

RETOS LEGALES DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL

LEGAL CHALLENGES OF INTERNATIONAL TELEWORK*

Ana Garicano**

Sagardoy Abogados S.L.P

Javier Alonso de Armiño Rodríguez***

Sagardoy Abogados S.L.P

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El concepto de teletrabajo internacional. La especial caracterización del teletrabajo internacional a instancias del trabajador. –3. Normativa laboral aplicable en supuesto de teletrabajo internacional a instancias del trabajador; 3.1. Dificultades en la aplicación de la norma de conflicto; 3.2. Incidencia de la normativa sobre desplazamientos en el marco de una prestación de servicios. –4. Competencia judicial en supuesto de teletrabajo internacional a instancias del trabajador. –5. Normativa de seguridad social aplicable y gestión de cotización en supuesto de teletrabajo internacional a instancias del trabajador. –6. Autorización y visado para teletrabajo internacional desde España; 6.1 Necesidad de autorización y/o visado para trabajadores internacionales; 6.2 Análisis de las autorizaciones y visados que permiten teletrabajar desde España; 6.3. Autorizaciones y visados utilizados por los teletrabajadores internacionales; 6.4. Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. –7. Esfuerzos legislativos en materia de teletrabajo internacional. –8. Conclusiones. Conveniencia de un nuevo marco normativo que regule el teletrabajo internacional. –Bibliografía citada.

RESUMEN

El teletrabajo internacional ha experimentado un enorme crecimiento en los últimos ejercicios y diferentes gobiernos han mostrado su interés en promover la atracción a su país de los denominados nómadas digitales. Sin embargo, la normativa actual a nivel local e internacional no se ajusta bien a la realidad que genera el teletrabajo internacional estricto, aquel en el que la empresa no tiene un interés de negocio en el país desde el que el teletrabajador internacional ha decidido residir o prestar sus servicios. Este artículo pretende resaltar esta falta de encaje entre la normativa actual y la realidad práctica del teletrabajo internacional, haciendo una llamada a la necesidad de plantear una modificación de la regulación actual.

ABSTRACT

International teleworking has experienced an enormous growth in recent years and different governments have shown their interest in promoting the attraction of the so-called digital nomads to their countries. However, current regulations at local and international level are not well ad-

* Recibido el 15 de febrero de 2022. Aprobado el 21 de febrero de 2022.

** Partner/Immigration Practice Director.

*** Asociado Sénior.

justed to the reality of strict international telework, where the company does not have a business interest in the country from which the international teleworker has decided to reside or provide services. This article aims to highlight this mismatch between the current regulation and the practical reality of international telework, calling for the need to consider a modification of the current regulation.

Palabras clave: Teletrabajo, teletrabajo internacional, teletrabajador, teletrabajo internacional, derecho aplicable, jurisdicción competente, nómadas digitales, visado para teletrabajo, autorización para teletrabajo, seguridad social internacional.

Key words: Telework, international telework, teleworker, international telework, applicable law, competent jurisdiction, digital nomads, visa for teleworking, work permit for teleworking, international social security.

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia de COVID-19 han obligado a la utilización prácticamente generalizada de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo, como natural derivada de la implementación del confinamiento o la prioridad del teletrabajo como medidas de contención sanitaria.

A su vez, el carácter global de la crisis sanitaria y el empleo de similares medidas en diferentes países ha provocado un incremento sustancial de un tipo de teletrabajo internacional que hasta la fecha tenía un carácter residual, aquel en el que el empresario carece de actividad o intereses comerciales relevantes en el país desde el que el trabajador está prestando sus servicios.

En un artículo publicado en Harvard Business Review por Everson, M., King S. y Ockels C., se refiere un reciente estudio sobre la evolución de los nómadas digitales en el período comprendido entre 2018 y 2020, conforme al cuál en EE.UU. la pandemia habría provocado un incremento de un 49 % de los americanos que se consideraban nómadas digitales en 2020, frente a 2019.

Según el citado estudio, concurre como circunstancia adicional el que tal incremento se concentra fundamentalmente en trabajadores por cuenta ajena, colectivo en el que prácticamente se habría doblado el número de nómadas digitales, superando así al colectivo de autónomos que hasta la fecha era predominante en la prestación de servicios en un esquema de deslocalización internacional.

Los motivos de esta expansión son múltiples y de variados orígenes, con la peculiaridad de que en algunos supuestos el empleador ni siquiera era consciente de que se estaba generando una situación de prestación internacional de servicios. Así, frente a un escenario tradicional en que los teletrabajadores internacionales a instancias del trabajador solían circunscribirse a supuestos de trabajadores contratados “ab initio” por corporaciones internacionales para puestos en los que no se requería presencialidad alguna y se buscaba a los profesionales mejor preparados con independencia de cuál fuera su ubicación física, durante el confinamiento se generaron supuestos de teletrabajo internacional en el colectivo de trabajadores transfronterizos (situación especialmente común en el Benelux y sus países vecinos, por el menor tamaño de estos países y su tradición de prestación de servicios transfronterizos, pero que también se ha producido en nuestras fronteras), trabajadores desplazados que decidieron retornar a sus países de origen con motivo de las medidas de confinamiento o colectivos de trabajadores locales con fuertes vinculaciones personales o familiares con terceros países, que igualmente decidieron trasladarse durante el confinamiento a teletrabajar en otro país.

Una vez superado el período de confinamiento estricto, existe una mayor conciencia sobre la viabilidad de este modelo de teletrabajo internacional puramente centrado en los intereses

del trabajador, sin descartar los beneficios que puede tener para la empresa a la hora de atraer y retener el talento de determinados profesionales que no están dispuestos a fijar su residencia en el lugar en que se ubica el domicilio u oficinas de su empleador.

Los gobiernos de diferentes países, conscientes de esta nueva realidad, han mostrado interés en atraer a este tipo de teletrabajadores o a empleadores que estuvieran dispuestos a contratar a sus ciudadanos en régimen de teletrabajo internacional.

Concretamente España desde el año 2020 quiere promover el país como destino para teletrabajar como fórmula para atraer talento.

Sin embargo, si bien en varios casos han venido publicando regulaciones sobre teletrabajo, no han procedido a regular las peculiaridades del teletrabajo internacional salvo contadas excepciones en el ámbito migratorio y fiscal.

Estas circunstancias han generado una situación de falta de encaje entre la regulación actual y un modelo de prestación internacional de servicios en remoto que no se tuvo en consideración cuando se aprobó dicha normativa.

Estudiar las disfunciones que ello genera resulta necesario para valorar los cambios legislativos que resultaría necesario implementar para potenciar realmente las ventajas que pueda tener el teletrabajo internacional en cuanto a generación de empleo se refiere, dentro de una posición equilibrada que evite tanto situaciones de difícil o imposible gestión por las empresas, como prácticas que puedan afectar los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Consideramos adecuado anunciar al lector desde este momento que nuestro análisis se realizará desde la perspectiva del Derecho español y centrado en materia laboral, migratoria y de seguridad social.

2. EL CONCEPTO DE TELETRABAJO INTERNACIONAL. LA ESPECIAL CARACTERIZACIÓN DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL A INSTANCIAS DEL TRABAJADOR

Con carácter previo al análisis de las dificultades y contradicciones que supone aplicar la normativa actual al especial régimen de teletrabajo internacional a instancias del trabajador, resulta obligado concretar la definición de teletrabajo internacional y delimitar la concreta figura objeto de estudio, así como los motivos que justifican esta decisión.

Partimos de la ausencia de una definición legal o generalmente aceptada a nivel internacional del concepto teletrabajador internacional. Sin embargo, sí existen diferentes textos legales y acuerdos internacionales que facilitan una definición del concepto de teletrabajo.

En nuestro país, la Ley 10/2021, de 9 de julio (BOE de 10 de julio de 2021), de trabajo a distancia, recoge una definición de teletrabajo derivada de la propia del trabajo a distancia. El citado texto legal, define trabajo a distancia como la “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular”, configurando el teletrabajo como una subcategoría de trabajo a distancia en la que concurre la peculiaridad de que “se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”.

A nivel europeo, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (16 de julio de 2002), firmado entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), aportó la siguiente definición de teletrabajo: “El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular.”

Existe, por tanto, un claro consenso en el concepto de teletrabajo como forma de organización o de realización de la actividad laboral en la que concurre la especialidad de que el servicio se presta fuera de los locales de la empresa y mediante el empleo de la informática y las tecnologías de la información.

Partiendo de esta definición legal y generalmente aceptada, podría definirse como teletrabajo internacional a toda modalidad de teletrabajo en la que concorra un elemento de internacionalidad, entendido como la separación entre el país desde el que presta el servicio el trabajador en régimen de teletrabajo y el país en el que se ubican los locales de la empresa y en el que se recibe, por tanto, el beneficio del servicio prestado.

Dicho esto, como se hace en el Libro Blanco Teletrabajo Internacional del Foro Español de Expatriación (FEEX), se puede abogar por un concepto más restringido de teletrabajo internacional que se caracterizaría por la circunstancia adicional de que “responderá a un interés del trabajador en cuanto a la realización del trabajo en un país concreto distinto a aquel donde se encuentre establecida la empresa que contrata al trabajador”. En este concepto, el elemento esencial se encuentra en que la motivación de esa separación entre el país desde el que presta físicamente servicios el trabajador y el país en el que se ubica el empleador viene motivada exclusivamente a la voluntad o interés del trabajador, sin que la empresa tenga interés de negocio (más allá de la retención o atracción del talento) en que el trabajador se ubique físicamente en un determinado país.

El teletrabajo internacional así concebido puede surgir durante la relación laboral, en el caso de que por circunstancias personales el trabajador solicite prestar servicios desde otro país en régimen de teletrabajo, o “ab initio”, cuando, realizada una oferta de trabajo por la empresa, el candidato elegido manifieste su voluntad de prestar servicios desde un país diferente a aquél en el que está ubicada la empresa.

Dentro de este concepto más estricto de teletrabajo internacional, se encontrarían los nómadas digitales, en los que concurre la peculiaridad de la ausencia de concreción o la continua variación del país desde el que prestarán sus servicios.

Conviene hacer esta delimitación del concepto de teletrabajo internacional y en ella nos centraremos, porque es en este modelo en el que se presenta con mayor claridad la falta de ajuste de la normativa actual con la realidad empresarial.

En casos en que el teletrabajo internacional viene motivado por el interés del empleador de desarrollar una actividad económica o comercial en un país tercero, en el que no dispone de locales u oficinas, la aplicación de la normativa actual sobre derecho aplicable, jurisdicción competente, seguridad social aplicable u obtención de permisos de trabajo no presenta incoherencias, ni lagunas normativas de una magnitud tan relevante como las que pasamos a analizar.

3. NORMATIVA LABORAL APLICABLE EN SUPUESTO DE TELETRABAJO INTERNACIONAL A INSTANCIAS DEL TRABAJADOR

3.1. Dificultades en la aplicación de la norma de conflicto

La falta de una regulación específica del teletrabajo internacional obliga a encuadrar este tipo de prestación de servicios en la normativa local de teletrabajo que pueda considerarse aplicable. Con motivo de la prestación transnacional de servicios y el hecho de que exista una divergencia entre el país en el que está ubicada la empresa contratante y el lugar desde el que el trabajador presta servicios, resulta necesario aplicar las normas de conflicto de leyes vigentes en ambos países.

Pasaremos a estudiar a continuación las normas de conflicto aplicables en España, que lo son en este caso a su vez del resto de países de la Unión Europea, pero conviene ser conscientes de que el país desde el que el trabajador ha solicitado prestar servicios tendrá sus propias normas de conflicto, que serán las que aplique cualquier órgano jurisdiccional de dicho país. Esto puede llevar a conclusiones diferentes a las que resulten de la aplicación de nuestra normativa de conflicto.

Sentada esta premisa, en España la normativa de conflicto para definir el Derecho aplicable a un contrato de trabajo celebrado a partir del 17 de diciembre de 2009 se recoge en el Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (DOUE de 4 de julio de 2008), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I).

En la medida en que la fecha relevante para decidir la aplicación del Reglamento Roma I es la de celebración del contrato de trabajo y no la de la adenda de teletrabajo internacional, resulta posible que en algunos supuestos la norma de conflicto sea el Convenio 80/934/CEE, de 19 de junio de 1980 (DOCE de 9 de octubre de 1980), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio Roma I). En cualquier caso, la similitud entre ambos textos internacionales ha llevado a que algunos autores como Calvo Caravaca, A.L. concluyan que “la jurisprudencia generada por el Convenio (...) es aprovechable, mutatis mutandi, para la interpretación del Rgto. Roma I”.

En atención a esa similitud y compartiendo dicho criterio, procedemos a analizar la problemática del derecho aplicable al teletrabajo internacional a la luz del Reglamento Roma I y de la jurisprudencia sobre la interpretación del Convenio Roma I.

El Reglamento Roma I regula la normativa aplicable a los contratos individuales de trabajo en su artículo 8, con un modelo en el que la libertad de elección de las partes se ve limitado por una muy relevante salvedad, en la medida en que “dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”.

Esta matización pretende evitar que, por la vía de la libre elección de la normativa aplicable, se evite la aplicación de previsiones legales de carácter imperativo, excluidas en la normativa local de esa facultad de ser modificadas por acuerdo entre trabajador y empresario. En la práctica, si se tiene en consideración el carácter imperativo de gran parte del derecho del trabajo en diferentes jurisdicciones, el principio general de libertad de elección del Derecho aplicable queda condicionado de forma muy relevante.

Esta situación obliga a enfrentarse a las reglas para definir la ley aplicable a falta de pacto expreso y buscar cuál sería la adecuada aplicación de éstas en supuestos de teletrabajo internacional.

Las reglas en cuestión son las siguientes:

- La primera regla para definir el Derecho aplicable al contrato de trabajo es la “lex loci executionis”, en términos del Reglamento Roma I: “la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”.

¹ CALVO CARAVACA, A.L., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones Escogidas*, Anales de Academia Matritense del Notariado, t 49 2009.

El propio texto normativo precisa que no se considera que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

- En caso de que no pueda determinarse cuál es ese país de prestación habitual del servicio, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual ha sido contratado el trabajador.
- La conclusión a que lleven ambas reglas debe verse matizada por la denominada cláusula de escape, conforme a la cual, si del conjunto de circunstancias concurrentes se puede concluir que un contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, se aplicará la ley de este otro país.

La aplicación de estas reglas del Reglamento Roma I a un supuesto de teletrabajo internacional, especialmente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, es una tarea sujeta a diferentes interpretaciones y puede llevar a conclusiones difícilmente aceptables desde la perspectiva de la lógica que llevó a implementar ese esquema de teletrabajo internacional.

Como ya hemos anticipado, la situación no se antoja especialmente conflictiva en supuestos en los que el teletrabajo internacional tiene su origen en una decisión empresarial justificada en la existencia de un interés de negocio en el país al que se desplaza al trabajador, ya que en este supuesto no se rompe la tradicional conexión entre el lugar desde el que el trabajador presta físicamente sus servicios y el lugar en que el empresario se beneficia de los mismos. Si por una motivación empresarial o de negocio la empresa desplaza a un trabajador a otro país o contrata “ab initio” a un trabajador en otro país, resulta natural que el empresario pueda verse obligado a aplicar el derecho local de dicho país, sin que la prestación de servicios en régimen de teletrabajo suponga ningún óbice lógico a tal conclusión.

Tampoco presenta especiales complicaciones el caso de aceptación por la empresa de la solicitud de un trabajador de prestar servicios en régimen de teletrabajo de forma temporal y puntual en un país diferente a aquel en que habitualmente presta sus servicios. En este modelo, tanto por aplicación de la regla del lugar de prestación habitual del servicio, como la cláusula de escape de vínculos más estrechos, seguiría aplicando la norma que ha venido rigiendo el contrato de trabajo.

Sin embargo, la cuestión presenta más aristas en el supuesto en que con carácter definitivo se autoriza a un trabajador a prestar servicios en régimen de teletrabajo desde un país diferente a aquel en que está domiciliada la empresa que le contrató, sin que exista ningún interés empresarial en que el trabajador preste servicios desde otro país y siendo la motivación de esa ruptura del nexo entre el lugar desde el que se presta el servicio y presencia física del trabajador la decisión personal del trabajador.

La interpretación literal del Reglamento Roma I y una tendencia de las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a considerar la “lex loci executionis” como la norma principal de conflicto, llevaría a concluir que la ley aplicable al contrato de trabajo es la del país en el que se encuentra ubicada físicamente la persona trabajadora, en el que ha solicitado instalarse para prestar sus servicios en régimen de teletrabajo.

Esta primacía del principio del lugar de prestación habitual de servicios se destaca por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea Voogsgeerd, C-384/2011, en el que se recuerda que “Además, procede señalar que, a efectos de determinar el Derecho aplicable, el criterio de vinculación del contrato de trabajo de que se trata en el asunto principal al lugar en el que el trabajador realiza habitualmente sus funciones debe tomarse en consideración de modo prioritario y su aplicación excluye la toma en consideración del criterio subsidiario del lugar de la sede del establecimiento que contrató al trabajador”.

Sin embargo, esta misma sentencia y otros pronunciamientos similares del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea contienen argumentos que pueden evidenciar que la conclusión de que deba entenderse aplicable la ley del país en el que reside el teletrabajador pueda no ser tan unívoca.

Tanto la sentencia Voogsgeerd, como otras sentencias precedentes en los sectores del transporte o marítimo, vinieron a incluir en el concepto “lex loci laboris” no sólo al país en el que se presta físicamente el servicio, sino también a aquel a partir del cual se presta el servicio, concepto que recogió posteriormente el Reglamento Roma I. Con estos pronunciamientos se venía a evitar posibles abusos por parte de los empresarios de estos sectores en los que el lugar de prestación habitual de servicios no resulta sencillo de establecer o es fácilmente maleable por la empresa, consistentes en formalizar los contratos de trabajo en establecimientos de países con una menor protección laboral.

A tal efecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea estableció el carácter residual del criterio de lugar de firma del contrato y amplió el concepto de lugar de prestación habitual de servicios, incluyendo en el mismo el lugar a partir del cual se presta el servicio. Al efecto de definir el lugar a partir del cual se presta el servicio, estas sentencias establecen indicaciones como el lugar en el que el trabajador recibe sus instrucciones, en el que se organiza su trabajo o en el que se encuentran las herramientas para prestar sus servicios.

Es cierto que, en los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia, el trabajador se presenta físicamente en un establecimiento del país cuya norma se considera aplicable para recibir las instrucciones de trabajo o recoger sus herramientas. Sin embargo, esa relevancia que se da al lugar desde el que se ejercen realmente las funciones de dirección y organización empresarial podría abrir una vía interpretativa a favor de la aplicación del derecho del país en que se ubica el empresario y en el que se reciben los servicios del teletrabajador internacional.

En cualquier caso, dejando a un lado esa vía alternativa de interpretación del concepto de lugar a partir del cual se presta el servicio, la aplicación literal del principio de territorialidad da lugar a situaciones incoherentes y, en ocasiones, no deseables en un supuesto de teletrabajo internacional a instancias del trabajador.

No parece razonable que un empresario que carece de interés económico alguno en un país determinado, se vea obligado a conocer y aplicar toda su normativa laboral simplemente por acceder a una petición de la persona trabajadora motivada por sus intereses personales.

Se podría argumentar que siempre concurre en estos casos cierto interés empresarial al acceder a la solicitud del trabajador, aunque sólo sea la de retener el talento de su organización, pero la circunstancia sería aún más incomprensible en un supuesto en que el cambio de país se hubiera realizado sin conocimiento del empresario o incluso por imposición legal. Imaginemos en este sentido una aplicación expansiva del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en la que se admitiese o se impusiera mediante sentencia la solicitud del trabajador con motivo de su derecho a conciliar la vida familiar y laboral.

La norma española reconoce el derecho a la persona trabajadora de solicitar adaptaciones “en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia” para hacer efectivo tal derecho. En el caso de recibir una solicitud en este sentido con la peculiaridad de que, para conciliar la vida personal y laboral, resultase necesario que la prestación de servicios en régimen de teletrabajo se realice desde el extranjero, la empresa podrá oponer necesidades organizativas y productivas derivadas de las complicaciones para gestionar este tipo de relación laboral. Sin embargo, no es descartable que tales argumentos no fueran aceptados por el juzgador.

En este potencial escenario, si se concluyera que el derecho aplicable a una relación de teletrabajo internacional es la del lugar en el que el teletrabajador presta físicamente sus servicios, nos encontraríamos ante un inédito supuesto en el que el trabajador está habilitado legalmente

por la normativa de un país a imponer a su empresario la aplicación de la normativa de un país tercero. Esta anomalía jurídica daría lugar a un supuesto de “law shopping” difícilmente asumible.

Conviene destacar que la íntegra aplicación de la normativa laboral del país de destino en supuestos de teletrabajo internacional motivados exclusivamente por una petición personal del trabajador, en que la empresa carece de actividad o intereses en el país de prestación de servicios, va más allá de una discusión sobre los derechos contractuales del teletrabajador y genera dificultades en materia de cumplimiento normativo de difícil solución cuando el empleador tiene pocos trabajadores en un país extranjero.

Analizando este escenario desde la perspectiva en que España fuera el lugar de destino, no resulta complicado apuntar varias áreas en las que la norma española no tiene en consideración la situación de empresarios extranjeros con un número limitado de teletrabajadores en España, exigiendo el mismo nivel de cumplimiento que a un empresario local. Entre otras podríamos destacar:

- Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, en las que el empresario extranjero se verá obligado casi con total seguridad a contratar un servicio de prevención ajeno, a pesar de que la Ley 10/2021 prevé el derecho del teletrabajador de denegar el acceso de este al lugar de trabajo. Así, la normativa local exige la contratación de un servicio de prevención ajeno cuya ejecución se enfrenta con relevantes dificultades. Asimismo, el empleador se verá obligado a aplicar las medidas que el servicio de prevención ajeno considere oportunas con la complejidad en su ejecución que implica este escenario de teletrabajo desde un país extranjero.
- Varias exigencias que requieren una carga administrativa difícilmente justificable para escenarios de prestación de servicios de un solo trabajador y en régimen de teletrabajo, tales como registro horario, obligaciones de registro retributivo, implementación de políticas de prevención del acoso sexual y moral, implementación de políticas de acceso a los medios informáticos facilitados al trabajador ajustadas a la normativa local, adecuación de las políticas de seguridad y privacidad conformes a la norma local en materia de protección de datos (con la especialidad de la existencia de transferencia internacional de datos personales precisamente al país de origen del trabajador), etc.
- Complicaciones especiales en materia de tiempo de trabajo en las que el empresario asume una carga adicional por la decisión personal del trabajador de residir en un país diferente a aquel en que se encuentran las oficinas de la empresa: consideración de los viajes a las oficinas de la empresa en el país de origen como tiempo de trabajo, limitaciones en materia de descanso entre jornadas que pueden complicar la coordinación en supuestos de diferentes husos horarios, obligación de respetar los festivos locales en vez de ajustarse a los festivos del país de origen, etc.

A ello se une la ausencia de consideración en la Ley 10/2021, como por otro lado ocurre en la práctica totalidad de las normativas locales de teletrabajo de otros países, de la singular situación del teletrabajo internacional a instancias del empleado, que hacen muy complejo el cumplimiento de la norma. Como ejemplo de exigencias legales difícilmente gestionables en estos escenarios, pueden citarse: la obligación de asignar al trabajador un centro de trabajo de referencia, la regulación del derecho de reversibilidad o la asunción del adecuado mantenimiento de equipos con la consecuencia legal de no poder afectar el tiempo de trabajo por los fallos en el funcionamiento de estos.

Incluso en supuestos en que la solicitud de teletrabajo internacional se implemente a través de la contratación por filiales españolas del empleador extranjero, se generan enormes distorsiones: participación del teletrabajador internacional en elecciones sindicales con potenciales cambios de composición de representatividades e impacto en negociación colectiva o dificultades de control del trabajo y cumplimiento con normativa al divergir el responsable de dirigir la actividad con la persona que es responsable del cumplimiento con la norma local.

Los problemas conceptuales de la aplicación de la norma del país en que se encuentra ubicado físicamente el teletrabajador y los perniciosos efectos del “law shopping” no se limitan a las dificultades que pueda implicar para un empresario que no contrató considerando lo aplicación de la norma de un país tercero.

En casos de teletrabajo internacional por intereses personales del trabajador “ab initio” es sencillo imaginar un uso de este modelo por las empresas destinado a buscar la aplicación de la norma laboral más favorable o menos costosa. En el proceso de selección para ocupar una vacante en la que la prestación de servicios presencial resulte innecesaria, uno de los criterios de selección podría ser precisamente que el trabajador tenga su residencia en un país en el que la normativa laboral resulte más laxa. Parece nuevamente que este no es un resultado deseable.

La problemática que genera la aplicación del principio de territorialidad se debe fundamentalmente a que cuando se firmó el Convenio de Roma I o se aprobó el Reglamento Roma I no resultaba concebible una situación en que existiera una total disparidad entre el lugar de prestación de servicios y el lugar en el que se reciben los servicios por el empresario. En consecuencia, resultaba complejo plantear una situación en que aplicando este criterio preeminente se llegara a las cuestionables conclusiones que venimos comentando.

Frente a estos argumentos, se puede contestar que el principio de territorialidad cede ante la cláusula de escape de los vínculos más estrechos. Sin embargo, la aplicación de este concepto resulta también discutible y compleja.

La cláusula de escape en materia de norma aplicable a contratos de trabajo del Reglamento de Roma I establece la prevalencia de la norma del país con el que el contrato presente vínculos más estrechos, si este es diferente que el que resultaría de la aplicación de la norma del país de prestación de servicios.

En una aplicación literal del texto normativo, podría considerarse que permite eludir los problemas de la aplicación del principio de territorialidad en supuestos de teletrabajo internacional argumentando que el país con el que el contrato presenta unos vínculos más estrechos es aquel en el que se encuentra domiciliado el empresario o el establecimiento contratante, en la medida en que es en él en el que se reciben los frutos del trabajo de la persona teletrabajadora. Esta interpretación evitaría la complejidad de obligar a la empresa a aplicar la norma de un país tercero en que no tienen intereses económicos o un modelo de “law shopping” en el que el país en que reside un trabajador pueda convertirse en un criterio de selección prevalente.

Sin embargo, a la hora de definir cuál es ese país con el que el contrato presenta vínculos más estrechos la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea viene incidiendo en criterios que llevarían más bien a considerar que tal país es en el que se ubica el teletrabajador.

La sentencia paradigmática en la aplicación de la cláusula de escape es probablemente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea Schlecker, C-64/2012. En esta sentencia, en la que el TSJUE optó por aplicar la cláusula de escape, se destacan como indicios de un vínculo más estrecho circunstancias típicamente referidas al lugar en que se encuentra físicamente el trabajador, al señalar: “Entre los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo.”

La complejidad apuntada es probablemente mayor en el caso de un nómada digital puro, esto es, en el caso de trabajadores que cambian habitualmente su lugar de residencia y de prestación de servicios.

En este concreto supuesto, parece razonable aplicar la solución residual de aplicación de la norma del país en el que se formalizó el contrato de trabajo, lo que garantizaría cierta estabilidad a la normativa aplicable a la relación laboral.

Sin embargo, la tendencia a realizar un uso restringido de este criterio que se recoge en las sentencias del TSJUE que han optado por expandir el concepto de lugar de prestación de servicios, como ha sido el caso de la sentencia Voogsgeerd, hace que resulte probable que la solución sea diferente. Especialmente, si en la práctica empresarial se detecta una tendencia al uso abusivo de este criterio, consistente en contratar a los nómadas digitales desde países en los que la legislación laboral resulte menos garantista.

En consecuencia, con la normativa y jurisprudencia actual, la definición del Derecho aplicable a un caso de teletrabajo internacional en el que no concurre un interés empresarial en que los servicios se presten en un determinado país resulta compleja y da lugar a respuestas difícilmente ajustadas a la realidad de la prestación de servicios.

3.2. Incidencia de la normativa sobre desplazamientos en el marco de una prestación de servicios

Una cuestión conexas a la cuestión del Derecho aplicable al contrato de trabajo en un supuesto de teletrabajo internacional es la de la eventual aplicación al mismo de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, de 16 de diciembre de 1996 (DOUE 21 de enero de 1997) y sus posteriores modificaciones.

Esta normativa comunitaria pretende contener el “dumping” social asegurando el cumplimiento de unas condiciones de trabajo mínimas aplicables en el país en el que el trabajador ha sido desplazado.

En términos generales, en un supuesto en que el teletrabajo internacional no está motivado por un interés empresarial, lo usual es que esta normativa no aplique a supuestos de teletrabajo internacional.

La Directiva 96/71/CE aplica a los siguientes supuestos:

- a) desplazamiento de un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho estado miembro, al territorio de un estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o
- b) desplazamiento a un trabajador al territorio de un estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento.

En un caso de teletrabajo internacional motivado por los intereses del trabajador, no concurrirá ninguna de las circunstancias que prevé la Directiva 96/71/CE para su aplicación, ya que no existe ningún contrato con una empresa tercera que motive el desplazamiento del trabajador al país desde el que teletrabaja, ni prestará servicios en las instalaciones o para las empresas del grupo que pudiera tener su empleador ese país. En consecuencia, debería descartarse la aplicación de la Directiva 96/71/CE y la consiguiente obligación de aplicar las condiciones de trabajo mínimas del país de desplazamiento que prevé la misma.

Sin embargo y aunque no es el caso de la normativa española, no se puede obviar el caso de jurisdicciones que en la transposición de la Directiva han optado por ampliar o aclarar el ámbito de aplicación de forma que pudiera considerarse aplicable la normativa de desplazamientos también a supuestos de teletrabajo internacional por la mera ubicación física del trabajador.

En todo caso, aún a modo de sucinta reflexión, conviene apuntar que la figura del teletrabajo internacional probablemente dé lugar a que la Directiva 96/71/CE haya quedado desfasada, a pesar de los múltiples esfuerzos de los últimos ejercicios para modificarla de cara a asegurar su aplicación.

La irrupción del teletrabajo internacional ha creado un nuevo frente de competencia entre las normativas laborales de cada país y la generación de eventuales situaciones de “dumping” social, en la que ya no es relevante el país en el que físicamente se prestarán los servicios, sino el país en el que se recibirán los mismos. La normativa actual puede proteger a los Estados en casos de prestaciones de servicios en los que sea necesaria la prestación desde el país, pero no en servicios que pueden prestarse fundamentalmente a distancia. Así, será posible proteger por ejemplo el sector de la construcción, pero difícilmente cabrá obtener protección similar en servicios de soporte informático.

En todo caso, conviene apuntar que fuera de la Unión Europea los países de destino pueden tener sus propias regulaciones sobre garantías laborales mínimas a respetar en relación con personal prestando servicios desde sus jurisdicciones.

4. COMPETENCIA JUDICIAL EN SUPUESTO DE TELETRABAJO INTERNACIONAL A INSTANCIAS DEL TRABAJADOR

Similar relevancia al Derecho aplicable a la relación laboral tiene la discusión sobre cuál sería el posible foro en el que se resolviera cualquier conflicto derivado de la misma en un supuesto de prestación de servicios en régimen de teletrabajo internacional a instancias del empleado.

Para analizar esta cuestión desde el punto de vista de reclamación presentada ante los órganos jurisdiccionales de cualquier país miembro de la Unión Europea debemos acudir al Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 12 de diciembre de 2012 (DOUE de 20 de diciembre de 2012). Esta es la norma que debe aplicar cualquier órgano judicial de estados miembros de la Unión Europea, independientemente de dónde estén domiciliadas las partes.

Conforme al Reglamento (UE) 1215/2012, la empresa sólo puede demandar al trabajador dónde tenga su domicilio.

Por su parte, el trabajador puede optar por cualquiera de los siguientes foros:

- Si es el empresario está domiciliado en un estado miembro, el trabajador podrá optar entre en estado en que esté domiciliado el empresario o en el lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado. Alternativamente, a falta de lugar de prestación habitual de servicios, se da la opción de demandar en el país en que se ubique el establecimiento que empleó al trabajador.
- Si es un empresario está domiciliado fuera de la Unión Europea, el trabajador podrá demandar aun así en el lugar en el que o desde el cual desempeña habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado; o, a falta de tal lugar, en el órgano en que esté el establecimiento que empleó al trabajador.

En aplicación de dicha regulación resultará común la situación en que la empresa de un que ha accedido a que un trabajador preste servicios en régimen de teletrabajo desde un estado miembro de la Unión Europea pueda verse demandada en este país de destino, a pesar de no tener ningún tipo de interés económico o establecimiento en el mismo. Asimismo, en este escenario, cualquier reclamación que pretenda realizar frente al trabajador deberá efectuarse en este país de destino.

Esta situación no puede eludirse mediante pacto previo al inicio del teletrabajo internacional, ya que conforme al Reglamento (UE) 1215/2012 en materia de contratos individuales de trabajo los pactos entre las partes únicamente prevalecerán sobre las previsiones de la norma si el acuerdo es posterior al nacimiento del litigio o si se limita a ampliar las opciones de elección de foro del trabajador.

En consecuencia, la aceptación por el empresario de una solicitud de teletrabajo internacional supone, cuanto menos, un significativo incremento de los costes legales en supuesto de conflicto. El empresario tendrá que contratar abogados en el país en el que el trabajador esté prestando servicios, asumir el coste de probar el Derecho aplicable en el caso de que pretenda la aplicación de la legislación del país de origen, incurrir en costes de traducción e interprete, abonar los gastos de traslado de testigos, etc. En España se unirá a todo ello la particularidad de las limitaciones a las condenas en costas.

Con carácter adicional y más relevante que esta cuestión de costes, el foro jurisdiccional condiciona en la práctica el Derecho aplicable al litigio y obviamente sitúa en mayores dificultades de preparación del litigio a quién no se encuentra domiciliado en el país en que se resuelve el conflicto.

Esta realidad puede considerarse más o menos adecuada, pero lo que resulta innegable es que no fomenta la aceptación por los empresarios de solicitudes de teletrabajo internacional, que pueden ser necesarias para el trabajador o incluso deseables para potenciar el empleo en determinadas regiones.

5. NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE Y GESTIÓN DE COTIZACIÓN EN SUPUESTO DE TELETRABAJO INTERNACIONAL A INSTANCIAS DEL TRABAJADOR

La normativa de seguridad social aplicable al teletrabajador internacional reviste especial importancia, ya que de ella derivan particulares obligaciones administrativas para el empleador que pueden hacer compleja o costosa esta figura.

En general, los sistemas de seguridad social se rigen por el principio de territorialidad, de forma que toda persona que preste servicios de forma recurrente en un estado viene obligada a cotizar en el mismo.

En el caso español, el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de octubre de 2015 (BOE de 31 de octubre de 2015), incluye en el ámbito de aplicación de la seguridad social a los españoles que residan en España y a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional y puedan considerarse trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, estudiantes o funcionarios.

Este principio de territorialidad también es el criterio general y preferente de asignación de la normativa de seguridad social aplicable en los diferentes instrumentos que coordinan la seguridad social de dos o varios países.

El Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, de 29 de abril de 2004 (DOUE de 30 de abril de 2004), que viene a coordinar los sistemas de seguridad social de los diferentes estados de la Unión Europea, establece en su artículo 11.2 que con carácter general la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un estado miembro quedará sujeta a la legislación de seguridad social de ese estado miembro.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007, establece en su artículo 9 como regla general que las personas a las que aplique el convenio

quedarán sujetas exclusivamente a la legislación de la seguridad social del estado en cuyo territorio ejerzan una actividad, dependiente o no dependiente.

Esta es también la regla que sin apenas excepciones aplican los diferentes convenios bilaterales de seguridad social firmados por España con diferentes países.

Esta regla general suele exceptuarse para trabajadores por cuenta ajena únicamente en supuestos de prestación conjunta de servicios en dos países o en el caso de desplazamientos temporales a instancias del empleador a otro país.

Así, el Reglamento (CE) 883/2004 prevé la opción de conservar la aplicación de la seguridad social de origen en caso de desplazamiento por el empleador para realizar un trabajo en otro país si la duración estimada del mismo no excede de 24 meses, mientras que en caso de prestación de servicios en varios países establece la prevalencia de la norma del país en que reside el trabajador.

Las previsiones de los diferentes convenios bilaterales y multilaterales en materia de seguridad social no presentan significativas diferencias en materia de excepciones al principio de territorialidad, respecto de las que recoge el Reglamento (CE) 883/2004.

En este contexto normativo, un caso de teletrabajo internacional a instancias del trabajador difícilmente podrá encontrarse excepcionado de la regla general de aplicación de la norma de seguridad social del país en el que físicamente se prestan los servicios.

El teletrabajador no ha sido destinado al país en el que prestará servicios por interés o indicación del empresario y, en general, el cambio de residencia tiene una duración temporal que excede la prevista en las excepciones de los diferentes textos normativos.

Esta conclusión obliga a los empleadores de teletrabajadores internacionales a cotizar en el país de destino, lo que, si bien no siempre supone la obligación de constituir algún tipo de filial o sucursal en ese país, sí suele implicar relevantes cargas administrativas y limitaciones en cuanto al número de trabajadores que pueden registrar en seguridad social.

En el caso de España, se prevé la posibilidad de que un empleador extranjero se registre en nuestro país a efectos fiscales y de seguridad social, si bien para ello resulta necesario el nombramiento de un representante fiscal con residencia en nuestro país. La responsabilidad solidaria de este representante fiscal respecto de las deudas de la entidad no residente hace que la contratación de tal figura resulte costosa.

Las alternativas más usuales a la contratación de un representante con residencia fiscal en España generan diversas complicaciones.

Una alternativa común es plantear al propio teletrabajador que ha decidido prestar servicios en nuestro país que ocupe la posición de representante fiscal. Esta situación, aparte de incrementar el riesgo de que se considere que el empleador ha de constituir un establecimiento permanente en nuestro país, sitúa al trabajador en la tesitura de asumir responsabilidades que pueden exceder significativamente de las retenciones y cotizaciones correspondientes a su prestación de servicio. Tal podría ser el caso en el que la empresa, tras aceptar la solicitud de prestación de servicios en régimen de teletrabajo internacional desde España, concediera tal alternativa a más empleados, con lo que el primer empleado, que fue nombrado como representante fiscal, podría ser responsable solidario por retenciones y cotizaciones correspondientes a sus compañeros.

Otra práctica cada vez más común, es contratar los servicios de los denominados en terminología anglosajona "employers of record". Estas sociedades contratan formalmente a los trabajadores de sus clientes, que mantienen en todo caso las funciones de dirección y organización

de los servicios de estos trabajadores, mientras que el “employer of record” los registra en su cuenta de cotización, gestiona sus nóminas y asegura el cumplimiento con las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

En nuestro país este tipo de servicios no se encuentran específicamente regulados, por lo que existe el riesgo de que se considere que su actividad puede constituir una cesión ilegal de trabajadores, aunque no concorra ninguna intención de perjudicar al trabajador ni burlar sus derechos laborales.

En este sentido, debe tenerse en cuenta la particularidad de que en la contratación a través de un “employer of record”, se respeta el convenio colectivo de aplicación de la empresa cliente, que el trabajador disfruta exactamente de los mismos beneficios y sistema retributivo que el resto de compañeros en la empresa cliente y que la empresa cliente reconoce expresamente ser el empleador real del trabajador, siendo la única finalidad de la contratación del trabajador por esta vía el agilizar la posibilidad de contratación en el país extranjero y simplificar la gestión administrativa de contar con un solo empleado en un país extranjero.

De otra manera, si el empresario se registra en España como empleador extranjero deberá dar de alta una cuenta bancaria para poder realizar sus pagos, contratar los servicios de una gestoría para la elaboración de nóminas y asegurar el cumplimiento con la normativa laboral, así como contratar un servicio de prevención ajeno.

En conclusión, la obligación de cotizar por un teletrabaja internacional en el país en que ha decidido residir genera importantes complicaciones administrativas y costes asociados con las mismas.

6. AUTORIZACIÓN Y VISADO PARA TELETRABAJO INTERNACIONAL DESDE ESPAÑA

6.1. Necesidad de autorización y/o visado para trabajadores internacionales

La primera cuestión legal en el momento de analizar el teletrabajo internacional desde España por nacional extranjero para empresa radicada fuera de nuestro país es determinar si resulta necesario con carácter previo al inicio de la actividad en remoto la obtención de una autorización y/o visado que permita realizar la actividad laboral o profesional.

Al analizar la cuestión debemos recordar el principio de libre circulación de trabajadores nacionales de estados miembros de la Unión Europea.

En este sentido, tal y como establece el Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 16 de febrero de 2007 (BOE de 28 de febrero de 2007) los nacionales extranjeros bajo su ámbito de aplicación “... tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”.

En esta línea, tendrán derecho a trabajar desde España en remoto para empresas radicadas en el extranjero, en igualdad de condiciones que los nacionales españoles, por tanto, sin necesidad de obtención de autorización y/o visado que se lo permita, los siguientes nacionales extranjeros a los que se refieren el artículo 2 y 2 bis del citado Real Decreto:

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

Los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

Artículo 2.bis Entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

1. Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este real decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de:

a) Los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del presente real decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él.

2.º Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

b) La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo. “

Una vez concluimos que los nacionales extranjeros bajo el ámbito de aplicación del RD 240/2007 pueden trabajar en remoto desde España para empresas extranjeras sin necesidad de autorización o visado, es necesario analizar qué ocurre con los nacionales extranjeros que no se encuentran bajo el ámbito de aplicación del régimen comunitario y cuya entrada y permanencia en España se rige por Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de 11 de enero de 2000 (BOE de 12 de enero de 2000); Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, de 20 de abril de 2009 (BOE de 30 de abril de 2011); y en determinados supuestos por la sección movilidad internacional de Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 27 de septiembre de 2013 (BOE de 28 de septiembre de 2013).

En este sentido hemos de acudir como punto de partida al artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000 que literalmente establece:

“Artículo 36 Autorización de residencia y trabajo

1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.”.

A la luz de este artículo debemos concluir que cualquier nacional extranjero que no se encuentre bajo el ámbito de aplicación del RD 240/2007 deberá con carácter previo al inicio de la actividad en remoto desde España para la entidad radicada en el extranjero ser titular de la autorización y/o visado que le permita el ejercicio de esta.

Debe tenerse en cuenta que el hecho de que el empleador o el cliente del teletrabajador internacional no se encuentre radicado en España o que la duración de la actividad no exceda el tiempo de estancia máximo permitido en el país (como regla general 90 días continuos o discontinuos en cualquier período de 180 días) sin obligación de obtener autorización de residencia no exima de la citada obligación.

Es la naturaleza de la actividad junto a su realización en España y no su duración o la localización de la empresa que contrata para la realización de la actividad lucrativa, laboral o profesional lo que determina la obligación de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar.

En este sentido, tanto la Ley Orgánica 4/2000, como el Real Decreto 557/2011 y la sección movilidad internacional de Ley 14/2013 regulan autorizaciones para trabajar desde España para trabajadores desplazados desde empresas extranjeras a nuestro país en el marco de una prestación transnacional de servicios o entre empresas del mismo grupo.

El desplazamiento de trabajadores por parte del empleador a un tercer país motivado por un interés principalmente empresarial no constituye el supuesto de teletrabajo internacional aquí analizado sin embargo se hace referencia al tratamiento migratorio de esta realidad para señalar que la obligación de contar con autorización /visado que permita trabajar en España es aplicable a pesar de no existir un empleador radicado en España.

En este sentido, el artículo 110 de la Ley Orgánica 4/2000 la y el RD 557/2011 prevé respecto de la autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios que:

1. Se halla en situación de residencia temporal y trabajo en el marco de una prestación transnacional de servicios el trabajador extranjero que se desplace a un centro de trabajo en España y dependa, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, en los siguientes supuestos:

a) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera en ejecución de un contrato celebrado entre ésta y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

b) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca a centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo de que ésta forme parte.

c) Cuando dicho desplazamiento temporal afecte a trabajadores altamente cualificados y tenga por objeto la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.”

Y en el caso de la sección de movilidad internacional Ley 14/2013, el artículo 73, indica que

1. Aquellos extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional, con una empresa o grupo de empresas establecida en España o en otro país deberán estar provistos del correspondiente visado de acuerdo con la duración del traslado y de una autorización de residencia por traslado intraempresarial, que tendrá validez en todo el territorio nacional.

La autorización de residencia por traslado intraempresarial tendrá dos modalidades: a) Autorización de residencia por traslado intraempresarial ICT UE: Procederá esta autorización en el supuesto de desplazamientos temporales para trabajar como directivo, especialista o para formación, desde una empresa establecida fuera de la Unión Europea a una entidad perteneciente a la misma empresa o grupo de empresas establecida en España.

La obligación de obtener estas autorizaciones existe independientemente del hecho de trabajar para un empleador sin presencia en España y de la duración del ejercicio de la actividad en el país.

En esta misma línea y en base a lo establecido en el citado artículo 36 debemos concluir que resulta preceptiva la titularidad de autorización y/o visado que permita trabajar desde España para empresas radicadas en el extranjero para todos los nacionales de terceros países que no se encuentren bajo el ámbito de aplicación del régimen comunitario.

6.2. Análisis de las autorizaciones y visados que permiten teletrabajar desde España

Determinada la necesidad de ser titular de autorización y/o visado que permita la realización del trabajo en remoto para una entidad radicada fuera de España debemos analizar las autorizaciones reguladas en nuestro sistema jurídico migratorio que permiten trabajar en nuestro país.

En este análisis debemos revisar las autorizaciones reguladas en la Ley Orgánica 4/2000, Real Decreto 557/2011 y la sección movilidad internacional de Ley 14/2013.

Comenzaremos por señalar aquellas autorizaciones que permiten la realización del teletrabajo internacional desde España a pesar de no haber sido aprobadas con motivo de la realización de la actividad en remoto desde nuestro país.

La Ley Orgánica 4/2000 recoge las siguientes:

Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.

Autorización de residencia y trabajo temporal cuenta propia.

Autorización de residencia de Larga duración.

Autorización de residencia de Larga duración UE.

Las autorizaciones de residencia reguladas en la sección movilidad internacional de la Ley 14/2013 permiten trabajar para empresas radicadas en el extranjero. Téngase en cuenta que estas autorizaciones no se conceden en base al teletrabajo internacional si no por motivos distintos ligados a la inversión, emprendimiento, condición de trabajador altamente cualificado o sujeto a movimiento intraempresarial y que, al margen de permitir el teletrabajo, si desaparecen

las causas que generaron el derecho a esta autorización, la misma podría cancelarse por las autoridades competentes.

Una vez analizadas las autorizaciones que permiten la realización de la actividad laboral y /o profesional desde España para empresas radicadas en el extranjero debe revisarse si existen autorizaciones y visados disponibles para teletrabajadores internacionales que no son titulares de ninguna de las anteriores.

Lamentablemente hemos de concluir que no existe en la actualidad ningún visado/ autorización que permita la estancia /residencia en España para teletrabajo internacional.

6.3. Autorizaciones y visados utilizados por los teletrabajadores internacionales

Desde el punto de vista práctico, la inexistencia de autorización/visado específico para trabajo internacional supone la realización de este al amparo de autorizaciones y visados inadecuados entre los que destacamos principalmente la autorización de residencia temporal no lucrativa regulada en el artículo 46 y siguientes del RD 557/2011 y la autorización de residencia para traslado interempresarial regulada en el artículo 73 y siguientes de la Ley 14/2013.

Resulta frecuente que el teletrabajador internacional acuda a la vía de la autorización de residencia no lucrativa ya que acreditando la solvencia económica para vivir en España sin necesidad de realizar actividad laboral o profesional, la cobertura sanitaria pública o privada y la ausencia de antecedentes penales y enfermedades consideradas como graves por el Reglamento Sanitario Internacional 2005 obtiene una autorización que le permite residir inicialmente en España un año y que puede ser renovada siempre que se mantengan las condiciones que generaron el derecho.

Es importante tener en cuenta que esta autorización permite residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales o profesionales y que la realización del teletrabajo internacional bajo este tipo de autorización no está permitido.

No tan habitual pero también utilizada por los empleadores radicados fuera de España para facilitar el teletrabajo internacional, de sus empleados, es la autorización de residencia para traslado intraempresarial. Esta vía requiere la intervención de la empresa extranjera que deberá registrarse en nuestro país para formular la solicitud en favor del teletrabajador extranjero pretendiendo que hay un desplazamiento del mismo a España por cuenta y bajo la dirección del empresario, lo cual como ya se ha señalado no refleja la realidad del teletrabajo internacional analizado en este artículo que responde a un interés principal del trabajador y no del empresario.

Como se ha adelantado ninguna de las figuras migratorias utilizadas para la realización del teletrabajo internacional resulta adecuada.

6.4. Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes

En este escenario resulta necesario hacer referencia al Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes conocida como “Ley de Startup” que en su exposición de motivos destaca la conveniencia de atraer a España a los “nómadas digitales” como fuente de talento e inversión con el consiguiente beneficio para España. A tal efecto el Proyecto señala lo siguiente

“En una economía cada vez más globalizada e interdependiente y con un peso creciente de las empresas de base tecnológica y del trabajo a distancia con medios digitales, cobra cada vez más importancia la atracción de talento e inversión mediante la creación de ecosistemas favorables al establecimiento de emprendedores o trabajadores a distancia, conocidos como «nómadas digitales»”

“(ii) reducción de trabas administrativas y facilitación de visados “

“Asimismo, España presenta importantes activos para la atracción de profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad, por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas. Es el primer país en despliegue de fibra óptica dentro de la Unión Europea, lo que proporciona unas buenas condiciones de conectividad, incluso en zonas rurales. Junto a este aspecto determinante para estos trabajadores, cabe señalar otras características más subjetivas como pueden ser la benigna climatología, la forma de vida, la seguridad ciudadana, la cultura o la gastronomía, las excelentes universidades y la existencia de un creciente número de clusters de investigación y desarrollo tecnológico y de industrias creativas, alrededor de los que se desarrolla un ecosistema internacional de profesionales ,que hacen que nuestro país se posicione entre uno de los destinos más atractivos para los teletrabajadores.

La atracción de este tipo de perfiles tiene efectos positivos en su nuevo lugar de residencia. El más obvio es el económico: se trata de profesionales altamente cualificados cuyos ingresos procedentes del exterior se destinan a vivir en el entorno de su elección. Contribuyen a activar el consumo, con el consiguiente impacto sobre la economía local. Además, a través de sus conexiones, enriquecen el talento local y generan red y oportunidades de valor para otros profesionales. Esto es especialmente valioso en entornos de innovación y ecosistemas emprendedores, como el sector audiovisual, entre otros.

Finalmente, se favorece el establecimiento en España de los emprendedores y trabajadores de este tipo de empresas, así como de los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas, conocidos como «nómadas digitales».

El Proyecto de Ley con el objetivo de atraer teletrabajadores internacionales a España regula visados y autorizaciones de residencia además de beneficios fiscales específicos para este colectivo.

La regulación del visado y autorización de residencia para el teletrabajador internacional se propone, a través de la modificación de la sección movilidad internacional de la Ley 14/2013. Concretamente añadiendo a las autorizaciones y visados ya existentes una nueva categoría de visado y de autorización de residencia específica para el colectivo.

Podrán solicitar la autorización y el visado “los profesionales cualificados que acrediten ser graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de tres años”.

La autorización y el visado para teletrabajo internacional permitirá a su titular ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

En el caso de ejercicio de una actividad laboral únicamente se permite trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional.

En el caso de los trabajadores autónomos ejerciendo una actividad profesional se permitirá prestar servicios para una empresa radicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 % del total de su actividad profesional.

El visado tendrá una validez e 1 año y la autorización de residencia de 3 años y se podrá renovar por periodos de 2 años si se mantienen las condiciones que generaron el derecho.

Los requisitos para acceder al visado y autorización para teletrabajo internacional serán los generales establecidos en la Ley 14/2013 que resumimos a continuación:

- No encontrarse irregularmente en territorio español.
- Ser mayor de 18 años.
- Carecer de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos dos años, por delitos previstos en el ordenamiento español. se presentará una declaración responsable de la inexistencia de antecedentes penales de los últimos cinco años
- No figurar como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- Tener un seguro médico público o privado con una compañía de seguros autorizada a operar en España, que cubra los mismos servicios que la Seguridad Social española.
- Contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su período de residencia en España.
- Se haya abonado la tasa por tramitación de la autorización de residencia o visado.

Los requisitos específicos para este visado y autorización se detallan a continuación:

- La empresa o grupo de empresas para las que el trabajador va a realizar la actividad en remoto debe acreditar una actividad real y continuada durante al menos un año.
- Acreditar que la relación laboral o profesional se puede realizar en remoto.
- Relación laboral: Antigüedad de al menos los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud del trabajador con la empresa no localizada en España para la que teletrabaja y autorización de esta para la realización de la actividad en remoto.
- Relación profesional: Antigüedad de al menos los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud del trabajador con la empresa/s no localizada/s en España para la que teletrabaja y acreditación de los términos y condiciones en los que va a ejercer la actividad profesional a distancia.

En relación al procedimiento, debemos analizar el visado y la autorización de residencia:

A.- Visado para teletrabajo internacional.

El nacional extranjero que pretenda venir a España a teletrabajar al amparo de la normativa descrita deberá solicitar en el Consulado de España del país de origen el visado de residencia para teletrabajo internacional.

El plazo de resolución de la solicitud es de 10 días hábiles y opera el silencio positivo.

El visado cuya validez será de 1 año es título suficiente para residir y teletrabajar en España.

B.- Autorización de residencia para teletrabajo internacional.

El nacional extranjero que se encuentre en España en situación regular y que pretenda ejercer teletrabajo internacional o que sea titular de visado para teletrabajo en periodo de renovación y pretenda continuar teletrabajando en el país podrá solicitar la autorización de residencia para teletrabajo internacional.

La solicitud la formulará el teletrabajador por medios telemáticos a la UGEyCE (Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos).

El plazo de resolución de la solicitud es de 20 días hábiles operando silencio positivo. Resuelta favorablemente la solicitud el nacional extranjero si la duración de la misma excede los 6 meses deberá solicitar ante la comisaría de policía competente por razón de su domicilio o en la Comisaría General de Extranjería y Fronteras la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

Los familiares (cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, los hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí

mismos una unidad familiar y los ascendientes a cargo) del trabajador titular del visado o autorización para teletrabajo internacional que se reúnan con él o le acompañen podrán solicitar, conjunta y simultánea o sucesivamente, la autorización y, en su caso, el visado.

El procedimiento relativo a los familiares será el mismo que el del trabajador

La duración del visado y de la autorización de los familiares tendrá la misma validez que la del trabajador y a los titulares en edad laboral les permitirá trabajar.

7. ESFUERZOS LEGISLATIVOS EN MATERIA DE TELETRABAJO INTERNACIONAL

A pesar de la relevancia que está alcanzando el teletrabajo internacional en los últimos años y del interés manifestado por los gobiernos de diferentes países, incluidos el nuestro, por atraer a los denominados nómadas digitales, lo cierto es que el desarrollo normativo y legislativo en la materia ha sido significativamente escaso en el ámbito laboral y de Seguridad Social.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar” (DOUE, 9 de junio de 2021), a pesar de emitirse en el contexto de expansión del teletrabajo derivado del COVID-19, no hace mención alguna a la figura del teletrabajo internacional y los retos que presenta.

La 10/2021, de trabajo a distancia, tampoco recoge ninguna especialidad para la figura del teletrabajo internacional, en un escenario en que desde los poderes públicos se presenta la figura del nómada digital como una oportunidad para generar actividad y atraer rentas a nuestro país.

Como excepción a esta regla general, se encuentra el Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes al que se ha hecho referencia en el apartado anterior que además de regular el visado y la autorización de residencia para teletrabajo internacional establece beneficios fiscales para este colectivo permitiéndoles optar por el Impuesto de la Renta de no Residentes.

8. CONCLUSIONES. CONVENIENCIA DE UN NUEVO MARCO NORMATIVO QUE REGULE EL TELETRABAJO INTERNACIONAL

Del análisis realizado, cabe concluir que la figura del teletrabajo internacional puro, esto es aquel en el que además de la separación entre el país en que se encuentran teletrabajador y empresa no existe interés empresarial en el país en el que se ubica el teletrabajador, o la del nómada digital carece en la actualidad de una regulación adecuada a sus especiales circunstancias.

La entrada en vigor de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes solucionarían la cuestión migratoria de los teletrabajadores internacionales e introduciría importantes beneficios fiscales para los mismos.

Estas dos medidas valoradas muy positivamente contribuirían sin duda a atraer a los teletrabajadores internacionales a nuestro país con los consiguientes beneficios sociales y económicos a los que hemos hecho referencia. Resulta sin embargo necesario regular las cuestiones específicas en materia laboral y de Seguridad Social de este colectivo. Se requiere un tratamiento holístico desde el punto de vista legal. Lo contrario podría suponer que la regulación en el ámbito migratorio y fiscal no fuera desde el punto de vista práctico eficiente.

Si el teletrabajo internacional tiene un carácter indefinido, el empleador tendrá que gestionar su registro en seguridad social como empleador extranjero, con el consiguiente nombramiento de un representante con responsabilidades solidarias en nuestro país, y cumplir íntegramente

con la normativa laboral española, sin que exista ninguna previsión para adaptar la misma a la especial realidad de un empresario ubicado en el extranjero y que ha aceptado la contratación de un trabajador para prestar servicios desde España, sin tener interés de negocio en tal ubicación física.

Por otro lado, el actual esquema de definición del derecho aplicable a este tipo de prestaciones de servicios facilita que en las decisiones de contratación se tenga en cuenta cuál es la normativa laboral más favorable al empleador, con lo que los esfuerzos para evitar el “dumping social” de las Directivas comunitarias sobre desplazamiento de trabajadores quedan claramente superadas.

En un escenario en que los servicios pueden prestarse desde cualquier ubicación gracias al teletrabajo, las empresas pueden encontrar cada vez un mayor incentivo a ubicar sus servicios compartidos, sus servicios de atención a cliente o cualquier servicio que pueda prestarse a distancia en el país con costes laborales y regímenes legales más favorables.

Así, se hace necesario plantear una regulación a nivel comunitario del teletrabajo internacional que, cuanto menos, adapte los Reglamentos actuales en materia de derecho aplicable, competencia judicial y seguridad social para clarificar su aplicación en diferentes escenarios de teletrabajo internacional. En una aproximación más ambiciosa, podría plantearse incluso una regulación omnicompreensiva a nivel comunitario del teletrabajo internacional que aborde cuestiones como el reconocimiento entre países de la normativa de prevención de riesgos laborales, la regulación de la figura del “employer of record”, condiciones mínimas laborales a respetar cuando una contratación se realiza para prestar servicios en un país concreto desde un tercer país o cierta estabilidad a las cotizaciones de nómadas digitales.

Mientras se plantea esta solución a nivel comunitario y para asegurar que la figura del visado del nómada digital se traduce efectivamente en una exitosa atracción del talento y de la prestación internacional de servicios a nuestro país, sería deseable que se implementasen otras modificaciones legislativas.

Las modificaciones de la normativa local deberán respetar las materias reguladas por Reglamentos comunitarios y, en consecuencia, no podrán afectar a cuestiones como el Derecho aplicable, la competencia jurisdiccional o la seguridad social aplicable. Obviando estas materias, hay múltiples cuestiones que sí se podrían regular desde España, como, por ejemplo: la adaptación de la normativa de teletrabajo a supuestos de teletrabajo internacional; la limitación de responsabilidad del representante de un empleador extranjero cuando esa posición la ocupe el propio empleado, la regulación de la figura del “employer of record” o la exclusión de determinadas obligaciones a las empresas extranjeras sin presencia en España y que únicamente disponen de un número reducido de teletrabajadores internacionales en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- EVERSON, M., KING S. y OCKELS, S., “Your Company Needs a Digital Nomad Policy”, *Harvard Business Review*, 12 de julio de 2021
- CALVO CARAVACA, A.L., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones Escogidas*, Anales de Academia Matritense del Notariado, t 49 2009
- VV.AA., *Libro Blanco Teletrabajo Internacional-FEEX*, Factoría Centro de Negocios, Madrid, 2021
- VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018