

DIXITALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DAS RELACIÓNS DE TRABALLO: O TELETRABALLO TRANSNACIONAL E INTERNACIONAL

LIDIA DE LA IGLESIA AZA
Avogada. Doutora en Dereito pola USC e
Profesora de Dereito
Universidade Internacional de la Rioja (España)
ldelaiglesiaaza@gmail.com

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.

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.

SUMARIO

1.-INTRODUCCIÓN.; 2.-RÉXIME NORMATIVO.; 3.-ESPECIAL REFERENCIA Á TRANSNACIONALIDADE E OS SEUS PROBLEMAS ASOCIADOS: 3.1.- LEI APLICABLE AO CONTRATO DE TRABALLO TRANSNACIONAL.; 3.2.- SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL.; 3.3.-FORO XUDICIAL.; 3.4.-TRIBUTACIÓN.; 4.-A LEI DE STARTUPS.; 4.1.-VISADOS.; 5.-CONCLUSIÓN.

1.INTRODUCCIÓN

Resulta indubidable que no século XXI desenvolveuse a Revolución Dixital¹ que comezou no século XX, e, igual que a Revolución Industrial durante os séculos XVIII e XIX cambiou as formas de organización do traballo, esta nova revolución está a modificar os sistemas de prestación de servizos por conta allea². E, entre as moitas innovacións xurdidas, o teletraballo destaca pola alteración dun dos presupostos tradicionais do traballo por conta allea, a localización da prestación de servizos na empresa ou no lugar decidido polo empresario.

Para abordar a situación tanto fáctica como xurídica do teletraballo é necesario comezar coa propia definición do concepto, que resultou discutida pola doutrina. Así, dende a inicial denominación de "telecommuting" efectuada por Jack

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

² TOTA, L.; PEREIRA, L. e 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, páxs. 3-14.

Nilles en 1973³, ás definicións das obras previas á pandemia da Covid-19⁴, pasando polas múltiples xurdidias con posterioridade á obrigada xeneralización⁵ deste sistema de traballo, o concepto de teletraballo non é unánime na literatura.

En todo caso a definición maioritaria, seguindo a Martín-Pozuelo López⁶ e as súas referencias, establece que é a forma de organización e/ou execución do traballo que supón a prestación habitual de servizos a distancia, isto é, fóra dos locais empresariais, mediante o uso intensivo das novas tecnoloxías da información e a comunicación. Definición con moitos puntos en común coa doutros autores como Pérez de los Cobos⁷ ou Thibault Aranda⁸.

De forma máis completa definiuse por Gray e outros⁹ como *"unha forma flexible de organización do traballo, que consiste no desempeño da actividade profesional sen a presenza física do traballador na empresa durante unha parte importante do seu horario laboral. (...) A actividade profesional no teletraballo implica o uso frecuente de métodos de procesamento electrónico de información, e o uso*

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

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

⁵ Novamente só 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, páxs. 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.

permanente dalgún medio de telecomunicación para o contacto entre o traballador e a empresa".

Estas definicións teñen en común os elementos básicos que delimitan o concepto: actividade profesional remunerada prestada por conta allea; realizada con descentralización do lugar de traballo; caracterizada polos medios e a tecnoloxía utilizada para a prestación dos servizos e cunha certa atenuación do vínculo de subordinación naqueles postos de traballo cuxo desempeño esixe unha maior cualificación e especialización do traballador¹⁰.

De todo iso se deriva que é un xénero propio dentro do traballo a distancia, caracterizado pola aplicación intensa das novas tecnoloxías da información, comunicación e telecomunicación¹¹, ao tratarse *"dun traballo no que as TIC son fundamentais, non só como soporte da actividade do traballador (algo que ocorre na maioría dos traballos), senón que son estas as que fan posible o desprazamento do traballador fóra da empresa"*¹².

En canto á atenuación do vínculo de subordinación, este sistema de prestación de servizos obriga a un cambio na forma de valorar a subordinación, así, en palabras de Sanguinetti, *"o que a emerxencia destes fenómenos pon en cuestión é o sistema de indicios utilizado ata o momento para determinar a presenza da subordinación (asistencia ao centro de traballo, cumprimento de horarios, control directo e constante)"*¹³. Desta forma, xorden sistemas de vixilancia e control a distancia, que mesmo poden dar lugar a un incremento da suxeición do traballador ás ordes empresariais¹⁴.

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

¹¹ GODINO REYES, M., *La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo*, Sagardoy Francis Lefebvre, 2020, páxs. 16 e 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, páx. 55.

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

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

En todo caso, para que sigan concorrendo as notas definitorias do traballo por conta allea establecidas no art. 1.1. do Estatuto dos traballadores¹⁵, tense que acreditar que, con independencia da deslocalización, mantense un poder de disposición do empresario sobre a actividade laboral do teletraballador.

2. RÉXIME NORMATIVO

No achegamento á normativa reguladora deste sistema de traballo, podemos atopar as primeiras referencias ao traballo a distancia, precursor do teletraballo, no art. 1 do Convenio nº 26 da OIT sobre os métodos de fixación dos salarios mínimos (1928)¹⁶; nos art. 6 a) e i) do Convenio nº 97 sobre os traballadores migrantes (1949)¹⁷; nos artigos 1 e 7 do Convenio nº 103 de protección á maternidade (1952)¹⁸; no apartado VIII, punto 34 da Recomendación nº 99 sobre adaptación e readaptación profesionais dos inválidos (1955)¹⁹; e no apartado IV punto 21.1 da Recomendación nº 165 sobre os traballadores con responsabilidades familiares (1981)²⁰. Pero todas elas teñen en común ser aproximacións moi parciais a este fenómeno²¹.

Así, unha regulación completa non a atopamos ata o Convenio 177 da OIT²², que entrará en vigor en España o 25 de maio de 2023. Esta norma, aínda que non fai referencia expresa ao teletraballo, si define o traballo a domicilio no seu

¹⁵ Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores. BOE/BOE núm. 255, do 24 de outubro de 2015, páxs. 100224 a 100308.

¹⁶https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NON::P12100_ILO_CODE:C026

¹⁷https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NON::P12100_INSTRUMENT_IDE:312242

¹⁸https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NON::P12100_ILO_CODE:C103

¹⁹http://www.oit.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NON::P12100_INSTRUMENT_IDE:312437

²⁰https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NON::P12100_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, páxs. 261 a 269.

²²https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NON::P12100_ILO_CODE:C177

artigo 1.1.a) como aquel no que, coexistindo as notas identificativas da relación por conta allea, se engade un elemento xeográfico, que a prestación de servizos se realice no domicilio do traballador ou noutros locais que este escolla, distintos dos locais de traballo do empregador.

No apartado b) deste mesmo artigo exclúense os supostos nos que *“esa persoa teña o grao de autonomía e de independencia económica necesario para ser considerada como traballador independente en virtude da lexislación nacional ou de decisións xudiciais”*.

Posteriormente, a Recomendación 184 da OIT sobre o traballo a domicilio²³ precisou os dereitos inherentes a este sistema de traballo²⁴, pero sen especial transcendencia en canto á propia definición.

Tempo despois, a OIT, na súa nota técnica do 22 de xullo de 2020²⁵, entendeu o teletraballo como *“unha subcategoría do concepto máis amplo de “traballo a distancia”, que engloba aos traballadores que utilizan tecnoloxías da información e da comunicación (TIC) ou teléfonos fixos para desempeñar o traballo remotamente”*.

No marco da Unión Europea, xa no Libro Verde da Comisión Europea sobre «Cooperación para unha nova organización do traballo», do 16 de abril de 1997²⁶ aludíase ás implicacións sociais do traballo transfronteirizo e á “cuestión do teletraballo transnacional”. Recoñecía-se neste instrumento, apartados 75 a 80, a dimensión transnacional das tecnoloxías da información e das comunicacións como elemento a valorar para a elaboración dunha futura disciplina comunitaria. Nun sentido parecido, a moi posterior Resolución do Parlamento

²³ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NON:12100:P12100_INSTRUMENT_IDE:312522:NON

²⁴ FERNANDEZ PROL, F.; “Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional)”, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, nº 154, 2022, páx. 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, páx. 7.

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

Europeo do 15 de xuño de 2017²⁷ sobre unha Axenda Europea para a economía colaborativa, destacaba a importancia do teletraballo, defendendo *“a necesidade de equiparar estas modalidades laborais coas tradicionais”*.

Aínda que non realiza unha análise excesivamente profunda, a regulación pasa tamén pola Directiva (UE) 2019/1152²⁸, debido a que o seu considerando 15 fai referencia ás formas de traballo atípicas, determinando a submisión destas relacións de traballo específicas ás disposicións mínimas en materia de dereitos laborais. E iso en desenvolvemento do principio nº 5 do pilar europeo de dereitos sociais (Gotemburgo 17 de novembro de 2017).

No ano 2000 Eurofound, no seu informe *“The Social Implications of Teleworking”*²⁹, recoñecía que o teletraballo non era categoría legal para os países da Unión Europea, e en canto á definición, sinalaba que *“o teletraballo é un acordo de traballo no que o traballo se realiza fóra das instalacións do empregador por medio de tecnoloxías da información e a comunicación (TIC). Os trazos característicos do teletraballo son o uso de ordenadores e telecomunicacións para cambiar o lugar habitual de traballo, a frecuencia coa que o traballador está a traballar fóra das instalacións do empregador e a cantidade de lugares onde os traballadores traballan a distancia (mobilidade)”*.

No ano 2001 os interlocutores sociais europeos (CES, UNICE-UEAPME e CEEP) inician negociacións orientadas a alcanzar un acordo para a aplicación do teletraballo nos Estados membros e nos países do Espazo Económico Europeo.

Neste mesmo ámbito negocial, ao amparo da declaración conxunta do Cume de Lisboa, acordáronse con anterioridade unha serie de directrices de carácter sectorial sobre o

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

²⁸ Directiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeo e do Consello, do 20 de xuño de 2019, relativa a unhas condicións laborais transparentes e previsibles na Unión Europea DOUE núm. 186, do 11 de xullo de 2019, páx. 105 a 121.

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

teletraballo³⁰, destacando as do Comité de diálogo social do sector das telecomunicacións. Estas tiñan como obxecto desenvolver unha organización do traballo flexible en todas as empresas europeas do sector, propoñendo a súa adopción voluntaria conforme as lexislacións e prácticas de negociación colectiva de cada país. Nun sentido equivalente, o acordo entre os empresarios do sector do comercio EuroCommerce e o sindicato de traballadores UNI-Europa Commerce, indicando para ese sector que os teletraballadores deben gozar dos mesmos dereitos que outros traballadores asalariados³¹.

Estas negociacións parciais culminan coa subscrición entre os interlocutores sociais europeos do Acordo Marco Europeo sobre Teletraballo (AMET)³², subscrito en Bruxelas o 16 de xullo de 2002, pola vía prevista no art. 138 do Tratado da Unión Europea (TUE). O Acordo contén unha definición expresa do teletraballo ao establecer que é a *“forma de organización e/ou de realización do traballo utilizando as tecnoloxías da información, no marco dun contrato ou dunha relación laboral, na que un traballo, que tamén podería realizarse nos locais do empresario, se executa habitualmente fóra deses locais”*.

³⁰ Véxase a Comunicación da Comisión Modernizar a organización do traballo. Actitude positiva ante o cambio, do 25 de novembro de 1998, COM, (98), 592 onde se intensifica a importancia do teletraballo.

³¹ Acordo asinado en Bruxelas o 26 de marzo 2001. O acordo só afecta aos teletraballadores asalariados do sector e non regula a actividade ocasional de teletraballo. O lugar dende o que se desempeña o teletraballo considéraseo como equivalente a outros lugares de traballo da empresa. Así mesmo, establece as directrices sobre a notificación das condicións reais nas que se desempeña o teletraballo, a protección de datos, a protección da vida privada e a seguridade dos equipos utilizados. En relación ao equipo sinala que a empresa é responsable de todo o equipo necesario, instalación, mantemento e adaptación, así como da formación necesaria para que o teletraballador poida desempeñar as súas funcións. Por último, en canto aos dereitos sindicais dos teletraballadores, o acordo recoñece que deben ser iguais aos doutros asalariados da empresa da que se trate e que poderán participar en toda actividade sindical ou de representación do persoal.

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

Tal e como se sinalou³³ *“o Acordo Marco formula unha cuestión interesante ao concibir o teletraballo como unha forma de organización do traballo e non como un status do traballador. (...) Na medida en que o Acordo Marco identifica o teletraballo coa forma de organizar o traballo e non co status do traballador, a opción voluntaria do teletraballo non afecta ao status laboral do traballador, equiparándoo para todos os efectos ao resto de traballadores presenciais e recoñecendo de pleno todos os seus dereitos”*.

En canto á natureza xurídica deste Acordo, é froito da autonomía da vontade dos interlocutores sociais, así, foi subscrito pola Confederación Europea de Sindicatos (CES), a Unión de Confederacións da Industria e de Empresarios de Europa (UNICE) / a Unión Europea do Artesanado e da Pequena e Mediana Empresa (UEAPME) e o Centro Europeo da Empresa Pública (CEEP). Por iso, é de natureza recomendatoria, e constitúe un mero marco xeral³⁴, aínda que en España foi incorporado ao Acordo Interconfederal para a Negociación Colectiva de 2003³⁵, pero esta incorporación non equivale en ningún caso a unha recepción en Dereito Interno. O Acordo Interconfederal ten unicamente carácter orientador sobre os criterios que deben seguirse na negociación colectiva. No posterior terceiro Acordo para o Emprego e a Negociación Colectiva 2015, 2016 e 2017³⁶ (prorrogado neste apartado polo IV Acordo), delimitáronse algúns marcos para a negociación dos convenios colectivos con base no contido do Acordo Marco Europeo, ao recoñecer o *“teletraballo como un medio de modernizar a organización do traballo para facer compatible a flexibilidade para as empresas e a seguridade para os traballadores”*.

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

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

³⁵ BOE do 24 de febreiro de 2003.

³⁶ BOE do 20 de xuño de 2015.

En todo caso, sinalouse³⁷ que “o tempo e a ausencia doutros referentes, permitiron que opere tamén como unha relevante fonte de inspiración para os lexisladores nacionais, incluído o noso”.

Con este contexto internacional na regulación do teletraballo, é necesario profundar no sistema legal español. O inicial artigo 13 do Estatuto dos traballadores de 1980³⁸ regulaba o traballo a domicilio, antecedente evidente do teletraballo, sinalando que “*terá a consideración de contrato de traballo a domicilio aquel en que a prestación da actividade laboral se realice no domicilio do traballador ou no lugar libremente elixido por este e sen vixilancia do empresario*”.

A redacción deste artigo pola Lei 3/2012, do 6 de xullo, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral³⁹ supuxo unha revolución no propio concepto⁴⁰, dado que o traballo a domicilio pasou a denominarse traballo a distancia, podendo desenvolverse no lugar libremente elixido polo traballador e con obriga de formalización por escrito. De feito, a exposición de motivos da norma establecía de modo explícito que a reforma do artigo 13 ET tiña como obxecto acoller “*o traballo a distancia baseado no uso intensivo das novas tecnoloxías*”, tratando esta singular maneira de prestación da actividade, o teletraballo, que posibilita a súa realización sen entender de barreiras xeográficas tradicionais. A pesar desta prometedora aproximación na exposición de motivos, non se realizou ningunha referencia explícita ao teletraballo no texto normativo. Tal e como se remarcou⁴¹, a nova redacción do artigo 13 do Estatuto, era

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, páx. 235.

³⁸ Lei 8/1980, do 10 de marzo, do Estatuto dos traballadores. BOE núm. 64, do 14 de marzo de 1980, páxs. 5799 a 5815.

³⁹ BOE núm. 162, do 7 de xullo de 2012, páxs. 49113 a 49191.

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

⁴¹ LOUSADA AROCHENA, F. e RON LATAS, R.P., “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho

unha “*regulación de mínimos para deixar campo á autonomía da vontade*”.

O Real decreto lexislativo 2/2015⁴² perfilou minimamente o concepto, pero non houbo un salto regulatorio transcendente ata o derivado da crise provocada pola expansión da Covid-19. Así, o Real decreto-lei 8/2020⁴³ priorizou o traballo a distancia como medida de contención do virus, aínda que sen conceptualizalo.

Xa antes desta crise, a Lei orgánica de protección de datos⁴⁴, artigos 87 a 91, regulara indirectamente o teletraballo, establecendo dereitos básicos para a protección das persoas que traballan a distancia mediante a utilización dos dispositivos dixitais.

O 13 de outubro de 2020, entra en vigor o Real decreto-lei 28/2020, do 22 de setembro, de traballo a distancia⁴⁵, coa nova regulación nel contida. En termos definitorios, o seu art. 2.b), establece como concepto de teletraballo “*aquel traballo a distancia que se leva a cabo mediante o uso exclusivo ou prevalente de medios e sistemas informáticos, telemáticos e de telecomunicación*”. Definición que non se modificou na posterior norma de convalidación, a Lei 10/2021, do 9 de xullo, de traballo a distancia⁴⁶. Con acerto sinalouse⁴⁷ que “*coa publicación oficial do Real decreto-lei 28/2020, do 22 de setembro procedíase a romper unha tradición do noso ordenamento laboral que ata a data integrara fisicamente a*

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, páx. 42.

⁴² Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores. BOE núm. 255, do 24 de outubro de 2015, páxs. 100224 a 100308.

⁴³ Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social da Covid-19. BOE nº 73, do 18 de marzo de 2020, páxs. 25853 a 25898.

⁴⁴ Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais. BOE nº 294, do 6 de decembro de 2018, páxs. 119788 a 119857.

⁴⁵ BOE nº 253, do 23 de setembro de 2020, páxs. 79929 a 79971.

⁴⁶ BOE nº 164, do 10 de xullo de 2021, páxs. 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 colectiva. Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, ALFONDO MELLADO, C.L. e outros (coord.), Cinca, 2022, páx. 264.

regulación do traballo a distancia no marco do Estatuto dos traballadores”.

Mais alá da excepcionalidade derivada da crise da Covid-19, unha das características esenciais do teletraballo, na configuración efectuada pola normativa interna, é a voluntariedade do seu exercicio e a reversibilidade da decisión. Desta forma, o teletraballo ha de ser froito do pacto voluntario entre o empresario e o traballador tanto polo que refire á súa concertación *ab initio* como durante o desenvolvemento da relación, pero sempre antes do comezo do traballo a distancia⁴⁸. O terceiro principio básico, seguindo a regulación da Unión Europea, é a equiparación de dereitos destes traballadores aos propios dos vínculos ordinarios.

3. ESPECIAL REFERENCIA Á TRANSNACIONALIDADE E OS SEUS PROBLEMAS ASOCIADOS

Determinado o concepto, e excluindo as formas de teletraballo derivadas da situación extraordinaria motivada pola irrupción da Covid-19, así como as particularidades do teletraballo derivado dos dereitos de conciliación das persoas traballadoras, o presente estudo vai centrarse no exercicio do teletraballo no ámbito transnacional, ámbito ao que a normativa aludida non dotou dunha regulación propia e diferenciada máis alá das xenéricas previsións do AMET. Así, as normas estudadas non estableceron un concepto propio do teletraballo transnacional, polo que haberá que acudir aos múltiples estudos doutriniais sobre a materia.

O concepto de teletraballo transnacional ou teletraballo *offshore* fai referencia ao fenómeno polo que as empresas poden contar cos servizos retribuídos de persoas cualificadas de calquera parte do mundo sen necesidade de que se despracen ao país onde se atopan as instalacións da empresa. Desta forma, a localización xeográfica do traballador non supón unha distorsión na realización do traballo, e a súa peculiaridade principal é a existencia dun elemento de estranxeiría, que dota o traballo dun réxime específico regulado polo Dereito internacional privado. En

⁴⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “O teletraballo e as súas fontes de regulación. Especial consideración á autonomía colectiva”, Revista Galega de Dereito Social, 2ª ET, 11, 2020, páx. 54.

concepto simplificado, sería “o *traballo prestado nun Estado diferente a aquel onde está instalada a empresa matriz*”⁴⁹.

A definición máis aceptada do traballo transnacional pódese concretar en “*modalidade do teletraballo na que, máis aló da prestación de servizos mediante o uso exclusivo ou prevalente das novas tecnoloxías de información e de comunicación, a persoa teletraballadora atópase establecida nun país distinto do da empresa destinataria da prestación*”⁵⁰.

Desta maneira, o concepto de teletraballo transnacional queda enmarcado dentro da noción do traballo a distancia transnacional, que se define como “*aquela relación laboral que transcorre a través de varios Estados, normalmente porque o empregado desenvolve as obrigas propias do seu posto de traballo nun territorio soberano distinto daquel onde se sitúa o seu empresario*”⁵¹. E iso a pesar de pequenos matices que diversos autores efectuaron ⁵².

Aínda que tanto o traballo *offshore* como o teletraballo transfronteirizo son materializacións do teletraballo, entre ambos os conceptos existen perfís levemente diferenciados. O teletraballo *offshore* “*fai referencia á actividade que foi*

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

⁵⁰ MA ZHOU, M., “La problemática del trabajo transnacional y reflexiones Lege Ferenda”, Temas Laborales nº 165, 2022, páx. 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 e THIBAUT ARANDA, J, La Ley Wolters Kluwer, 2021, páx. 661.

⁵² THILBAULT ARANDA, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, Consejo Económico y Social, 2001, páx. 261, asocia o fenómeno do teletraballo transnacional co de teletraballo transfronteirizo ou *offshore*; SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Editorial Aranzadi, 2001, páx. 114, asimila o teletraballo transnacional co teletraballo *offshore*, ao definilo como “*o desenvolvemento da prestación de traballo nun Estado distinto daquel ao que pertence ou se atopa situado o centro de traballo*”. Fronte á definición DE ANDRÉS GILS, J.J., OLANO OCARÍZ, M. e LETE MURUGARREN, A., “Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo de la sociedad de la información.”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, páx. 30, que identifica o teletraballo transfronteirizo como aquelas situacións onde a parte emisora e a parte receptora están situadas en países que teñen unha fronteira común, mentres que o teletraballo *offshore* refírese á actividade que foi transferida a contornas de traballo con menor custo ou de menor regulación, e que se atopan xeograficamente moi distantes.

*transferida a contornas de traballo con menor custo ou de menor regulación, e que se atopan xeograficamente, moi distantes". En cambio, o teletraballo transfronteirizo "aplícase en situacións onde a parte emisora e a parte receptora están situadas en países que teñen unha fronteira común"*⁵³.

Fóra desta análise vai deixarse o traballo para plataformas dixitais⁵⁴, con características propias non sempre coincidentes coas do teletraballo transnacional.

Tal e como sinalou Sanguinetti ⁵⁵, é un concepto concordante nos seus principais elementos coa noción de eWork acuñada pola Comisión Europea, que o define como todo tipo de traballo realizado fóra da sede da empresa, pero coordinado con esta mediante o emprego das novas tecnoloxías da información e da comunicación para a súa recepción e entrega, con independencia de que sexa realizado por traballadores da empresa ou por persoal subcontratado.

Dentro deste sistema de traballo xorde ademais o fenómeno do nomadismo dixital internacional ou teletraballo internacional móbil, caracterizado polo feito de que a prestación de servizos se realiza de forma itinerante, variando os países dende os que se prestan os servizos por vontade do propio traballador, de maneira que se dilúe o elemento físico do lugar de exercicio laboral.

O sistema de traballo do concepto global do teletraballo transnacional, no que se engloban as demais subvariantes, pode determinar a materialización da ameaza de dúmping social⁵⁶, entendéndoo como as "*prácticas legais que reducen*

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

⁵⁴ Un estudo en profundidade 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, páxs. 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, páx. 110.

⁵⁶ Para una definición de dúmping social utilizamos a do *Diccionario panhispánico del español jurídico* da Real Academia Española (2023): "Prácticas legais ou administrativas que reducen os niveles de protección dos

*os niveis de protección dos traballadores, producindo un abaratamento dos custos laborais, con vistas a favorecer o investimento estranxeiro e a exportación*⁵⁷. Concepto equiparable ao establecido no glosario da Dirección Xeral de Migración e Asuntos de Interior da Comisión Europea⁵⁸, que o define como *"aquela práctica pola cal os traballadores reciben salarios e/ou condicións de traballo e de vida que son inferiores ás especificadas pola lei ou os convenios colectivos no mercado laboral pertinente, ou que prevalecen alí"*.

Aínda que o teletraballo pode ser unha estratexia de xestión de talento e de atracción de profesionais⁵⁹, non por iso deixa de ser un mecanismo para a consecución de vantaxes competitivas, entre outras, as derivadas do aproveitamento dos diferentes sistemas xurídicos⁶⁰. Iso implica o perigo de que se favoreza a contratación de traballadores en países con menores custos sociais, con recolocación de servizos polas empresas e perda de dereitos polos traballadores. Esta práctica crebaría o equilibrio entre as empresas tradicionais e as que deslocalicen os seus servizos, dando lugar a unha competencia desleal no mercado.

Deste perigo alertou a Comisión de Emprego e Asuntos Sociais da Unión Europea no seu informe de 2016⁶¹, no que sinalaba os múltiples efectos perniciosos desta práctica, tanto no ámbito económico (distorsións no mercado e na competencia), social (discriminacións e diferenzas de trato

traballadores, producindo un correlativo abaratamento dos costes laborais, con vistas a favorecer a inversión estranxeira e a exportación".

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, páxs. 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, páxs. 119 a 136.

⁶⁰ DE JUAN JUAN, A. e 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, páxs. 118-119.

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

inxustificadas entre diversos traballadores), financeiro e orzamentario (inxustificada minoración en cotizacións e tributacións) e de emprego (ocupación unicamente en países con baixos niveis de cargas sociais). Todo iso pode dar lugar ao que Thibault Aranda definiu como "*un mercado internacional da materia gris en vías de desenvolvemento e un terciario apátrida e nómade que distorsiona a competitividade e o normal funcionamento das empresas no mercado*"⁶².

Este risco de dúmping social limitouse parcialmente no ámbito da Unión Europea, dado que un dos principios fundamentais das políticas da Unión é a cohesión social, o que implica unha aproximación continua e constante dos salarios e da protección en materia de seguridade social que se garante a todos os traballadores, tanto os locais como os desprazados. A pesar diso, persisten na Unión diferencias substanciais nas condicións laborais e salariais, polo que unha converxencia social á alza é clave para a prosperidade e o aumento da demanda interior no conxunto da UE; logrando así os obxectivos do art. 9 do TFUE⁶³.

Pero, o sistema de teletraballo transnacional no ámbito da Unión Europea non deixa de ser unha forma máis de aplicación do principio de libre circulación⁶⁴ e libre prestación de servizos determinados actualmente polos artigos 49 e 56 do TFUE, e en canto a tal exercicio de dereitos, non pode ser limitado inxustificadamente⁶⁵.

É indubidable que se están suscitando problemas derivados do feito de que o lugar de prestación de servizos elixido polo traballador se atope nun país distinto ao do centro de traballo

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

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

⁶⁴PAZÓ 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, páxs. 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, páxs. 57 a 70.

de adscrición daquel. Neste escenario de teletraballo con elementos estranxeiros na relación laboral, e ante a ausencia de normas xerais expresamente pensadas para o teletraballo transnacional, a solución actual radica na aplicación de normas xerais, non creadas para o teletraballo pero que hai que proxectar sobre este mentres non exista unha norma especificamente dirixida á súa regulación.

Os problemas específicos que suscita o elemento internacional desta relación laboral son a determinación da lei aplicable ao contrato de traballo, o sistema nacional de seguridade social no que debe incluírse o traballador e o foro competente para dirimir os conflitos que poidan xurdir entre as partes.

3.1. LEI APLICABLE AO CONTRATO DE TRABALLO TRANSNACIONAL

O obxecto do Regulamento Roma I⁶⁶ é favorecer a previsibilidade do resultado dos litixios, a seguridade en canto á lei aplicable e a libre circulación de resolucións xudiciais, e para iso determina que as normas de conflito de leis vixentes nos Estados membros deben designar a mesma lei nacional con independencia do país do tribunal ante o que se formulou o litixio.

Con miras a lograr este obxectivo, o artigo 8, referido aos contratos individuais de traballo, sinala como lexislación aplicable a de elección das partes⁶⁷, sempre que tal elección non tivese por obxecto privar ao traballador de dereitos indispoñibles, conforme as normas imperativas aplicables a falta de tal elección. Por tanto, aínda no caso de elección das partes da normativa aplicable, é imperativo coñecer a lei que resultaría de aplicación no seu defecto, como garantía dos dereitos do traballador.

A falta de elección, o lugar habitual de traballo establécese como eixo fundamental para a determinación da normativa que rexe a relación laboral. Desta forma, o principio *lex loci*

⁶⁶ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeo e do Consello, do 17 de xuño de 2008, sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008.

⁶⁷ Art.3. "*Esta elección deberá manifestarse expresamente ou resultar de maneira inequívoca dos termos do contrato ou das circunstancias do caso*".

laboris é dificilmente discutible no ámbito contractual. Sitúase así o lugar habitual de traballo como eixo fundamental na determinación da normativa nacional aplicable, polo que, desprazar a lei do lugar de traballo para aplicar a lei que resulte dalgún outro punto de conexión é excepcional, unha determinación de norma aplicable supeditada á concorrencia de circunstancias extraordinarias, por exemplo a imposibilidade de determinar un só lugar habitual de traballo⁶⁸.

Xustamente, no caso de que non poida establecerse o lugar habitual de prestación de servizos, o contrato rexeráse pola lei do país onde estea situado o establecemento a través do cal fose contratado o traballador (art. 8.3). A interpretación deste criterio, non sempre sinxela, realizouse dunha forma ampla, entendendo por establecemento de contratación o situado onde se localicen os elementos relativos ao procedemento de conclusión do contrato (onde se publicou a oferta de emprego, onde se realizaron as entrevistas...) tentando desta forma determinar a localización real do establecemento⁶⁹.

A cláusula de excepcionalidade fíxa o apartado 4 do artigo 8, ao establecer que, *"se do conxunto de circunstancias se desprende que o contrato presenta vínculos máis estreitos cun país distinto do indicado nos apartados 2 ou 3, aplicarase a lei desoutro país"*.

Tal e como se decidiu no considerando 36 da sentenza Schlecker⁷⁰, cando da totalidade das circunstancias resulte que o contrato de traballo presenta vínculos máis estreitos con outro país, corresponde ao xuíz nacional deixar de lado os criterios de vinculación contemplados no artigo 6, apartado 2, letras a) e b), do Convenio de Roma e aplicar a lei desoutro país.

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/>

⁶⁹ C-384/10 -Sentenza do Tribunal de Xustiza do 15 de decembro de 2011. Jan Voogsgeerd contra Navimer S.A. (ECLI:EU:C:2011:842)

⁷⁰ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 12 de setembro de 2013, Anton Schlecker contra Melitta Josefa Boedeker, Asunto C-64/12 (EU:C:2013:551)

Segundo os atinados análises de Martín-Pozuelo López, A.⁷¹ e Cruz Villalón⁷², detectouse nos últimos tempos un envellecemento das regras de Roma I e o xurdimento de vías de escape para os seus obxectivos de protección da parte contratante débil. E iso por canto o Regulamento ten como punto de partida outorgar liberdade de elección ás partes, liberdade de elección que provoca un incremento do risco de que o empregador impoña a aplicación do ordenamento con estándares de protección do traballador e dos seus dereitos fundamentais máis baixos.

En sentido equivalente, o segundo criterio, o lugar de prestación de servizos, *lex loci laboris*, móstrase no caso dos traballadores transnacionais como unha regra de conexión susceptible de ser instrumentalizada ao servizo de estratexias encamiñadas a obter vantaxes competitivas do aproveitamento das diferenzas de tutela existentes entre os distintos ordenamentos laborais, isto é, de dúmping social⁷³. Do que non hai dúbida é de que o Estado competente xudicialmente deberá determinar a lei aplicable ao contrato de traballo de acordo coas normas de conflito do Estado do foro conforme o Convenio de Roma de 1980⁷⁴ dado que este ten unha aplicación universal con base en que “a Lei designada polo presente Regulamento aplicarase aínda que non sexa a dun Estado membro” (art. 2).

Estes criterios contemplados no Regulamento Roma I, ao non excepcionalo, son aplicables ao teletraballo transnacional, tanto nos supostos en que o empresario e o traballador se atopen en distintos Estados membros como no caso de que o empresario se atope en territorio comunitario e o traballador

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

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

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 a lei aplicable ás obrigas contractuais aberto á firma en Roma o 19 de xuño de 1980. DOCE nº 266, do 9 de outubro de 1980, páxs. 1 a 19.

fóra del, e opte por demandalo ante os tribunais comunitarios do seu domicilio⁷⁵.

Pero a pesar de ser aplicable, o Convenio Roma I na súa orixe non estaba pensado para este tipo de prestación de servizos, polo que as singularidades do teletraballo e as súas diversas manifestacións dificultan a determinación da lei aplicable ao contrato de traballo. Desta sorte, a regra xeral da elección da lexislación aplicable polas partes resulta limitada pola regra especial do apartado 3, que sinala que a elección polas partes dunha lei estranxeira *"non impedirá a aplicación das disposicións da lei desoutro país que non poidan excluírse mediante acordo"* (art. 3.3). Limitacións de especial transcendencia á vista do apartado 4 do artigo 3, que sinala *"cando todos os demais elementos pertinentes da situación estean localizados no momento da elección nun país distinto daquel cuxa lei se elixe, a elección das partes non impedirá a aplicación das disposicións da lei desoutro país que non poidan excluírse mediante acordo"*.

Por tanto, en virtude do art. 8.1 a elección polas partes da lei aplicable ao contrato de traballo depende do contido da protección que o Dereito do país en cuestión estableza a favor do traballador, e non é plena. E, a falta de elección, o contrato de traballo rexerase pola lei do Estado en cuxo territorio o traballador realiza habitualmente o seu traballo. No suposto de traballadores que non realizan habitualmente o seu traballo nun mesmo Estado, pero si o levan a cabo dende un mesmo Estado, supostos nos que hai un Estado que constitúe unha sorte de «base de operacións», *"estarase á lei do país «a partir do cal» (ou dende o cal) o traballador realiza habitualmente o seu traballo, non a lei do establecemento a través do cal foi contratado"*.

Ademais, aclarouse o concepto de «lugar habitual de traballo», de forma que un mero desprazamento temporal do traballador non fai caer esa conexión.

Pero, se conforme a estas regras, non pode determinarse a lei aplicable, *"o contrato rexerase pola lei do país onde estea situado o establecemento a través do cal fose contratado o*

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, páxs. 2 e 3.

traballador”, o relevante non é «onde se celebrou o contrato» de traballo, senón «a través do cal» se estableceu a relación laboral.

Unha importante parte da doutrina⁷⁶ defendeu a interpretación de que a prestación de servizos en réxime de teletraballo se realiza sempre dende a empresa contratante, con independencia da súa localización física. Desta forma, o risco de dúmping social reduciríase considerablemente ao ser aplicable a lei do lugar en que está situada a empresa, dotando aos teletraballadores nacionais e transnacionais dos mesmos dereitos, mesmo a todos os traballadores da empresa, sexan teletraballadores ou non. Pero esta interpretación require prescindir do elemento xeográfico e do teor literal do art. 8 do Regulamento Roma I, que efectúa unha referencia xeográfica clara vinculada co espazo de execución material das tarefas, non parece posible⁷⁷.

Outra postura foi considerar que a prestación se realiza simultaneamente en dous lugares diferentes, por unha banda, no que se atopa fisicamente o teletraballador e por outra no que se atopa a terminal empresarial. No asunto Weber⁷⁸, o Tribunal de Xustiza determinou que debe realizarse unha análise global de todos os elementos, situando a prestación habitual de servizos no lugar dende o que o traballador cumpra principalmente as súas obrigas.

Pero este sistema deriva a decisión da lei reguladora á apreciación do xuíz, facendo imprevisible a predeterminación da lei aplicable.

De aí a transcendencia da cláusula de excepcionalidade do apartado 4, *“se do conxunto de circunstancias se desprende*

⁷⁶MARTÍN-POZUELO LOPEZ, A., *El Teletrabajo*, op. cit., páx. 67 “*poderíase producir un cambio nesta interpretación se se entendese que, nos casos de teletraballo interactivo, existe un centro efectivo de actividades “virtual”, situado alí onde se atopa o terminal da empresa, de onde parten as instrucións e dende onde se realiza o seguimento e control da prestación laboral de maneira interactiva (...) Con todo, sería difícil obviar a existencia do centro de actividades “físico”, o que nos levaría á necesidade de utilizar os criterios cualitativo e cuantitativo para optar por un centro ou outro*”.

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 Sentenza do Tribunal de Xustiza do 27 de febreiro de 2002. Herbert Weber contra Universal Ogden Services Ltd. (ECLI:EU:C:2002:122)

*que o contrato presenta vínculos máis estreitos cun país distinto, aplicarase a lei desoutro país”, poderíase denominar este foro o *vero loci laboris*, máxime cando a formulación desta regra determínaa como de carácter preferente na súa aplicación á regra xeral e á regra subsidiaria. Configúrase por tanto como unha cláusula de escape.*

Desta forma, o artigo 8.4 do Regulamento Roma I ofrece unha cláusula de salvagarda conforme a cal se permite aos órganos xurisdicionais non aplicar a norma do lugar de prestación habitual de servizos nin do establecemento, aplicando a lei dun terceiro país cando das circunstancias do caso se derive que o contrato de traballo presenta vínculos máis estreitos con tal Estado. Un exemplo de aplicación desta cláusula de salvagarda é o caso *Schlecker*, no que se decidiu que *“entre os elementos significativos de vinculación, procede, pola contra, ter en conta particularmente o país no que o traballador por conta allea paga os seus impostos e os tributos que gravan as rendas da súa actividade e aquel en o que está afiliado á seguridade social e aos distintos réximes de xubilación, seguro por enfermidade e invalidez. Por outra banda, o órgano xurisdiccional nacional debe ter en conta tamén a totalidade das circunstancias do asunto, como, en particular, os parámetros relacionados coa fixación do salario ou outras condicións de traballo. (...) , mesmo no caso de que o traballador realice o traballo obxecto do contrato de traballo de modo habitual, durante un longo período e sen interrupción no mesmo país, o xuíz nacional pode descartar, en aplicación do parágrafo segundo da devandita disposición, a lei aplicable no dito país cando da totalidade das circunstancias se desprende que existe un vínculo máis estreito entre o dito contrato e outro país”*.

No contexto tecnolóxico do teletraballo transnacional esta cláusula ata o de agora residual referida aos «vínculos máis estreitos» pode ter unha transcendencia esencial, podería ser o suposto dos casos en que se verifique unha conexión permanente co ordenador central da empresa⁷⁹, por exemplo. Son os supostos nos que os froitos do traballo

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

prestado nun Estado son aproveitados de maneira máis transcendente noutro Estado membro.

En todo caso, a cláusula de escape do país máis estreitamente vinculado, é unha cláusula aberta que podería interpretarse de modo máis flexible nos casos de teletraballo, considerando o seu vínculo máis estreito co lugar de establecemento empresarial. Esta podería ser a solución máis factible á ameaza do dúmping social sen necesidade de recorrer a modificacións normativas, sen prexuízo dos seus problemas de seguridade xurídica e previsibilidade.

Resulta evidente que, aínda que a preferencia polo criterio territorial historicamente se entendeu como unha opción protectora da parte débil do contrato, non se adecúa ao novo contexto de globalización económica e de extensión dos procesos de descentralización produtiva a nivel internacional, que permiten ao empresario elixir os destinos que ofrecen menores niveis de protección dos traballadores.

Desta forma, as normas de conflito para determinar a lei aplicable poden servir ás empresas como instrumento de evasión se deciden recorrer á contratación de traballadores noutros países nos que a normativa protectora é menos favorable⁸⁰

En todo caso, as interpretacións en torno ao concepto de lugar de traballo ou ao criterio de “existencia de vínculos máis estreitos” denotan falta de certeza, ao remitirse a unha cláusula xeral, aberta e indeterminada, cuxa interpretación e aplicación depende do criterio xudicial⁸¹. Neste sentido, o Libro Verde sobre transformación do Convenio de Roma de 1980, do 14 de xaneiro 2003⁸², considerou a necesidade de precisar o concepto de «vínculos máis estreitos» para aludir

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

⁸¹SANGUINETI RAYMOND, W., Teletrabajo y globalización, op. cit., páx. 77; tamén MORENO MÁRQUEZ, A., “Lei aplicable...”, op. cit., páx. 26, véxase nota 378.

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

expresamente á situación do teletraballo internacional. No mesmo sentido pronunciouse parte da doutrina⁸³.

O que resulta evidente é que os criterios interpretativos empregados para garantir a aplicación ao teletraballo transnacional da lexislación do país do establecemento da empresa son difíciles de definir, máxime cando poden provocar que traballadores que prestan o seu servizo nun mesmo país se vexan sometidos a lexislacións diferentes.

Parte destas distorsións poderíanse suplir pola aplicación da Directiva 2018/957⁸⁴, que modifica o considerando 13 da Directiva 96/71/CE⁸⁵, e establece “o núcleo de disposicións imperativas de protección mínima que haberán de ser respectadas no país de acollida, polos empresarios que despracen a traballadores para a realización dun traballo temporal no territorio do Estado membro da prestación de servizos”.

Como sinala Gárate Castro, “asístese a un significativo avance cara á igualdade de trato entre os traballadores desprazados e os traballadores locais ou contratados conforme a lexislación do Estado de destino”⁸⁶. Pero esta normativa, nin tan sequera tras a modificación operada pola Directiva 2018/957, estaba a pensar nos teletraballadores transnacionais, nos nómades dixitais. De feito, o seu obxectivo era “garantir aos traballadores desprazados un «núcleo duro» de dereitos e evitar así situacións de

⁸³GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El Reglamento...”, op. cit., pág. 22; MORENO MÁRQUEZ, A. ., “Ley aplicable...”, op. cit., pág. 41 “non parece que deba darse un tratamento normativo diferente ao teletraballador en liña que presta servizos dende calquera punto do territorio español con respecto a outro teletraballador en liña que se sitúa no territorio doutro estado distinto”.

⁸⁴ Directiva (UE) 2018/957 do Parlamento Europeo e do Consello, do 28 de xuño de 2018, que modifica a Directiva 96/71/CE sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos. DOUE nº 173, do 9 de xullo de 2018, páxs. 16 a 24.

⁸⁵Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de decembro de 1996, sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos. DOCE nº 18, do 21 de xaneiro de 1997, páxs. 1 a 6.

⁸⁶GÁRATE 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.

*competencia desleal*⁸⁷. Así, tal e como sinala o seu considerando 3, o suposto que regula é o de empresas que desprazan os seus traballadores temporalmente para traballar no territorio dun Estado membro distinto do Estado en que traballan habitualmente, como recalca claramente o seu artigo 1⁸⁸.

Aínda que o seu considerando 6 establece “*que a transnacionalización das relacións de traballo suscita problemas sobre o Dereito aplicable á dita relación e que a determinación das condicións de traballo e emprego redunda en beneficio das partes*”; a súa regulación non está pensada para traballadores que deciden de forma voluntaria dende que país prestar os seus servizos para a empresa que os contratou.

A pesar diso, as previsións do seu considerando 8 en relación coa norma aplicable á relación de traballo poderían servir o canon interpretativo a seguir no caso dos teletraballadores transnacionais. Máxime cando a definición que o seu artigo 2.1⁸⁹ efectúa do concepto «traballador desprazado», si podería incluír aos teletraballadores transnacionais se se retirase a referencia temporal a “*durante un período limitado*”.

Doutra banda, este instrumento, pensado para outros supostos, non ofrece suficientes garantías limitadoras do pernicioso efecto do dúmping social, dende o momento en que a garantía salarial toma como termo de comparación o salario dos traballadores locais do lugar de prestación de servizos, aínda que coa necesidade de realizar unha comparación do importe bruto anual vixente no Estado dende o que se realiza o desprazamento.

Realizando unha interpretación integradora deste precepto, cunhas mínimas modificacións do seu teor literal, poderíase tomar como salario o acordado entre as partes, pero cos

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, páx. 81.

⁸⁸ MARCHAL ESCALONA, N., “EL desplazamiento...”, op. cit., páx. 98.

⁸⁹ “*Todo traballador que, durante un período limitado, realice o seu traballo no territorio dun Estado membro distinto daquel en cuxo territorio traballe habitualmente*”.

mínimos do Estado no que teña a súa sede o beneficiario dos servizos prestados, a condición de que sexa superior ao salario do Estado de residencia. E iso ademais con coñecemento previo e expreso do traballador, dado que as previsións da Directiva 2019/1152⁹⁰ sonlle de plena aplicación. Así, neste tipo de vínculo laboral é plenamente vixente o principio nº 7 do pilar europeo de dereitos sociais, e o traballador ten dereito a ser informado por escrito ao comezo do emprego sobre os seus dereitos e obrigas derivados da relación laboral.

3.2. SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

A determinación do sistema de Seguridade Social aplicable nos supostos de transnacionalidade réxese no ámbito comunitario polos denominados Regulamentos de coordinación, o Regulamento 883/2004⁹¹, e o Regulamento 987/2009⁹² de desenvolvemento. Estes instrumentos normativos non pretender harmonizar os sistemas nacionais de Seguridade Social dos Estados membros, senón que teñen como obxecto protexer os dereitos dos traballadores que exerceron o dereito á libre circulación⁹³. Desta forma, dispoñen, entre outras cuestións, en que sistema nacional de Seguridade Social se debe afiliar e, no seu caso, cotizar unha determinada persoa⁹⁴. Aínda que estas normas non proporcionan un tratamento singular ao teletraballo

⁹⁰ Directiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeo e do Consello, do 20 de xuño de 2019, relativa a unhas condicións laborais transparentes e previsibles na Unión Europea. DOUE nº 186, do 11 de xullo de 2019, páxs. 105 a 121.

⁹¹ Regulamento (CE) nº 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello do 29 de abril de 2004, sobre a coordinación dos sistemas de seguridade social. DOUE nº 166, do 30 de abril de 2004, páxs. 1 a 123.

⁹² Regulamento (CE) nº 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de setembro de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) nº 883/2004, sobre a coordinación dos sistemas de seguridade social. DOUE núm. 284, do 30 de outubro de 2009, páxs. 1 a 42.

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

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

transnacional, tampouco o exclúen, polo que lle son aplicables⁹⁵.

O principio xeral segue o sistema *de lex loci laboris*, artigo 11 do Regulamento 883/2004, entendendo como lexislación aplicable por norma xeral a do Estado membro en que o interesado realiza unha actividade por conta allea ou propia, aínda que con excepcións en determinadas situacións que xustifiquen outros criterios de aplicabilidade⁹⁶.

En canto á determinación do lugar de exercicio da actividade, o Tribunal de Xustiza realizou precisións. Así no Asunto C-137/11⁹⁷, sinalou que este lugar coincide co lugar concreto da prestación física dos servizos, onde a persoa traballadora desenvolve os actos relacionados coa actividade laboral.

A fixación do sistema conforme o concepto de "lugar de exercicio" é acorde co carácter marcadamente territorial da Seguridade Social, e implica a igualdade de trato de todos os traballadores que desenvolvan a súa prestación de servizos nun mesmo Estado, pero non resolve o risco de dúmping social.

Fronte a este sistema xeral, os artigos 12 e 13 do Regulamento 883/2004 establecen certas excepcións. O artigo 12 referido aos desprazamentos transnacionais non é obxecto deste estudo, resultando por tanto as excepcións limitadas ás contempladas no artigo 13.

Neste determínase o réxime aplicable no suposto de exercicio de actividades en dous ou máis Estados membros. Regúlase así que, se unha parte substancial da actividade do traballador se exerce no Estado membro de residencia, ou depende de varias empresas ou de varios empresarios que teñan a súa sede ou o seu domicilio en diferentes Estados membros, será aplicable o réxime de Seguridade Social do

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, páxs. 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, páxs. 15 a 24.

⁹⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Cuarta) do 27 de setembro de 2012. Partena ASBL contra Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA. (ECLI:EU:C:2012:593)

Estado de residencia. Pola contra, no caso de que non exerza unha parte substancial das súas actividades no Estado membro de residencia, aplicaráselle a lexislación do Estado membro no que a empresa ou o empresario teña a súa sede ou o seu domicilio.

O fundamento destas regras particulares, tal e como se estableceu⁹⁸ é evitar que a aplicación directa da regra xeral aumente os obstáculos ao exercicio do dereito á libre circulación, para iso só se excepciona ou matiza a regra xeral cando resulte máis adecuado outro vínculo de conexión que non sexa o lugar de emprego polas peculiaridades do traballo realizado.

En todo caso, o concepto de “parte substancial” desenvólvese no Regulamento 987/2009, en concreto, no seu artigo 14, que determina que o desenvolvemento dunha “parte substancial” do traballo non require o desenvolvemento da maior parte da súa actividade. Abonda con que se trata dunha parte “cuantitativamente importante”, calculada en base aos parámetros de “tempo de traballo” e de “remuneración”. No contexto dunha avaliación global, o feito de alcanzar unha porcentaxe inferior ao 25 por 100 para estes criterios será un indicador de que unha parte substancial das actividades non se exerce no Estado membro de que se trate. Por tanto, se o teletraballo no país de residencia é inferior ao 25 por 100, conforme estes criterios, non procederá a aplicación da lei do Estado de residencia e deberá optarse pola lei do Estado en que ten a súa sede ou domicilio o empregador.

A Comisión Administrativa para a Coordinación dos Sistemas de Seguridade Social, na súa nota orientadora acerca do teletraballo⁹⁹, trata de formular unha solución “flexible” ao amparo do xa referido artigo 13 do Regulamento 883/2004, de tal maneira que mesmo aínda que o teletraballo supoña porcentaxes superiores ao 25 por 100 non se produza un cambio na lei aplicable á seguridade social e que esta siga vinculada ao centro de traballo de adscrición e no que ten

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

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

lugar a parte de xornada presencial. A razón esgrimida pola Comisión é que outra solución podería poñer en desvantaxe ás persoas cuxa residencia se atopa en país distinto ao de traballo presencial, dado que para estas sería máis difícil conseguir formas de traballo que combinen presencialidade e teletraballo se iso carrega o cambio na normativa de seguridade social aplicable. A Comisión fala abertamente de posible “discriminación” dependendo do lugar en que se desenvolve o teletraballo.

Doutra banda regúlase o suposto de traballadores que exerzan normalmente unha actividade por conta allea e unha actividade por conta propia en diferentes Estados membros, determinando a súa suxeición á lexislación do Estado membro no que exerza a actividade por conta allea.

De todo iso se deriva que, cando non sexa posible a aplicación da *lex loci laboris* nin ningunha das regras previstas para os colectivos particulares determinados expresamente na norma, o artigo 11.3.e) do Regulamento 883/2004 establece unha regra con carácter subsidiario, a *lex loci domicilii*. Na súa aplicación, será competente a lexislación do Estado membro de residencia da persoa en cuestión a falta doutra regra aplicable, tal e como se determinou no asunto C-631/17¹⁰⁰.

En definitiva, en virtude destas excepcións á *lex loci laboris*, permítese que un traballador preste fisicamente os servizos nun Estado membro e, en cambio, estea afiliado e cotizando á Seguridade Social doutro, o que supón unha físgoa para as prácticas abusivas e fraudulentas. Pero este sistema baséase en que nin os traballadores nin os empregadores poden optar pola lexislación de Seguridade Social que consideren oportuna, dado que as regras do Título II do Regulamento 883/2004 (arts. 11 a 16) son imperativas na determinación do sistema de aplicación. E iso por canto este sistema de normas de conflito busca que, en cada situación, exista unha lexislación de Seguridade Social aplicable, e só unha

¹⁰⁰ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 8 de maio de 2019. SF contra Inspecteur van de Belastingdienst (ECLI:EU:C:2019:381)

(principio de unicidade¹⁰¹), para evitar dobres cotizacións e baleiros de protección.

Son así normas de carácter imperativo, que teñen como base a natureza de servizo público da Seguridade Social, e non deixan cabida á autonomía da vontade na determinación do sistema de seguridade social aplicable (a diferenza do que ocorre respecto da determinación da lei aplicable ao contrato de traballo)¹⁰². Ademais, a súa inclusión en Regulamentos europeos dótaas de aplicabilidade e invocabilidade directa ante os órganos xurisdiccionais¹⁰³

As regras particulares foron perfiladas polo Tribunal de Xustiza, que precisou que a súa existencia non é arbitraria e o seu obxectivo é evitar que a aplicación pura e simple da regra xeral aumente os obstáculos ao exercicio do dereito á libre circulación. Así se deriva de pronunciamentos tales como o asunto C-60/85¹⁰⁴, e o asunto C-115/11¹⁰⁵.

A conclusión é que só se matiza a regra xeral cando resulte máis adecuado outro vínculo de conexión que non sexa o lugar de emprego, como no suposto do asunto C-570/15¹⁰⁶.

Por último, o Título II do Regulamento 883/2004 prevé unha cláusula de escape que permite excepciónar estas rixidas regras, o artigo 16, que posibilita a inaplicación das regras imperativas, por acordo de *«dous ou máis Estados membros, as autoridades competentes dos ditos Estados membros ou os organismos designados polas ditas autoridades»*.

¹⁰¹ Art. 11.1. "As persoas ás cales sexa aplicable o presente Regulamento estarán sometidas á lexislación dun único Estado membro".

¹⁰² MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., "La prestación ...", op cit., páxs. 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, páx. 66.

¹⁰⁴ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 10 de xullo de 1986. M. E. S. Luijten contra Raad van Arbeid (ECLI:EU:C:1986:307)

¹⁰⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda) do 4 de outubro de 2012. Format Urządzenia i Equitacónże Przemysłowe sp. z o.o. contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ECLI:EU:C:2012:606)

¹⁰⁶ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 13 de setembro de 2017. X contra Staatssecretaris van Financiën (ECLI:EU:C:2017:674)

No ámbito interno, o art. 7.1.a) da Lei xeral da Seguridade Social¹⁰⁷ establece que *"estarán comprendidos no sistema da Seguridade Social, a efectos das prestacións de modalidade contributiva, (...), os españois que residan en España e os estranxeiros que residan ou se atopen legalmente en España, sempre que, en ambos os supostos, exerzan a súa actividade en territorio nacional e estean incluídos nalgún dos apartados seguintes"* sendo o primeiro de tales apartados o dedicado aos traballadores por conta allea que presten os seus servizos nas condicións establecidas polo art. 1.1 do Estatuto dos traballadores. Regra coincidente co criterio básico establecido nos Regulamentos de Coordinación.

Diversos autores¹⁰⁸ mostráronse en contra de realizar unha aplicación analóxica do Regulamento 1408/1971, relativo a traballadores desprazados¹⁰⁹, aos supostos dos teletraballadores transnacionais, dado que supoñería que traballadores que prestan servizos nun mesmo país estean sometidos a lexislacións e réximes protectores diferentes.

Aínda así, os Regulamentos de Coordinación non resollen todos os problemas derivados da prestación de servizos transnacional, e pódese dicir que o sistema de regras de conflito para determinar a lexislación nacional de Seguridade Social aplicable está en continua evolución. Entre outras cuestións, pola interpretación que das súas regras vai realizando o Tribunal de Xustiza, pero, previsiblemente, tamén polas modificacións para operar na súa regulación.

En aspectos concretos do réxime de Seguridade Social como pode ser en materia de prestacións de desemprego, existe unha normativa específica, dado que xa nos considerandos do Regulamento 1408/71, prevíase a posibilidade de exportación da prestación a outro Estado membro, vinculada

¹⁰⁷ Real decreto legislativo 8/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social. BOE nº 261, do 31 de outubro de 2015, páxs. 103291 a 103519.

¹⁰⁸ PENNING, 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 Regulamento (CEE) nº 1408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea e ás súas familias que se desprazan dentro da Comunidade. DOCE nº 149, do 5 de xullo de 1971, páxs. 2 a 50.

coa procura de emprego no Estado de destino. Posibilidade esta que se concretou máis claramente no considerando 32 do Regulamento 883/2004 que establece que, *“para fomentar a mobilidade dos traballadores, resulta especialmente oportuno facilitar a procura de traballo nos distintos Estados membros. Por conseguinte, é mester velar por unha coordinación máis estreita e eficaz entre os réximes de seguro de desemprego e os servizos de emprego de todos os Estados membros”*.

A materialización desta disposición veu da man do Regulamento 987/2009 cuxo artigo 55, *Condicións e límites da conservación do dereito ás prestacións para un desempregado que se despraza a outro Estado membro*, ofrece as instrucións concretas para materializar tal desprazamento. Desta forma, é este un tema bastante máis pechado que outros aspectos da Seguridade Social destes traballadores¹¹⁰.

3.3. FORO XUDICIAL

Na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, a protección dos traballadores tradúcese na necesidade de procurar que poidan acudir aos Tribunais ante os cales lles resulte menos oneroso litigar, consagrando así o *forum loci laboris* como foro con carácter preferente nesta materia¹¹¹. Desta forma, a efectos da competencia xudicial internacional hai que atender á localización física do teletraballador, ao lugar onde presta os servizos, prevalecendo o dato da separación física das partes do contrato de traballo¹¹².

No suposto de traballadores transfronteirizos de países non integrantes da UE, a determinación da lexislación aplicable ás súas relacións laborais realízase conforme as regras puras do

¹¹⁰ Un estudo en profundidade sobre a 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, páx. 11. Entre outras, SSTXCE do 13 de julio de 1993 (asunto C-125/92, Mulos IBC); do 9 de xaneiro de 1997 (asunto C-382/95, Rutten); do 27 de febreiro 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, páx. 90.

Dereito internacional privado¹¹³, pero delimitouse o ámbito deste estudo aos supostos nos que existe unha vinculación clara de ambas as partes con Estados membros da Unión Europea. Nestes casos, a determinación do foro xudicial deberase realizar de conformidade coas regras establecidas no Regulamento Bruxelas I bis¹¹⁴ e no xa tratado Regulamento Roma I. E iso a pesar de ser esta unha materia sobre a que non existe pleno acordo da doutrina.

Así, algúns autores¹¹⁵ entenden que estes Regulamentos realizan un tratamento xeral das obrigas contractuais, e dentro destas pódese acoller a prestación que realiza o teletraballador para outra empresa fóra das súas fronteiras. Mentres que outro sector doutrinal¹¹⁶ entende que Roma I non é aplicable aos contratos individuais de traballo, dado que as regras que contempla non se poden estender aos supostos de teletraballo posto que parte do principio de liberdade dos suxeitos para elixir a lei aplicable e en ausencia de elección, remítese ao *lex loci laboris*. Entende este sector que estas regras non son aplicables ás situacións transnacionais propias do teletraballo.

O certo é que os artigos 20-23 do Regulamento Bruxelas I bis establecen criterios de atribución da competencia xudicial internacional para dirimir os litixios internacionais suscitados

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, páxs. 1135 a 1150; SERRANO OLIVARES, R., "Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional", *Relaciones Laborales*, nº 23, 2001, páxs. 105 a 143; SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; MORENO MÁRQUEZ, A., "Ley aplicable...", op cit., páxs. 3 a 42.

¹¹⁴ Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2012, relativo á competencia xudicial, o recoñecemento e a execución de resolucións xudiciais en materia civil e 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, páxs. 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, páxs. 429 a 440.

en materia de contratos individuais de traballo, co fin de protexer á parte máis débil do contrato e evitar o *forum shopping*¹¹⁷.

As regras de atribución da competencia xudicial destes artigos determinan que no caso de que as persoas traballadoras sexan a parte demandante, o foro rexeráse inicialmente pola submisión tácita (art. 26), logo pola submisión expresa (art. 23) e, na súa ausencia, polas regras xerais (art. 20 a 23).

En canto á submisión tácita, maniféstase pola formulación de demanda ante un foro concreto por parte do traballador, aínda que coa cautela adicional de que o órgano xurisdiccional debe informar ao demandado sobre o seu dereito a impugnar a competencia do Xulgado ou Tribunal.

A submisión expresa deberá estar pactada polas partes, pero para preservar o equilibrio entre estas, a validez do pacto estará condicionada a que sexa posterior ao nacemento do litixio ou, sendo previa, beneficie ao traballador. Nos demais supostos estas cláusulas de submisión expresa non poderán ser alegadas.

En ausencia de submisión, xa sexa tácita ou expresa, ou en caso de nulidade desta última, e sendo o demandante o traballador, por aplicación do principio *favor laboratoris*, poderá presentar demanda ante os órganos xurisdiccionais do Estado no que estea domiciliada a empresa (art. 21.1.a). A este respecto, o art. 20.2 asimila o concepto de domicilio da empresa coa sucursal, axencia ou calquera outro establecemento instalado nun dos Estados membros.

Alternativamente, as persoas traballadoras poderán interpoñer a demanda ante os órganos xurisdiccionais do lugar no que ou dende o cal desempeñen habitualmente o seu traballo ou ante o tribunal do último lugar en que o desempeñaron (art. 21.1.b.i.).

¹¹⁷JUÁREZ PÉREZ, P., "Bad forum shopping y recurso de revisión: "Causa Causae est causa causati" (STS del 25 de noviembre de 2019)", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2020, páx. 1055, defíneo como a posibilidade de que existan varios tribunais estatais competentes para coñecer dun mesmo asunto; e subxectivamente, a facultade que iso outorga aos particulares de elixir someter o seu procedemento ao tribunal cuxo sistema lle facilite o acceso ao ordenamento que resulte máis favorable á súa pretensión.

Naqueles casos nos que non existe un único Estado membro no que o traballador desenvolva habitualmente o seu traballo, poderase interpoñer subsidiariamente a demanda ante o órgano xurisdiccional do lugar en que estea ou estivese situado o establecemento que empregase ao traballador (art. 21.1.b.ii.).

Este sistema de fixación do foro parte de facilitar ao traballador, como parte débil do contrato, o acceso á xurisdición, e supón a aplicación do Regulamento Bruxelas I bis aínda que o empresario non teña o seu domicilio nun Estado membro.

No caso de que sexa a empresa a parte demandante límitase o foro ante o que pode demandar os traballadores. Só poderá facelo ante o órgano xurisdiccional do Estado membro no que teñan os traballadores o seu domicilio, salvo que se trate de formular reconvencción, caso no que se interpoñerá ante o órgano xurisdiccional que coñeza da demanda inicial (art. 22). Esta regra implica que, se o traballador non está domiciliado nun Estado membro, o Regulamento Bruxelas I bis non será aplicable en caso de ser demandante o empresario.

O principal problema á hora de adaptar estas regras de atribución de competencia xudicial ao ámbito de teletraballo transnacional é a dificultade na determinación do lugar habitual de traballo a efecto de aplicación do *locus laboris*¹¹⁸. O Tribunal de Xustiza foi precisando con diversas sentenzas a interpretación deste foro. Así na sentenza Mulox¹¹⁹ entendeu que o lugar habitual de traballo é aquel a partir do cal a persoa traballadora cumpre principalmente as súas obrigas respecto da súa empresa. Neste suposto, tívose en conta que o desempeño da misión confiada á persoa traballadora se realizaba dende un despacho situado nun Estado contratante no que o traballador establecera a súa residencia, dende o que desempeñaba as súas actividades e ao que regresaba despois de cada un dos seus desprazamentos profesionais.

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, páx. 483.

¹¹⁹ Sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de xullo de 1993, Mulox IBC Ltd contra Hendrick Geels, Asunto C-125/92 (EU:C:1993:306)

Este criterio perfilouse no caso Rutten¹²⁰, reiterando o Tribunal de Xustiza como lugar habitual de traballo aquel no que se produce o cumprimento das obrigas principais coa empresa, e que se asocia co lugar no que a persoa traballadora establece o centro efectivo das súas actividades profesionais. E iso por ser este o lugar onde podía, con menores gastos, acudir aos Tribunais.

Conforme esta xurisprudencia, a atribución de competencia do Regulamento Bruxelas I bis é aplicable aos procedementos derivados da prestación de servizos mediante teletraballo transnacional, criterio que referendaron diversos autores¹²¹, partidarios de atribuír a competencia xudicial internacional aos órganos xurisdicionais do lugar físico no que a persoa teletraballadora presta os seus servizos e cumpre as súas obrigas principais coa empresa¹²².

No caso de que os demandados non estean domiciliados nun Estado membro, a competencia xudicial rexeráse en cada Estado pola súa normativa interna de carácter internacional. No noso ordenamento sería o contemplado no art. 25 LOPX, que sinala a competencia dos tribunais españois en materia de dereitos e obrigas derivados do contrato de traballo cando os servizos se prestasen en España; o contrato se realizase en España; o demandado teña o seu domicilio ou unha axencia, sucursal, delegación ou calquera outra representación en España; e cando o traballador e o empresario teñan nacionalidade española, calquera que sexa o lugar de prestación dos servizos, ou de celebración do contrato.

Esta regulación interna é acorde coa novidade, xa sinalada, incorporada no art. 18.2 Regulamento 44/2001/CE, que establece que *"cando un traballador realice un contrato*

¹²⁰ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Sexta) do 9 de xaneiro de 1997, Petrus Wilhelmus Rutten contra Cros Medical Ltd., Asunto C-383/95 (EU:C:1997:7).

¹²¹ GIMENO RUIZ, A., "Teletrabajo y Competencia Judicial Internacional", Diario La Ley, nº 9801, 2021, páxs.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. e TODOLÍ SIGNES, A. (Coord), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 497.

*individual de traballo cun empresario que non tivese o seu domicilio nun Estado membro, pero posúa unha sucursal, axencia ou calquera outro establecemento nun Estado membro, considerarase, para todos os litixios derivados da explotación da sucursal, axencia ou establecemento, que ten o seu domicilio no Estado membro*¹²³.

Á hora de solucionar os problemas da mobilidade internacional da man de obra, as clásicas limitacións das regras do Dereito internacional privado deixan ao traballador realmente desprotexido. Por unha banda, outorgan un papel prioritario á autonomía da vontade na determinación da lexislación aplicable nos conflitos, o que non favorece as condicións de traballo do traballador, dado que na maioría dos casos viranlle impostas polo empregador. Doutra banda, provocan unha gran incerteza debido á disparidade de regras que, en caso de conflito, se aplican nos distintos Estados¹²⁴. Este sistema de atribución de competencia facilita ás empresas a práctica do dúmping social, sinalando como foro territorial competente aquel que presente uns inferiores niveis de protección, polo que a doutrina¹²⁵ veu reclamando que se perfile este criterio en base ao *vero locus laboris*, considerando non o lugar físico de prestación de servizos, senón o lugar onde se satisfai o interese perseguido pola empresa, onde tal interese se materializa na emisión de instrucións sobre a forma de realización dos traballos e onde esa prestación de servizos é aproveitada. Isto supón a aplicación preferente da lei do país onde está situada a empresa, o que ademais resulta máis congruente co fenómeno dos nómades dixitais, que non teñen por que

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

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.

permanecer radicados no mesmo país durante toda a prestación de servizos.

Debemos ter en conta que na modalidade de teletraballo interactivo pódese determinar cal é o lugar da prestación habitual dos servizos: onde se realiza e verifica o cumprimento da prestación ou onde o empresario ten a sede da empresa, porque é nela onde se manifesta a actividade desempeñada e porque vai permitir ao empresario recibir o traballo en tempo real con independencia do lugar no que o teletraballador se atope situado. Este *vero locus laboris*, tería un carácter máis protector, ao atender como criterio de competencia ao verdadeiro lugar de traballo, posto que o espazo cibernético constitúe un dato neutro na determinación da competencia xudicial internacional dos litixios sobre contrato de traballo.

Respecto diso, afirmouse que só o teletraballo na modalidade interactiva posibilita o contacto persoal na distancia entre os suxeitos do contrato de traballo, *"podendo operar na rede informática e de telecomunicación a través dun diálogo interactivo en tempo real, do mesmo xeito que se a prestación laboral se executase fisicamente no mesmo centro de traballo, entón cabe considerar a posibilidade de que o verdadeiro lugar de traballo sexa o do lugar onde se atope o ordenador central"* (presenza virtual)¹²⁶. Nestes casos, a existencia de interactividade en tempo real do traballo prestado neutraliza o distanciamento xeográfico do teletraballador, e permite soste que o foro será o do Estado en que está situada a empresa empregadora. É unha forma de entender que a prestación non se desenvolve no lugar onde permanece o teletraballador, senón no lugar en que os froitos dese traballo se manifestan e son aproveitados.

Aínda que esta opción non é unanimemente aceptada pola doutrina¹²⁷, é a que mellor pode acoutar o risco de *forum*

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, páx. 163.

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

shopping e dúmping social, dado que anoa o foro aplicable a cuestións máis difíciles de modificar, como son a sede da mercantil, limitando as posibilidades de elección de foro.

No ámbito do teletraballo transnacional, o lugar da prestación física dos servizos non ten transcendencia, e a maior vinculación é co país do establecemento do que o traballador depende funcionalmente ou onde se espera e manifesta o resultado produtivo, polo que, a pesar das distorsións que este foro poida causar, debería ser o aplicable.

3.4. TRIBUTACIÓN

Outro aspecto a ter en conta en relación cos teletraballadores transnacionais é o seu sistema de tributación.

En relación cos traballadores españois que se despracen a outro Estado, a Dirección Xeral de Tributos¹²⁸ veu aplicando o criterio da territorialidade nas consultas que se lle formularon, así, entende que as rendas derivadas dun réxime de teletraballo resultarán ou non gravadas polo IRPF en función do lugar onde se desenvolve o traballo en remoto¹²⁹.

A base xurídica desta decisión susténtase nos Convenios de dobre imposición aplicables a cada caso concreto, e conforme as súas regras determínase a residencia fiscal do contribuínte. Se con base en tales regras se entende que o traballador non ten residencia fiscal en España, as rendas que obteña en España gravaranse mediante o imposto sobre a renda de non residentes. Se pola contra enténdese que a residencia fiscal é en España, tributará neste Estado por toda a renda que obteña.

No sentido contrario, en relación con traballadores estranxeiros que opten por teletraballar en España, e ante a crecente incidencia do fenómeno, a Dirección Xeral de Tributos pronunciouse nos últimos meses en diversas consultas vinculantes.

¹²⁸ Consultas Vinculantes: CV1952-16, do 6 de maio de 2016; CV0906-17, do 11 de abril de 2017; CV2621-20, do 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, páx. 287.

Así, a consulta vinculante V2223/2022 do 25 de outubro de 2022 dá resposta ao lugar de tributación dun residente en España que teletraballa para unha empresa estranxeira. Neste suposto o consultante é residente fiscal en España, dende onde desenvolve a totalidade da súa actividade profesional en remoto. Ante esta circunstancia, a Dirección Xeral de Tributos conclúe que *"as rendas do traballo dependente derivadas de realizar teletraballo, dende un domicilio privado en España, aínda que os froitos do dito traballo sexan para unha empresa holandesa e sendo o consultante considerado residente fiscal en España, ao exercer o emprego en España, soamente tributarán en España"*.

A posterior consulta vinculante do 17 de xaneiro de 2023, V0057-23 examina o suposto dunha persoa física de nacionalidade española e residente en España, que teletraballa por conta allea para unha empresa con sede en Suíza e sen establecemento en España. No formulado non existen desprazamentos.

Para a resolución da consulta, a Dirección Xeral de Tributos está ao disposto no artigo 15 do Convenio para evitar a dobre imposición en materia de impostos sobre a renda e sobre o patrimonio entre o Estado Español e a Confederación Suíza¹³⁰ e as súas modificacións por Protocolos posteriores. E conclúe novamente que o emprego se exerce exclusivamente en España, sendo irrelevante que os froitos do traballo se perciban por unha empresa suíza, polo que as ditas rendas só tributarán en España como rendementos do traballo.

Na mesma consulta vinculante formulábase o suposto de que o teletraballo se realizase para unha empresa alemá con residencia fiscal en Alemaña. Neste caso, e conforme ao Convenio entre o Reino de España e a República Federal de Alemaña para evitar a dobre imposición e previr a evasión fiscal en materia de impostos sobre a renda e sobre o

¹³⁰ Instrumento de ratificación do Convenio para evitar a dobre imposición en materia de impostos sobre a renda e sobre o patrimonio entre o Estado Español e a Confederación Suíza. BOE nº 53, do 3 de marzo de 1967, páxs. 2912 a 2918.

patrimonio e o seu protocolo¹³¹, a tributación tamén se deberá realizar en exclusiva en España. Así, a consultante ten a consideración de residente fiscal en España, ao obter rendas do traballo derivadas de realizar teletraballo dende un domicilio privado en España.

Outra cuestión é a suxeición a retención a conta do IRPF dos rendementos do traballo satisfeitos pola empresa estranxeira empregadora, debido a que tal obriga implica a existencia dun ente obrigado a reter. O artigo 76 do Regulamento do IRPF¹³², determina que, ao tratarse dunha empresa non residente en territorio español, terá obriga de reter se opera en territorio español por medio dun establecemento permanente ou, no caso de que actúe sen establecemento permanente, unicamente respecto aos rendementos que constitúan gasto deducible para a obtención das rendas (rendas que se deriven de prestacións de servizos, asistencia técnica, obras de instalación ou montaxe derivados de contratos de enxeñería e, en xeral, de actividades ou explotacións económicas realizadas en España sen mediación de establecemento permanente)¹³³.

Como se pode observar nestas consultas vinculantes, emitidas nun moi breve prazo de tempo, estamos ante un tema candente, e cuxas implicacións se multiplican.

¹³¹ Instrumento de Ratificación do Convenio entre o Reino de España e a República Federal de Alemaña para evitar a dobre imposición e previr a evasión fiscal en materia de impostos sobre a renda e sobre o patrimonio e o seu protocolo, feito en Madrid o 3 de febreiro de 2011. BOE nº 181, do 30 de xullo de 2012, páxs. 54477 a 54498.

¹³² Real decreto 439/2007, do 30 de marzo, polo que se aproba o Regulamento do imposto sobre a renda das persoas físicas e se modifica o Regulamento de plans e fondos de pensións, aprobado por Real decreto 304/2004, do 20 de febreiro. BOE nº 78, do 31 de marzo de 2007, páxs. 14097 a 14149.

¹³³ <https://sincrogo.com/bloque/actualidade-fiscal-contable/teletraballo-dende-espana-para-empresas-do-estranxeiro-como-hai-que-tributar/>

4. A LEI DE STARTUPS

Neste contexto, a recente Lei de Startups¹³⁴ establece na súa exposición de motivos o seu interese na atracción dos traballadores do traballo a distancia con medios dixitais, traballadores aos que denomina «nómades dixitais». Este interese é o propio obxecto da norma, que pretende crear “*un conxunto de medidas específicas no ámbito fiscal, mercantil, civil e laboral aliñadas cos programas dos países máis avanzados e cos estándares europeos na materia, en particular o recentemente subscrito estándar europeo nación emprendedora (EU startup nation standard).*”

Centrando esta análise nas previsións referidas aos teletraballadores, e as necesidades do sector en materia de retención de traballadores altamente cualificados e de alta produtividade nunha contorna de forte competencia internacional por captar capital e talento estranxeiro, determina unha regulación diferenciada para este colectivo. Preténdese así dotar a estes traballadores dun marco normativo incentivador da súa fixación en territorio nacional, co obxectivo de favorecer o establecemento en España de traballadores a distancia de todo tipo de sectores e empresas. Con esta finalidade de atraer talento e dotar dunha política retributiva adecuada á situación e necesidades deste tipo de empresas, mellórase a fiscalidade das fórmulas retributivas baseadas na entrega de accións ou participacións aos empregados nelas, as denominadas *stock options*. Así, elévase o importe da exención dos 12.000 aos 50.000 euros anuais no caso de entrega de accións ou participacións aos empregados de empresas emerxentes. Adicionalmente, para a parte do rendemento do traballo en especie que exceda da dita contía establécese unha regra especial de imputación temporal, que permite diferir a súa imputación ata un máximo de dez anos a contar dende a entrega das accións ou participacións.

Ademais, co mesmo obxectivo, a norma mellora o acceso ao réxime fiscal especial aplicable ás persoas traballadoras

¹³⁴ Lei 28/2022, do 21 de decembro, de fomento do ecosistema das empresas emerxentes. BOE nº 306, do 22 de decembro de 2022, páxs. 179017 a 179060.

desprazadas a territorio español. En particular, diminúese o número de períodos impositivos anteriores ao desprazamento a territorio español durante os cales o contribuínte non pode ser residente fiscal en España, que pasa de dez a cinco anos, co que se fai máis sinxelo o acceso a este réxime. Outra especialidade desta norma é que estende o ámbito subxectivo de aplicación do réxime aos traballadores por conta allea, ao permitir a súa aplicación a traballadores que se despracen a territorio español para traballar a distancia utilizando exclusivamente medios e sistemas informáticos, telemáticos e de telecomunicación.

Autoriza ademais a opción pola tributación polo imposto sobre a renda de non residentes, posibilidade que se ofrece aos fillos do contribuínte menores de vinte e cinco anos (ou calquera que sexa a súa idade en caso de discapacidade) e ao seu cónxuxe ou, no suposto de inexistencia de vínculo matrimonial, o proxenitor dos fillos, sempre que cumpran unhas determinadas condicións.

Respecto do talento estranxeiro, como complemento ás medidas fiscais anteriormente recollidas, a disposición final quinta incorpora un conxunto de medidas migratorias para facilitar a entrada e residencia non só aos profesionais altamente cualificados senón tamén ao emprendemento e o investimento.

4.1. VISADOS

Tal e como reconece a exposición de motivos da Lei de Startups, os traballadores das empresas emerxentes poden realizar o seu traballo de maneira remota, sempre que dispoñan dun equipo informático e unha conexión a internet de calidade. Este sistema de traballo deu lugar ao xurdimento dun novo estilo de vida denominado nomadismo dixital, no cal os nómades dixitais teñen empregos que lles permiten traballar en remoto e cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando o traballo de alta cualificación co turismo inmersivo no país de residencia.

Para regular a residencia deste perfil de profesionais itinerantes e doutros moitos que poidan elixir España como un lugar de teletraballo máis estable, créase unha nova

categoría de visado e de autorización de residencia, o visado para o teletraballo de carácter internacional.

Este visado permite entrar e residir en España durante un máximo dun ano mentres que os seus titulares traballan para si mesmos ou para empregadores en calquera lugar do mundo. Ademais, a autorización de residencia para o teletraballo internacional permite aos estranxeiros que xa se achan de forma regular en España, e aos que sendo titulares dun visado de teletraballo vaian esgotar o dito ano de residencia e queiran continuar en España, solicitar unha autorización por un período máximo de tres anos, renovable por un período de dous anos, podendo obter a residencia permanente aos cinco anos.

Desta forma, este suposto engádese aos xa previstos na Lei 14/2013, de apoio aos emprendedores e a súa internacionalización¹³⁵, para facilitar a inmigración de interese económico para España, e réxese por ela para beneficiarse de todas as vantaxes que outorga a citada lei, pero coas ampliacións de vixencia das autorizacións de residencia contempladas na Lei de Startups.

Esta é a denominada na Lei, visa nómade dixital de España, cuxo obxectivo confeso é atraer talento internacional. O requisito principal é que quen a solicite debe ser estranxeiro que traballe a distancia, por conta propia, ou ser empregado dunha empresa non española que opere fóra de España. Ademais, debe traballar polo menos un ano en remoto, e non ter residido en España no últimos cinco anos, entre outros requisitos. O visado ten como obxectivo atraer os interesados ao noso país e potenciar o desenvolvemento tecnolóxico en España e, por tanto, o aumento da competitividade do país. Evidentemente, este visado non é de aplicación aos cidadáns da Unión Europea nin aos estranxeiros aos que lles sexa de aplicación o dereito da Unión Europea por ser beneficiarios dos dereitos de libre circulación e residencia.

En canto á caracterización de que se consideran profesionais altamente cualificados, os artigos 71 e 72 determinan que

¹³⁵ Lei 14/2013, do 27 de setembro, de apoio aos emprendedores e a súa internacionalización. BOE nº 233, do 28 de setembro de 2013, páxs. 78787 a 78882.

son certos profesionais directivos ou altamente cualificados, así como graduados e posgraduados de universidades e escolas de negocios de recoñecido prestixio. A estes colectivos súmanselles o persoal investigador, científico e técnico e o persoal contratado por universidades, centros de educación superior ou investigación ou escolas de negocios.

5. CONCLUSIÓNS

O teletraballo é un instrumento útil para levar a cabo a modernización da organización do traballo, ao facilitar a conciliación e proporcionar aos traballadores unha maior autonomía e flexibilidade, pero para a súa implantación en ámbitos transnacionais requírese unha regulación xurídica clara e predeterminada.

No seo da Unión Europea requiriríase unha Directiva que contemplase o sistema de teletraballo, da mesma forma que existe unha regulación de mínimos no caso dos traballadores desprazados, ou outra que establece os procedementos de información e consulta de traballadores ou o establecemento dun Comité de empresa europeo.

Unha normativa comunitaria integral das manifestacións do traballo a distancia telemático eludiría os problemas existentes na actualidade, problemas que no relativo ao sistema de teletraballo transnacional non foron plenamente liquidados a pesar da modificación do Convenio de Roma.

A regulación mediante unha Directiva establecería un marco común para que os Estados membros determinasen nas súas lexislacións as condicións de traballo que os empresarios da Unión Europea deben garantir aos teletraballadores transnacionais, o núcleo de normas vinculantes de protección mínima salarial e de traballo e emprego no país de recepción da prestación de servizos. Así, as materias de obrigado cumprimento serían todas aquelas incluídas no concepto de orde pública laboral: tempo máximo de traballo e mínimo de descanso; período de vacacións anuais retribuídas; salario mínimo; condicións de seguridade e saúde laborais; dereitos básicos, en particular o dereito á igualdade de trato e á non discriminación; dereitos colectivos como a liberdade de sindicación e o dereito de folga.

Do réxime legal actual, co seu evidente risco de dúmping social asociado, derívase a necesidade de determinar a lexislación aplicable conforme o lugar de destino “virtual” ou “telemático” da prestación (*locus laboris* virtual). Garantírase desta forma a liberdade de prestación de servizos, pero limitando os riscos de alteración da competitividade. Tomaríase en conta a lei do país de destino da prestación realizada polo teletraballador, de forma que os teletraballadores transnacionais terían os mesmos dereitos que os teletraballadores internos ao servizo da mesma empresa.

Esta reformulación pode ter como punto de partida o AMET, como conxunto de liñas básicas reguladoras do teletraballo, e con esta orixe, regular mediante un instrumento de obrigado cumprimento o contido mínimo aplicable e esixible en todos os Estados membros da Unión Europea. Así as relacións laborais deste sector terían unha base uniforme, a partir da cal e mediante a correspondente transposición, cada Estado membro podería adaptar tal norma ao seu contexto interno.

Evidentemente, estas conclusións non son novas, e diversos autores¹³⁶ xa sinalaron que ante o risco que supón o dúmping social “*non bastan os dereitos internos de vocación natural ad intra. Os retos da globalización dos modelos de produción esixen un enfoque internacional*”¹³⁷.

Esta normativa comunitaria respondería aos retos da globalización, ao xerar mediante a universalización duns

¹³⁶ BAYLOS GRAU, A., “Sobre el trabajo decente: la formación del concepto”, en MONEREO PÉREZ, J.L. e MÁRQUEZ PRIETO, A. (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*, 2016, páx. 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, páx. 102; THIBAUT ARANDA, J., “Teletrabajo forzado a domicilio”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2006, páx. 392; SANGUINETI RAYMOND, W., “La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional”, *Trabajo y Derecho*, nº 98, febrero 2023, La Ley, páx. 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), páx. 1385.

dereitos laborais básicos no seo da Unión Europea un ámbito de traballo decente, cumprindo desta forma cun dos obxectivos da Axenda 2030 para un Desenvolvemento Sostible. Esta proposta non supón, en absoluto, descoñecer os evidentes problemas de aplicación práctica que esta eventual nova Directiva implicaría, dado que para a súa correcta aplicación sería imprescindible unha colaboración plena tanto a nivel administrativo como xudicial entre Estados membros.

O actual instrumento normativo de regulación do teletraballo no seo da Unión Europea, o AMET, é un acordo adoptado polos interlocutores sociais no exercicio da autonomía colectiva, e a súa aplicación remítese á negociación colectiva de cada país membro. Por tanto, a súa eficacia non pasa pola súa incorporación a unha Directiva comunitaria senón que, ao tratarse dun “acordo libre”, serán os sindicatos e organizacións empresariais pertencentes ás organizacións europeas signatarias do Acordo os que incorporen voluntariamente nos seus convenios colectivos os principios e directrices estipulados. Non é suficiente, é necesaria unha regulación nunha fonte de produción normativa de eficacia directa.

É imprescindible, de acordo co principio de neutralidade ou irrelevancia do país de residencia persoal, manter os dereitos do lugar do centro de gozo dos froitos do traballo producido polo teletraballador, co obxectivo de que non se produza unha procura de traballadores en países con menores dereitos sociais como forma de redución de custos.

Ademais, este novo instrumento normativo debería unificar a terminoloxía en materia de determinación de lexislación aplicable, foro e sistema de seguridade social, coordinando as regras de conflito nunha única Directiva. Decaería así a actual distinción en canto ao *loci laboris* como “lugar ou país no que, ou dende o cal, o traballador desempeña habitualmente o seu traballo” ou “lugar de exercicio dunha actividade”, coas dúbidas interpretativas que estas distincións provocan.