

LAS ESPECIALIDADES DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL

[TRANSNATIONAL TELEWORKING SPECIALITIES]

Jesús Cruz Villalón

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2023
Fecha de aceptación: 11 de septiembre de 2023

Sumario: 1. EL IMPULSO DEL TRABAJO TRANSNACIONAL.- 2. LA EMERGENCIA DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL.- 3. LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR DE LOS EXTRACOMUNITARIOS.- 4. LEGISLACIÓN LABORAL NACIONAL APLICABLE.- 5. NORMATIVA DE PROTECCIÓN SOCIAL NACIONAL APLICABLE.

Contents: 1. THE PUSH FOR TRANSNATIONAL WORKING.- 2. THE RAISING OF TRANSNATIONAL TELEWORKING.- 3. THE AUTHORIZATION TO WORK OF NON-EU NATIONALS.- 4. APPLICABLE LABOUR NATIONAL LEGISLATION.- 5. APPLICABLE NATIONAL SOCIAL PROTECTION LEGISLATION.

Resumen: Existen tres dimensiones principales del trabajo transnacional en el marco de la globalización de la economía. La primera se refiere a la que habitualmente se conoce como trabajadores “expatriados”. La segunda incluye los denominados trabajadores transfronterizos. La tercera pone la vista en el teletrabajo transnacional. Este trabajo se centra en el teletrabajo transnacional, porque se trata de una realidad más reciente y directamente conectada con la tendencia de la digitalización tecnológica.

Abstract: There are three main dimensions of transnational working in the frame of the globalization of the economy. The first one refers to usually called “expatriate” workers. The second one includes the so-called cross-border workers. The third one has a look at transnational teleworking. This paper will be focused on transnational teleworking, because it is a fresher

reality, directly connected to the trend of technological digitalization.

Palabras clave: Legislación nacional aplicable, Teletrabajo transnacional, Trabajo transnacional

Keywords: *Applicable national legislation, Transnational teleworking, Transnational working*

* * *

1. EL IMPULSO DEL TRABAJO TRANSNACIONAL

La dimensión transnacional de las empresas, en el marco de la globalización de la economía, ha provocado diversas formas de trabajo transnacional. El trabajo transnacional presenta diversas manifestaciones, pero todas ellas están conectadas con la actividad profesional de quien realiza el trabajo en ese marco de empresas transnacionales y/o en el marco de una economía globalizada junto a la libre circulación de trabajadores. Si bien algunas de las manifestaciones del trabajo transnacional se remontan bien atrás en el tiempo, las transformaciones organizativas y tecnológicas producidas en los últimos tiempos bien las han incrementado o bien han provocado la emergencia de nuevas manifestaciones hasta ahora desconocidas o no tomadas en consideración por parte del ordenamiento jurídico¹.

En términos de mera presentación enumerativa, nos podemos referir a las siguientes manifestaciones de este fenómeno, que agrupamos bajo esta denominación común del trabajo transnacional.

En primer lugar, nos encontramos a los que habitualmente se denominan los trabajadores “expatriados”, aunque con mayor acierto cabría denominarlos trabajadores desplazados. Se trata de aquellos supuestos en los que la empresa destina a trabajadores a prestar servicios en otro Estado, de ordinario con carácter temporal. Para ellos existe una regulación específica en el ámbito de la Unión Europea, con existencia de reglas específicas tanto desde la perspectiva laboral como de Seguridad Social².

¹ Con carácter general, Revista Galega de Dereito Social, nº 17 (2023) extraordinario: movilidad transnacional e internacional de las personas trabajadoras.

² Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, modificada por la Directiva (UE) 2018/957, 28 de junio de 2018. Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE 30 de abril), sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004. Recientemente entre nosotros, Orden ISM/835/2023, de 20 de julio (BOE 22 de julio), por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español.

En segundo lugar, los trabajadores transfronterizos, entendiendo por estos a aquellos que residen en el territorio de un determinado Estado, pero que se desplazan diariamente para prestar servicios en otro Estado. Para aquellos que residen en Estados limítrofes al español, sin exigirse obviamente permiso de residencia, se establece un régimen especial de autorización para trabajar cuando desarrollan una actividad profesional en el territorio español³.

En tercer lugar, cabe mencionar el teletrabajo transnacional, entendido como aquél en el que el trabajador reside en un Estado, pero presta sus servicios a distancia para una empresa radicada en otro diferente⁴.

Estas tres categorías básicas presentan variantes según elementos diferenciales adicionales. Entre ellos destacarían los siguientes: que el trabajo se preste como asalariado o autónomo, que el fenómeno transnacional se verifique dentro o fuera del ámbito aplicativo del Derecho de la Unión Europea, que el trabajo se efectúe por trabajadores comunitarios o extracomunitarios, que el lugar de prestación de servicios sea o no el territorio español, que el lugar de residencia sea o no el territorio español.

Finalmente, advertir también que estas tres manifestaciones básicas de trabajo transnacional en algunas ocasiones se pueden presentar mezcladas, por cuanto que se trate al propio tiempo de dos de sus expresiones.

³ Arts. 182 ss. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE 30 de abril), 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.

⁴ Sobre el particular, F. Fernández Prol, Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional), en Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social nº 154, 2022, págs. 97 ss. L. de la Iglesia Aza, Digitalización e internacionalización de las relaciones de trabajo: el teletrabajo transnacional e internacional, Revista Galega de Dereito social nº 17 (2023), págs. 117 ss. A. Martín-Pozuelo López, El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: los problemas de adaptación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, AA. VV., Nuevas tecnologías y trabajo sostenible, Laborum 2020. A. Martín Pozuelo López, El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol, en AA. VV. Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente, Aranzadi 2021. W. Sanguinetti Raymond, La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional, en Revista Trabajo y Derecho, nº 98 (2023). R. Sellas i Benvingut, Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario, en AA. VV. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2000. Z Ma Zho, La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda, Temas Laborales nº 165 (2022), págs. 183 ss.

Dado que las dos primeras manifestaciones son más conocidas y, por ello, más tratadas, en la medida en que son conocidas e implantadas desde tiempo atrás, nos vamos a centrar en estos momentos en el teletrabajo transnacional, por ser una realidad más reciente y especialmente conectada con el proceso de la digitalización tecnológica.

2. LA EMERGENCIA DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL

Los cambios organizativos en las empresas, facilitados por el proceso de digitalización, han consolidado las diversas formas de teletrabajo. La pandemia lo ha acelerado, de modo que, aunque se ha producido un cierto reflujo, la extensión hoy en día del teletrabajo constituye un fenómeno irreversible. Es cierto que, frente a un teletrabajo a tiempo completo durante la pandemia, se ha pasado a un modelo mayoritariamente mixto, parte presencial y parte a distancia, al extremo de que, paradójicamente, a la fórmula más extendida en la práctica no se le aplica la ley específica sobre trabajo a distancia, dado que no se suele superar el 30 % de actividad a distancia que constituye el presupuesto de aplicación de la norma.

Aunque sea cuantitativamente menos importante el teletrabajo transnacional respecto del nacional, sin embargo, el primero empieza a asentarse como una nueva realidad. Como particularidad diferencial este teletrabajo transnacional tiende a ser a tiempo completo por sus propias características, al realizarse de principio a una importante su distancia física del establecimiento para el que presta servicios.

Desde el punto de vista económico, en este trabajo transnacional la riqueza creada por estos trabajadores se produce en el Estado en la que se radica la empresa para la que se trabaja, incluso podría entenderse que el trabajador se encuentra inserto básicamente en el mercado de trabajo de ese país y no en el del que reside.

Al propio tiempo, el Estado en el que reside no es indiferente a esta forma de trabajar, desde el instante en el que el trabajador consume esencialmente en este otro, jugando su retribución un papel similar, incluso más intensa, al de las tradicionales remesas de los antiguos emigrantes; del

mismo modo que disfruta de los servicios públicos que le proporciona el país de residencia.

Esta diversificación de impacto del trabajo transnacional es el que condiciona, o, al menos, debería orientar, la política legislativa que, en su caso, se debería realizar al efecto, tanto por lo que se refiere al régimen laboral como de pago de impuestos.

Centrados en la perspectiva jurídica surgen como necesarias algunas reglas que afronten sus especialidades, protejan debidamente la posición del teletrabajador y proporcionen seguridad jurídica en el desarrollo de la relación jurídica que se produce entre este teletrabajador y la empresa para la que presta sus servicios. Sin embargo, las previsiones legales que nos encontramos al respecto son muy escasas, en tanto que la aplicación del régimen común no deja de presentar sus interrogantes, cuando no sus incertidumbres.

3. LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR DE LOS EXTRACOMUNITARIOS

A tal efecto, lo único concreto que existe es una previsión puntual, en una norma muy reciente, respecto de la autorización para trabajar y, a resultas de ello, también de residencia, de los extranjeros extracomunitarios que desarrollen en España este tipo de teletrabajo transnacional⁵. Su finalidad teórica es la de facilitar e incentivar estas formas de teletrabajo, aprovechando los alicientes climáticos y de forma de vida en nuestro país, en la medida en que aportan notables ingresos en términos de consumo nacional. Eso sí, por el tipo de trabajos a los que se refiere y por el cúmulo de requisitos que se imponen, en la práctica, podría decirse que más que facilitarse se está dificultando; bajo una apariencia de establecer un sistema más permisivo de obtención de la autorización para trabajar para el teletrabajo transnacional desde España, en el fondo la impresión que da la

⁵ Art. 74 bis de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (BOE 29 de septiembre), de apoyo a emprendedores y su internacionalización, conforme a la redacción dada por la disp. final 5ª de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre (BOE 22 de diciembre).

“2. Podrán solicitar el visado o la autorización de teletrabajo 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”.

lectura completa de la regulación es una desconfianza o recelo frente a este tipo de actividades no plenamente controladas, de modo que, al final, se la dificultad injustificadamente.

Lo que se hace en concreto es conceder automáticamente la autorización para trabajar y de residencia, sea como asalariado o como autónomo, a aquellos profesionales cualificados que acrediten ser graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios también de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de tres años. Esta autorización permite incluso al titular trabajar para una empresa ubicada en España, siempre que ello no supere el 20 % del total de su actividad profesional. Para el resto, se entiende que deberán someterse al procedimiento ordinario de autorización de trabajo y residencia.

La previsión legal no deja de presentar sus dudas tanto respecto de su alcance como en relación con su aplicación. En una perspectiva funcional, debe tenerse presente que las reglas relativas a la concesión de la autorización de residencia y, en particular, la de trabajo, se establecen en orden a poder gestionar los flujos migratorios dentro del territorio de un Estado; en particular, si lo referimos en concreto a las autorizaciones para trabajar, a los flujos que tienen impacto sobre el mercado de trabajo de ese Estado de referencia. Pues bien, en este concreto caso del teletrabajo transnacional, tal como ya hemos apuntado, la actividad laboral, aunque se realiza desde el territorio en el que se reside, se realiza para una empresa radicada en otro Estado, lo que significa que ese trabajo no tiene repercusión y, por tanto, no se inserta en el mercado de trabajo donde se reside sino donde radica la empresa para la que se trabaja. Dicho de otro modo, con independencia de la legislación nacional aplicable al contrato de trabajo, que es asunto a analizar posteriormente, la normativa española sobre autorización para trabajar lo que puede regular es el teletrabajo nacional de quienes residen fuera de España teletrabajando para centros de trabajo ubicados en el territorio español, pues eso es lo que afecta a nuestro mercado de trabajo; pero, a la inversa, lo que no puede hacer es regular las autorizaciones para trabajar de quienes residiendo en España teletrabajen para centros de trabajo radicados fuera de nuestro territorio, porque ello afecta a mercados de trabajo nacionales ajenos. Por ello, lo que resulta paradójico y sorprendente es que la norma de referencia regula lo que no puede y olvida regular lo que sí puede.

El error se encuentra en pensar que las autorizaciones de residencia y de trabajo van indisolublemente unidas, cuando no es así. En el caso de los extracomunitarios residentes en el territorio español lo relevante es la concesión o denegación de la autorización de residencia para estos casos de teletrabajo transnacional, eso sí, ponderándose la concesión de la residencia en función de si esa persona, en la medida en que ejecuta un trabajo a distancia transnacional, posee o no recursos económicos suficientes que le garanticen una vida digna dentro del territorio español. Pero, comoquiera que esa persona no se inserta en el mercado de trabajo español, el legislador español como tal no se encuentra legitimado para condicionar que teletrabaje o no desde el territorio español para el mercado de trabajo de otro Estado. En definitiva, a todo extracomunitario que, residiendo regularmente en nuestro territorio, teletrabaje desde España, no se le puede exigir que solicite y obtenga una autorización de trabajo cuando su prestación de servicio lo sea para un centro de trabajo ubicado fuera del territorio español y, por ende, fuera del mercado de trabajo español.

Aceptada la premisa precedente, la previsión legal realmente lo es tan sólo a los efectos de reconocimiento o ampliación de la autorización de residencia en el territorio español, o bien lo es a los efectos de permitirle trabajar ese 20 % complementario para otra empresa. Respecto de esto último, aunque la norma no lo precisa con exactitud, al hablar de “trabajar para otra empresa”, es claro que se está refiriendo en todo caso para trabajar como asalariado. Aunque también podría interpretarse que ello sería extensible a la autorización para trabajar por parte de algunos autónomos que en el marco de la descentralización productiva prestan servicios para otra empresa y no directamente para el conjunto de usuarios y consumidores; el caso sería especialmente emblemático en el caso de los que lo hagan como autónomos económicamente dependientes, por el hecho de prestar sus servicios para una empresa cliente, aunque a estos efectos no teniendo en cuenta el régimen establecido al efecto por el Estatuto del Trabajo. La verdad es que no se entiende esta diferenciación de tratamiento entre asalariados y autónomos, pues la apertura a la realización de un trabajo complementario debería serlo con independencia de que este lo sea como asalariado o como autónomo. Por lo demás, comoquiera que la norma no diferencia, ha de interpretarse que ese 20 % adicional en el territorio español puede efectuarse tanto de forma presencial como a distancia para un centro de trabajo ubicado en el territorio español.

Más allá de lo anterior, la norma resulta bastante compleja y, en ocasiones, bastante imprecisa, resultando poco respetuosa con el principio

de seguridad jurídica. Respecto de esto último nos referimos al requisito de principio de que el interesado acredite ser graduado o postgraduado de universidades, formación profesional “y” (sic) escuelas de negocios “de reconocido prestigio”; requisito que se exige cuando el trabajador demuestre una experiencia profesional mínima de tres años, algo más sencillo y objetivamente demostrable. Ante todo, parece que la redacción resulta incorrecta gramaticalmente, pues leída literalmente ni se entiende la ubicación de la “y” ni se comprende la referencia a la formación profesional sin mención en qué tipo de centros se deben hacer cursado, si éstos deben o no ser de reconocido prestigio ni qué títulos se han de acreditar pues no lo pueden ser de grado o posgrado, del mismo modo que no se comprende la referencia a las escuelas de negocios sin tampoco mencionar el tipo de cursos o estudios se han de acreditar estudiados en los mismos. Por lo demás, lo más criticable del precepto es que tanto las universidades como las escuelas de negocios donde se hayan cursado los estudios lo sean “de reconocido prestigio”; requisito de todo punto subjetivo, desde el instante en el que no existe ninguna institución ni criterio consolidado que identifiquen las que lo son “de reconocido prestigio” y las que no lo son. Por desgracia, se trata de fórmulas legales cada vez más extendidas, donde se intuye que no son juristas quienes redactan las normas sino otro tipo de gestores públicos con profundo desconocimientos de la técnica jurídica, que, cada vez, resulta menos respetada.

Por lo demás, la norma incorpora todo un cúmulo de requisitos del perfil del solicitante, que no merece la pena analizar, bastando con remitirnos a lo previsto en los preceptos correspondientes⁶. Se trata de requisitos diferenciados según que el interesado se encuentre o no residiendo previamente en España en el momento en el que solicita la autorización administrativa, tenga experiencias profesionales previas como asalariado o autónomo, la vinculación temporal previa mínima con la empresa para la que va a pasar a teletrabajar en el territorio español, la duración máxima de la primera autorización, la posibilidad de solicitud de renovación del mismo, etc. Nada precisa la norma respecto de la autoridad competente para emitir la correspondiente autorización: si bien la misma se precisa que permite residir en cualquier parte del territorio español, ello no impide que también pueda concederlo la Comunidad Autónoma catalana cuando resida en su territorio, a tenor de la transferencia a la misma de esta competencia respecto de la primera autorización, no para las renovaciones.

⁶ Arts. 74 bis a quinquies Ley 14/2013, de 27 de septiembre (BOE 29 de septiembre), ya citada.

Finalmente, por el contrario, lo que la norma española que venimos comentando no contempla expresamente, y es lo más importante a estos efectos, es el régimen de autorización para teletrabajar para un establecimiento situado en el territorio español por parte del extracomunitario que reside fuera de España. En este caso es precisamente en el que debería exigirse una autorización para trabajar por la legislación española, dado que se inserta en el mercado de trabajo español. Es precisamente este supuesto el que debería contemplar la legislación española y no lo hace. En la medida en que no se prevé regla específica para este supuesto ha de interpretarse que rigen las reglas generales de reconocimiento de la correspondiente autorización de trabajo prevista en la legislación española. Es posible que el legislador español no puede actuar sobre la posibilidad o no de trabajar para un centro de trabajo radicado en España cuando el teletrabajador reside fuera del territorio español, desconociendo que, en realidad, su actividad se inserta a todos los efectos en el mercado de trabajo español. El error es pensar que eso constituiría una injerencia en la actividad laboral que se efectúe desde otro Estado cuando no es así. Se confunde trabajar “desde” fuera de España con trabajar “fuera” del mercado de trabajo español.

Por lo demás, más allá de esta concreta regla a la autorización para trabajar y residir de los teletrabajadores transnacionales desde España, nada se prevé respecto de algunos aspectos que pueden resultar clave en el régimen laboral de este teletrabajo transnacional, lo que puede derivar en situaciones de inseguridad jurídica y, particularmente, de vulnerabilidad de algunos de estos trabajadores y profesionales.

4. LEGISLACIÓN LABORAL NACIONAL APLICABLE

El asunto más delicado y problemático es el de determinar la legislación nacional aplicable desde el punto de vista de las relaciones contractuales de quien presta servicios en régimen de teletrabajo transnacional, tanto lo sea como asalariado o lo sea como autónomo sometido a régimen civil o mercantil. La cuestión abarca a todo tipo de teletrabajo transnacional, más allá del concreto supuesto comentado en el apartado precedente, tanto a los extranjeros extracomunitarios como también al de los españoles y comunitarios que teletrabajen en España para

empresas radicadas fuera, como la de españoles o extranjeros residentes fuera que teletrabajen para empresas ubicadas en España.

Al efecto, la referencia no es otra que el Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que afecta a todos los supuestos posibles e imaginables de teletrabajo transnacional⁷. Se trata de una norma compleja en su aplicación e interpretación, que coloca en situación de enorme debilidad a los autónomos y que podría considerarse que se ha quedado parcialmente antigua porque cuando se aprobó (2008) en modo alguno estaba pensando en una realidad como el teletrabajo transnacional, inexistente en la práctica en ese momento.

Respecto de los autónomos la regla es simplemente la libertad de pacto de los contratantes de aplicar una u otra legislación estatal: “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato” (art. 3.1). No obstante, “la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.3); ello, a nuestro juicio, afecta sobre todo a las reglas sobre autorización de residencia y de trabajo analizadas previamente, por tratarse de una cuestión de orden público no alterable por la voluntad de las partes. Finalmente, a los meros efectos de cubrir una posible situación de laguna legal, se contempla que, a falta de elección expresa por las partes de la legislación nacional aplicable, “el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual” (art. 4.1. b). En todo caso, teniendo en cuenta el interés de las partes, esto último resultará excepcional, por lo que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la empresa cliente se preocupará de precisar en el correspondiente contrato la legislación nacional aplicable, que, obviamente, será la de su conveniencia particular. Por ello, en la práctica para muchos, especialmente para los conocidos en la terminología de la Unión Europea como autónomos vulnerables por presentar una situación de especial debilidad contractual, todo este régimen puede desembocar en que la empresa cliente decida la normativa nacional aplicable, que, lógicamente, será la que a ella le resulta más favorable; por tanto, la que implica menor tutela para el autónomo.

⁷ Reglamento UE 593/2008, de 17 de junio de 2008 (DOUE 4 de julio), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Respecto de los asalariados se presenta una cierta dificultad en la determinación de la regla principal de garantía mínima de protección. A pesar de que también en este caso la regla de partida es la de la libertad de elección por las partes de la normativa nacional aplicable, se establece una garantía mínima de condiciones de trabajo, consistente en que se aseguran los estándares laborales del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual, el trabajador realice su trabajo habitualmente (art. 8.1). A tales efectos, lo más solvente es interpretar que ello significa que al teletrabajador asalariado que resida en España se le garantizan al menos los estándares de protección de la legislación laboral española, dado que es el Estado “a partir del cual” trabaja. En todo caso, aunque ésta sea la interpretación más plausible, no puede asegurarse que esta interpretación resulte plenamente pacífica, sin que hasta el presente tengamos sentencias que lo aclaren. En todo caso, quienes podrían estar en situación de mayor desprotección serían quienes teletrabajen como asalariados para establecimientos radicados en España, residiendo en países donde la legislación laboral sea mucho menos protectora que la nuestra. En definitiva, este panorama está llamando a una revisión del Reglamento de la Unión Europea, en términos tales que tomen en consideración de manera específica esta realidad emergente del teletrabajo transnacional. Por lo demás, si se trata de una persona que teletrabaja temporalmente en otro país no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país (art. 8.2).

Más allá de lo anterior, cuando se aplique la regulación del trabajo a distancia de nuestro país, se pueden presentar problemas de determinación del convenio colectivo aplicable. El interrogante a estos efectos puede surgir en determinar si el criterio referencial de aplicación ha de ser el lugar de ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador determinado a través del acuerdo de trabajo a distancia, o bien por el lugar donde se encuentre el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrito el trabajador a distancia y, donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial. En estos casos se puede considerar absurdo referenciar la aplicación del convenio a la adscripción del trabajador a un centro de trabajo fuera del territorio español. De este modo, la solución más solvente es estar a lo que los propios convenios determinen sobre su ámbito de aplicación para cualquier tipo de teletrabajo. De no contemplarse nada en los convenios colectivos o de producirse un solapamiento convencional, a nuestro juicio, el criterio general debe ser atender al lugar de residencia del trabajador.

5. NORMATIVA DE PROTECCIÓN SOCIAL NACIONAL APLICABLE

Por último, como efecto derivado del asunto precedente, se encuentra la determinación del sistema nacional de protección social en el que se integrarían estos trabajadores. Sin poder entrar en mayores detalles, si nos referimos a su posible integración en nuestro sistema de Seguridad Social, la respuesta es más sencilla si lo referimos a las prestaciones no contributivas, pero más problemática para la Seguridad Social contributiva. Para las prestaciones no contributivas el criterio es el de la residencia: se les reconocen a todos los españoles que residan en el territorio español, así como a los extranjeros que residan legalmente aquí⁸. Respecto del brazo contributivo, la exigencia es que “ejercen su actividad en territorio nacional”, lo que de nuevo introduce algunas dudas acerca de si quien realiza un teletrabajo transnacional residiendo en España lo hace o no en el territorio español.

En todo caso, el punto de referencia resulta también la normativa europea en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. La premisa de partida conforme a esta norma es la de considerar que las personas sometidas a la misma estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro, especificando que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o como autónomo en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro (art. 11). Por lo que afecta al caso del teletrabajo transnacional, de nuevo surge la duda interpretativa del lugar donde se ejerce esa actividad, por cuanto que está pensando en una situación de trabajo presencial o bien de trabajo a distancia siempre dentro del territorio nacional, donde no hay dudas del Estado donde se ejerce el trabajo; por contra, en el trabajo transnacional de nuevo surge la duda de si la referencia para determinar en qué Estado se ejerce la actividad profesional es el lugar de residencia o donde radica el establecimiento para el que trabaja. Hay argumentos fundados para decantarse por la primera de las opciones, pero no se puede ocultar que alguna discusión se podría producir.

⁸ Art. 7.2 Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE 31 de octubre).

En todo caso, resulta decisivo a estos efectos que expresamente se contempla la posibilidad de establecer excepciones a la regla precedente (art. 16), en términos tales que se ha establecido una excepción específica para el teletrabajo transnacional, a través de un Acuerdo Marco celebrado entre 18 países europeos, entre ellos el Estado español⁹. A estos efectos, la regla que se establece es que, previa solicitud, el teletrabajador asalariado estará sujeto a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total (art. 3). Una comprobación detallada de la regulación contemplada en este Acuerdo Marco nos lleva a deducir que la misma se aplicará excepcionalmente, a la vista de la cantidad de supuestos que se excluyen. En efecto, la aplicación de la legislación del Estado de ubicación del empleador para el que teletrabaja no se aplica a los siguientes supuestos: el teletrabajo autónomo pues sólo se contempla para situaciones de trabajo subordinado, el teletrabajo asalariado que no sea habitual, el teletrabajo asalariado habitual cuando se compatibiliza con el ejercicio habitual en el Estado de residencia de otra actividad de cualquier tipo de trabajo diferente al del teletrabajo transnacional, trabajo asalariado para el que el interesado no solicite la aplicación de la legislación del Estado donde radique la empresa para la que presta servicios en régimen de teletrabajo y, especialmente, el teletrabajo transnacional asalariado que se realice en el Estado de residencia por duración superior al 50 %. Por su propia caracterización, como hemos señalado al inicio de este estudio, el teletrabajo transnacional se realiza en la inmensa mayoría de las ocasiones a tiempo completo en el Estado de residencia del trabajador, de modo que serán marginales los supuestos en los que cabrá aplicar la regla del Acuerdo marco de referencia. En todo caso, la gran virtualidad de este Acuerdo marco reside en el hecho de que, en sentido contrario, está interpretando que en aquellos casos en los que no rige la excepción, es decir, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la regla será la aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado de residencia del teletrabajador.

Finalmente, más allá de lo anterior, conviene tener presente también que, conforme a la legislación española, el Gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, podrá establecer medidas de protección social en favor de los españoles no residentes en España, de

⁹ Acuerdo marco de 30 de junio de 2023 (BOE 4 de agosto), relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

acuerdo con las características de los países de residencia (art. 7.3 Ley General de la Seguridad Social). Ello permitiría establecer un régimen de mayor protección para los españoles que teletrabajen fuera para empresas radicadas en territorio español respecto de la normativa que derivaría de la regulación descrita previamente.