sistema de seguridade social aplicable a estes traballadores.

Palabras chave: teletraballo; transnacional; foro.

SUMARIO

1.-INTRODUCCIÓN.; 2.-RÉGIMEN NORMATIVO.; 3.-ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSNACIONALIDAD Y SUS PROBLEMAS ASOCIADOS: 3.1.- LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO TRANSNACIONAL.; 3.2.- SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.; 3.3.-FUERO JUDICIAL.; 3.4.-TRIBUTACIÓN.; 4.-LA LEY DE STARTUPS.; 4.1.-VISADOS.; 5.- CONCLUSIONES.

1.INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que en el siglo XXI se ha desarrollado la "Revolución digital"¹ que comenzó en el siglo XX, e, igual que la Revolución Industrial durante los siglos XVIII y XIX cambió las formas de organización del trabajo, esta nueva revolución está modificando los sistemas de prestación de servicios por cuenta ajena². Y, entre las muchas innovaciones surgidas, el teletrabajo destaca por la alteración de uno de los presupuestos tradicionales del trabajo por cuenta ajena, la localización de la prestación de servicios en la empresa o en el lugar decidido por el empresario.

Para abordar la situación tanto fáctica como jurídica del teletrabajo es necesario comenzar con la propia definición del concepto, que ha resultado discutida por la doctrina. Así, desde la inicial denominación de "telecommuting" efectuada por Jack Nilles en 1973³, a las definiciones de las obras

¹BECKOUCHE, P. "La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique?", en *Le Debat*, núm. 193, 2017, págs. 153-166.

² TOTA, L.; PEREIRA, L. y CURIEL, D., "TIC Tecnologías de información y Comunicación en la Cuarta Revolución Industrial 4.0", *Télématique: Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*, Vol. 19, nº. 1, 2020, págs. 3-14.

³ NILLES, J., *The telecommunications-transportation tradoff. Options for tomorrow and today*, Jala International, 1973.

previas a la pandemia del Covid-19⁴, pasando por las múltiples surgidas con posterioridad a la obligada generalización⁵ de este sistema de trabajo, el concepto de teletrabajo no es unánime en la literatura.

En todo caso la definición mayoritaria, siguiendo a Martín-Pozuelo López⁶ y sus referencias, establece que es la forma de organización y/o ejecución del trabajo que supone la prestación habitual de servicios a distancia, esto es, fuera de los locales empresariales, mediante el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Definición con muchos puntos en común con la de otros autores como Pérez de los Cobos⁷ o Thibault Aranda⁸.

De forma más completa se ha definido por Gray y otros⁹ como *"una forma flexible de organización del trabajo, que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. (...) La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa"*.

⁴ A título ejemplificativo, CARRASCO PÉREZ, R. y SALINAS LEANDRO, J.M., *Teletrabajo*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, España, 1994, págs. 13 y 27; CARRASCO GUTIÉRREZ, J.A., "El teletrabajo como nueva opción", *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 177, 1997, págs. 121-158; PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT ARANDA, J., *El Teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

⁵ Nuevamente sólo a efectos ilustrativos, SALA FRANCO, T. (Coord) *El Teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; SANGUINETI RAYMOND, W., "La noción jurídica del teletrabajo y el teletrabajo realmente existente", *Trabajo y Derecho*, nº 72, dic 2020, versión electrónica.

⁶ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch laboral, 273, Valencia 2022, pág. 24.

⁷ PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. (2005): "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", en *Relaciones Laborales*, nº 10, págs. 1.315-1.338.

⁸ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES colección estudios, 2001, pág. 32.

⁹ GRAY, M.; HODSON, N.; GORDON, G. y otros, *El Teletrabajo*. Ed. BT Telecomunicaciones, ECTF y Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1995, pág. 5.

Estas definiciones tienen en común los elementos básicos que delimitan el concepto: actividad profesional remunerada prestada por cuenta ajena; realizada con descentralización del lugar de trabajo; caracterizada por los medios y la tecnología utilizada para la prestación de los servicios y con una cierta atenuación del vínculo de subordinación en aquellos puestos de trabajo cuyo desempeño exige una mayor cualificación y especialización del trabajador¹⁰.

De todo ello se deriva que es un género propio dentro del trabajo a distancia, caracterizado por la aplicación intensa de las nuevas tecnologías de la información, comunicación y telecomunicación¹¹, al tratarse *"de un trabajo en el que las TIC son fundamentales, no solo como soporte de la actividad del trabajador (algo que ocurre en la mayoría de los trabajos), sino que son éstas las que hacen posible el desplazamiento del trabajador fuera de la empresa"*¹².

En cuanto a la atenuación del vínculo de subordinación, este sistema de prestación de servicios obliga a un cambio en la forma de valorar la subordinación, así, en palabras de Sanguinetti, *"lo que la emergencia de estos fenómenos pone en cuestión es el sistema de indicios utilizado hasta el momento para determinar la presencia de la subordinación (asistencia al centro de trabajo, cumplimiento de horarios, control directo y constante)"*¹³. De esta forma, surgen sistemas de vigilancia y control a distancia, que incluso pueden dar lugar a un incremento de la sujeción del trabajador a las órdenes empresariales¹⁴.

En todo caso, para que sigan concurriendo las notas definitorias del trabajo por cuenta ajena establecidas en el

¹⁰ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico laboral*, Madrid, 2000, Consejo Económico y Social, pág. 18.

¹¹ GODINO REYES, M., *La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo*, Sagardoy Francis Lefebvre, 2020, págs. 16 y 17.

¹² ZALBIDE BESALDONE, A., "El teletrabajo transnacional: una aproximación desde el concepto de actividad turística", *International Journal of information systems and tourism*, 2017, nº 2.2, pág. 55.

¹³ SANGUINETI RAYMOND, W., "El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico", *Foro Jurídico*, 2007, nº 7, pág. 151.

¹⁴ DE CASTRO MEJUTO, L.F., "La tecnología en las relaciones laborales y el poder del empleador", *Dereito*, 2022, vol. 31, nº 2, págs. 1 a 11.

art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores¹⁵, se tiene que acreditar que, con independencia de la deslocalización, se mantiene un poder de disposición del empresario sobre la actividad laboral del teletrabajador.

2. RÉGIMEN NORMATIVO

En el acercamiento a la normativa reguladora de este sistema de trabajo, podemos encontrar las primeras referencias al trabajo a distancia, precursor del teletrabajo, en el art. 1 del Convenio nº 26 de la OIT sobre los métodos de fijación de los salarios mínimos (1928)¹⁶; en los art. 6 a) e i) del Convenio nº 97 sobre los trabajadores migrantes (1949)¹⁷; en los artículos 1 y 7 del Convenio nº 103 de protección a la maternidad (1952)¹⁸; en el apartado VIII, punto 34 de la Recomendación nº 99 sobre adaptación y readaptación profesionales de los inválidos (1955)¹⁹; y en el apartado IV punto 21.1 de la Recomendación nº 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981)²⁰. Pero todas ellas tienen en común ser aproximaciones muy parciales a este fenómeno²¹.

Así, una regulación completa no la encontramos hasta el Convenio 177 de la OIT²², que entrará en vigor en España el 25 de mayo de 2023. Esta norma, si bien no hace referencia expresa al teletrabajo, sí define el trabajo a domicilio en su artículo 1.1.a) como aquél en el que, coexistiendo las notas

¹⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, págs. 100224 a 100308

¹⁶https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1_2100_ILO_CODE:C026

¹⁷https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1_2100_INSTRUMENT_ID:312242

¹⁸https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1_2100_ILO_CODE:C103

¹⁹http://www.oit.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1_2100_INSTRUMENT_ID:312437

²⁰https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1_2100_ILO_CODE:R165

²¹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Los Convenios de la OIT en el Derecho Español", Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social, 2015, nº 117, págs. 261 a 269.

²²https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1_2100_ILO_CODE:C177

identificativas de la relación por cuenta ajena, se añade un elemento geográfico, que la prestación de servicios se realice en el domicilio del trabajador o en otros locales que este escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador.

En el apartado b) de este mismo artículo se excluyen los supuestos en los 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”*.

Posteriormente, la Recomendación 184 de la OIT sobre el trabajo a domicilio²³ precisó los derechos inherentes a este sistema de trabajo²⁴, pero sin especial trascendencia en cuanto a la propia definición.

Tiempo después, la OIT, en su nota técnica de 22 de julio de 2020²⁵, entendió el teletrabajo como *“una subcategoría del concepto más amplio de “trabajo a distancia”, que engloba a los trabajadores que utilizan tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) o teléfonos fijos para desempeñar el trabajo remotamente”*.

En el marco de la Unión Europea, ya en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Cooperación para una nueva organización del trabajo», de 16 de abril de 1997²⁶ se aludía a las implicaciones sociales del trabajo transfronterizo y a la “cuestión del teletrabajo transnacional”. Se reconocía en este instrumento, apartados 75 a 80, la dimensión transnacional de las tecnologías de la información y de las comunicaciones como elemento a valorar para la elaboración de una futura disciplina comunitaria. En un sentido parecido, la muy posterior Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio

²³ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522:NO

²⁴ FERNANDEZ PROL, F.; “Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional)”, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, nº 154, 2022, pág. 104.

²⁵ “COVID-19: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo. Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio” Descargable en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_758333.pdf, pág. 7.

²⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997DC0128>

de 2017²⁷ sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, destacaba la importancia del teletrabajo, defendiendo *“la necesidad de equiparar estas modalidades laborales con las tradicionales”*.

Si bien no realiza un análisis excesivamente profundo, la regulación pasa también por la Directiva (UE) 2019/1152²⁸, puesto que su considerando 15 hace referencia a las formas de trabajo atípicas, determinando la sumisión de estas relaciones de trabajo específicas a las disposiciones mínimas en materia de derechos laborales. Y ello en desarrollo del principio nº 5 del pilar europeo de derechos sociales, (Gotemburgo 17 de noviembre de 2017).

En el año 2000 Eurofound, en su informe *“The Social Implications of Teleworking”*²⁹, reconocía que el teletrabajo no era categoría legal para los países de la Unión Europea, y en cuanto a la definición, señalaba que *“el teletrabajo es un arreglo de trabajo en el que el trabajo se realiza fuera de las instalaciones del empleador por medio de tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Los rasgos característicos del teletrabajo son el uso de computadoras y telecomunicaciones para cambiar el lugar habitual de trabajo, la frecuencia con la que el trabajador está trabajando fuera de las instalaciones del empleador y la cantidad de lugares donde los trabajadores trabajan a distancia (movilidad)”*.

En el año 2001 los interlocutores sociales europeos (CES, UNICE-UEAPME y CEEP) inician negociaciones orientadas a alcanzar un acuerdo para la aplicación del teletrabajo en los Estados miembros y en los países del Espacio Económico Europeo.

En este mismo ámbito negocial, al amparo de la declaración conjunta de la Cumbre de Lisboa, se habían acordado con anterioridad una serie de directrices de carácter sectorial

²⁷ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html

²⁸ 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 DOUE núm. 186, de 11 de julio de 2019, págs. 105 a 121

²⁹ EUROFOUND. (2020). The Social Implications of Teleworking. <https://www.eurofound.europa.eu/topic/teleworking>

sobre el teletrabajo³⁰, destacando las del Comité de diálogo social del sector de las telecomunicaciones. Estas tenían como objeto desarrollar una organización del trabajo flexible en todas las empresas europeas del sector, proponiendo su adopción voluntaria con arreglo a las legislaciones y prácticas de negociación colectiva de cada país. En un sentido equivalente, el acuerdo entre los empresarios del sector del comercio EuroCommerce, y el sindicato de trabajadores UNI-Europa Commerce indicando para ese sector, que los teletrabajadores deben gozar de los mismos derechos que otros trabajadores asalariados³¹.

Estas negociaciones parciales culminan con la suscripción entre los interlocutores sociales europeos del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET)³², suscrito en Bruselas el 16 de julio de 2002, por la vía prevista en el art. 138 del Tratado de la Unión Europea (TUE). El Acuerdo contiene una definición expresa del teletrabajo al establecer que es la *“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 laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales”*.

³⁰ Véase la Comunicación de la Comisión Modernizar la organización del trabajo. Actitud positiva ante el cambio, de 25 de noviembre de 1998, COM, (98), 592 donde se intensifica la importancia del teletrabajo.

³¹ Acuerdo firmado en Bruselas el 26 de marzo 2001. El acuerdo sólo afecta a los teletrabajadores asalariados del sector y no regula la actividad ocasional de teletrabajo. El lugar desde el que se desempeña el teletrabajo lo considera como equivalente a otros lugares de trabajo de la empresa. Así mismo, establece las directrices sobre la notificación de las condiciones reales en las que se desempeña el teletrabajo, la protección de datos, la protección de la vida privada y la seguridad de los equipos utilizados. En relación al equipo señala que la empresa es responsable de todo el equipo necesario, instalación, mantenimiento y adaptación, así como de la formación necesaria para que el teletrabajador pueda desempeñar sus funciones. Por último, en cuanto a los derechos sindicales de los teletrabajadores, el acuerdo reconoce que deben ser iguales a los de otros asalariados de la empresa de la que se trate y que podrán participar en toda actividad sindical o de representación del personal.

³² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:c10131>

Tal y como se ha señalado³³ *“el Acuerdo Marco plantea una cuestión interesante al concebir el teletrabajo como una forma de organización del trabajo y no como un status del trabajador. (...) En la medida en que el Acuerdo Marco identifica el teletrabajo con la forma de organizar el trabajo y no con el estatus del trabajador, la opción voluntaria del teletrabajo no afecta al estatus laboral del trabajador, equiparándolo a todos los efectos al resto de trabajadores presenciales y reconociendo de pleno todos sus derechos”*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este Acuerdo, es fruto de la autonomía de la voluntad de los interlocutores sociales, así, ha sido suscrito por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP). Por ello, es de naturaleza recomendatoria, y constituye un mero marco general³⁴, aunque en España fue incorporado al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003³⁵, pero esta incorporación no equivale en ningún caso a una recepción en Derecho Interno. El Acuerdo Interconfederal tiene únicamente carácter orientador sobre los criterios que deben seguirse en la negociación colectiva. En el posterior tercer Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017³⁶ (prorrogado en este apartado por el IV Acuerdo), se delimitaron algunos marcos para la negociación de los convenios colectivos con base en el contenido del Acuerdo Marco Europeo, al reconocer al *“teletrabajo como un medio de modernizar la organización del trabajo para hacer compatible la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores”*.

³³ BELZUNEGUI, A.; BRUNET, I. y PASTOR, I., “Globalización, Relaciones Laborales y Teletrabajo”, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, 2004, nº 5, pág. 717.

³⁴ MELLA MÉNDEZ, L., “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, Relaciones Laborales. nº 1, 2003, págs. 177 y ss.

³⁵ BOE de 24 de febrero de 2003.

³⁶ BOE de 20 de junio de 2015.

En todo caso, se ha señalado³⁷ que *"el tiempo y la ausencia de otros referentes, han permitido que opere también como una relevante fuente de inspiración para los legisladores nacionales, incluido el nuestro"*.

Con este contexto internacional en la regulación del teletrabajo, es necesario adentrarse en el sistema legal español. El inicial artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores de 1980³⁸ regulaba el trabajo a domicilio, antecedente evidente del teletrabajo, señalando que *"tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario"*.

La redacción de este artículo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³⁹ supuso una revolución en el propio concepto⁴⁰, dado que el trabajo a domicilio pasó a denominarse trabajo a distancia, pudiendo desarrollarse en el lugar libremente elegido por el trabajador y con obligación de formalización por escrito. De hecho, la exposición de motivos de la norma establecía de modo explícito que la reforma del artículo 13 ET tenía como objeto acoger *"al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías"*, tratando esta singular manera de prestación de la actividad, el teletrabajo, que posibilita su realización sin entender de barreras geográficas tradicionales. Pese a esta prometedora aproximación en la exposición de motivos, ninguna referencia explícita se realizó al teletrabajo en el texto normativo. Tal y como se ha

³⁷ SANGUINETI RAYMOND, W., "Teletrabajo y tecnologías digitales en la nueva ley de trabajo a distancia", en *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*, BAZ RODRÍGUEZ, J.(Dir.), Wolters Kluwer, 2021, pág. 235.

³⁸ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980, págs. 5799 a 5815.

³⁹ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012, págs. 49113 a 49191.

⁴⁰ Un estudio en profundidad en MELLA MÉNDEZ, L., *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, 2017, págs. 19 a 76.

remarcado⁴¹, la nueva redacción del artículo 13 del Estatuto, era una *“regulación de mínimos para dejar campo a la autonomía de la voluntad”*.

El Real Decreto Legislativo 2/2015⁴² perfiló mínimamente el concepto, pero no hubo un salto regulatorio trascendente hasta el derivado de la crisis provocada por la expansión del Covid-19. Así, el Real Decreto Ley 8/2020⁴³ priorizó el trabajo a distancia como medida de contención del virus, si bien, sin conceptualizarlo.

Ya antes de esta crisis, la Ley Orgánica de Protección de Datos⁴⁴, artículos 87 a 91, había regulado indirectamente el teletrabajo, estableciendo derechos básicos para la protección de las personas que trabajan a distancia mediante la utilización de los dispositivos digitales.

El 13 de octubre de 2020, entra en vigor el Real Decreto Ley 28/2020 de 22 de septiembre, de trabajo a distancia⁴⁵, con la nueva regulación en él contenida. En términos definitorios, su art. 2.b), establece como concepto de teletrabajo *“aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”*. Definición que no se modificó en la posterior norma de convalidación, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia⁴⁶. Con acierto se ha señalado⁴⁷ que *“con la publicación oficial del Real*

⁴¹ LOUSADA AROCHENA, F. y RON LATAS, R.P., “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, MELLA MÉNDEZ, L. (edit.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 42.

⁴² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, págs. 100224 a 100308.

⁴³ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE nº 73, de 18 de marzo de 2020, págs. 25853 a 25898.

⁴⁴ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE nº 294, de 6 de diciembre de 2018, págs. 119788 a 119857.

⁴⁵ BOE nº 253, de 23 de septiembre de 2020, págs. 79929 a 79971.

⁴⁶ BOE nº 164, de 10 de julio de 2021, págs. 82540 a 82583.

⁴⁷ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. y otros, “Bloque 2: Trabajo a distancia y teletrabajo en la negociación colectiva”, en *Observatorio de la negociación*

Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre se procedía a romper una tradición de nuestro ordenamiento laboral que hasta la fecha había integrado físicamente la regulación del trabajo a distancia en el marco del Estatuto de los Trabajadores”.

Mas allá de la excepcionalidad derivada de la crisis del Covid-19, una de las características esenciales del teletrabajo, en la configuración efectuada por la normativa interna, es la voluntariedad de su ejercicio y la reversibilidad de la decisión. De esta forma, el teletrabajo ha de ser fruto del pacto voluntario entre el empresario y el trabajador tanto por lo que refiere a su concertación *ab initio* como durante el desarrollo de la relación, pero siempre antes del comienzo del trabajo a distancia⁴⁸. El tercer principio básico, siguiendo la regulación de la Unión Europea, es la equiparación de derechos de estos trabajadores a los propios de los vínculos ordinarios.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSNACIONALIDAD Y SUS PROBLEMAS ASOCIADOS

Determinado el concepto, y excluyendo las formas de teletrabajo derivadas de la situación extraordinaria motivada por la irrupción del Covid-19, así como las particularidades del teletrabajo derivado de los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, el presente estudio se va a centrar en el ejercicio del teletrabajo en el ámbito transnacional, ámbito al que la normativa aludida no ha dotado de una regulación propia y diferenciada más allá de las genéricas previsiones del AMET. Así, las normas estudiadas no han establecido un concepto propio del teletrabajo transnacional, por lo que habrá que acudir a los múltiples estudios doctrinales sobre la materia.

El concepto de teletrabajo transnacional o teletrabajo offshore hace referencia al fenómeno por el que las empresas pueden contar con los servicios retribuidos de personas

colectiva. Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales, ALFONDO MELLADO, C.L. y otros (coord.), Cinca, 2022, pág. 264.

⁴⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª ET, 11, 2020, pág. 54.

cualificadas de cualquier parte del mundo sin necesidad de que se desplacen al país donde se encuentran las instalaciones de la empresa. De esta forma, la ubicación geográfica del trabajador no supone una distorsión en la realización del trabajo, y su peculiaridad principal es la existencia de un elemento de extranjería, que dota al trabajo de un régimen específico regulado por el derecho internacional privado. En concepto simplificado, sería *“el trabajo prestado en un Estado diferente a aquel donde está instalada la empresa matriz”*⁴⁹

La definición más aceptada del trabajo transnacional se puede concretar en *“modalidad del teletrabajo en la que, más allá de la prestación de servicios mediante el uso exclusivo o prevalente de las nuevas tecnologías de información y de comunicación, la persona teletrabajadora se encuentra establecida en un país distinto del de la empresa destinataria de la prestación”*⁵⁰.

De esta manera, el concepto de teletrabajo transnacional queda enmarcado dentro de la noción del trabajo a distancia transnacional, que se define como *“aquella relación laboral que transcurre a través de varios Estados, normalmente porque el empleado desarrolla las obligaciones propias de su puesto de trabajo en un territorio soberano distinto de aquel donde se sitúa su empresario”*⁵¹. Y ello pese a pequeños matices que diversos autores han efectuado⁵².

⁴⁹ SACO, R. G., “El teletrabajo”. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, 2006, nº 60, pág. 341.

⁵⁰ MA ZHOU, M., “La problemática del trabajo transnacional y reflexiones Lege Ferenda”, Temas Laborales nº 165, 2022, pág. 186.

⁵¹ CRESPI FERRIOL, M., “Trabajo a distancia transnacional”, en *El trabajo a distancia: con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J, La Ley Wolters Kluwer, 2021, pág. 661.

⁵² THILBAULT ARANDA, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, Consejo Económico y Social, 2001, pág. 261, asocia el fenómeno del teletrabajo transnacional con el de teletrabajo transfronterizo u off-shore; SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 114, asimila el teletrabajo transnacional con el teletrabajo offshore, al definirlo como *“el desarrollo de la prestación de trabajo en un Estado distinto de aquel al que pertenece o se encuentra ubicado el centro de trabajo”*. Frente a la definición DE ANDRÉS GILS, J.J.,

Si bien tanto el trabajo offshore como el teletrabajo transfronterizo son materializaciones del teletrabajo, entre ambos conceptos existen perfiles levemente diferenciados. El teletrabajo offshore *"hace referencia a la actividad que ha sido transferida a entornos de trabajo con menor coste o de menor regulación, y que se encuentran geográficamente, muy distantes"*. En cambio, el teletrabajo transfronterizo *"se aplica en situaciones donde la parte emisora y la parte receptora están ubicadas en países que tienen una frontera común"*⁵³.

Fuera de este análisis se va a dejar el trabajo para plataformas digitales⁵⁴, con características propias no siempre coincidentes con las del teletrabajo transnacional.

Tal y como se ha señalado por Sanguinetti⁵⁵, es un concepto concordante en sus principales elementos con la noción de eWork acuñada por la Comisión Europea, que lo define como todo tipo de trabajo realizado fuera de la sede de la empresa, pero coordinado con la misma mediante el empleo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para su recepción y entrega, con independencia de que sea realizado por trabajadores de esta o por personal subcontratado.

Dentro de este sistema de trabajo surge además el fenómeno del nomadismo digital internacional o teletrabajo internacional móvil, caracterizado por el hecho de que la

OLANO OCARÍZ, M. y LETE MURUGARREN, A., "Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo de la sociedad de la información.", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pág. 30, que identifica el teletrabajo transfronterizo como aquellas situaciones donde la parte emisora y la parte receptora están ubicadas en países que tienen una frontera común, mientras que el teletrabajo offshore se refiere a la actividad que ha sido transferida a entornos de trabajo con menor coste o de menor regulación, y que se encuentran geográficamente muy distantes.

⁵³ DE ANDRÉS GILS, J. J; OLANO OCÁRIZ, M. y LETE MURUGARREN, A., "Perspectiva internacional de teletrabajo...", op cit, pág. 30.

⁵⁴ Un estudio en profundidad en OTERO GIL, L., "Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral", en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, págs. 1371 a 1392.

⁵⁵ SANGUINETTI 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, nº 13, 2005, pág. 110.

prestación de servicios se realiza de forma itinerante, variando los países desde los que se prestan los servicios por voluntad del propio trabajador, diluyendo el elemento físico del lugar de ejercicio laboral.

El sistema de trabajo del concepto global del teletrabajo transnacional, en el que se engloban las demás subvariantes, puede determinar la materialización de la amenaza de *dumping social*⁵⁶, entendiéndolo como las *“prácticas legales que reducen los niveles de protección de los trabajadores, produciendo un abaratamiento de los costes laborales, con vistas a favorecer la inversión extranjera y la exportación”*⁵⁷. Concepto equiparable al establecido en el glosario de la Dirección General de Migración y Asuntos de Interior de la Comisión Europea⁵⁸, que lo define como *“aquella práctica por la cual los trabajadores reciben salarios y/o condiciones de trabajo y de vida que son inferiores a las especificadas por la ley o los convenios colectivos en el mercado laboral pertinente, o que prevalecen allí”*.

Si bien el teletrabajo puede ser una estrategia de gestión de talento y de atracción de profesionales⁵⁹, no por ello deja de ser un mecanismo para la consecución de ventajas competitivas, entre otras, las derivadas del aprovechamiento de los diferentes sistemas jurídicos⁶⁰. Ello implica el peligro de que se favorezca la contratación de trabajadores en países con menores costes sociales, con recolocación de servicios

⁵⁶ Definición de dumping social - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE. Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española. (2023). Recuperado el 23 febrero 2023, de <https://dpej.rae.es/lema/dumping-social>.

⁵⁷ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “La prestación de servicios en varios Estados miembros en los Reglamentos comunitarios de coordinación: la gran olvidada en la lucha contra el dumping social... ¿hasta ahora?”, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 2, nº. 3, 2021, págs. 99-113

⁵⁸ https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/social-dumping_en

⁵⁹ MIRANDA BOTO, J.M., “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad”, en *Políticas de empleo*, CABEZA PEREIRO, J; FERNÁNDEZ PROL, F. (Coord), Aranzadi, 2013, págs. 119 a 136.

⁶⁰ DE JUAN JUAN, A. y CABALLERO SAVORIDO, J.M., “Tendencias estratégicas en la dirección internacional de personas: teletrabajo, brecha salarial, big data y nuevos roles”, Respuestas Memento Francis Lefebvre, 2022, págs. 118-119.

por las empresas y pérdida de derechos por los trabajadores. Esta práctica quebraría el equilibrio entre las empresas tradicionales y las que deslocalicen sus servicios, dando lugar a una competencia desleal en el mercado.

De este peligro alertó la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de la Unión Europea en su informe de 2016⁶¹, en el que señalaba los múltiples efectos perniciosos de esta práctica, tanto en el ámbito económico (distorsiones en el mercado y en la competencia), social (discriminaciones y diferencias de trato injustificadas entre diversos trabajadores) financiero y presupuestario (injustificada minoración en cotizaciones y tributaciones) y de empleo (ocupación únicamente en países con bajos niveles de cargas sociales). Todo ello puede dar lugar a lo que Thibault Aranda ha definido como *"un mercado internacional de la materia gris en vías de desarrollo y un terciario apátrida y nómada que distorsiona la competitividad y el normal funcionamiento de las empresas en el mercado"*⁶².

Este riesgo de *dumping social* se ha limitado parcialmente en el ámbito de la Unión Europea, dado que uno de los principios fundamentales de las políticas de la Unión es la cohesión social, lo que implica una aproximación continua y constante de los salarios y de la protección en materia de seguridad social que se garantiza a todos los trabajadores, tanto los locales como los desplazados. Pese a ello, persisten en la Unión diferencias sustanciales en las condiciones laborales y salariales, por lo que una convergencia social al alza es clave para la prosperidad y el aumento de la demanda interior en el conjunto de la UE; logrando así los objetivos del art. 9 del TFUE.⁶³

Pero, el sistema de teletrabajo transnacional en el ámbito de la Unión Europea no deja de ser una forma más de aplicación

⁶¹ GUILLAUME, B., "Informe sobre el dumping social en la Unión Europea (2015/2255(INI))", Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, 2016, pág. 9.

⁶² THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social, 2001, pág. 268.

⁶³ GUILLAUME, B., "Informe..." op cit., considerandos D y E.

del principio de libre circulación⁶⁴ y libre prestación de servicios determinados actualmente por los artículos 49 y 56 del TFUE, y en cuanto a tal ejercicio de derechos, no puede ser limitado injustificadamente⁶⁵.

Es indudable que se están planteando problemas derivados del hecho de que el lugar de prestación de servicios elegido por el trabajador se encuentre en un país distinto al del centro de trabajo de adscripción de este. En este escenario de teletrabajo con elementos extranjeros en la relación laboral, y, ante la ausencia de normas generales expresamente pensadas para el teletrabajo transnacional, la solución actual radica en la aplicación de normas generales, no creadas para el teletrabajo pero que hay que proyectar sobre éste mientras no exista una norma específicamente dirigida a su regulación. Los problemas específicos que suscita el elemento internacional de esta relación laboral son la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, el sistema nacional de seguridad social en el que debe incluirse el trabajador y el foro competente para dirimir los conflictos que puedan surgir entre las partes.

3.1. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO TRANSNACIONAL

El objeto del Reglamento Roma I⁶⁶ es favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, y para ello determina que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros deben designar la

⁶⁴ PAZÓ ARGIBAY, J., "La "libre" circulación de los ciudadanos económicamente inactivos en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, G.M.A, asunto C-710/19", e-Revista internacional de la protección social, Vol 6, núm. 1, págs. 458 a 462.

⁶⁵ MIRANDA BOTO, J.M., "La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea", en *Derecho del trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, ARETA MARTINEZ, M., (Coord.), Dykinson, 2019, págs.57 a 70.

⁶⁶ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008.

misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.

Con miras a lograr este objetivo, el artículo 8, referido a los contratos individuales de trabajo, señala como legislación aplicable la de elección de las partes⁶⁷, siempre que tal elección no haya tenido por objeto privar al trabajador de derechos indisponibles, conforme a las normas imperativas aplicables a falta de tal elección. Por tanto, aun en el caso de elección de las partes de la normativa aplicable, es imperativo conocer la ley que resultaría de aplicación en defecto de la misma, como garantía de los derechos del trabajador.

A falta de elección, el lugar habitual de trabajo se establece como eje fundamental para la determinación de la normativa que rige la relación laboral. De esta forma, el principio *lex loci laboris* es difícilmente discutible en el ámbito contractual. Se sitúa así el lugar habitual de trabajo como eje fundamental en la determinación de la normativa nacional aplicable, por lo que, desplazar la ley del lugar de trabajo para aplicar la ley que resulte de algún otro punto de conexión es excepcional, una determinación de norma aplicable supeditada a la concurrencia de circunstancias extraordinarias, como por ejemplo la imposibilidad de determinar un solo lugar habitual de trabajo⁶⁸.

Justamente, en el caso de que no pueda establecerse el lugar habitual de prestación de servicios, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3). La interpretación de este criterio, no siempre sencilla, se ha realizado de una forma amplia, entendiendo por establecimiento de contratación el situado donde se localicen los elementos relativos al procedimiento de conclusión del contrato (donde se publicó la oferta de empleo, donde se

⁶⁷ Art.3. “Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”.

⁶⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “¿Hacia un principio de neutralidad del lugar personal de trabajo en el teletrabajo transnacional?”, <https://www.elforodelabos.es/2023/02/hacia-un-principio-de-neutralidad-del-lugar-personal-de-trabajo-en-el-teletrabajo-transnacional/>

realizaron las entrevistas...) intentando de esta forma determinar la localización real del establecimiento⁶⁹.

La cláusula de excepcionalidad la fija el apartado 4 del artículo 8, al establecer que, *"si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país"*.

Tal y como se decidió en el considerando 36 de la Sentencia Schlecker⁷⁰, cuando de la totalidad de las circunstancias resulte que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país, corresponde al juez nacional dejar de lado los criterios de vinculación contemplados en el artículo 6, apartado 2, letras a) y b), del Convenio de Roma y aplicar la ley de ese otro país.

Según los atinados análisis de Martín-Pozuelo López, A.⁷¹ y Cruz Villalón⁷², se ha detectado en los últimos tiempos un envejecimiento de las reglas de Roma I y el surgimiento de vías de escape para sus objetivos de protección de la parte contratante débil. Y ello por cuanto el Reglamento tiene como punto de partida otorgar libertad de elección a las partes, libertad de elección que provoca un incremento del riesgo de que el empleador imponga la aplicación del ordenamiento con estándares de protección del trabajador y de sus derechos fundamentales más bajos.

En sentido equivalente, el segundo criterio, el lugar de prestación de servicios, *lex loci laboris*, se muestra en el caso de los trabajadores transnacionales como una regla de conexión susceptible de ser instrumentalizada al servicio de estrategias encaminadas a obtener ventajas competitivas del aprovechamiento de las diferencias de tutela existentes entre

⁶⁹ C-384/10 -Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2011. Jan Voogsgeerd contra Navimer S.A. (ECLI:EU:C:2011:842)

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013, Anton Schlecker contra Melitta Josefa Boedeker, Asunto C-64/12 (EU:C:2013:551)

⁷¹ MARTÍN-POZUELO LOPEZ, A., *El Teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 53 a 87.

⁷² CRUZ VILLALÓN, J., *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Aranzadi, 2020.

los distintos ordenamientos laborales, esto es, de *dumping social*⁷³.

De lo que no hay duda es de que el Estado competente judicialmente deberá determinar la ley aplicable al contrato de trabajo de acuerdo con las normas de conflicto del Estado del foro conforme al Convenio de Roma de 1980⁷⁴ dado que este tiene una aplicación universal en base a que *"la Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro"* (art. 2).

Estos criterios contemplados en el Reglamento Roma I, al no excepcionarlo, son aplicables al teletrabajo transnacional, tanto en los supuestos en que el empresario y el trabajador se encuentren en distintos Estados miembros como en el caso de que el empresario se encuentre en territorio comunitario y el trabajador fuera de él, y opte por demandarlo ante los tribunales comunitarios de su domicilio⁷⁵.

Pero pese a ser aplicable, el Convenio Roma I en su origen no estaba pensado para este tipo de prestación de servicios, por lo que las singularidades del teletrabajo y sus diversas manifestaciones dificultan la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo. De esta suerte, la regla general de la elección de la legislación aplicable por las partes resulta limitada por la regla especial del apartado 3, que señala que la elección por las partes de una ley extranjera *"no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo"* (art. 3.3). Limitaciones de especial trascendencia a la vista del apartado 4 del artículo 3, que señala *"cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquél cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de*

⁷³ SANGUINETI RAYMOND, W., "Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

⁷⁴ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. DOCE nº 266, de 9 de octubre de 1980, págs. 1 a 19.

⁷⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. "El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", Diario La Ley, nº 6957, 2008, págs. 2 y 3.

las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Por tanto, en virtud del art. 8.1 la elección por las partes de la ley aplicable al contrato de trabajo depende del contenido de la protección que el Derecho del país en cuestión establezca a favor del trabajador, y no es plena. Y, a falta de elección el contrato de trabajo se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo. En el supuesto de trabajadores que no realizan habitualmente su trabajo en un mismo Estado, pero sí lo llevan a cabo desde un mismo Estado, supuestos en los que hay un Estado que constituye una suerte de «base de operaciones», *“se estará a la ley del país «a partir del cual» (o desde el cual) el trabajador realiza habitualmente su trabajo, no la ley del establecimiento a través del cual fue contratado”.*

Además, se ha aclarado el concepto de «lugar habitual de trabajo», de forma que un mero desplazamiento temporal del trabajador no hace caer esa conexión.

Pero, si conforme a estas reglas, no puede determinarse la ley aplicable, *“el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”*, lo relevante no es «donde se celebró el contrato» de trabajo, sino «a través del cual» se estableció la relación laboral.

Una importante parte de la doctrina⁷⁶ ha defendido la interpretación de que la prestación de servicios en régimen de teletrabajo se realiza siempre desde la empresa contratante, con independencia de su localización física. De esta forma, el riesgo de *dumping social* se reduciría considerablemente al ser aplicable la ley del lugar en que está situada la empresa, dotando a los teletrabajadores

⁷⁶ MARTÍN-POZUELO LOPEZ, A., *El Teletrabajo*, op. cit., pág. 67 *“se podría producir un cambio en esta interpretación si se entendiera que, en los casos de teletrabajo interactivo, existe un centro efectivo de actividades “virtual”, situado allí donde se encuentra el terminal de la empresa, de donde parten las instrucciones y desde donde se realiza el seguimiento y control de la prestación laboral de manera interactiva.(...) No obstante, sería difícil obviar la existencia del centro de actividades “físico”, lo que nos llevaría a la necesidad de utilizar los criterios cualitativo y cuantitativo para optar por un centro u otro”.*

nacionales y transnacionales de los mismos derechos, incluso a todos los trabajadores de la empresa, sean teletrabajadores o no. Pero esta interpretación requiere prescindir del elemento geográfico y del tenor literal del art. 8 del Reglamento Roma I, que efectúa una referencia geográfica clara vinculada con el espacio de ejecución material de las tareas, no parece posible⁷⁷.

Otra postura ha sido considerar que la prestación se realiza simultáneamente en dos lugares diferentes, por un lado, en el que se encuentra físicamente el teletrabajador y por otro en el que se encuentra la terminal empresarial. En el asunto Weber⁷⁸, el Tribunal de Justicia determinó que debe realizarse un análisis global de todos los elementos, situando la prestación habitual de servicios en el lugar desde el que el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones.

Pero este sistema deriva la decisión de la ley reguladora a la apreciación del juez, haciendo imprevisible la predeterminación de la ley aplicable.

De ahí la trascendencia de la cláusula de excepcionalidad del apartado 4, *"si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto, se aplicará la ley de ese otro país"*, se podría denominar este fuero el *vero loci laboris*, máxime cuando la formulación de esta regla la determina como de carácter preferente en su aplicación a la regla general y a la regla subsidiaria. Se configura por tanto como una cláusula de escape.

De esta forma, el artículo 8.4 del Reglamento Roma I ofrece una cláusula de salvaguarda conforme a la cual se permite a los órganos jurisdiccionales no aplicar la norma del lugar de prestación habitual de servicios ni del establecimiento, aplicando la ley de un tercer país cuando de las circunstancias del caso se derive que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con tal Estado. Un ejemplo de aplicación de esta cláusula de salvaguarda es el caso

⁷⁷ SANGUINETI RAYMOND, W., "Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2002. Herbert Weber contra Universal Ogden Services Ltd. (ECLI:EU:C:2002:122)

Schlecker, en el que se decidió que *"entre los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo. (...), incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país"*.

En el contexto tecnológico del teletrabajo transnacional esta cláusula hasta ahora residual referida a los «vínculos más estrechos» puede tener una trascendencia esencial, podría ser el supuesto de los casos en que se verifique una conexión permanente con el ordenador central de la empresa⁷⁹, por ejemplo. Son los supuestos en los que los frutos del trabajo prestado en un Estado son aprovechados de manera más trascendente en otro Estado miembro.

En todo caso, la cláusula de escape del país más estrechamente vinculado, es una cláusula abierta que podría interpretarse de modo más flexible en los casos de teletrabajo, considerando su vínculo más estrecho con el lugar de establecimiento empresarial. Esta podría ser la solución más factible a la amenaza del *dumping social* sin necesidad de recurrir a modificaciones normativas, sin perjuicio de sus problemas de seguridad jurídica y previsibilidad.

Resulta evidente que, si bien la preferencia por el criterio territorial históricamente se ha entendido como una opción

⁷⁹ SERRANO OLIVARES, R., "Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional", Relaciones Laborales, nº 23, 2001, pág. 135.

protectora de la parte débil del contrato, no se adecuaba al nuevo contexto de globalización económica y de extensión de los procesos de descentralización productiva a nivel internacional, que permiten al empresario elegir los destinos que ofrecen menores niveles de protección de los trabajadores.

De esta forma, las normas de conflicto para determinar la ley aplicable pueden servir a las empresas como instrumento de evasión si deciden recurrir a la contratación de trabajadores en otros países en los que la normativa protectora es menos favorable⁸⁰

En todo caso, las interpretaciones en torno al concepto de lugar de trabajo o al criterio de "existencia de vínculos más estrechos" denotan falta de certeza, al remitirse a una cláusula general, abierta e indeterminada, cuya interpretación y aplicación depende del criterio judicial⁸¹. En este sentido, el Libro Verde sobre transformación del Convenio de Roma de 1980, de 14 de enero 2003⁸², planteó la necesidad de precisar el concepto de «vínculos más estrechos» para aludir expresamente a la situación del teletrabajo internacional. En el mismo sentido se ha pronunciado parte de la doctrina⁸³.

Lo que resulta evidente es que los criterios interpretativos empleados para garantizar la aplicación al teletrabajo transnacional de la legislación del país del establecimiento de la empresa son difíciles de definir, máxime cuando pueden provocar que trabajadores que prestan su servicio en un mismo país se vean sometidos a legislaciones diferentes.

⁸⁰ MORENO MÁRQUEZ, A., "Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones", Revista de la Contratación Electrónica, nº 58, 2005, págs. 12 a 19.

⁸¹ SANGUINETI RAYMOND, W., Teletrabajo y globalización, obra cit., pág. 77; también MORENO MÁRQUEZ, A., "Ley aplicable...", op. cit., pág. 26, vid. nota 378.

⁸² <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d60386fe-69d4-4846-bf01-b1d23b20e134>

⁸³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "El Reglamento...", op. cit., pág. 22; MORENO MÁRQUEZ, A., "Ley aplicable...", op. cit., pág. 41 "no parece que deba darse un tratamiento normativo diferente al teletrabajador on line que presta servicios desde cualquier punto del territorio español con respecto a otro teletrabajador on line que se sitúa en el territorio de otro estado distinto".

Parte de estas distorsiones se podrían suplir por la aplicación de la Directiva 2018/957⁸⁴, que modifica el considerando 13 de la Directiva 96/71/CE⁸⁵, y establece *“el núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios”*.

Como señala Gárate Castro, *“se asiste a un significativo avance hacia la igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los trabajadores locales o contratados con arreglo a la legislación del Estado de destino”*⁸⁶. Pero esta normativa, ni tan siquiera tras la modificación operada por la Directiva 2018/957, estaba pensando en los teletrabajadores transnacionales, en los nómadas digitales. De hecho, su objetivo era *“garantizar a los trabajadores desplazados un «núcleo duro» de derechos y evitar así situaciones de competencia desleal”*⁸⁷. Así, tal y como señala su considerando 3, el supuesto que regula es el de empresas que desplazan a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado en que trabajan habitualmente, como recalca claramente su artículo 1⁸⁸.

Si bien su considerando 6 establece *“que la transnacionalización de las relaciones de trabajo plantea*

⁸⁴ Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DOUE nº 173, de 9 de julio de 2018, págs. 16 a 24.

⁸⁵ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DOCE nº 18, de 21 de enero de 1997, págs. 1 a 6.

⁸⁶ GÁRATE CASTRO, J., “La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución del conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, dic 2019, pág. 1067.

⁸⁷ MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, nº 62, pág. 81.

⁸⁸ MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento...”, *op. cit.*, pág. 98.

problemas sobre el Derecho aplicable a dicha relación y que la determinación de las condiciones de trabajo y empleo redunde en beneficio de las partes”; su regulación no está pensada para trabajadores que deciden de forma voluntaria desde qué país prestar sus servicios para la empresa que los ha contratado.

Pese a ello, las previsiones de su considerando 8 en relación con la norma aplicable a la relación de trabajo podrían servir el canon interpretativo a seguir en el caso de los teletrabajadores transnacionales. Máxime cuando la definición que su artículo 2.1⁸⁹ efectúa del concepto «trabajador desplazado», sí podría incluir a los teletrabajadores transnacionales si se retirara la referencia temporal a “*durante un período limitado*”.

Por otro lado, este instrumento, pensado para otros supuestos, no ofrece suficientes garantías limitadoras del pernicioso efecto del *dumping social*, desde el momento en que la garantía salarial toma como término de comparación el salario de los trabajadores locales del lugar de prestación de servicios, si bien con la necesidad de realizar una comparación del importe bruto anual vigente en el Estado desde el que se realiza el desplazamiento.

Realizando una interpretación integradora de este precepto, con unas mínimas modificaciones de su tenor literal, se podría tomar como salario el acordado entre las partes, pero con los mínimos del Estado en el que tenga su sede el beneficiario de los servicios prestados, siempre y cuando sea superior al salario del Estado de residencia. Y ello además con conocimiento previo y expreso del trabajador, dado que las previsiones de la Directiva 2019/1152⁹⁰ le son de plena aplicación. Así, en este tipo de vínculo laboral es plenamente vigente el principio nº 7 del pilar europeo de derechos sociales, y el trabajador tiene derecho a ser informado por

⁸⁹ “*Todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente*”.

⁹⁰ 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. DOUE nº 186, de 11 de julio de 2019, págs. 105 a 121.

escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral.

3.2. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La determinación del sistema de Seguridad Social aplicable en los supuestos de transnacionalidad se rige en el ámbito comunitario por los denominados Reglamentos de coordinación, el Reglamento 883/2004⁹¹, y el Reglamento 987/2009⁹² de desarrollo. Estos instrumentos normativos no pretender armonizar los sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros, sino que tienen como objeto proteger los derechos de los trabajadores que han ejercido el derecho a la libre circulación⁹³. De esta forma, disponen, entre otras cuestiones, en qué sistema nacional de Seguridad Social se debe afiliar y, en su caso, cotizar una determinada persona⁹⁴. Si bien estas normas no proporcionan un tratamiento singular al teletrabajo transnacional, tampoco lo excluyen, por lo que le son aplicables⁹⁵.

El principio general sigue el sistema de *lex loci laboris*, artículo 11 del Reglamento 883/2004, entendiendo como legislación aplicable por norma general la del Estado miembro en que el interesado realiza una actividad por cuenta ajena o propia, si bien con excepciones en determinadas situaciones que justifiquen otros criterios de aplicabilidad⁹⁶.

⁹¹ Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE nº 166, de 30 de abril de 2004, págs. 1 a 123.

⁹² Reglamento (CE) nº 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) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009, págs. 1 a 42.

⁹³ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, págs. 100–107.

⁹⁴ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., "La prestación de servicios...", op. cit., págs. 99-113.

⁹⁵ MIRANDA BOTO, J.M., "Los trabajadores fronterizos en el Reglamento 883/2004", en *La coordinación de los sistemas de seguridad social: los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir), Laborum, 2010, págs. 363 a 380.

⁹⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Fuentes y principios de aplicación de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social", *Noticias de la Unión Europea*, 2011, nº 319, págs. 15 a 24.

En cuanto a la determinación del lugar de ejercicio de la actividad, el Tribunal de Justicia ha realizado precisiones. Así en el Asunto C-137/11⁹⁷, ha señalado que este lugar coincide con el lugar concreto de la prestación física de los servicios, donde la persona trabajadora desarrolla los actos relacionados con la actividad laboral.

La fijación del sistema conforme al concepto de "lugar de ejercicio" es acorde con el carácter marcadamente territorial de la Seguridad Social, e implica la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollen su prestación de servicios en un mismo Estado, pero no solventa el riesgo de *dumping social*.

Frente a este sistema general, los artículos 12 y 13 del Reglamento 883/2004 establecen ciertas excepciones. El artículo 12 referido a los desplazamientos transnacionales no es objeto de este estudio, resultando por tanto las excepciones limitadas a las contempladas en el artículo 13.

En éste se determina el régimen aplicable en el supuesto de ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros. Se regula así que, si una parte sustancial de la actividad del trabajador se ejerce en el Estado miembro de residencia, o depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros, será aplicable el régimen de Seguridad Social del Estado de residencia. Por el contrario, en el supuesto de que no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia, se le aplicará la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario tenga su sede o su domicilio.

El fundamento de estas reglas particulares, tal y como se ha establecido⁹⁸ es evitar que la aplicación directa de la regla general aumente los obstáculos al ejercicio del derecho a la libre circulación, para ello solo se excepciona o matiza la regla general cuando resulte más adecuado otro vínculo de conexión que no sea el lugar de empleo por las peculiaridades del trabajo realizado.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de septiembre de 2012. Partena ASBL contra Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA. (ECLI:EU:C:2012:593).

⁹⁸ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., "La prestación...", op cit., pág. 101.

En todo caso, el concepto de “parte sustancial” se desarrolla en el Reglamento 987/2009, en concreto, en su artículo 14, que determina que el desarrollo de una “parte sustancial” del trabajo no requiere el desarrollo de la mayor parte de su actividad. Basta con que se trata de una parte “cuantitativamente importante”, calculada en base a los parámetros de “tiempo de trabajo” y de “remuneración”. En el contexto de una evaluación global, el hecho de alcanzar un porcentaje inferior al 25 por 100 para estos criterios será un indicador de que una parte sustancial de las actividades no se ejerce en el Estado miembro de que se trate. Por tanto, si el teletrabajo en el país de residencia es inferior al 25 por 100, conforme a estos criterios, no procederá la aplicación de la ley del Estado de residencia y deberá optarse por la ley del Estado en que tiene su sede o domicilio el empleador.

La Comisión Administrativa para la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, en su nota orientativa acerca del teletrabajo⁹⁹, trata de plantear una solución “flexible” al amparo del ya referido artículo 13 del Reglamento 883/2004, de tal manera que incluso aunque el teletrabajo suponga porcentajes superiores al 25 por 100 no se produzca un cambio en la ley aplicable a la seguridad social y que esta siga vinculada al centro de trabajo de adscripción y en el que tiene lugar la parte de jornada presencial. La razón esgrimida por la Comisión es que otra solución podría poner en desventaja a las personas cuya residencia se encuentra en país distinto al de trabajo presencial, dado que para estas sería más difícil conseguir formas de trabajo que combinen presencialidad y teletrabajo si ello acarrea el cambio en la normativa de seguridad social aplicable. La Comisión habla sin tapujos de posible “discriminación” dependiendo del lugar en que se desarrolla el teletrabajo.

Por otro lado se regula el supuesto de trabajadores que ejerzan normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros, determinando su sujeción a la legislación del Estado miembro en el que ejerza la actividad por cuenta ajena.

⁹⁹ADMINISTRATIVE COMMISSION FOR THE COORDINATION OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS, Guidance note on telework, AC 125/22REV3, Revisada el 14 de noviembre de 2022.

De todo ello se deriva que, cuando no sea posible la aplicación de la *lex loci laboris* ni ninguna de las reglas previstas para los colectivos particulares determinados expresamente en la norma, el artículo 11.3.e) del Reglamento 883/2004 establece una regla con carácter subsidiario, la *lex loci domicilii*. En su aplicación, será competente la legislación del Estado miembro de residencia de la persona en cuestión a falta de otra regla aplicable, tal y como se determinó en el asunto C-631/17¹⁰⁰.

En definitiva, en virtud de estas excepciones a la *lex loci laboris*, se permite que un trabajador preste físicamente los servicios en un Estado miembro y, en cambio, esté afiliado y cotizando a la Seguridad Social de otro, lo que supone un resquicio para las prácticas abusivas y fraudulentas. Pero este sistema se basa en que ni los trabajadores ni los empleadores pueden optar por la legislación de Seguridad Social que consideren oportuna, dado que las reglas del Título II del Reglamento 883/2004 (arts. 11 a 16) son imperativas en la determinación del sistema de aplicación. Y ello por cuanto este sistema de normas de conflicto busca que, en cada situación, exista una legislación de Seguridad Social aplicable, y solo una (principio de unicidad¹⁰¹), para evitar dobles cotizaciones y vacíos de protección.

Son así normas de carácter imperativo, que tienen como base la naturaleza de servicio público de la Seguridad Social, y no dejan cabida a la autonomía de la voluntad en la determinación del sistema de seguridad social aplicable (a diferencia de lo que ocurre respecto de la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo)¹⁰². Además, su inclusión en Reglamentos europeos las dota de aplicabilidad e invocabilidad directa ante los órganos jurisdiccionales¹⁰³.

Las reglas particulares han sido perfiladas por el Tribunal de Justicia, que ha precisado que su existencia no es arbitraria

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de mayo de 2019. SF contra Inspecteur van de Belastingdienst. (ECLI:EU:C:2019:381)

¹⁰¹ Art. 11.1. "*Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro*".

¹⁰² MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., "La prestación ...", op cit., págs. 101-102.

¹⁰³ RODIÈRE, P., "Cordination européenne des sécurités sociales et conflit de lois (quelques observations)", *Revue de Droit Sanitaire et Sociale*, nº enero-febrero, 2016, pág. 66.

y su objetivo es evitar que la aplicación pura y simple de la regla general aumente los obstáculos al ejercicio del derecho a la libre circulación. Así se deriva de pronunciamientos tales como el asunto C-60/85¹⁰⁴, y el asunto C-115/11¹⁰⁵.

La conclusión es que solo se matiza la regla general cuando resulte más adecuado otro vínculo de conexión que no sea el lugar de empleo, como en el supuesto del asunto C-570/15¹⁰⁶.

Por último, el Título II del Reglamento 883/2004 prevé una cláusula de escape que permite excepcionar estas rígidas reglas, el artículo 16, que posibilita la inaplicación de las reglas imperativa, por acuerdo de *«dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades»*.

En el ámbito interno, el art. 7.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social¹⁰⁷ establece que *"estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, (...), los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes"* siendo el primero de tales apartados el dedicado a los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Regla coincidente con el criterio básico establecido en los Reglamentos de Coordinación.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de julio de 1986. M. E. S. Luijten contra Raad van Arbeid (ECLI:EU:C:1986:307)

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de octubre de 2012. Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o. contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ECLI:EU:C:2012:606)

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de septiembre de 2017. X contra Staatssecretaris van Financiën (ECLI:EU:C:2017:674)

¹⁰⁷ 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. BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015, págs. 103291 a 103519.

Diversos autores¹⁰⁸ se han mostrado en contra de realizar una aplicación analógica del Reglamento 1408/1971, relativo a trabajadores desplazados¹⁰⁹, a los supuestos de los teletrabajadores transnacionales, dado que supondría que trabajadores que prestan servicios en un mismo país estén sometidos a legislaciones y regímenes protectores diferentes. Aun así, los Reglamentos de Coordinación no solventan todos los problemas derivados de la prestación de servicios transnacional, y se puede decir que el sistema de reglas de conflicto para determinar la legislación nacional de Seguridad Social aplicable está en continua evolución. Entre otras cuestiones, por la interpretación que de sus reglas va realizando el Tribunal de Justicia, pero, previsiblemente, también por las modificaciones a operar en su regulación.

En aspectos concretos del régimen de Seguridad Social como puede ser en materia de prestaciones de desempleo, existe una normativa específica, dado que ya en los considerandos del Reglamento 1408/71, se preveía la posibilidad de exportación de la prestación a otro Estado miembro, vinculada con la búsqueda de empleo en el Estado de destino. Posibilidad esta que se ha concretado más claramente en el considerando 32 del Reglamento 883/2004 que establece que, *“para fomentar la movilidad de los trabajadores, resulta especialmente oportuno facilitar la búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembros. Por consiguiente, es menester velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros”*.

La materialización de esta disposición vino de la mano del Reglamento 987/2009 cuyo artículo 55 *condiciones y límites de la conservación del derecho a las prestaciones para un desempleado que se desplaza a otro Estado miembro*, ofrece las instrucciones concretas para materializar tal

¹⁰⁸ PENNINGGS, F., *The social security position of teleworkers in the European Union*, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, WP/97/27/EN.

¹⁰⁹ Reglamento (CEE) nº 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 y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. DOCE nº 149, de 5 de julio de 1971, págs. 2 a 50.

desplazamiento. De esta forma, es este un tema bastante más cerrado que otros aspectos de la Seguridad Social de estos trabajadores¹¹⁰.

3.3. FUERO JUDICIAL

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la protección de los trabajadores se traduce en la necesidad de procurar que puedan acudir a los Tribunales ante los cuales les resulte menos oneroso litigar, consagrando así el *forum loci laboris* como foro con carácter preferente en esta materia¹¹¹. De esta forma, a efectos de la competencia judicial internacional hay que atender a la ubicación física del teletrabajador, al lugar donde presta los servicios, prevaleciendo el dato de la separación física de las partes del contrato de trabajo¹¹².

En el supuesto de trabajadores transfronterizos de países no integrantes de la UE, la determinación de la legislación aplicable a sus relaciones laborales se realiza conforme a las reglas puras del Derecho Internacional Privado¹¹³, pero se ha delimitado el ámbito de este estudio a los supuestos en los que existe una vinculación clara de ambas partes con Estados miembros de la Unión Europea. En estos casos, la determinación del fuero judicial se deberá realizar de conformidad con las reglas establecidas en el Reglamento

¹¹⁰ Un estudio en profundidad sobre la materia en PAZÓ ARGIBAY, J.M., *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea*, Cinca, 2021.

¹¹¹ MARCHAL ESCALONA, N., "Lugar en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana", *Diario La Ley*, nº 5986, 30 de marzo 2004, pág. 11. Entre otras, SSTJCE de 13 de julio de 1993 (asunto C-125/92, Mulos IBC); de 9 de enero de 1997 (asunto C-382/95, Rutten); de 27 de febrero de 2002, (asunto C-37/00, Weber)

¹¹² SIERRA BENÍTEZ, E.M.; *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, pág. 90.

¹¹³ ROMERO BURILLO, A. M., "Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, págs. 1135 a 1150; SERRANO OLIVARES, R., "Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional", *Relaciones Laborales*, nº 23, 2001, págs. 105 a 143; SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; MORENO MÁRQUEZ, A., "Ley aplicable...", op cit., págs. 3 a 42.

Bruselas I Bis¹¹⁴ y en el ya tratado Reglamento Roma I. Y ello pese a ser esta una materia sobre la que no existe pleno acuerdo de la doctrina.

Así, algunos autores¹¹⁵ entienden que estos Reglamentos realizan un tratamiento general de las obligaciones contractuales, y dentro de estas se puede acoger la prestación que realiza el teletrabajador para otra empresa fuera de sus fronteras.

Mientras que otro sector doctrinal¹¹⁶ entiende que Roma I no es aplicable a los contratos individuales de trabajo, dado que las reglas que contempla no se pueden extender a los supuestos de teletrabajo puesto que parte del principio de libertad de los sujetos para elegir la ley aplicable y en ausencia de elección, se remite al *lex loci laboris*. Entiende este sector que estas reglas no son aplicables a las situaciones transnacionales propias del teletrabajo.

Lo cierto es que los artículos 20-23 del Reglamento Bruselas I Bis establecen criterios de atribución de la competencia judicial internacional para dirimir los litigios internacionales suscitados en materia de contratos individuales de trabajo, con el fin de proteger a la parte más débil del contrato y evitar el *forum shopping*¹¹⁷.

Las reglas de atribución de la competencia judicial de estos artículos determinan que en el supuesto de que las personas trabajadoras sean la parte demandante, el fuero se regirá

¹¹⁴ Reglamento (UE) n.º 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, DO L 351 de 20.12.2012.

¹¹⁵ PURCALLA, M.A. y BELZUNEGUI, A., "Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo", Aranzadi Social, 2004, núm. 18, págs. 49-91.

¹¹⁶ PALAO MORENO, G., "La «nueva» regulación europea en materia de ley aplicable al contrato individual de trabajo: el artículo 8 del Reglamento Roma I", en GOERLICH PESET, J. M.; BLASCO PELLICER, A. (coords.), *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol Montesinos*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, págs. 429 a 440.

¹¹⁷ JUÁREZ PÉREZ, P., "Bad forum shopping y recurso de revisión: "Causa Causae est causa causati" (STS de 25 de noviembre de 2019)", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2020, pág. 1055, lo define como la posibilidad de que existan varios tribunales estatales competentes para conocer de un mismo asunto; y subjetivamente, la facultad que ello otorga a los particulares de elegir someter su procedimiento al tribunal cuyo sistema le facilite el acceso al ordenamiento que resulte más favorable a su pretensión.

inicialmente por la sumisión tácita (art. 26), luego por la sumisión expresa (art. 23) y, en su ausencia, por las reglas generales (art. 20 a 23).

En cuanto a la sumisión tácita, se manifiesta por la formulación de demanda ante un foro concreto por parte del trabajador, si bien con la cautela adicional de que el órgano jurisdiccional debe informar al demandado sobre su derecho a impugnar la competencia del Juzgado o Tribunal.

La sumisión expresa deberá estar pactada por las partes, pero para preservar el equilibrio entre estas, la validez del pacto estará condicionada a que sea posterior al nacimiento del litigio o, siendo previa, beneficie al trabajador. En los demás supuestos estas cláusulas de sumisión expresa no podrán ser alegadas.

En ausencia de sumisión, ya sea tácita o expresa, o en caso de nulidad de esta última, y siendo el demandante el trabajador, por aplicación del principio *favor laboratoris*, podrá presentar demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que esté domiciliada la empresa (art. 21.1.a). A este respecto, el art. 20.2 asimila el concepto de domicilio de la empresa con la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento instalado en uno de los Estados miembros.

Alternativamente, las personas trabajadoras podrán interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales del lugar en el que o desde el cual desempeñen habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hayan desempeñado (art. 21.1.b.i.).

En aquellos casos en los que no existe un único Estado miembro en el que el trabajador desarrolle habitualmente su trabajo, se podrá interponer subsidiariamente la demanda ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador (art. 21.1.b.ii.).

Este sistema de fijación del foro parte de facilitar al trabajador, como parte débil del contrato, el acceso a la jurisdicción, y supone la aplicación del Reglamento Bruselas I bis aunque el empresario no tenga su domicilio en un Estado miembro.

En el caso de que sea la empresa la parte demandante se limita el foro ante el que puede demandar a los trabajadores. Sólo podrá hacerlo ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que tengan los trabajadores su domicilio, salvo que se trate de formular reconvencción, caso en el que se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial (art. 22). Esta regla implica que, si el trabajador no está domiciliado en un Estado miembro, el Reglamento Bruselas I bis no será aplicable en caso de ser demandante el empresario.

El principal problema a la hora de adaptar estas reglas de atribución de competencia judicial al ámbito de teletrabajo transnacional es la dificultad en la determinación del lugar habitual de trabajo a efecto de aplicación del *locus laboris*¹¹⁸. El Tribunal de Justicia ha ido precisando con diversas Sentencias la interpretación de este foro. Así en la Sentencia Mulox¹¹⁹ entendió que el lugar habitual de trabajo es aquel a partir del cual la persona trabajadora cumple principalmente sus obligaciones respecto a su empresa. En este supuesto, se tuvo en cuenta que el desempeño de la misión confiada a la persona trabajadora se realizaba desde un despacho situado en un Estado contratante en el que el trabajador había establecido su residencia, desde el que desempeñaba sus actividades y al que regresaba después de cada uno de sus desplazamientos profesionales.

Este criterio se perfiló en el caso Rutten¹²⁰, reiterando el Tribunal de Justicia como lugar habitual de trabajo aquel en el que se produce el cumplimiento de las obligaciones principales con la empresa, y que se asocia con el lugar en el que la persona trabajadora haya establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales. Y ello por ser éste el lugar donde podía, con menores gastos, acudir a los Tribunales.

¹¹⁸ IRIARTE ÁNGEL, J.L., "La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2018, pág. 483.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1993, Mulox IBC Ltd contra Hendrick Geels, Asunto C-125/92 (EU:C:1993:306)

¹²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de enero de 1997, Petrus Wilhelmus Rutten contra Cross Medical Ltd., Asunto C-383/95 (EU:C:1997:7)

Conforme a esta jurisprudencia, la atribución de competencia del Reglamento Bruselas I Bis es aplicable a los procedimientos derivados de la prestación de servicios mediante teletrabajo transnacional, criterio que han refrendado diversos autores¹²¹, partidarios de atribuir la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales del lugar físico en el que la persona teletrabajadora presta sus servicios y cumple sus obligaciones principales con la empresa¹²².

En el caso de que los demandados no estén domiciliados en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá en cada Estado por su normativa interna de carácter internacional. En nuestro ordenamiento sería lo contemplado en el art. 25 LOPJ, que señala la competencia de los tribunales españoles en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo cuando los servicios se hayan prestado en España; el contrato se haya celebrado en España; el demandado tenga su domicilio o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; y cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios, o de celebración del contrato.

Esta regulación interna es acorde con la novedad, ya señalada, incorporada en el art. 18.2 Reglamento 44/2001/CE, que establece que *“cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviese su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en el Estado miembro”*¹²³.

¹²¹ GIMENO RUIZ, A., “Teletrabajo y Competencia Judicial Internacional”, Diario La Ley, nº 9801, 2021, págs.4-5.

¹²² MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “El Real Decreto Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol?”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M y TODOLÍ SIGNES, A. (Coord), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 497.

¹²³ OJEDA AVILÉS, A.; COMPA, L., “Globalización, Class Actions y Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, núm. 15-16, 2002, págs. 17 a 47.

A la hora de solucionar los problemas de la movilidad internacional de la mano de obra, las clásicas limitaciones de las reglas del Derecho internacional privado dejan al trabajador realmente desprotegido. Por un lado, otorgan un papel prioritario a la autonomía de la voluntad en la determinación de la legislación aplicable en los conflictos, lo que no favorece las condiciones de trabajo del trabajador, dado que en la mayoría de los casos le vendrán impuestas por el empleador. Por otro lado, provocan una gran incertidumbre debido a la disparidad de reglas que, en caso de conflicto, se aplican en los distintos Estados¹²⁴.

Este sistema de atribución de competencia facilita a las empresas la práctica del *dumping social*, señalando como fuero territorial competente aquel que presente unos inferiores niveles de protección, por lo que la doctrina¹²⁵ ha venido reclamando que se perfile este criterio en base al *vero locus laboris*, considerando no el lugar físico de prestación de servicios, sino el lugar dónde se satisface el interés perseguido por la empresa, donde tal interés se materializa en la emisión de instrucciones sobre la forma de realización de los trabajos y donde esa prestación de servicios es aprovechada. Esto supone la aplicación preferente de la ley del país dónde está ubicada la empresa, lo que además resulta más congruente con el fenómeno de los nómadas digitales, que no tienen por qué permanecer radicados en el mismo país durante toda la prestación de servicios.

Debemos tener en cuenta que en la modalidad de teletrabajo interactivo se puede determinar cuál es el lugar de la prestación habitual de los servicios: donde se realiza y verifica el cumplimiento de la prestación o donde el empresario tiene la sede de la empresa, porque es en ella donde se manifiesta la actividad desempeñada y porque va a

¹²⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., "Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español", *Relaciones Laborales*, nº 1, 1996, pág. 1343.

¹²⁵ SELLAS I BENVINGUT, R., "Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario", *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*, 2000, pág. 1133.

permitir al empresario recibir el trabajo en tiempo real con independencia del lugar en el que el teletrabajador se encuentre ubicado. Este *vero locus laboris*, tendría un carácter más protector, al atender como criterio de competencia, al verdadero lugar de trabajo, puesto que el espacio cibernético constituye un dato neutro en la determinación de la competencia judicial internacional de los litigios sobre contrato de trabajo.

Al respecto, se ha afirmado que sólo el teletrabajo en la modalidad interactiva posibilita el contacto personal en la distancia entre los sujetos del contrato de trabajo, *"pudiendo operar en la red informática y de telecomunicación a través de un diálogo interactivo en tiempo real, del mismo modo como si la prestación laboral se ejecutara físicamente en el mismo centro de trabajo, entonces cabe plantear la posibilidad de que el verdadero lugar de trabajo sea el del lugar donde se encuentre el ordenador central"* (presencia virtual)¹²⁶. En estos casos, la existencia de interactividad en tiempo real del trabajo prestado neutraliza el distanciamiento geográfico del teletrabajador, y permite sostener que el fuero será el del Estado en que se encuentre ubicada la empresa empleadora. Es una forma de entender que la prestación no se desarrolla en el lugar donde permanece el teletrabajador, sino en el lugar en que los frutos de ese trabajo se manifiestan y son aprovechados.

Si bien esta opción no es unánimemente aceptada por la doctrina¹²⁷, es la que mejor puede acotar el riesgo de *forum shopping* y *dumping social*, dado que anuda el fuero aplicable a cuestiones más difíciles de modificar, como son la sede de la mercantil, limitando las posibilidades de elección de fuero. En el ámbito del teletrabajo transnacional, el lugar de la prestación física de los servicios no tiene trascendencia, y la mayor vinculación es con el país del establecimiento del que

¹²⁶ PUNTRIANO ROSAS, C. A., "El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores", *Ius et veritas*, 2004, nº 29, pág. 163.

¹²⁷ En contra: SANGUINETTI RAYMOND, W., "El derecho del trabajo frente...", op. cit., 2005, pág. 119; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado. Volumen II.*, 18ª ed., Comares, 2018, pág. 1287.

el trabajador depende funcionalmente o donde se espera y manifiesta el resultado productivo, por lo que, pese a las distorsiones que este fuero pueda causar, debería ser el aplicable.

3.4. TRIBUTACIÓN

Otro aspecto a tener en cuenta en relación con los teletrabajadores transnacionales es su sistema de tributación.

En relación con los trabajadores españoles que se desplacen a otro Estado, la Dirección General de Tributos¹²⁸ ha venido aplicando el criterio de la territorialidad en las consultas que se le han formulado, así, entiende que las rentas derivadas de un régimen de teletrabajo resultarán o no gravadas por el IRPF en función del lugar en donde se desarrolla el trabajo en remoto¹²⁹. La base jurídica de esta decisión se sustenta en los Convenios de doble imposición aplicables a cada caso concreto, y conforme a sus reglas se determina la residencia fiscal del contribuyente. Si en base a tales reglas se entiende que el trabajador no tiene residencia fiscal en España, las rentas que obtenga en España se gravarán mediante el Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Si por el contrario se entiende que la residencia fiscal es en España, tributará en este Estado por toda la renta que obtenga.

En el sentido contrario, en relación con trabajadores extranjeros que opten por teletrabajar en España, y ante la creciente incidencia del fenómeno, la Dirección General de Tributos se ha pronunciado en los últimos meses en diversas consultas vinculantes.

Así, la consulta vinculante V2223/2022 de 25 de octubre de 2022 da respuesta al lugar de tributación de un residente en España que teletrabaja para una empresa extranjera. En este supuesto el consultante es residente fiscal en España, desde donde desarrolla la totalidad de su actividad profesional en

¹²⁸ Consultas Vinculantes: CV1952-16, de 6 de mayo de 2016; CV0906-17, de 11 de abril de 2017; CV2621-20, de 3 de agosto de 2020.

¹²⁹ MORIES JIMÉNEZ, M.T., "El teletrabajo en la imposición sobre la renta de las personas físicas", en *La revolución de las formas de empleo en el Siglo XXI*, AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., (Coord.), Ediciones Laborum, 2021, pág. 287.

remoto. Ante esta circunstancia, la Dirección General de Tributos 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 holandesa y siendo el consultante considerado residente fiscal en España, al ejercer el empleo en España, solamente tributarán en España"*.

La posterior consulta vinculante de 17 de enero de 2023, V0057-23 examina el supuesto de una persona física de nacionalidad española y residente en España, que teletrabaja por cuenta ajena para una empresa con sede en Suiza y sin establecimiento en España. No existen en el supuesto planteado desplazamientos.

Para la resolución de la consulta, la Dirección General de Tributos está a lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre el Estado Español y la Confederación Suiza¹³⁰ y sus modificaciones por Protocolos posteriores. Y concluye nuevamente que el empleo se ejerce exclusivamente en España, siendo irrelevante que los frutos del trabajo se perciban por una empresa suiza, por lo que dichas rentas solo tributarán en España como rendimientos del trabajo.

En la misma consulta vinculante se planteaba el supuesto de que el teletrabajo se realizase para una empresa alemana con residencia fiscal en Alemania. En este caso, y conforme al Convenio entre el Reino de España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su protocolo¹³¹, la tributación también se deberá realizar en exclusiva en España. Así, la consultante tiene la consideración de residente fiscal en España, al obtener rentas

¹³⁰ Instrumento de ratificación del Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre el Estado Español y la Confederación Suiza. BOE nº 53, de 3 de marzo de 1967, págs. 2912 a 2918.

¹³¹ Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su protocolo, hecho en Madrid el 3 de febrero de 2011. BOE nº 181, de 30 de julio de 2012, págs. 54477 a 54498.

del trabajo derivadas de realizar teletrabajo desde un domicilio privado en España.

Otra cuestión es la sujeción a retención a cuenta del IRPF de los rendimientos del trabajo satisfechos por la empresa extranjera empleadora, puesto que tal obligación implica la existencia de un ente obligado a retener. El artículo 76 del Reglamento del IRPF¹³², determina que, al tratarse de una empresa no residente en territorio español, tendrá obligación de retener si opera en territorio español por medio de un establecimiento permanente o, en caso de que actúe sin establecimiento permanente, únicamente respecto a los rendimientos que constituyan gasto deducible para la obtención de las rentas (rentas que se deriven de prestaciones de servicios, asistencia técnica, obras de instalación o montaje derivados de contratos de ingeniería y, en general, de actividades o explotaciones económicas realizadas en España sin mediación de establecimiento permanente)¹³³.

Como se puede observar de estas consultas vinculantes, emitidas en un muy breve plazo de tiempo, estamos ante un tema candente, y cuyas implicaciones se multiplican.

4. LA LEY DE STARTUPS

En este contexto, la reciente Ley de Startups¹³⁴ establece en su exposición de motivos su interés en la atracción de los trabajadores del trabajo a distancia con medios digitales, trabajadores a los que denomina «nómadas digitales». Este interés es el propio objeto de la norma, que pretende crear *“un conjunto de medidas específicas en el ámbito fiscal, mercantil, civil y laboral alineadas con los programas de los*

¹³² Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. BOE nº 78, de 31 de marzo de 2007, págs. 14097 a 14149.

¹³³ <https://sincrogo.com/blog/actualidad-fiscal-contable/teletrabajo-desde-espana-para-empresas-del-extranjero-como-hay-que-tributar/>

¹³⁴ Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. BOE nº 306, de 22 de diciembre de 2022, págs. 179017 a 179060.

países más avanzados y con los estándares europeos en la materia, en particular el recientemente suscrito estándar europeo nación emprendedora (EU startup nation standard)."

Centrando este análisis en las previsiones referidas a los teletrabajadores, y las necesidades del sector en materia de retención de trabajadores altamente cualificados y de alta productividad en un entorno de fuerte competencia internacional por captar capital y talento extranjero, determina una regulación diferenciada para este colectivo. Se pretende así dotar a estos trabajadores de un marco normativo incentivador de su fijación en territorio nacional, con el objetivo de favorecer el establecimiento en España de trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas. Con esta finalidad de atraer talento y dotar de una política retributiva adecuada a la situación y necesidades de este tipo de empresas, se mejora la fiscalidad de las fórmulas retributivas basadas en la entrega de acciones o participaciones a los empleados de las mismas, las denominadas *stock options*. Así, se eleva el importe de la exención de los 12.000 a los 50.000 euros anuales en el caso de entrega de acciones o participaciones a los empleados de empresas emergentes. Adicionalmente, para la parte del rendimiento del trabajo en especie que exceda de dicha cuantía se establece una regla especial de imputación temporal, que permite diferir su imputación hasta un máximo de diez años a contar desde la entrega de las acciones o participaciones.

Además, con el mismo objetivo, la norma mejora el acceso al régimen fiscal especial aplicable a las personas trabajadoras desplazadas a territorio español. En particular, se disminuye el número de períodos impositivos anteriores al desplazamiento a territorio español durante los cuales el contribuyente no puede haber sido residente fiscal en España, que pasa de diez a cinco años, con lo que se hace más sencillo el acceso a este régimen. Otra especialidad de esta norma es que extiende el ámbito subjetivo de aplicación del régimen a los trabajadores por cuenta ajena, al permitir su aplicación a trabajadores que se desplacen a territorio español para trabajar a distancia utilizando exclusivamente

medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

Autoriza además la opción por la tributación por el Impuesto de la Renta de no Residentes, posibilidad que se ofrece a los hijos del contribuyente menores de veinticinco años (o cualquiera que sea su edad en caso de discapacidad) y a su cónyuge o, en el supuesto de inexistencia de vínculo matrimonial, el progenitor de los hijos, siempre que cumplan unas determinadas condiciones.

Respecto del talento extranjero, como complemento a las medidas fiscales anteriormente recogidas, la disposición final quinta incorpora un conjunto de medidas migratorias para facilitar la entrada y residencia no solo a los profesionales altamente cualificados sino también al emprendimiento y la inversión.

4.1. VISADOS

Tal y como reconoce la exposición de motivos de la Ley de Startups, los trabajadores de las empresas emergentes pueden realizar su trabajo de manera remota, siempre que dispongan de un equipo informático y una conexión a internet de calidad. Este sistema de trabajo ha dado lugar al surgimiento de un nuevo estilo de vida denominado nomadismo digital, en el cual los nómadas digitales tienen empleos que les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia.

Para regular la residencia de este perfil de profesionales itinerantes y de otros muchos que puedan elegir España como un lugar de teletrabajo más estable, se crea una nueva categoría de visado y de autorización de residencia, el visado para el teletrabajo de carácter internacional.

Este visado permite entrar y residir en España durante un máximo de un año mientras que sus titulares trabajan para sí mismos o para empleadores en cualquier lugar del mundo. Además, la autorización de residencia para el teletrabajo internacional permite a los extranjeros que ya se hallan de forma regular en España, y a los que siendo titulares de un visado de teletrabajo vayan a agotar dicho año de residencia

y quieran continuar en España, solicitar una autorización por un período máximo de tres años, renovable por un período de dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años.

De esta forma, este supuesto se añade a los ya previstos en la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹³⁵, para facilitar la inmigración de interés económico para España, y se rige por ella para beneficiarse de todas las ventajas que otorga la citada ley, pero con las ampliaciones de vigencia de las autorizaciones de residencia contempladas en la Ley de Startups.

Esta es la denominada en la Ley, Visa Nómada Digital de España, cuyo objetivo confeso es atraer talento internacional. El requisito principal es que quien la solicite debe ser extranjero que trabaje a distancia, por cuenta propia, o ser empleado de una empresa no española que opere fuera de España. Además, debe haber trabajado al menos un año en remoto, y no haber residido en España en los últimos cinco años, entre otros requisitos. El visado tiene como objetivo atraer a los interesados a nuestro país y potenciar el desarrollo tecnológico en España y, por tanto, el aumento de la competitividad del país.

Evidentemente, este visado no es de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea ni a los extranjeros a los que les sea de aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia. En cuanto a la caracterización de qué se consideran profesionales altamente cualificados, los artículos 71 y 72 determinan que son ciertos profesionales directivos o altamente cualificados, así como graduados y postgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio. A estos colectivos se les suman el personal investigador, científico y técnico y el personal contratado por universidades, centros de educación superior o investigación o escuelas de negocios.

¹³⁵ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013, págs. 78787 a 78882.

5. CONCLUSIONES

El teletrabajo es un instrumento útil para llevar a cabo la modernización de la organización del trabajo, al facilitar la conciliación y proporcionar a los trabajadores una mayor autonomía y flexibilidad, pero para su implantación en ámbitos transnacionales se requiere una regulación jurídica clara y predeterminada.

En el seno de la Unión Europea se requeriría una Directiva que contemplase el sistema de teletrabajo, de la misma forma que existe una regulación de mínimos en el caso de los trabajadores desplazados, u otra que establece los procedimientos de información y consulta de trabajadores o el establecimiento de un Comité de empresa europeo.

Una normativa comunitaria integral de las manifestaciones del trabajo a distancia telemático soslayaría los problemas existentes en la actualidad, problemas que en lo relativo al sistema de teletrabajo transnacional no han sido plenamente solventados pese a la modificación del Convenio de Roma.

La regulación mediante una Directiva establecería un marco común para que los Estados miembros determinaran en sus legislaciones las condiciones de trabajo que los empresarios de la Unión Europea deben garantizar a los teletrabajadores transnacionales, el núcleo de normas vinculantes de protección mínima salarial y de trabajo y empleo en el país de recepción de la prestación de servicios. Así, las materias de obligado cumplimiento serían todas aquellas incluidas en el concepto de orden público laboral: tiempo máximo de trabajo y mínimo de descanso; período de vacaciones anuales retribuidas; salario mínimo; condiciones de seguridad y salud laborales; derechos básicos, en particular el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación; derechos colectivos como la libertad de sindicación y el derecho de huelga.

Del régimen legal actual, con su evidente riesgo de *dumping social* asociado, se deriva la necesidad de determinar la legislación aplicable conforme al lugar de destino "virtual" o "telemático" de la prestación (*locus laboris virtual*). Se garantizaría de esta forma la libertad de prestación de servicios, pero limitando los riesgos de alteración de la competitividad. Se tomaría en cuenta la ley del país de

destino de la prestación realizada por el teletrabajador, de forma que los teletrabajadores transnacionales tendrían los mismos derechos que los teletrabajadores internos al servicio de la misma empresa.

Esta reformulación puede tener como punto de partida el AMET, como conjunto de líneas básicas reguladoras del teletrabajo, y con este origen, regular mediante un instrumento de obligado cumplimiento el contenido mínimo aplicable y exigible en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Así las relaciones laborales de este sector tendrían una base uniforme, a partir de la cual y mediante la correspondiente transposición, cada Estado miembro podría adaptar tal norma a su contexto interno.

Evidentemente, estas conclusiones no son novedosas, y diversos autores¹³⁶ ya han señalado que ante el riesgo que supone el dumping social *"no bastan los derechos internos de vocación natural ad intra. Los retos de la globalización de los modelos de producción exigen de un enfoque internacional"*¹³⁷.

Esta normativa comunitaria respondería a los retos de la globalización, al generar mediante la universalización de unos derechos laborales básicos en el seno de la Unión Europea un ámbito de trabajo decente, cumpliendo de esta forma con uno de los objetivos de la Agenda 2030 para un Desarrollo Sostenible. Esta propuesta no supone, en absoluto, desconocer los evidentes problemas de aplicación práctica que esta eventual nueva Directiva implicaría, dado que para

¹³⁶ BAYLOS GRAU, A., "Sobre el trabajo decente: la formación del concepto", en MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*, 2016, pág. 300; 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, pág. 102; THIBAUT ARANDA, J., "Teletrabajo forzado a domicilio", *Actualidad Laboral*, nº 3, 2006, pág. 392; SANGUINETI RAYMOND, W., "La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional", *Trabajo y Derecho*, nº 98, febrero 2023, La Ley, pág. 6.

¹³⁷ FERNÁNDEZ PROL, F.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., "Trabajadores inmersos en procesos de subcontratación transnacional: ¿qué protección desde el plano internacional?", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 2020, Vol.1 (156), pág. 1385.

su correcta aplicación sería imprescindible una colaboración plena tanto a nivel administrativo como judicial entre Estados miembros.

El actual instrumento normativo de regulación del teletrabajo en el seno de la Unión Europea, el AMET, es un acuerdo adoptado por los interlocutores sociales en el ejercicio de la autonomía colectiva, y su aplicación se remite a la negociación colectiva de cada país miembro. Por tanto, su eficacia no pasa por su incorporación a una Directiva comunitaria sino que, al tratarse de un "acuerdo libre", serán los sindicatos y organizaciones empresariales pertenecientes a las organizaciones europeas signatarias del Acuerdo los que incorporen voluntariamente en sus convenios colectivos los principios y directrices estipulados. No es suficiente, es necesaria una regulación en una fuente de producción normativa de eficacia directa.

Es imprescindible, de acuerdo con el principio de neutralidad o irrelevancia del país de residencia personal, mantener los derechos del lugar del centro de disfrute de los frutos del trabajo producido por el teletrabajador, con el objetivo de que no se produzca una búsqueda de trabajadores en países con menores derechos sociales como forma de reducción de costes.

Además, este nuevo instrumento normativo debería unificar la terminología en materia de determinación de legislación aplicable, fuero y sistema de seguridad social, coordinando las reglas de conflicto en una única Directiva. Decaería así la actual distinción en cuanto al *loci laboris* como "lugar o país en el que, o desde el cual, el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo" o "lugar de ejercicio de una actividad", con las dudas interpretativas que estas distinciones provocan.