

Teletrabajadores de carácter internacional: análisis crítico de la Disposición Final 5.9 de la Ley 28/2022 , de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes


International teleworkers: critical analysis of final provision 5.9 Of law 28/2022, of december 21, on the promotion of the startup ecosystem

SHEILA LÓPEZ VICO

Personal Investigador Predoctoral en Formación- FPU¹

Universidad de Granada

Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)

 <https://orcid.org/0000-0002-2608-3436>

Resumen

Por medio del presente trabajo se recoge un análisis crítico de las novedades legales introducidas en materia de teletrabajo operadas por medio de la aprobación de la Disposición Final 5.9 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas. Sobre la base de dicha disposición entraremos a analizar rigurosamente la regulación que la misma recoge en materia de teletrabajo internacional, evidenciando los principales puntos fuertes de la misma y las dudas interpretativas que aún siguen planteándose de cara a una aplicación práctica real de esta forma de trabajo a nivel internacional.

Abstract

This paper contains a critical analysis of the legal developments introduced in teleworking through the Final Provision 5.9 of Law 28/2022, of December 21, promoting the ecosystem of companies. On the basis of this provision we will rigorously analyze the regulation that it contains on international teleworking, highlighting the main strengths of the same and the interpretative doubts that still arise in the face of a real practical application of this form of work at the international level.

Palabras clave

Teletrabajo, trabajo a distancia, nómada digital, teletrabajo internacional, nuevas tecnologías de la información y de la comunicación

Keywords

Telework, telecommuting, digital nomad, international teleworking, new Information and Communication Technologies

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y REGULACIÓN JURÍDICO LABORAL DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA. 3. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DISPOSICIÓN FINAL 5.9 DE LA LEY 28/2022. 3.1. LA DEFINICIÓN LEGAL DE TELETRABAJO INTERNACIONAL Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. 3.1.1. ELEMENTO DE CARÁCTER PERSONAL 3.1.2. ELEMENTO DE CARÁCTER PROFESIONAL 3.1.3. ELEMENTOS DE CARÁCTER TERRITORIAL O ESPACIAL. 3.1.4. ELEMENTO DE CARÁCTER TÉCNICO. 3.2. REQUISITOS EN MATERIA DE TELETRABAJO INTERNACIONAL 3.3. VISADO Y AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA. 4. CUESTIONES PENDIENTES EN MATERIA DE TELETRABAJO INTERNACIONAL. 5. CONCLUSIONES CRÍTICAS. 6. ANEXO: LISTADO ACLARATORIO DE DOCUMENTACIÓN LEGALMENTE EXIGIDA EN EL MARCO DE LA SOLICITUD DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL.

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2020, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2020, concesión definitiva por Orden de 6 de noviembre de 2021).

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La pandemia del COVID-19, además de un evidente impacto desde un punto de vista sanitario y social, ha tenido también un efecto disruptivo desde un punto de vista jurídico legal en general, y laboral en particular. Así, son cuantitativas y cualitativas las normas que en nuestra disciplina se han promulgado en los últimos años y en las que, como decimos, la pandemia ha mostrado tener un papel clave.

El ejemplo por antonomasia en este punto se encuentra reflejado en el cambio que este fenómeno ha ocasionado en el marco regulador del teletrabajo en nuestro país ya que, si bien antes de la pandemia existía una norma destinada a regular la figura del trabajo a distancia, nada disponía la misma sobre su modalidad de teletrabajo y las particularidades que, como consecuencia del especial protagonismo que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación -en adelante TICS- presentan en esta forma de trabajo, deben de ser previstas legalmente en aras de garantizar una adecuada protección de dichos trabajadores.

Sin embargo, como decimos, como consecuencia del aumento radical y sin precedentes en el número de empresas y trabajadores que abruptamente adoptaron dicha forma de trabajo², fue aprobado en nuestro país en un primer momento el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia -en adelante RDTD- y posteriormente, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia -en adelante LTD-.

Si bien la aprobación de dichas normas supuso un avance significativo en la implantación del teletrabajo en nuestro país, al contemplar las mismas una regulación actualizada y cuantitativamente mayor que la contenida en sus precedentes normativos, siguen siendo abundantes las cuestiones que han quedado en el tintero y que requerirán un desarrollo legal, ya sea por medio de un reglamento que venga a contemplar dichas cuestiones o por medio de la negociación colectiva, la cual no resulta baladí recordar presenta un papel central en esta materia.

Pues bien, entre dichas cuestiones se encuentra precisamente la del teletrabajo de carácter internacional, siendo esta una materia que *carece de una regulación legal* específica no solo en nuestro país, sino también en el resto de países y en el plano europeo e internacional³. Esta ausencia normativa, si bien como decimos es un problema común entre los diversos países de nuestro entorno, no deja de llamar la atención si se tiene en cuenta el marco económico y empresarial en el cual se produce, en el que los avances tecnológicos producidos en la última década y la globalización han ocasionado una reducción progresiva entre las barreras existentes entre los distintos países. Ello, desde un punto de vista laboral, se ha traducido en un aumento en el número de trabajadores que se desplazan para llevar a cabo su actividad productiva en otros países.

Pues bien, en el caso del teletrabajo esta posibilidad adquiere aún una mayor fuerza, al poder el trabajador -gracias a dichas herramientas y dispositivos digitales- prestar sus servicios *en cualquier momento y en cualquier lugar*⁴. De este modo, en un marco como el descrito y ante el avance sin precedentes que desde la pandemia del COVID-19 ha experimentado el teletrabajo tanto en nuestro

² Vid. INE: "Indicador de Confianza Empresarial (ICE) Módulo de Opinión sobre el Impacto de la COVID-19 Estado de alarma y segundo semestre de 2020", p. 5, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice_mod_covid_0320.pdf

³ Un estudio crítico y detallado sobre esta cuestión puede encontrarse en VV.AA.: *Libro blanco teletrabajo internacional*, Madrid, Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional, 2021, *passim*.

⁴ En los términos establecidos en el Informe elaborado por Eurofound y la OIT denominado "Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral", 2019, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_723962.pdf, p. 57.

país como en todo el mundo, resulta innegable que la posibilidad de que dichos teletrabajadores presten sus servicios desde un país distinto a aquel en el que se enmarca la empresa ha dejado de constituir una preocupación de futuro para convertirse en una realidad inminente que requiere, ante las peculiaridades presentes en el teletrabajo en general y en aquel de carácter internacional en particular, un tratamiento normativo específico que permita garantizar la protección de la salud y dignidad de dichos teletrabajadores.

En nuestro país, esta importante laguna legal ha sido recientemente abordada por medio de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes -en adelante Ley 28/2022- que por medio de su Disposición Final -en adelante DF- quinta párrafo noveno introduce cuatro nuevos preceptos en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización -en adelante Ley 14/2013-. A saber, el art. 74 bis a través del cual se entra a definir la noción de «teletrabajador de carácter internacional», el art. 74 ter que recoge una serie de requisitos legales adicionales a los ya contenidos en el art. 62 de dicha norma para la estancia o residencia del teletrabajador procedente de un tercer estado en nuestro país. Finalmente, se establece por medio de los arts. 74 quater y quinquies respectivamente una nueva modalidad de *visado y una autorización de residencia* para este colectivo de trabajadores.

No es objeto de este estudio recoger un análisis que trate de principio a fin la problemática existente en torno a la figura del teletrabajo internacional, al ser esta una cuestión que por su complejidad merece una obra específica de mayor envergadura. Por el contrario, en el presente estudio se tratará de recoger un análisis detallado de las novedades normativas introducidas en nuestro sistema legal en materia de teletrabajo internacional por mor de la citada reforma. Para ello, se adoptará una metodología eminentemente jurídica basada en un análisis legal, doctrinal y judicial que permita construir un estudio crítico de *lege lata*, que pueda servir de referencia a los distintos profesionales jurídicos interesados en esta materia.

Con dicho fin, se partirá realizando un breve análisis del marco jurídico regulador del teletrabajo actualmente vigente en nuestro país y plasmado en la LTD. En particular, se recogerá que debe de entenderse por teletrabajo, trabajo a distancia y trabajo presencial. Tras lo cual, entraremos propiamente a analizar pormenorizadamente el contenido de la DF 5.9 de la Ley 28/2022.

2. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO Y REGULACIÓN JURÍDICO LABORAL DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA

Como se ha señalado, en el año 2020 se aprobó el RDTD, siendo esta la primera norma destinada a regular de manera específica y diferenciada la figura de trabajo a distancia en nuestro país y que fue posteriormente sustituida por la LTD, siendo esta la norma actualmente vigente en esta materia en España.

Pues bien, por medio de las citadas normas se desplazó la regulación legal que hasta dicho momento había venido normando esta forma de trabajo en nuestro país y que se encontraba recogida en el art. 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET-. No es objeto de este estudio entrar a analizar ninguna de estas normas, lo cual ya ha sido abordado en numerosas e importantes publicaciones doctrinales, sin perjuicio de que sea necesario al menos hacer alusión al carácter sucinto e insuficiente de dicho artículo en aras de regular de manera adecuada la figura del trabajo a distancia en general y, especialmente, del teletrabajo, al presentar la misma importantes carencias y lagunas⁵.

⁵ Así puede a título ejemplificativo en VV.AA., Mella Méndez, L (Dir.): *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Madrid, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, *passim*.

Ello queda plasmado de manera clara en la ausencia de alusión alguna en el art. 13 ET a la modalidad del teletrabajo o a las TICS, reduciéndose las únicas referencias realizadas a dichas cuestiones a las recogidas con carácter enunciativo en la exposición de motivos -en adelante EM- de dicha norma.

Uno de los puntos que fue corregido por medio de la aprobación de la LTD fue precisamente la introducción de una definición específica de que debe de entenderse por teletrabajo, estableciendo al respecto el art. 2 LTD lo siguiente:

“A los efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por:

- a. *«Trabajo a distancia»: 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.*
- b. *«Teletrabajo»: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.*
- c. *«Trabajo presencial»: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.”*

De modo que, por primera vez, se realizó una distinción legal entre las nociones de trabajo a distancia y del teletrabajo que hasta dicho momento habían venido siendo utilizadas legalmente como sinónimos, aclarando dicha norma que, si bien ambas formas de trabajo comparten como un rasgo específico, el de prestarse en un lugar elegido por el trabajador y externo a los centros empresariales -sea este el domicilio o no del trabajador-, el teletrabajo encuentra su principal rasgo característico precisamente en el uso exclusivo o prevalente en el mismo de las TICS para su desarrollo⁶.

No obstante, tal y como señalamos, son cuantitativas y cualitativas las lagunas presentes en esta norma, entre las que se encuentra precisamente la ausencia de toda referencia a la posible proyección internacional del teletrabajo, no habiendo sido corregida esta cuestión hasta fechas recientes mediante la promulgación de la Ley 28/2022, cuyas novedades pasaremos a continuación a analizar con detenimiento.

3. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DISPOSICIÓN FINAL 5.9 DE LA LEY 28/2022

Realizada dicha breve introducción, cabe en este punto entrar a analizar con mayor detalle las novedades legalmente introducidas por medio de la Ley 28/2022 en materia de teletrabajo.

Como hemos señalado, dicha norma introduce por medio su DF quinta una modificación en la Ley 14/2013, en la que por medio del nuevo capítulo V bis se busca dar acogida en nuestro sistema normativo a la figura del *«teletrabajo internacional»*.

En primer lugar, cabe destacar la *ubicación sistemática* elegida por el legislador para normar el teletrabajo internacional dentro de la Ley 14/2013. Como decimos, la introducción de esta figura

⁶ Vid. USHAKOVA, T.: “Teletrabajo y relación laboral: el enfoque de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”, en VV.AA.: Mella Méndez, L (Dir.), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Madrid, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

se ha llevado a cabo mediante la creación de un nuevo Capítulo V bis, regulándose en consecuencia junto a los supuestos de «*traslado intraempresarial*» contemplados en el capítulo V. En nuestra opinión, dicha ubicación dentro de la norma es razonable, dado que este último incorpora expresamente los supuestos en los que un extranjero se desplace 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*”⁷.

Para dar acogida a este tipo de teletrabajo, se modifica también por medio de esta reforma el contenido del art. 61 de la Ley 14/2013, incorporando al listado de supuestos que permiten a personas extranjeras entrar y permanecer en nuestro territorio por razones de interés económico una nueva letra f) que se refiere expresamente a los *teletrabajadores de carácter internacional*.

3.1. La definición legal de teletrabajo internacional y sus elementos constitutivos

Se introduce en primer lugar un art. 74 bis el cual parte recogiendo la definición de que debe de entenderse por *teletrabajo internacional* en los siguientes términos:

1. “*Se halla en situación de residencia por teletrabajo de carácter internacional el nacional de un tercer Estado, autorizado a permanecer en España para 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, el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional. En el supuesto de ejercicio de una actividad profesional, se permitirá al titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 % del total de su actividad profesional.*”

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.*”

La primera cuestión que cabría plantearse tras la lectura del citado precepto es si la figura del *teletrabajo internacional* en la misma descrita viene a coincidir con la noción de *trabajo transnacional*.

Pues bien, responder esta cuestión no resulta fácil partiendo del hecho de que no existe una definición *legal* de la noción de trabajo transnacional ni en nuestro país ni tampoco en el plano europeo que nos permita apreciar las diferencias existentes entre una y otra categoría. Ello en la práctica ha derivado en que hayan venido utilizándose ambos términos como sinónimos⁸.

Ante la ausencia de una definición legal, cabe atender a la definición de trabajo transnacional acuñada por la *doctrina iuslaboralista* en nuestro país, la cual ha venido definiendo esta modalidad de teletrabajo como “aquella relación laboral que transcurre a través de varios Estados, normalmente porque el empleado desarrolla las obligaciones propias de su puesto de trabajo en un territorio

⁷ Cfr. Art. 73.1 Ley 14/2013. Asimismo, cabe destacar como dicho ubicación sistemática había sido ya propuesta por nuestra doctrina. Así se recoge en VV.AA.: *Libro blanco teletrabajo internacional*, cit., pp. 109-110.

⁸ Entre otros así puede verse en Cincodías: “El teletrabajo internacional y sus limitaciones en la seguridad social”, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/06/opinion/1657118047_749235.html [Consultado el 05/01/2023].

soberano distinto de aquel donde se sitúa su empresario⁹” o también como “teletrabajo con elementos de extranjería¹⁰”.

Como puede apreciarse, las definiciones existentes en este punto no permiten discernir de manera certera y definitiva las posibles diferencias existentes entre ambas instituciones. No obstante, son varios los puntos que nos permiten inclinarnos por afirmar que nos encontramos ante dos figuras diferenciadas.

En primer lugar, el hecho de que en la reforma operada por la Ley 28/2022 en esta materia se omite toda referencia a la noción de *teletrabajo transnacional*, habiéndose asegurado el legislador de no utilizar dicho concepto en ninguno de los nuevos preceptos introducidos, así como tampoco en su exposición de motivos.

Ante dicha carencia normativa, podemos acudir en este punto -con las salvedades a las que posteriormente haremos referencia- a la normativa legal existente en el plano europeo en materia de desplazamiento de trabajadores en aras de delimitar que entiende el legislador europeo por «*transnacional*».

Con dicho fin, cabe traer a colación el contenido de la 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 servicios¹¹. Esta directiva delimita mediante su art. 1 cuando nos encontramos ante un supuesto de una *prestación de servicios transnacional* en los siguientes términos:

“1. La presente Directiva se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, según lo dispuesto en el apartado 3, en el territorio de un Estado miembro.

3. La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas a que se refiere el apartado 1 adopten una de las siguientes medidas transnacionales:

a) desplazar a 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) desplazar 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; o

c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.”

⁹ Cfr. CRESPI FERRIOL, M.M.: “Trabajo a distancia transnacional”, en VV.AA., Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (Dirs.): *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, p. 661

¹⁰ Cfr. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 20.

¹¹ Modificada posteriormente por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018. Dicha directiva fue objeto de transposición en nuestro sistema por medio de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Evidentemente, no estamos con ello afirmando que el supuesto del teletrabajo transnacional deba de enmarcarse en lo dispuesto en esta norma, posibilidad que ha quedado totalmente desplazada, como señala la doctrina, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de septiembre de 2014 (C-549/13, asunto Bundesdruckerei), al no existir un *desplazamiento geográfico* de los trabajadores¹² para realizar una determinada prestación del servicio encomendada por parte de la empresa, sino que por el contrario, en esta forma de trabajo el teletrabajador internacional llevará a cabo el mismo tipo de actividad productiva que hubiera realizado en su país de origen y a través de los mismos medios, derivándose dicho cambio en la realización de su prestación, en los términos establecidos en la EM de esta norma, en el propio interés del trabajador, ya sea con fines turísticos, conciliatorios, o de otra índole¹³ y no del empresario.

De modo que, del análisis de la noción de trabajo transnacional contenida en dicha Directiva así como de la definición doctrinal de trabajo transnacional y legal de trabajo internacional recientemente incorporada en nuestro sistema normativo, se extraen elementos de juicio suficientes sobre la base de los cuales afirmar que los conceptos de teletrabajo transnacional e internacional no pueden ser empleados como *sinónimos*, constituyendo por el contrario dos categorías o modalidades diferenciadas de teletrabajo¹⁴.

La noción de teletrabajo internacional, como puede extraerse de la propia definición legal contenida en la Ley 28/2022, hace alusión a nacionales de un *tercer estado* que presten sus servicios desde nuestro territorio nacional por medio de *teletrabajo*, esto es, alude -como adelantamos ya- a trabajadores que pertenezcan a un estado no miembro de la Unión Europea o *extracomunitario*.

De otro lado, el análisis realizado hasta ahora sobre la noción de *teletrabajo transnacional* nos hace inclinarnos por pensar que el mismo alude a trabajadores procedentes de un-Estado Miembro, no estando estos últimos en consecuencia incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2022.

Esta opción interpretativa es la que, en nuestra opinión, presenta actualmente mayores argumentos a su favor¹⁵. Piénsese en este sentido en que la normativa en materia de teletrabajo internacional recoge un nuevo visado y una autorización de residencia para aquellos teletrabajadores sujetos a dicha forma de trabajo, cuestión que carecería de toda razonabilidad jurídica si nos encontrásemos ante trabajadores procedentes de otro Estado Miembro¹⁶.

Por todo ello, la normativa contenida en la Ley 28/2022 alude en exclusiva al teletrabajo internacional, quedando pendiente la aprobación, tanto en nuestro país como en el plano internacional, de una norma específica en materia de teletrabajo transnacional que permita otorgar a los teletrabajadores sujetos a esta forma de trabajo de una protección suficiente, y aclarar las diversas

¹² Cfr. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, cit., p. 102. Esta misma doctrina fue ya sostenida por Thibault Aranda, X.: *Teletrabajo y globalización*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 1993, p. 78, al entender el mismo que esta directiva “se ocupa a lo largo de su articulado de forma exclusiva de los desplazamiento físicos de trabajadores entre Estados miembros de la Unión Europea y no de la suerte de teledesplazamientos que en estos casos se producirían”.

¹³ Vid. VV.AA.: *Libro blanco teletrabajo internacional*, cit., pp. 61 y 63.

¹⁴ Así lo sostiene también DE LA TORRE GARCÍA, C.: “Futura Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes y el teletrabajo internacional España”, en *Capital Humano*, núm. 371, 2022.

¹⁵ Habiendo sido además en fechas posteriores a la aprobación de esta norma indicado expresamente por nuestro Gobierno que dicha modalidad de teletrabajo internacional hace alusión a “Un nacional de un tercer estado, mayor de edad. (No aplica a ciudadanos de la Unión Europea ni a aquellos a los que se aplica el derecho de la Unión Europea)”. Así puede verse en: GE: “teletrabajadores de carácter internacional”, disponible en: <https://extranjeros.inclusion.gob.es/UnidadGrandesEmpresas/es/requisitos/teletrabajadores/index.htm>

¹⁶ Cfr. VV.AA.: *Libro blanco teletrabajo internacional*, cit., pp. 75 y ss.

dudas interpretativas que se originan en consecuencia en torno a la normativa que resulta aplicable en materia de seguridad social, laboral, etc.

Aclarada dicha cuestión, debemos ahora entrar a evidenciar los distintos elementos que deben de concurrir en la delimitación de esta forma de trabajo, así como también los distintos problemas interpretativos que pueden surgir en cada uno de ellos:

3.1.1. Elemento de carácter personal

El teletrabajador debe de ser graduado o postgraduado de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de tres años.

Esta exigencia encuentra su justificación en el propio fin recogido por esta norma y que se plasma también en su EM, la cual dispone que las medidas incorporadas por medio de dicha norma buscan “*facilitar la inmigración de interés económico para España*”, enmarcándose dentro de este tipo de inmigración expresamente a los denominados por la norma como «*nómadas digitales*», a los que describe como “*personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia.*”

Sin embargo, el limitar la posibilidad de acceder a nuestro país para teletrabajar para una empresa situada en un tercer Estado únicamente a aquellos trabajadores que presenten una elevada cualificación, sin aportar razón alguna que justifique dicho fin -más allá que aquella de fomentar la inmigración de interés económico- puede suponer, como ya adelantó en su día nuestra doctrina iuslaboralista, “una limitación de los derechos y libertades del teletrabajador y el empresario extranjero carente de justificación¹⁷.”

3.1.2. Elemento de carácter profesional

En este punto, establece la norma como requisito específico para otorgar a un teletrabajador la condición de internacional en los términos establecidos en la Ley 14/2013, que el mismo lleve a cabo una *actividad laboral o profesional* a distancia.

Que nos encontremos ante un tipo u otro de las citadas actividades es una cuestión que presentará importantes efectos en la aplicación práctica de esta norma, puesto que la misma prevé un régimen diferenciado según el teletrabajador lleve a cabo una actividad laboral o por el contrario una de carácter profesional.

Así, si el mismo lleva a cabo una actividad laboral, este solo podrá prestar sus servicios para empresas situadas fuera de nuestro territorio nacional.

Por el contrario a aquellos teletrabajadores internacionales que lleven a cabo una actividad profesional se les permite prestar también sus servicios para empresas ubicadas en nuestro territorio, estableciendo únicamente en este punto una limitación de carácter cuantitativo, y es que en ningún caso el porcentaje de dicho trabajo podrá ser superior al 20% del total de su actividad profesional.

Sin embargo, no existe un precepto específico en la citada Ley 14/2013 que venga a definir como tal la noción de actividad profesional. Por el contrario, alude a la misma junto a aquella de

¹⁷ Cfr. VV.AA: *Libro blanco teletrabajo internacional*, cit., p. 104.

carácter empresarial. Así queda reflejado en el art. 3 de esta norma, la cual establece que “*se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley.*” Concretando posteriormente en el art. 70 de la misma bajo la rúbrica “*definición de actividad emprendedora y empresarial*”, que como tal se entenderá “*aquella que sea innovadora y/o tenga especial interés económico para España y a tal efecto cuenta con un informe favorable emitido por ENISA.*”

En consecuencia, no recoge esta norma una diferencia clara entre actividad laboral y profesional, al contener únicamente una alusión esta última que además aparece unida a lo largo de la norma a la noción de actividad empresarial y emprendedora, que nada nos aporta en aras de llevar a cabo dicha distinción.

Es por ello que debemos de realizar de nuevo en este punto una importante labor de indagación para poder delimitar cuando nos encontramos en un supuesto y otro, ya que además, como ha podido apreciarse, las consecuencias jurídicas derivadas de esta cuestión presentan una especial relevancia de cara a su aplicación práctica.

En primer lugar, partiremos tratando de delimitar que debe de entenderse por actividad profesional o empresarial. Esta noción viene recogida en la RAE¹⁸ la cual entiende como actividades de carácter profesional aquellas “*que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.*” Dicho término es también el utilizado en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, al incluir dicha norma dentro de su ámbito de aplicación a las “*personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo...*”

Por el contrario por actividad laboral debe de entenderse “*aquella específica acotada y regulada por el Derecho del Trabajo*”¹⁹, esto es, aquellas llevada a cabo por “*trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”²⁰ sin omitir tampoco en este punto como es sabido aquellas relaciones laborales especiales recogidas en el art. 2 ET.

En definitiva, sobre la base de las definiciones legalmente plasmadas en nuestro sistema legal y doctrinal, y ante la ausencia de una definición expresa en la misma que indique lo contrario, parece que lo que nuestro legislador pretendía al aludir en la Ley 28/2022 a aquellos teletrabajadores internacionales que lleven a cabo una actividad profesional o empresarial, era englobar dentro de dicha noción a aquellos que prestan sus servicios por cuenta propia²¹ para una o varias empresas situadas en el extranjero por medio de un vínculo de carácter mercantil²², mientras que por el contrario al referirse a aquellos que lleven a cabo una actividad laboral, no cabe duda de que aludía a aquellos que la llevan a cabo por cuenta ajena. No obstante, y dado que como decimos dicha distinción presenta efectos

¹⁸ La cual a su vez toma dicho concepto de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

¹⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2022, pp. 323 y ss.

²⁰ Cfr. Art. 1.1 ET.

²¹ Esta idea ha sido igualmente posteriormente reforzada por los pronunciamientos realizados por nuestro Gobierno, al haber indicado el mismo que un trabajador autónomo puede ser considerado teletrabajador internacional “siempre y cuando acredite una relación profesional con la empresa exterior para la que trabaja por un mínimo de tres meses y aquella autorice el traslado a España.” Cfr. GE: “teletrabajadores de carácter internacional”, cit.

²² Tal y como señala expresamente el art. 74 ter d) de la Ley 28/2022.

jurídicos relevantes, consideramos necesario que se incorpore una definición expresa en el marco de esta norma que venga a concretar que se entiende por actividad profesional y laboral.

En este punto, al excluir la posibilidad de que aquellos trabajadores extranjeros que tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena presten sus servicios para empresas españolas lo que ha tratado de evitar el legislador, en nuestra opinión, es incrementar los debates de por sí existentes sobre el régimen de Seguridad Social que resulta aplicable a esta forma de trabajo, ya que al no existir una norma a nivel internacional que entre a establecer reglas para la determinación del mismo en el caso del teletrabajo de carácter internacional, se ha venido alegando la necesidad de flexibilizar el criterio de la “*lex loci laboris*” -ideado para un trabajo puramente presencial-, de modo que resulte aplicable no la ley del país desde el cual se presta el servicio sino por el contrario la de aquel en el que efectivamente se aprovecha el mismo²³.

Sin embargo, resulta llamativo que dicha posibilidad sí se contemple para aquellos trabajadores que lleven a cabo una actividad profesional en los términos anteriormente señalados, eso sí, siempre y cuando no supere un porcentaje del 20%, que dicho sea de paso tampoco encuentra una justificación expresa en la norma, ni en lo que a la concreción de dicho porcentaje se refiere ni tampoco en la modalidad en la que podrá prestarse dicho servicio. En este último punto, al no disponer nada la norma, cabría en principio entender incluido el trabajo prestado por este tipo de trabajadores tanto por la vía de teletrabajo como de manera presencial en la empresa, no obstante, una lectura sistemática y atenta de esta norma permite responder con mayor seguridad a esta cuestión. Como veremos posteriormente, en el caso del visado de residencia contemplado en el art. 74 quater de la Ley 4/2013, específica el legislador que el mismo constituye un “*título suficiente para residir y trabajar a distancia en España durante su vigencia*”. De modo que, en este caso -y sin entrar en este momento a juzgar la elección terminológica realizada por el legislador- se limita la posibilidad de que los teletrabajadores internacionales que presten sus servicios para empresas españolas lo hagan por medio de la vía del teletrabajo. No obstante, no encontramos una disposición en el mismo sentido en el caso de la autorización de residencia, por lo tanto, no se resuelve en su totalidad el problema indicado.

Como puede extraerse del breve análisis hasta ahora realizado, son múltiples las dudas que surgen en este punto, cuestión que no resulta extraña si se tiene en cuenta la situación de total anomia normativa en la que hasta ahora se encontraba esta forma de trabajo en nuestro país.

3.1.3. Elementos de carácter territorial o espacial

En primer lugar, alude esta norma a la necesidad de que el teletrabajador sea un nacional de un tercer estado.

En este punto el problema interpretativo que se deriva de la norma se basa en la ausencia de una definición específica de que debe entenderse por tercer estado, surgiendo en consecuencia la duda sobre si el mismo alude a trabajadores extracomunitarios, comunitarios o todos ellos.

Para resolver la misma, debemos de acudir al art. 2 del Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados -en adelante Reglamento 810/2009- que viene a disponer que se entenderá

²³ A dichas teorías se hace alusión entre otros en SANGUINETI RAYMOND, W.: *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2003, p. 58 y en el mismo sentido lo ha recogido recientemente CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 2, 2022, *passim*.

por “*nacional de un tercer país toda persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado*”.

Si acudimos al art. 17.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957, vemos como el mismo aclara que “*será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro*”.

Por lo tanto, para tener la condición de trabajador internacional en los términos de la nueva Ley 28/2022 será necesario que nos encontremos ante un trabajador extracomunitario.

En segundo término, alude esta norma a la necesidad de que la empresa para la cual preste dichos servicios el teletrabajador se encuentra radicada fuera del territorio nacional.

En los términos vistos anteriormente deberá de ser asimismo una empresa que se encuentre fuera del ámbito comunitario. Téngase en cuenta además que, en el caso de que nos encontremos ante una actividad profesional, nada impide al trabajador prestar sus servicios también para empresas ubicadas en el territorio nacional siempre y cuando no se supere el límite porcentual legalmente fijado en la norma.

3.1.4. Elemento de carácter técnico

El desempeño de dicha actividad debe de realizarse mediante un *uso exclusivo* de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

Por medio de esta cláusula se establece una limitación significativa en el ámbito de aplicación de esta norma, ya que únicamente podrán tener la condición de teletrabajadores internacionales en los términos establecidos en esta norma aquellos que para el desempeño de su actividad profesional utilicen únicamente dichas herramientas y dispositivos informáticos.

Si bien esta cláusula permite superar los debates doctrinales surgidos en el marco de la delimitación del carácter «*prevalente*» -en los términos actualmente recogidos en la LTD, o «*predominante*» -como recogía el anterior art. 13 ET- del uso de dichas herramientas²⁴, la misma da lugar a nuevos problemas interpretativos derivados de la ambigüedad de esta norma.

En particular, la redacción de este artículo nos lleva a plantearnos si la norma alude a todo tipo de teletrabajo, esto es, tanto aquel de carácter *híbrido* -en el que un determinado porcentaje de la actividad productiva se realiza en el domicilio o lugar elegido por el trabajador y el resto en los centros empresariales- como aquel de carácter *puro* -prestado en su integridad desde el lugar elegido por el trabajador-.

Nada dispone la norma acerca de esta cuestión, con lo cual, en principio, parece dejar la puerta abierta a la posibilidad de que un trabajador preste sus servicios por ejemplo dos días en los centros empresariales de la empresa que le contrata y el resto de días desde nuestro territorio nacional vía teletrabajo, siempre y cuando el mismo lleve a cabo dicha actividad productiva a través de las TICs independientemente del lugar en el cual se encuentre.

²⁴ A los mismos hace referencia GARCÍA RUBIO, M.A.: “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020: concepto y fuentes reguladoras”, en VV.AA.: *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, López Balaguer, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 84.

No obstante, una atenta lectura de los cuatro preceptos que conforman este capítulo, nos hace pensar que el tipo de teletrabajo en el cual estaba pensando el legislador era aquel de carácter puro. Ello puede verse cuando en el art. 74 ter b), d) y e), se exige al trabajador que quiera acogerse a dicho régimen que aporte documentación acreditativa de que la prestación del servicio puede ser llevada a cabo a distancia, así como también que la empresa le ha permitido realizar su trabajo a distancia. De manera más clara puede extraerse de la propia EM al recoger la misma que *“el visado para el teletrabajo de carácter internacional permite entrar y residir en España durante un máximo de un año mientras que sus titulares trabajan para sí mismos o para empleadores en cualquier lugar del mundo”*.

Como puede apreciarse, parece que lo que realmente buscaba el legislador al imponer el uso exclusivo de dichas herramientas y dispositivos digitales era enmarcar el teletrabajo internacional en un régimen de trabajo puro, no obstante, la elección terminológica llevada a cabo por el mismo resulta, en nuestra opinión, totalmente desafortunada, ya que el hecho de que se usen en mayor o menor medida dichas herramientas y dispositivos supondrá en todo caso un elemento que sirva de indicador de cara a calificar la actividad laboral como teletrabajo o trabajo a distancia, al ser precisamente, como indicamos anteriormente, el uso de las TICS en el desempeño de la labor productiva el rasgo tomado como referencia para distinguir ambos tipos de trabajo remoto, pero en ningún caso como elemento que sirva para distinguir entre el teletrabajo híbrido de aquel puro, al ser el elemento locativo el que debe de ser tomado como referencia para ello.

Por lo tanto, aun cuando no se prohíba expresamente por dicha norma la posibilidad de aplicar esta normativa en materia de trabajo internacional en una modalidad de teletrabajo de carácter híbrido, los distintos puntos contemplados en este capítulo parecen mostrar la voluntad del legislador de que la forma de trabajo en la que se enmarquen las medidas aprobadas por medio de la presente reforma sea el teletrabajo de carácter puro. No obstante, ante la ausencia de un pronunciamiento expreso en este sentido en la norma, serán finalmente los tribunales los que deberán resolver las dudas interpretativas que surjan en este punto.

En todo caso y en nuestra opinión, no será esta una cuestión que resulte especialmente conflictiva en la aplicación práctica de esta norma. Téngase en cuenta que nos referimos a trabajadores extracomunitarios, altamente cualificados y que por voluntad propia deciden prestar sus servicios desde un país extranjero -ya sea por fines conciliatorios o por motivos turísticos-. Es por ello que precisamente no será habitual que los mismos tengan interés en estar sometidos a un régimen de teletrabajo que les obligue semanalmente a recorrer largas distancias entre diversos países, con el coste económico y de tiempo que ello conlleva.

3.2. Requisitos en materia de teletrabajo internacional

A continuación, por medio del artículo 74 ter de esta norma, se entra a establecer los requisitos específicos que deben de concurrir para que el periodo de estancia o residencia llevado a cabo en nuestro país pueda enmarcarse dentro del marco protector contemplado en el capítulo V bis de la Ley 28/2022 y poder con ello acceder al nuevo visado y autorización de residencia al que posteriormente haremos alusión. Ello en los siguientes términos:

“Deberán quedar acreditados, además de los requisitos generales del artículo 62²⁵, los siguientes”:

²⁵ El citado artículo recoge los siguientes requisitos generales para la estancia o residencia: *“1. Sin perjuicio de la acreditación de los requisitos específicos previstos para cada visado o autorización, los extranjeros a los que se refiere la presente sección deberán reunir, para estancias no superiores a tres meses, las condiciones de entrada previstas en el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen). 2. En los supuestos de visados de estancia, deberán acreditar además los requisitos previstos en el Reglamento (CE) 810/2009, de 13 de julio, por el que se establece un*

a) “La existencia de una actividad real y continuada durante al menos un año de la empresa o grupo de empresas con la que el trabajador mantiene relación laboral o profesional.”

b) Documentación acreditativa de que la relación laboral o profesional se puede realizar en remoto.

c) En el supuesto de una relación laboral, se deberá acreditar la existencia de la misma entre el trabajador y la empresa no localizada en España durante al menos, los últimos tres meses anteriores a la presentación de la solicitud, así como documentación que acredite que dicha empresa permite al trabajador realizar la actividad laboral a distancia.

d) En el supuesto de la existencia de una relación profesional, se deberá acreditar que el trabajador tiene relación mercantil con una o varias empresas no localizadas en España durante, al menos, los tres últimos meses, así como documentación que acredite los términos y condiciones en los que va a ejercer la actividad profesional a distancia.”

Pues bien, nuevamente en este punto son diversas las cuestiones que merecen un tratamiento más detallado.

Como puede apreciarse, a lo largo del citado precepto se exigen una serie de datos y documentos acreditativos para poder acceder por parte de dichos teletrabajadores al nuevo visado y autorización de residencia. Sin embargo, el problema que podemos encontrarnos en este punto es que no se concreta el tipo de documentación específica que puede ser aportada para justificar dichos extremos ni se crea un modelo general que pueda servir a dicho fin. Ello encuentra su justificación precisamente en la naturaleza de esta forma de trabajo, que como decimos, es llevada a cabo por teletrabajadores procedentes de terceros países, no siendo posible en consecuencia -salvo la existencia de convenios bilaterales o multilaterales celebrados con España- acudir a una normativa común en esta materia, más aún si se tiene en cuenta que no existe ni tan siquiera a nivel europeo una norma que venga a contemplar la figura del teletrabajo internacional y transnacional y las particularidades presentes en dichas formas de teletrabajo. Precisamente por ello, lo que ha tratado el legislador de facilitar en este punto es la propia justificación de dichos requisitos. De modo que, salvo que en posteriores desarrollos

Código comunitario sobre visados (Código de visados). 3. En los supuestos de visados de residencia previstos en el Reglamento (UE) 265/2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración, así como para las autorizaciones de residencia, el solicitante deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) No encontrarse irregularmente en territorio español. b) Ser mayor de 18 años. c) Carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido durante los dos últimos años, por delitos previstos en el ordenamiento jurídico español. Adicionalmente, se presentará una declaración responsable de la inexistencia de antecedentes penales de los últimos cinco años. d) No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. e) Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España. f) Contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España. g) Abonar la tasa por tramitación de la autorización o visado. 4. El cónyuge y los hijos menores de 18 años, o mayores de edad que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud, que se reúnan o acompañen a los extranjeros enumerados en el apartado 1 del artículo 61, podrán solicitar, conjunta y simultánea o sucesivamente, la autorización y, en su caso, el visado. Para ello, deberá quedar acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado anterior. 5. Lo dispuesto en la presente Ley se entenderá sin perjuicio del cumplimiento, por los sujetos obligados, de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y las obligaciones tributarias o de Seguridad Social correspondientes. 6. Las Misiones diplomáticas y Oficinas Consulares, al recibir las solicitudes de visados de residencia, efectuarán a la Dirección General de la Policía las consultas pertinentes destinadas a comprobar si el solicitante representa un riesgo en materia de seguridad. La Dirección General de la Policía deberá responder en el plazo máximo de siete días desde la recepción de la consulta, transcurridos los cuales sin haber obtenido respuesta se entenderá que su sentido es favorable.”

normativos o por medio de negociación colectiva se concrete esta cuestión, será válido cualquier documento aportado por el trabajador en el cual quede reflejado de manera razonada y suficiente el requisito específico que en cada uno de los apartados de dicho precepto se exigen para la posterior concesión del visado o autorización de residencia²⁶.

Entre la diversa documentación exigida en este precepto, cabe hacer alusión de manera específica a la contenida en el apartado b) del mismo, al exigir esta el consentimiento de la empresa para que el trabajador desempeñe su actividad a distancia. En este punto, y dado que es el teletrabajador el responsable de aportar los distintos documentos exigidos -según se extrae de los propios artículos citados- nada dice la norma sobre la necesidad de que exista asimismo el consentimiento de la empresa para que el trabajador además de a distancia, lleva a cabo su actividad productiva desde otro país. En nuestra opinión, resulta evidente que la autorización otorgada al teletrabajador por parte de la empresa debe de contemplar ambos extremos, no teniendo sentido alguno que un trabajador que disponga de todos los documentos citados -que como decimos dada la amplitud con la cual se han contemplado en la norma legal pueden ser cuantitativos- pueda por sí solo de manera unilateral decidir prestar sus servicios desde otro país sin el consentimiento de la empresa²⁷. Piénsese en este sentido en los múltiples problemas aplicativos que surgen de por sí en el teletrabajo, en particular en materia de prevención de riesgos laborales, cuestión que no hace más que aumentar su complejidad si nos enmarcamos en un supuesto como el ahora descrito, en el que el trabajador, además, lleva a cabo la prestación del servicio desde otro país. En un supuesto como el descrito resulta aún más importante que el trabajador adquiera una formación básica en materia de prevención de riesgos, por ejemplo de cara a la elaboración por parte del mismo de posibles informes que prueben la idoneidad del lugar desde el cual se lleva a cabo la prestación del servicio. Asimismo, resulta complejo hacer frente en este tipo de trabajo a problemas presentes en el teletrabajo como es el aislamiento de los trabajadores o la reducción de la solidaridad y fuerza colectiva entre los mismos, ya que al encontrarse uno o varios de los teletrabajadores en diversos países no puede aquí plantearse reuniones semanales o mensuales presenciales destinadas a que los mismos interactúen entre sí, siendo necesario en consecuencia prever otros mecanismos -esencialmente telemáticos- que permitan superar estos problemas. Finalmente, cabe también aludir en este punto a las posibles obligaciones legales en las que puede incurrir la empresa, la posible documentación que la misma deberá aportar, la posible incidencia que dicho cambio en la ubicación del trabajador puede tener desde un punto de vista de seguridad social, etc. Todas estas cuestiones, así como otras que pueden surgir, requieren que la empresa tenga un conocimiento específico no solo del país desde el cual el trabajador desempeñará su actividad profesional, sino sobre todo del lugar específico desde el cual llevará a cabo su actividad productiva.

Por otro lado, vuelve a introducir la norma por medio de este precepto una diferenciación legal según nos encontremos ante una actividad de carácter laboral o una de carácter profesional en los términos anteriormente analizados.

Así, aludiendo en primer término a la relación de carácter laboral, añade la norma mediante este precepto al requisito anteriormente analizado de que la empresa presentase un periodo mínimo

²⁶ Sin desconocer por supuesto la normativa existente en este punto en nuestro sistema nacional e internacional y a la cual se refiere tanto el propio art. 62 -al que expresamente se remite la norma en este punto- como en la Capítulo VI de la Ley 28/2022, al contemplar este último una serie de reglas generales aplicables a los visados y autorizaciones de residencia contemplados en la sección segunda de la Ley 28/2022, en la que se enmarcan el visado y autorización de residencia en materia de teletrabajo internacional.

²⁷ Esta cuestión ha sido corregida en cierta medida por medio de la publicación por parte de la Secretaría de Estado de Migraciones del Gobierno de España de un documento destinado a clarificar la documentación exigida de cara a solicitar el teletrabajo de carácter internacional, y en el cual se especifica que dicha autorización por parte de la empresa debe de incluir en particular la autorización para el desarrollo del “trabajo en remoto desde España”. El citado documento se recoge posteriormente en el apartado sexto de este estudio.

y continuado de existencia de un año, la concurrencia de una relación laboral del trabajador con la misma de tres meses. Este extremo quedará probado a título ejemplificativo en el propio contrato de trabajo o el documento equivalente en el país de la empresa para la cual el trabajador preste sus servicios a la situación de alta y baja en el régimen de Seguridad Social. Asimismo, es en este punto en el que recoge el legislador la obligación de que se aporte documentación que permita probar que concurre el consentimiento de la empresa para que el trabajador preste sus servicios a distancia, al que anteriormente hemos hecho ya referencia. Este punto, en nuestra opinión, debería haberse contemplado en el apartado b) de este precepto junto a la documentación acreditativa de que la actividad laboral o profesional puede desempeñarse a distancia.

El problema práctico que puede surgir en este punto es determinar si dicha relación laboral debe de haber existido de manera continuada e ininterrumpida durante el total de los tres meses exigidos, o por el contrario, basta con que durante un determinado periodo que se ha repetido en los tres últimos meses haya existido una relación de dicha índole entre el trabajador y la empresa. En nuestra opinión, todo parece indicar que dicho periodo de tiempo debe de producirse de manera continuada, lo cual no obsta a que esta cuestión deba de ser corregida en futuras reformas en aras de aumentar la seguridad jurídica en esta materia, bastando con indicar en este sentido que dicha relación laboral debe de existir de manera ininterrumpida o continuada durante los tres meses anteriores a la solicitud.

En lo que respecta a la relación de carácter profesional, el teletrabajador deberá de acreditar asimismo que ha tenido una relación de dicha índole durante al menos los tres últimos meses, omitiéndose en este punto -a diferencia de lo que ocurría en el precepto anteriormente analizado referente a los teletrabajadores internacionales que lleven a cabo una actividad laboral- al requisito de que dicho periodo de tiempo concorra en “*los meses anteriores a la presentación de la solicitud*”. No obstante, resulta lógico pensar que en este caso sigue rigiendo como punto de referencia el momento en el cual se presente la misma, encontrándonos en nuestra opinión ante una omisión puramente accidental. En este punto, vuelve a darse el problema interpretativo anteriormente citado, viéndose además agravado al posibilitarse acreditar la existencia de dicha relación -ahora de carácter mercantil- respecto a una o varias empresas. Por lo que cabe plantearse nuevamente si dicha relación debe de producirse de manera ininterrumpida durante los últimos tres meses citados y además, si el mismo debe de acreditarse en cada una de las empresas que se indique de manera separada o por el contrario, pueden sumarse los distintos periodos de tiempo en los que el teletrabajador a prestado sus servicios para cada una de ellas para alcanzar el total de los tres meses exigidos. Por lo cual, como puede apreciarse, en este punto resulta aún más necesario una modificación o desarrollo normativo que venga a concretar este requisito.

En el periodo de tiempo que medie hasta que ello ocurra, serán los tribunales los que deban de entrar a discernir el sentido de la norma en este punto.

3.3. Visado y autorización de residencia

Finalmente, se crea por medio de esta reforma una nueva modalidad de visado de residencia y trabajo, así como también una nueva modalidad de autorización de residencia. Este es, probablemente, uno de los puntos -junto a la definición de trabajo internacional- más importantes introducidos por medio de la Ley 28/2022 y que venía siendo desde hace años demandados por la doctrina²⁸.

La primera dichas figuras se encuentra normada en el art. 74 quater, el cual bajo la rúbrica “*visado para teletrabajo de carácter internacional*” dispone lo siguiente:

²⁸ VV.AA: *Libro blanco teletrabajo internacional, cit.*, p. 110.

1. *“Los extranjeros no residentes en España, que se propongan residir en territorio español con el fin de teletrabajar a distancia para una empresa no ubicada en España, solicitarán el visado para teletrabajo de carácter internacional que tendrá una vigencia máxima de un año, salvo que el período de trabajo sea inferior, en cuyo caso el visado tendrá la misma vigencia que este.*

2. *El visado para teletrabajo de carácter internacional constituirá título suficiente para residir y trabajar a distancia en España durante su vigencia.*

3. *En el plazo de sesenta días naturales antes de la expiración del visado, los teletrabajadores de carácter internacional que estén interesados en continuar residiendo en España podrán solicitar la autorización de residencia para trabajador a distancia internacional, siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho.”*

En este punto, resulta criticable la terminología elegida por el legislador, el cual, alude a esta forma de trabajo en su párrafo segundo como *“trabajo a distancia”*. Si bien este punto no presenta repercusiones prácticas significativas, sí que supone un grave error conceptual. Como se ha visto con anterioridad, desde la aprobación del RDTD en el año 2020, el teletrabajo y el trabajo a distancia aparecen expresamente recogidos en nuestro sistema legal como dos formas de trabajo diferenciadas, siendo el teletrabajo una modalidad específica del trabajo a distancia, caracterizado precisamente por un uso *“prevalente o exclusivo”* de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para su desarrollo. En el caso del teletrabajo internacional, sobre la base de la definición del mismo contenida en el art. 74 bis de la Ley 14/2013, nos encontramos ante un trabajo que no es que use de manera prevalente dichas herramientas, sino que en los términos de dicha norma debe de hacer un uso *“exclusivo”* de las mismas. Por lo tanto, no cabe duda de que en este supuesto nos encontramos ante una forma clara de teletrabajo, por lo que no resulta justificable ni aceptable en ningún caso el uso en este punto por parte del legislador del término de trabajo a distancia como si de un sinónimo se tratase.

Asimismo, cabe destacar como en este punto alude expresamente el legislador a que el visado de residencia permite al teletrabajador tanto residir como trabajar por dicha vía *“en España”*. En este punto no debemos de olvidar la diferenciación legalmente establecida entre aquellas actividades que tengan un carácter laboral y aquellas de carácter profesional, ya que únicamente estos últimos podían prestar sus servicios para empresas españolas siempre y cuando no superen el porcentaje legalmente fijado. En este último caso, nos planteábamos en puntos anteriores si dicha prestación para las empresas españolas debía de ser también prestada por medio de teletrabajo o por el contrario debía de ser realizada de manera presencial. Pues bien, por medio de este apartado, haya sido llevado a cabo o no de manera intencional y consciente por el legislador, se ha disipado dicho interrogante, al aclarar la norma que en el marco del visado de residencia dicha prestación deberá de llevarse a cabo por medio de teletrabajo.

Por el contrario, la denominada como *“autorización de residencia para teletrabajo de carácter internacional”* se recoge de manera separada por medio del art. 74 quinquies, el cual viene a disponer que:

1. *“Aquellos extranjeros que se hallen en España de forma regular o que hayan accedido mediante el visado previsto en el artículo anterior, podrán solicitar una autorización de residencia con el fin de teletrabajar a distancia para una empresa localizada en el extranjero, que tendrá validez en todo el territorio nacional.*

2. La validez de esta autorización tendrá una vigencia máxima de tres años salvo que se solicite por un período de trabajo inferior.

3. Los titulares de esta autorización podrán solicitar su renovación por períodos de dos años siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho.”

En este punto, nos encontramos con un problema práctico importante, y es que en la regulación de la autorización de residencia se ha omitido una referencia similar a la analizada anteriormente sobre el tipo de trabajo que puede ser llevado a cabo por el teletrabajador internacional en el marco de dicha autorización, aludiéndose únicamente en este punto a que la misma se dirige a trabajadores con el “*fin de teletrabajar a distancia para una empresa localizada en el extranjero*”, matiz que permite disuadir las dudas que pueden originarse en el marco de una relación laboral -al limitar en este caso la norma la posibilidad de prestar sus servicios por parte del teletrabajador internacional únicamente a una empresa extranjera- pero no en el caso de encontrarnos ante una relación de carácter profesional, en la cual, como hemos visto, se posibilita -sin diferenciar entre el caso de que el teletrabajador disponga de un visado o autorización de residencia- que el mismo preste sus servicios también para empresas españolas. Por lo tanto, será necesario también en este punto un pronunciamiento legal o judicial que permita discernir como operar en este último supuesto.

4. CUESTIONES PENDIENTES EN MATERIA DE TELETRABAJO INTERNACIONAL

Como puede apreciarse, nos encontramos ante una modificación normativa que no resulta baladí, al incorporar, por primera vez en nuestro país una regulación específica en materia de teletrabajo internacional, situándonos con ello además a la cabeza en esta materia entre los países de nuestro entorno.

No obstante, al dirigirse esta nueva modificación a aspectos muy concretos dentro de este tipo de teletrabajo -al aludir la misma, tal y como hemos visto, únicamente a que debe de entenderse por teletrabajo internacional y crear un nuevo visado y autorización de residencia para este grupo de trabajadores- siguen siendo numerosas las cuestiones y problemas interpretativos que siguen sin encontrar una respuesta satisfactoria en nuestro país que permita efectivamente garantizar que el teletrabajo internacional no derive en una nueva vía de *dumping social*²⁹ que repercuta negativamente en los derechos y dignidad de los trabajadores sujetos a esta forma de trabajo.

En particular, siguen manteniéndose las dificultades existentes a la hora de determinar la normativa que resulta aplicable a estos trabajadores en materia de Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales, etc. Así como también de cara a discernir el órgano jurisdiccional que debe de conocer los posibles conflictos que puedan originarse en el marco de este tipo de relación contractual³⁰.

También se hace ante esta reforma más acuciante la necesidad de reformar la LTD, incorporando expresamente en la misma una regulación tanto de este fenómeno como del denominado como teletrabajo transnacional. Ya que lo que no puede hacer nuestro legislador es contemplar la posibilidad del teletrabajo internacional por parte de trabajadores extranjeros cualificados como una opción viable e interesante para nuestro marco económico y empresarial, y desconocer la posibilidad de reconocer

²⁹ Este peligro fue ya en su día advertido por SANGUINETI RAYMOND, W.: *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, cit., *passim*.

³⁰ Sobre las diversas soluciones a este interrogante deben de consultarse los diversos pronunciamientos doctrinales existentes en la materia. Entre los que puede señalarse CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, cit., VV.AA: *Libro blanco teletrabajo internacional*, cit., etc.

esta opción también a los trabajadores nacionales que se encuentren dispuestos y cualificados para ello. De este modo, debe de contemplarse los requisitos y medidas protectoras específicas y suficientes también para que los teletrabajadores españoles que así lo deseen puedan prestar sus servicios fuera de nuestras fronteras nacionales, siendo para ello la mejor vía -como hemos ya indicado- modificar nuestra LTD incorporando el teletrabajo internacional en el marco de la misma.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Por medio de la nueva Ley 28/2022 se ha establecido una legislación pionera en nuestro país, al haberse contemplado por primera vez una regulación específica en materia de teletrabajo internacional.

Con ello, nuestro país ha pasado de encontrarse a la cola en materia de teletrabajo -al no existir como hemos visto hasta hace unos años ni tan siquiera un definición legal de que debe de entenderse por teletrabajo- a querer posicionarse a la cabeza del resto de países de nuestro entorno, alzándose el mismo como un destino clave para el talento a nivel internacional.

Entre las novedades más importantes incorporadas por medio de la citada reforma se encuentra el establecimiento expreso de una definición de teletrabajo internacional, constituyendo este un vacío normativo que desde hace décadas había venido siendo evidenciado por la doctrina ante el evidente y cada vez mayor -ante el avance y expansión que en los últimos años han sufrido las herramientas y dispositivos ligados al teletrabajo-carácter internacional de esta forma de trabajo, en el que los límites territoriales entre los distintos países se difuminan al poder el teletrabajador trabajar *en cualquier momento y en cualquier lugar*.

Otra cuestión que cabe destacar de esta reforma es la creación por parte de la misma de un nuevo visado y una nueva autorización de residencia para aquellos teletrabajadores de carácter internacional que se cumplan los requisitos legalmente establecidos en la misma.

Pese a lo cual, todas las modificaciones y novedades incorporadas por medio de esta reforma no han sido suficientes para colmar las diversas dudas que surgen al plantear la cuestión del teletrabajo fuera de las fronteras de un determinado país.

Asimismo, la amplitud presente en los diversos preceptos establecidos en materia de teletrabajo internacional por la Ley 28/2022 se traduce en la existencia de importantes dudas interpretativas que hemos ido evidenciando a lo largo del presente estudio y que requerirán un pronunciamiento legal o judicial específico tanto de cara a garantizar la efectiva protección de los trabajadores y empresarios que se acojan a esta forma de trabajo, como también para garantizar que el contenido de carácter teórico recogido en esta norma se traduzca en un efectivo aumento del número de teletrabajadores de carácter internacional, altamente formados que eligen nuestro país como destino para llevar a cabo su actividad productiva.

Por todo ello, consideramos que, si bien la incorporación por medio de la Ley 28/2022 de estos nuevos preceptos en materia de teletrabajo internacional en el marco de la Ley 14/2013 supone un avance significativo e importante de cara a afrontar los innegables retos y desafíos que la digitalización en general, y el teletrabajo en particular, suponen desde un punto de vista laboral y migratorio, ello no supondrá un aumento radical y sin precedentes en el número de teletrabajadores procedentes de terceros estados que elijan nuestro país como destino para llevar a cabo en remoto su actividad productiva ya que, como hemos indicado, siguen existiendo importantes dudas interpretativas que pueden desalentar a las empresas y trabajadores.

6. ANEXO: LISTADO ACLARATORIO DE DOCUMENTACIÓN LEGALMENTE EXIGIDA EN EL MARCO DE LA SOLICITUD DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL³¹.



MINISTERIO DE INCLUSIÓN,
SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES

Secretaría de Estado de Migraciones
D. G. Migraciones

Documentación Solicitudes Teletrabajadores Sector Internacional:

- Copia del pasaporte completo o documento de viaje en vigor. (todas las páginas)
- Justificante de haber abonado la tasa (mod. 790 038) adjuntado además el justificante del pago si este no se refleja sobre el propio modelo 790.
- Formulario de solicitud firmado por el teletrabajador (Formulario MIT).
- Acreditación de relación laboral/profesional mínima de tres meses a la fecha de la solicitud con la empresa/empresas extranjeras con la que mantiene dicha relación.
- Acreditación de actividad real y continuada durante al menos un año de la empresa extranjera o grupo de empresas con la que el trabajador mantiene relación laboral o profesional.
- Carta de la empresa extranjera, autorizando el desarrollo del trabajo en remoto desde España acreditando perfil del puesto, sueldo a percibir, términos y resto de condiciones en los que se va a ejercer la actividad profesional a distancia.
- Copia de la titulación relacionada con el desempeño del puesto o en su caso experiencia mínima sustitutiva de aquel en funciones análogas al puesto que se pretende desempeñar
- Certificado de cobertura de Seguridad Social (Si existe convenio con el país de origen) o alta en la seguridad social española acreditando al menos la solicitud de inscripción de la empresa extranjera ante la Seguridad Social y el compromiso de alta una vez obtenida la autorización antes del comienzo del trabajo.
- Certificado de antecedentes penales actual del país o países donde haya residido durante los últimos dos años. Adicionalmente se presentará una declaración responsable de la inexistencia de antecedentes penales de los últimos 5 años (Lo anterior no será de aplicación cuando se sea titular de una autorización residencia, o estancia en España superior a 6 meses y ya se haya aportado para obtener dicha autorización)
- Seguro público o privado de enfermedad. No se aceptan seguros de viaje (No necesario en el caso de alta en la Seguridad Social)

³¹ Se adjunta en este punto un pronunciamiento de la Secretaría de Estado de Migraciones del Gobierno de España destinado a clarificar la documentación exigida de cara a solicitar el teletrabajo de carácter internacional. El mismo se encuentra disponible en: https://extranjeros.inclusion.gob.es/UnidadGrandesEmpresas/ficheros/doc_orientativa/doc-solicitud-teletrabajador-internac.pdf