



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

# RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

# RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

---

- Transformación del trabajo:  
desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de  
voz colectiva

## PATROCINADORES



## AUSPICIADORES



<b>Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social</b>
PRIMERA EDICIÓN DIGITAL MARZO 2023
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
<p><b>Autores:</b>  Alberto Pizzoferrato / Sergio Torres Teixeira / Wilfredo Sanguinetti Raymond / Kurt Paerli / Masahiko Iwamura / Helga Špadina / Petra Herzfeld Olsson / Pamhidzai Bamu / Roberto Fragale Filho / María Luisa Molero Marañón / Bernd Waas / Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón / Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada / Marina Fernández Ramírez / Carmen Ferradans Caramés / Giovanni Gaudio / Francisca Moreno Romero / María Olaya Martín Rodríguez / Rodrigo Palomo Vélez / Adrián Pérez Pastrana / César Alfredo Puntriano Rosas / María Carmen Tatay Puchades / Mireia Llobera / Dulce María Cairós Barreto / Carlos García Gallego / María Katia García Landaburu / Luis Gordo González / Oscar Hernández Álvarez / José Eduardo López Ahumada / Priscila Martín Vales / Rosa María Morato García / Daniel Peres Díaz / Gastón López Argonz / Matthieu Chabannes / Leopoldo Gamarra Vilchez / Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca / Javier Paitán Martínez / Leiso Fasney Restrepo Aguirre / Gaye Burcu Yıldız / Francisca Bernal Santamaria / Karla Giamnina Cánova Talledo / Chiara Cristofolini/ Vincenzo Cangemi/ Roberto Pettinelli / Ljubinka Kovačević/ Boško Latković / Kwang-Taek Lee / Jovana Rajić-Čalić / Jovana Misailović / Carlos Eduardo Saco Chipana / Daniel Ulloa Millares / Christa Caro Palacios / Ángela Sofía Bilbao Pazmiño / Laura Sofía Pérez Pianda / Stefano Guadagno / Chiara Hassemer / Flávia Souza Máximo Pereira / Luis Mendoza Legoaas / Fiorella Peyrone Villacorta / Ivan Ramiro Campero Villalba / Lilli Carollo / Macarena Castro Conde / Emilio De Castro Marín / Viviana Mariel Dobarro / María Begoña García Gil / Luciana Guaglianone / María Laura Parisi / Balwinder Kaur / Diego Megino Fernández / Pedro Oliveira / Ccantu Stefany Osorio Velarde / Luz Pacheco Zerga / María Gema Quintero Lima / Carmen Grau Pineda / Concha Sanz Sáez / Sarai Rodríguez González / Fernando Varela Bohórquez / Juan Manuel Moreno Díaz.</p>
<p><b>Coordinadora:</b> María Katia García Landaburú</p> <p>© <b>Comisión Organizadora del Congreso:</b> Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente), Guillermo Boza Pró, María Katia García Landaburu, Emilio Morgado Valenzuela, Mónica Pizarro Díaz, Michael Vidal Salazar</p>
<p>Copyright 2021 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</p>
<p><b>Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</b>  Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201. Miraflores - Lima, Perú  Telef.: 51(1) 7055586</p>
<p>ISBN: 978-9972-9422-4-2  Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-02736  Publicado en el mes de marzo de 2023  DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)</p>

En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: [www.spdts.org.pe](http://www.spdts.org.pe)

## **COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO**

Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente)

Guillermo Boza Pró

María Katia García Landaburu

Emilio Morgado Valenzuela

Mónica Pizarro Díaz

Michael Vidal Salazar

## **COMISIÓN REVISORA DE PONENCIAS**

Guillermo Boza Pró

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

María Katia García Landaburu

César Gonzales Hunt

Sandro Nuñez Paz

Estela Ospina Salinas

Luz Pacheco Zerga

Mónica Pizarro Díaz

César Puntriano Rosas

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Michael Vidal Salazar

**TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO: DESAFÍOS  
PARA EL DERECHO DEL TRABAJO**

**TRANSFORMATION OF WORK:  
CHALLENGES TO LABOR LAW**

# **EL TELETRABAJO EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y EUROPEA: LA AUSENCIA DE PREVISIONES ANTE SU EJECUCIÓN TRANSNACIONAL**

## **MARIA CARMEN TATAY PUCHADES**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España), que cuenta con más de cuarenta publicaciones en libros o revistas científicas. Durante su formación predoctoral realizó estancias en Universidades Europeas. En su etapa postdoctoral, y tras ser galardonada por la OISS, ha estrechado vínculos con Instituciones de Latinoamérica, impartiendo asiduamente clases de postgrado en Chile. También ha asesorado en reformas sobre Seguridad Social.

## **MIREIA LLOBERA**

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España). Especialista, como profesional e investigadora, en el régimen jurídico del trabajo internacional (Expatriates). Se ha formado en la Universidad de Harvard y de Londres y ha desarrollado su actividad profesional en organizaciones privadas e instituciones públicas de primer nivel, como la Organización Internacional del Trabajo, Cuatrecasas Abogados, o el Consejo de Relaciones Laborales de Castilla la Mancha.

**ABSTRACT:** The digitization of the economy, especially in the context of the pandemic caused by the Covid-19 crisis, opens a new scenario of analysis on different alternatives for regulating telework. This study analyses the Spanish and European standards that adapt the current legal framework to such substantial transformation of the world of work. In many respects, such regulations are no longer adequate to address the challenges of the digital economy and the provision of those services across borders. It is thus required a new approach and a complete and in-depth assessment of the problems of interpretation and application with respect to the place of provision of services of international teleworkers, in order to determine the applicable working conditions and the applicable law on Social Security.

**KEYWORDS:** International telework, digital services, covid-19.

## I. INTRODUCCIÓN

Hace años que viene apuntándose cómo en una economía globalizada y digitalizada, las empresas además de acudir a la «deslocalización» para aumentar su competitividad<sup>1</sup>, han podido recurrir al «teletrabajo» transfronterizo o transnacional con idéntica finalidad y sin necesidad de crear filiales ni desplazar a trabajadores a terceros países<sup>2</sup>, manteniendo igualmente unas «libérrimas condiciones de trabajo» en dichos estados<sup>3</sup> y encubriendo un evidente «dumping social»<sup>4</sup>.

- 1 Sobre esta práctica, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORHUEL, F. “Problemas laborales de la deslocalización de empresas”. *Actualidad Laboral*, 2006, nº 3, pp. 242-264.
- 2 Por todos, SANGUINETI RAYMOND, W. *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo* (Informe realizado para el Proyecto Europeo sobre Teletrabajo, desarrollado por la ITSS de España, bajo Dir. AL. Sánchez Iglesias). Salamanca, 2002, pp. 14 y ss, con acopio de doctrina que también venía subrayando ese fenómeno.
- 3 En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*. Pub. MTAS, Madrid, 2001, pp. 108-112.
- 4 Incidiendo en el consecuente dumping social, por orden cronológico y entre otros: ROMERO BURRILLO, AM<sup>a</sup> “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999)*. Pub. MTAS, Madrid, 2000, p. 1147 y 1150; SERRANO OLIVARES, R. “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2001, p. 1239; así como de la misma autora, “Jurisdicción competente y la ley aplicable al ciberempleo transnacional (algunas propuestas sobre cómo afrontar el riesgo de «dumping social»”. *Cuadernos de derecho judicial*, nº 15, 2004, pp. 213 y ss; MORENO MÁRQUEZ, A. “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”. *Revista de Contratación Electrónica*, nº 58, 2005, p. 7 de 34, en <https://vlex.es/vid/teletrabajo-transnacional-existent-248850> (consulta 14/07/2021);



Se trata de una realidad que ha cobrado mayor visibilidad, después de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) haya reconocido el carácter de pandemia a la situación mundial derivada de la enfermedad Covid-19 causada por el SARS-CoV-2<sup>5</sup>. Y ello como consecuencia del aumento del trabajo a distancia o remoto, prestado desde fuera de las instalaciones de la empresa mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones o tecnologías móviles (T/TICM)<sup>6</sup>.

Ciertamente, el incremento mundial del T/TICM permite replantear la idoneidad de las regulaciones nacionales e internacionales que se ocupan de ordenar las relaciones laborales y el derecho a la Seguridad Social de quienes trabajan de esa manera<sup>7</sup>. Por ello, a través de esta escueta aportación, en primer lugar y de forma sintética, se describen las normas españolas que han ordenado el trabajo por cuenta ajena que se presta a distancia y en virtud de medios telemáticos, sean fijos o móviles, sobre todo a partir de la pandemia derivada de la Covid-19. Se trata de destacar algunas de esas reglas que, lamentablemente, guardan silencio con relación al teletrabajo que o bien se realiza desde España para empresas ubicadas en terceros países, o bien se presta desde el extranjero para empresas situadas en territorio nacional.

En segundo lugar, y con mayor detenimiento, este estudio profundiza en el marco jurídico aplicable a los teletrabajadores en el ámbito europeo, intentando determinar cuál ha de ser la ley aplicable a quien teletrabaja para empresas que

---

y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. “El teletrabajo y el derecho internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional”, en AAVV (Dir. T. Sala Franco). *El Teletrabajo*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 101-102 y 109.

5 Apuntando ejemplos de esa visibilidad: TATAY PUCHADES, C. “Teletrabajo, conciliación y género”, en AA.VV (Coord. E. Monreal Bringsvaerd, X. Thibault Aranda y A. Jurado Segovia), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 558-559.

6 Término acuñado para referirse al teletrabajo prestado mediante teléfonos inteligentes, tablets, ordenadores portátiles y ordenadores de sobremesa, en el informe publicado por EUROFOND-OIT. *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017. Disponible en: [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1658en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf) (consultado 14/07/2021).

7 Entre las contribuciones más recientes, véase MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. “El teletrabajo y el derecho internacional...” *ob. cit.*, pp. 103-144; así como, más sintéticamente, GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>A. “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020: concepto y fuentes reguladoras”, en AAVV (Dir. M. López Balaguer). *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, pp.54-56.

radican en otro Estado miembro de la Unión Europea. El análisis pone de manifiesto que, en muchos aspectos la regulación comunitaria ya no resulta adecuada para abordar los desafíos de la economía digital. Se requiere un nuevo enfoque y una evaluación compleja de los problemas de interpretación y aplicación con respecto al lugar de prestación de servicios de los teletrabajadores internacionales, a fin de poder determinar sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social. En ese sentido, quizá el desplazamiento virtual del trabajo no difiere tanto del desplazamiento físico de los trabajadores y, por tanto, admite un tratamiento normativo similar.

## II. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA

### 1. La situación y la regulación pre Covid-19

Antes de la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, en España se constataba un escaso desarrollo del teletrabajo<sup>8</sup>. Mientras que, a nivel internacional, se advertía una oscilación en su uso desde el 2% al 40%, dependiendo del país, profesión, sector o frecuencia de utilización, aunque, con alcance general: era mayor el porcentaje de personas que recurrían al teletrabajo de forma ocasional que regular; y devenía más común entre los profesionales y los directivos, si bien igualmente resultaba significativo en tareas administrativas y en ventas<sup>9</sup>.

Por entonces art. 13 RDLeg. 2/2015 (ET, en adelante)<sup>10</sup> –que actualmente remite a la Ley 10/2021, de trabajo a distancia<sup>11</sup>– regulaba con notables deficiencias el “trabajo a distancia”, concebido como una modalidad de trabajo en la que “la prestación de la actividad laboral” se realizaba “de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. Dicho precepto, además de no referirse a la utilización de las tecnologías de la información o comunicación, expulsaba, entre otros, a quienes no elegían el lugar de trabajo o a quienes trabajaba fuera del centro de trabajo de forma no predominante. Asimismo sus escasas previsiones apenas reparaban en las especificaciones que

8 Incidiendo en los datos publicados por el Instituto de Estadística español TATAY PUCHADES, C. “Teletrabajo, conciliación...” *ob. cit.*, pp. 559 y 561-562.

9 Así se desprende del informe de EUROFOND-OIT. *Working anytime, anywhere...: ob. cit.*

10 RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24/10/2015).

11 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE 10/07/2021).

requería el teletrabajo, limitándose a formular una reiteración genérica y sin matizaciones sobre la aplicación de los derechos laborales a los trabajadores a distancia: retribución, formación, promoción profesional, ejercicio de derechos de representación colectiva (apartados 3 y 5, anterior art. 13 ET), así como una declaración genérica del derecho a “*una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación...*, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, en lo sucesivo) y su normativa de desarrollo” (anterior art 13.4 ET). Y, en fin, se dejaban sin solución relevantes cuestiones tales como: ¿quién debía poner los medios o asumir los costes que originaba el trabajo a distancia?; ¿cuándo y cómo se producía la reversión al trabajo presencial?; o ¿qué régimen de jornada y descansos debía aplicar?:

Pero que el antiguo art. 13 ET no ordenara muchas formas de teletrabajo o no concretara importantes aspectos para quienes lo realizaban, no impedía que otras fuentes normativas vinieran a regularlo. Diversamente, no sólo cabía la autonomía de la voluntad o el acuerdo de empresario/trabajador para ordenarlo, sino que algunos convenios colectivos sectoriales -adoptados de conformidad con el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMT)<sup>12</sup> o atendiendo a posteriores Declaraciones sectoriales alcanzadas por los agentes sociales a nivel europeo, a las que más tarde se aludirá- abordaban esa forma de trabajar. Advirtiéndose una mayor concreción en el ámbito de los convenios o acuerdos de empresas, donde habitualmente se ha teletrabajado (Nokia, Telefónica, Orange, BBVA, AXA, Repsol...). A ello se sumaba una normativa experimental para el personal de la Administración General del Estado y abundantes previsiones para las administraciones autonómicas que, en la práctica, resultaban inoperantes.

Además, con posterioridad, se aprobaron algunas previsiones que afectaban a los trabajadores a distancia. Más concretamente: se reguló su derecho a “*la desconexión digital*” (art. 20 bis ET introducido por DF 13ª LO 3/2018<sup>13</sup>, así como art. 88.3 de esta última Ley Orgánica); se reconoció el derecho a solicitar adaptaciones en “*la forma de prestación*” del trabajo “*incluida la prestación... a distancia*” para hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral (art.

12 Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002, por UNICE/UEAP-ME, CEEP y CES (incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros).

13 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 06/12/2018), para adaptar la normativa española al Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y el Consejo.

34.8 ET, tras RDL 6/2019<sup>14</sup>); y se prescribió el “registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización” (art. 34.9 ET, añadido por art. 10. 2 RDL 8/2019<sup>15</sup>) también para los trabajadores a distancia.

## 2. Medidas normativas adoptadas con urgencia durante la Covid-19

Para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por la enfermedad Covid-19, en España se decretó un estado de alarma -ahora considerado inadecuado<sup>16</sup>-, en términos que fueron prorrogándose<sup>17</sup> hasta el inicio de una llamada “nueva normalidad”<sup>18</sup>. Pero el incremento de los brotes y la transmisión descontrolada de la enfermedad propició un segundo estado de alarma que, tras ser prorrogado, finalizó el pasado 9 de mayo de 2021<sup>19</sup>, aunque siguen perviviendo limitaciones para la población mientras se culmina el proceso de vacunación.

Y, de forma similar a otros países europeos<sup>20</sup>, al decretarse ese estado de alarma: por un lado, se declaró la suspensión de la actividad educativa presencial para impartirla “a través de las modalidades a distancia y «on line», siempre que ello resultara posible”<sup>21</sup>; y, por otro lado, se apostó por el carácter “preferente”

14 RDL 6/2019, 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 7/03/2019), que se inspiró en el proyecto de la actual Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento y del Consejo.

15 RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE 12/03/2019).

16 Así se sostiene en Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2021, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, interpuesto por el grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados.

17 Por RD 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 14/03/2020), en términos que modificó el RD 465/2020, de 17 de marzo (BOE 18/03/2020). Inicialmente se determinó que dicha alarma abarcaría 15 días naturales hasta el 28 marzo de 2020, pero después fue sucesivamente prorrogándose por períodos quinquenales hasta las 00:00h del 21 de junio de 2020 (así mediante los RRDD 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo y, en fin, RD 555/2020, de 5 de junio).

18 Y ello en virtud del RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 10/06/20).

19 Mediante RD 926/2020, de 25 de octubre, se declaró un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, hasta las 00:00h del 9 de noviembre de 2020 (BOE 25/10/2020), en términos que se prorrogaron hasta las 00:00h del 9 de mayo de 2021 (RD 956/2020, de 3 de noviembre).

20 Informe de Eurofond: *Living, working and Covid-19* (abril, 2020). Disponible en: [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef20058en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20058en.pdf) (consulta 14/07/2021).

21 De este modo se dispuso por art. 9.2 del ya citado RD 463/2020 por el que se decretó inicialmente

del “*trabajo a distancia*”. Ciertamente, las empresas debían establecer “*sistemas de organización*” que permitieran mantener la actividad “*por medio del trabajo a distancia... , si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado*”, como mecanismo prioritario “*frente a la cesación temporal o reducción de la actividad*” (art. 5 RDL 8/2020)<sup>22</sup>. Esto es, frente a los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo que se introdujeron para hacer frente al cierre o disminución de la actividad de numerosas empresas como consecuencia de la Covid-19 (arts. 22 y 23 RDL 8/2020, prorrogados, por ahora, hasta 30 de septiembre de 2021). Anunciándose que, precisamente para apoyar a las empresas a implementar las formas organizativas de trabajo no presencial “*se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para PYMEs dentro del programa ACELERA PYME de la empresa pública RED.ES*” (Exp. Motivos y DA 8ª RDL 8/2020) y previéndose una dotación de los fondos europeos percibidos para destinar al plan España digital 2025.

De modo que a fin de “*facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista*” con anterioridad a la situación de emergencia ocasionada por la pandemia derivada de la Covid-19, se dispuso que “*se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos*” en los términos que exige el art. 16 de la LPRL, mediante la mera “*autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora*” (art. 5 RDL 8/2020).

La vigencia de la apuntada preferencia por el trabajo a distancia realizado bajo esas mínimas condiciones de seguridad y salud en el trabajo y sin mayores matizaciones, inicialmente sólo alcanzaba hasta 3 meses tras la finalización del primer estado de alarma, pero todavía deviene aplicable en los términos que prorrogó la DT 3ª RDL 28/2020, de trabajo a distancia<sup>23</sup>, o posterior DT 3ª Ley 10/2021, de igual nombre, según se indica después.

Asimismo, como consecuencia de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19, se reforzó el derecho a la adaptación y/o reducción de la jornada para quienes “*acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como res-*

---

en España el estado de alarma como consecuencia de la Covid-19.

22 RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18/03/20).

23 RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE 23/09/2020).

*pecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado”* (art. 6.1 RDL 8/2020, modificado por art. 15 RDL 15/2020<sup>24</sup>, de 21 de abril). Se trataba del llamado “*Plan MECUIDA*” -vigente, por ahora, hasta el 30 de septiembre de 2021<sup>25</sup>- que permite un “*cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia*” (art. 6.2 RDL 8/2020).

### 3. Regulación sobre el teletrabajo con vocación de estabilidad

Ya avanzada la pandemia, en España se aprobó mediante una norma de emergencia el ya citado RDL 28/2020, de trabajo a distancia, en lugar de acometerse una reforma del anterior art. 13 ET que remitiera, en su caso, al reglamento para efectuar las necesarias concreciones que requiere esa forma de prestar servicios<sup>26</sup>. Su urgencia fue llamativa dada las exclusiones a su ámbito de aplicación que se desprendían de algunas de sus disposiciones adicionales y transitorias. En todo caso, dicha norma -tras la oportuna tramitación parlamentaria en la que se incorporaron sutiles modificaciones- se ha convertido en la vigente Ley 10/2021, de trabajo a distancia, como cuerpo normativo más estable al que remite el actual art. 13 ET.

Dicha ley concibe el «*Teletrabajo*» como una «*subespecie*» del «*Trabajo a distancia*», por llevarse a cabo “*mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*” (Exp. Motivos y art. 2.b Ley 10/2021). Mientras que, por el segundo se entiende, la “*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual*

24 RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE 22/04/2020).

25 Así se desprende de la DA 6ª RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos (BOE 28/05/2021).

26 Prácticamente resulta inabordable la abundante literatura que ha aparecido sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo tras el RDL 28/2020 y que se suma a la ya numerosa que, con anterioridad, abordaba esa forma de trabajar. Sirva como ejemplos de las contribuciones recientes, entre otras: AA. VV (Dir. T. Sala Franco). *El Teletrabajo... ob. cit.*; AA. VV (Dir. M. López Balaguer). *El trabajo a distancia en el RDL... ob. cit.*; AA.VV (Dir. F. Pérez de los Cobos Orihuel y J.Thibault Aranda). *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Ed. La ley, Madrid, 2021; AA.VV (Dir. M. Rodríguez Piñero Royo y A. Todioli Signes). *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*. Ed. Aranzadi, 2021; POQUET CATALÁ, R. *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021; TRILLO PÁRRAGA, F. *Trabajo a distancia y teletrabajo en el sector privado y público*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2021; así como el núm. monográfico destinado a “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo”. *Rev. Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, nº 3, 2021.

*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*” (art. 2.a Ley 10/2021). Considerándose, a tales efectos, que es “regular” cuando representa, al menos, el 30% de la jornada en un periodo de referencia de 3 meses (art. 1 Ley 10/2021), salvo que se trate de menores o de personas que formalicen contratos en prácticas o para la formación y el aprendizaje que exigen mayor presencialidad (art. 3 Ley 10/2021) y admitiéndose que los convenios o acuerdos colectivos dispongan porcentajes inferiores para que se estime la existencia del trabajo a distancia regular (DA 1ª.2 Ley 10/2021).

Al igual que su precedente, la Ley 10/2021 expresamente excluye de su ámbito de aplicación al trabajo a distancia:

- 1) realizado por el “personal laboral al servicio de las Administraciones públicas”, que se regirá por su “normativa específica” (DA 2ª Ley 10/2021 y RDL 29/2020<sup>27</sup>);
- 2) o que viniera regulándose por convenios o acuerdos colectivos hasta que los mismos pierdan vigencia y, de no preverse su duración, su ordenación regirá por un año, salvo que las partes firmantes acuerden un período superior que no excederá de 3 años (DT 1ª.1 Ley 10/2021);
- 3) o amparado en el art. 5 RDL 8/2020 o implantado como consecuencia de la Covid-19 y mientras se mantengan las medidas de contención sanitaria (DT 3ª Ley 10/2021). En tales casos, se aplicará “la normativa laboral ordinaria”, aunque las empresas deberán dotar a los trabajadores de medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como su mantenimiento, efectuándose una remisión a la negociación colectiva para establecer la forma de compensación de los gastos derivados de esta forma de trabajo, si los mismos existieran y no hubieran sido ya compensados.

27 RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas (BOE 30/09/2020), por el que se introdujo un art. 47 bis.5 en el Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre), como precepto a desarrollar y completar por la negociación colectiva para el personal de las distintas administraciones.



El problema de las dos últimas exclusiones y de otros muchos aspectos de la regulación contenida en la Ley 10/2021 deriva de la abundante remisión a los convenios o acuerdos colectivos que puede verse frustrada por la inexistencia de éstos o por los silencios en que los mismos incurran. En cambio, adquiere un papel especialmente relevante, el Acuerdo voluntario de trabajo a distancia a formalizar por escrito y en el que han de materializarse numerosos extremos, tales como (art. 7 Ley 10/2021):

- a) Inventario de medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia, incluidos los consumibles.
- b) Enumeración de los gastos por prestar servicios a distancia y la forma de cuantificar la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa, así como momento y forma para realizarla, según negociación colectiva.
- c) Horario de trabajo y, en su caso, reglas de disponibilidad.
- d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia.
- e) Centro de trabajo al que se adscribe quien trabaja a distancia y donde, en su caso, desarrollará la jornada de trabajo presencial.
- f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora.
- g) Plazos de preaviso para el ejercicio de la reversibilidad.
- h) Medios de control empresarial de la actividad, así como instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de los representantes de los trabajadores, en materia de protección de datos y sobre seguridad de la información.
- i) Procedimiento a seguir si concurren dificultades técnicas que impidan el desarrollo del trabajo a distancia.
- j) Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

La Ley 10/2021 también alude a la prevención de riesgos laborales, determinando que en la evaluación de los mismos se preste especial atención a los “*factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo*”, aunque dicha evaluación no se extenderá a zonas no habilitadas para trabajar a distancia (art. 16.1 Ley 10/2021). De considerarse necesario para recabar información -y previo permiso del trabajador/a-, cabrá visitar el espacio donde desarrolla su trabajo a distancia, entregando informe escrito que



justifique esa necesidad a la persona trabajadora y, en su caso, a l@s delegad@s de prevención (art. 16.2 Ley 10/2021).

Se trata de especificaciones que pueden devenir insuficientes para evitar los riesgos y problemas de salud de los teletrabajadores, que se han evidenciado con toda su crudeza durante el tiempo de pandemia. Ciertamente, numerosos estudios ya venían alertando sobre los riesgos físicos y psíquicos de quienes teletrabajaban<sup>28</sup>, detectándose problemas de visión, cefaleas, insomnio, irritabilidad, así como «*tecnoansiedad, tecnofatiga, tecnoadicción o tecnofobia*»<sup>29</sup>. Asimismo algunos análisis empíricos evidenciaban cómo dichos trabajadores acusaban alargamiento de las «*jornadas de trabajo entre un 10% y 20%*», «*aislamiento social*» o «*estancamiento profesional*»<sup>30</sup>. Aunque otros estudios insistían en la relevancia del «*perfil psicológico*» de los individuos, ya a efectos de sufrir las apuntadas afecciones o ya, diversamente, al objeto de mejorar «*su calidad de vida tanto personal como profesional*» si pasaban a teletrabajar<sup>31</sup>.

Además las escuetas previsiones sobre prevención y salud laboral difícilmente permitirán obviar los problemas concernientes a la delimitación de los accidentes de trabajo cuando se prestan servicios a distancia y, en particular, desde casa. Y probablemente surgirán dudas al hilo de las suspensiones del contrato de trabajo durante las situaciones de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural protegidas por las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, así como en las situaciones y prestaciones de incapacidad temporal.

28 Trayendo a colación esa doctrina, TATAY PUCHADES, C. “Teletrabajo, conciliación...” *ob.cit.*, pp. 557-558 y 566-568.

29 Términos utilizados por MELLA MÉNDEZ, L. “La seguridad y salud en el teletrabajo”, en AA.VV (Ed. L. Mella Méndez y Coord. A. Villalba Sánchez). *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 187 y ss., así como, de la misma autora, con posterioridad, “Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español”, en AA.VV (Dir. L. Mella Méndez). *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*. Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2017, pp. 66-82.

En Latinoamérica, entre otros: GARECA, M., VERDUGO, R., BRIONES, JL. y VERA, A. “Salud Ocupacional y Teletrabajo”. *Ciencia & Trabajo*, 2007, nº 25, pp. 85-88.

30 Apuntando esos resultados arrojados por diversos estudios empíricos, SIERRA CASTELLANOS, Y., ESCOBAR SÁNCHEZ, S. y MERLO SANTANA, A. “Trabajo en casa y calidad de vida: una aproximación conceptual”. *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología*, 2014, vol. 14, nº 1, p. 62.

31 Incidiendo en dicho factor, FRANCO JARAMILLO, A. y RESTREPO BUSTAMANTE, FA. “El perfil del teletrabajador y su incidencia en el éxito laboral”. *Revista virtual. Universidad Católica del Norte*, 2011, nº 33, pp.1-7.

Es más, aunque el trabajo a distancia se concibe como “*fundamental para favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rural*”, debiendo servir su regulación para “*revertir la despoblación, de... territorios que sufren el declive demográfico, como zonas rurales y remotas, o pequeños municipios*” de España (Exp. Motivos Ley 10/2021), no cabe ignorar que el éxito de esa pretensión dependerá de factores exógenos a su regulación, tales como la conectividad o la existencia de servicios suficientes en ese ámbito rural o local.

Y, en fin, decepcionantemente y según ya se ha anticipado, nada se señala respecto del teletrabajo transnacional. Y ello aunque no ha sido infrecuente que desde lugares como, por ejemplo, Colombia, se ofreciera «*soporte a usuarios de algún producto o servicio que estén en España*»<sup>32</sup> y a pesar de que, en los últimos años, algunos jóvenes cualificados han podido teletrabajar desde este último país para empresas ubicadas en el extranjero<sup>33</sup>, bastando con disponer de una buena conexión a internet y de tecnologías de la información y la comunicación, pero ocultando en ocasiones su trabajo dependiente bajo la falsa apariencia de trabajadores «*freelance*» o por cuenta propia, o refugiándose simplemente en la economía sumergida o informal.

### III. EL TELETRABAJO EN EUROPA: LOS TELETRABAJADORES TRASNACIONALES

La prestación trasnacional de servicios propia de la sociedad de la información se ha multiplicado geométricamente y la virtualización de las relaciones laborales desvincula a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos. De modo que si el lugar habitual de trabajo es un elemento esencial para determinar la ley aplicable al contrato internacional, en el caso del teletrabajo ese lugar resulta de difícil determinación.

Las oficinas satélite o telecentros no responden al modelo tradicional de establecimiento en el extranjero, aunque sí a la noción de libre prestación de servicios. En estos casos, el poder de dirección se ejerce de forma telemática y los

32 Son palabras de SIERRA CASTELLANOS, Y., ESCOBAR SÁNCHEZ, S. y MERLO SANTANA, A. “Trabajo en casa...” *ob. cit.*, p. 60.

33 Resulta significativa la existencia de una amplia gama de portales web que brindan la posibilidad de trabajar de forma remota desde España para empresas ubicadas en otros países, en tareas propias de marketing, diseño, creación de páginas web, fotografía, asistencia virtual, consultoría, traducción, ingeniería, servicios técnicos... etc. Véase: <https://trabajarporelmundo.org/> (consulta 14/07/2021).

teletrabajadores quedan funcionalmente adscritos al establecimiento empresarial desde el que se emiten las órdenes y se dirige el resultado productivo.

Ciertamente, la determinación de la ley aplicable al contrato de teletrabajo con elementos de extranjería excede de la problemática tradicional. Las soluciones del Derecho internacional privado (DIP) aportan respuestas puramente estatales y no acaban de encajar.

En efecto, para identificar la ley aplicable en el caso de un contrato de trabajo con elementos internacionales, la Unión Europea (UE) ha establecido factores de conexión especiales que complementan el principio de libre elección de las partes, que se aplica a los contratos en general. Uno de los principales factores de conexión es el “*lugar de trabajo habitual*” que constituye el criterio central para conocer tanto la ley aplicable al contrato laboral como la Seguridad Social de los trabajadores.

Pues bien, por lo que respecta a los trabajadores que prestan servicios de la sociedad de la información (teletrabajadores, a partir de ahora), el problema que se plantea consiste en dirimir si la noción de “*lugar de trabajo habitual*” aceptada comúnmente en materia de legislación y jurisdicción aplicables ofrece respuestas adecuadas. O si, diversamente, el criterio requiere una mayor interpretación mediante el recurso a otras reglas o principios ya presentes en el sistema. O si, finalmente, no queda más remedio que pedir la intervención del legislador de la UE, pues la falta de previsiones comunitarias ante un fenómeno tan en auge plantea innumerables problemas prácticos, que trataran de abordarse en este estudio a partir del análisis de las normas que regulan el contrato internacional de trabajo.

Así, tanto las normas sobre ley aplicable, como las normas sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social sitúan la ley aplicable allá donde el teletrabajador desarrolle físicamente su trabajo. Sin embargo, la pregunta es si tal principio sigue siendo válido en el caso de formas de trabajo muy flexibles como, por ejemplo, en el trabajo a distancia y en plataformas.

## **1. Criterios generales de determinación de la ley aplicable a un contrato internacional**

Conviene recordar que el Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones

contractuales (Roma I) 34 (RR, en adelante) apuesta, como regla general, por la libertad de elección de las partes contratantes<sup>35</sup>, desde luego, con independencia de su nacionalidad. Sin embargo, dicha libertad de elección se sujeta a ciertas condiciones, puesto que la elección de la ley aplicable por las partes, según el art. 8.1 RR *in fine*, “no puede tener como resultado privar al trabajador de la protección que le garantizan las normas imperativas de la ley que regiría el contrato a falta de elección”. Estableciéndose en el art. 8.2 RR cuál es la ley aplicable a falta de elección: esta ley será la del lugar “en el cual, o en su defecto, a partir del cual” presta habitualmente sus servicios el trabajador, o subsidiariamente, si dicho lugar no puede determinarse, el lugar del establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador (art. 8.3 RR). Como se verá, esta fórmula para determinar la *lex loci executionis* debe interpretarse en sentido amplio, lo cual lleva a restringir considerablemente la utilización, como criterio de conexión, del lugar de contratación, al que se atribuye un carácter muy residual.

El “lugar de prestación habitual” de servicios se convierte, de esta forma, en un centro fundamental de imputación jurídica, sin perjuicio de la “cláusula de escape” contenida en el último apartado. Pues si del conjunto de circunstancias resulta que el contrato de trabajo presenta “vínculos más estrechos” con un país distinto del que señalan los arts. 8.2 y 8.3 RR, el juez deberá aplicar la ley de dicho país (art. 8.4 RR). Los criterios de conexión de los arts. 8.2 y 8.3 RR se despliegan así, a modo de presunciones en la identificación de la ley más vinculada. Pero, conforme al criterio del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE, en lo sucesivo) en su Sentencia *Schlecker*<sup>36</sup>, esas presunciones pueden ser destruidas a través de la cláusula de escape contenida en el art. 8.4 RR. La cual, permite al juez tener en cuenta otras circunstancias que pongan de relieve la existencia de vínculos más estrechos con otro país.

34 Reglamento vigente desde 17 de diciembre de 2009, en los términos de su art. 29, sustituyendo al anterior Convenio de Roma (salvo en los territorios a los que se hace referencia en su art. 24).

35 En cuanto a la forma de la elección, debe ser “expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”, de modo que puede derivarse de la inserción en el contrato de una cláusula expresa o asimismo de otros elementos del contexto contractual, debiendo el juez comprobar, a partir del análisis del texto, el carácter tácito o implícito de la elección de la ley. Véase el *Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980*, Bruselas, 14.1.2003, COM (2002) 654 final.

36 STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C-64/12.

Por último, como es bien conocido, los criterios de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, contenidos en el art. 8 RR, tienen carácter *erga omnes*. Dicho Reglamento es una norma universal de conflicto, en la medida en que su art. 2 establece que: “*La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*”. En consecuencia, esta norma rige indistintamente con relación a la legislación de países miembros y de países no miembros de la UE. En consecuencia, desde los parámetros del RR, la legislación española puede resultar aplicable a un contrato de trabajo internacional de trabajo, en los siguientes casos:

En primer lugar, cuando la ley española sea la legislación expresa o tácitamente elegida por las partes (art. 8.1 RR).

En segundo lugar, si las partes contratantes han elegido una legislación que no es la española, también podrán resultar aplicables las normas imperativas españolas “*que no puedan excluirse mediante acuerdo*”, es decir, las normas de derecho necesario, siempre que estas sean más favorables. Así sucederá, fundamentalmente, cuando el lugar habitual de prestación de servicios sea España o, muy subsidiariamente, si ese lugar no puede determinarse, cuando se encuentre en España el establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador. En estos supuestos, se aplicarán simultáneamente, la ley elegida y las normas imperativas españolas (art 8.1 in fine RR, en relación con los arts. 8.2 y 8.3 RR).

En tercer lugar, en ausencia de elección de ley aplicable, se siguen idénticos criterios: lugar habitual de prestación de servicios y aplicación subsidiaria (residual) del lugar de establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador. En este caso, la legislación española regulará todos los aspectos de la relación (art. 8.2 RR).

Y, en cuarto lugar y por mor de la “*cláusula de escape*” contenida en el art. 8.4 RR, cabe que el juez determine, del conjunto de circunstancias concurrentes, que la legislación española presenta vínculos más estrechos con España que la ley determinada conforme a los arts. 8.2 y 8.3 RR. Ya sea para que ésta actúe como norma imperativa respecto de la elegida por las partes, o como norma aplicable en defecto de elección.

## 2. ¿Aplicación de la ley del lugar habitual del trabajo de los teletrabajadores?

Se requiere analizar, con mayor detalle, cómo determinar la ley de “*vínculos más estrechos con el contrato*” a los teletrabajadores, conforme a la jurisprudencia

que ha interpretado cada uno de los criterios de conexión. Según se ha indicado, el lugar de prestación habitual de servicios opera conforme al art. 8.2 RR a modo de presunción en favor de la existencia de “lazos más estrechos” entre la *lex loci executionis* y el contrato de trabajo, postergando claramente al lugar de contratación. Para ello, el TJUE en *Koelzsch* realiza una interpretación sistemática en favor de la utilización de la jurisprudencia relativa al art. 5.1 del Convenio de Bruselas<sup>37</sup>. Sirviéndose de dicha jurisprudencia, el citado Tribunal identifica una serie de elementos fácticos que deben ser conjugados por el juez nacional en el momento de determinar con qué Estado tiene el trabajo un “vinculo significativo”.

El criterio general viene referido a un centro de actividad “*el cual o a partir del cual*” el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional, y a falta de un centro de actividad, se tendrá en cuenta el lugar<sup>38</sup>:

- a) donde realice la mayor parte de su trabajo;
- b) a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo;
- c) donde se encuentran las herramientas de trabajo;
- d) donde efectúa principalmente su actividad;
- e) el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones;
- f) y donde cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.

Estos criterios conducen a la ley del país en el que el teletrabajador: desarrolla la mayor parte de su trabajo; tiene los medios tecnológicos para llevarlo a cabo; y recibe las instrucciones telemáticas o de otro tipo de su empleador. Lo que, en definitiva, lleva al lugar “físico” de trabajo, ya sea el domicilio del trabajador u otro lugar.

Se trata de una interpretación que resultaba previsible, teniendo en cuenta que el art. 8.2 RR efectúa una codificación de la jurisprudencia relativa al art. 5.1

37 Originariamente Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (OJ L 299, 31.12.1972, p. 32-42). En la actualidad, Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (Bruselas I bis).

38 STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, HeikoKoelzsch, apartados 44-49; STJUE de 15 de diciembre de 2011, Voogsgaard, C-384/10, apartados 36-41.

del Convenio de Bruselas<sup>39</sup>. Ello explica que el TJUE considere coincidente el concepto de “*lugar habitual de prestación de servicios*” del art. 6.2.a) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma)<sup>40</sup> (en adelante, CR) y del art. 8.2 del RR. El proceso de ampliación del ámbito aplicativo de la *lex loci laboris* como criterio de conexión se ha descrito como “*el tránsito del lugar habitual al lugar principal*”<sup>41</sup>, desde el momento en que incluye también al país “*a partir*” del cual se desarrolla la prestación de servicios. En esa idea insiste la Abogada General Trstenjak, cuando pone de relieve que con ello se pretende «*en la medida de lo posible, que la ley aplicable al contrato de trabajo se establezca sobre la base de dicho artículo [...]. Por lo tanto, es esencial tomar en consideración el centro de actividad del trabajador, aunque lo único que haga desde ese lugar sea organizar sus actividades*»<sup>42</sup>. Nuevamente esta interpretación conduce al lugar físico donde el teletrabajador desempeña sus actividades.

Esta relación entre las letras a) y b) del art. 6.2 CR en la STJUE *Koelzsch*, tendrá consecuencias inmediatas para el supuesto contemplado, posteriormente, en la STJUE *Voogsgeerd*. Donde, una vez más, se deja bien sentado que el criterio de conexión referido al lugar habitual de prestación de servicios debe tomarse en consideración de modo prioritario, y sólo cuando no sea posible establecer la *lex loci laboris* se podrá utilizar el criterio subsidiario del lugar de contratación. Tanto en *Voogsgeerd*, como en *Koelzsch*, el TJUE emplaza al juez a una conformación de un *loci executionis* “*a partir del cual*” se prestan los servicios.

### 3. El lugar de contratación del teletrabajador internacional

Conforme a lo adelantado, se estará al lugar de contratación del teletrabajador únicamente cuando el juez no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo. Ello puede ser una solución si el juez no tiene suficientes

39 Así en la STJUE de 13 de julio de 1993, C-125/92, Mulox, y en la STJUE de 9 de enero 1997, C-383/95, Rutten. Véase: GRUSIC, U. *The European private international law of employment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp.109 ss.

40 Convenio 1992/529/CEE, de 18 de mayo, por el que se produce la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa del Convenio 1980/934/CEE, de 19 de junio (DOL 18 noviembre 1992, núm. 333, p. 1), que entró en vigor el 1 de septiembre de 1993.

41 GARDEÑES SANTIAGO, M., “La regulación contractual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”. *Anuario español de derecho internacional privado*, nº 8, 2008, p. 409.

42 Véanse las Conclusiones de la abogada general Sra. Verica Trstenjak presentadas el 16 de diciembre de 2010, Heiko Koelzsch, asunto C-29/10, apartado 77.



elementos para determinar cuál es la *lex loci laboris*, porque, por ejemplo, se trate de un teletrabajador sujeto a una gran movilidad. Así, cuando no resulte viable determinar un país en el que preste “*la mayor parte*” de su trabajo, o “*desde cual*” efectúe principalmente su actividad, por prestar servicios desde localizaciones múltiples, sin que un lugar sea predominante.

Cuando esa imposibilidad de localización se produzca, el TJUE propone determinados parámetros interpretativos sobre lo que debe entenderse como lugar de contratación. En este sentido, descarta que el país donde se encuentre establecido el empleador sea relevante a efectos del criterio de conexión. Tanto el art. 6.2.b) CR como el art. 8.3 RR se refieren exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva.

Consecuentemente, no deben tomarse en consideración los elementos relativos a la realización del trabajo, sino únicamente los relativos al procedimiento de conclusión del contrato, como, por ejemplo, a juicio del TJUE, el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista.

Por último, ese criterio no se refiere únicamente a las unidades de actividad de la empresa dotadas de personalidad jurídica, sino que incluye a todas las estructuras estables de una empresa. En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del art. 6.2.b) CR.

Es cierto que en la STJUE *Voogsgeerd* no se contiene una declaración general que extienda la interpretación del art. 6.2.b) CR (que se refiere al “*país en que se encuentre el establecimiento*” que haya contratado al trabajador) a lo prescrito en el art. 8.3 RR (que se refiere a la ley del país “*donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*”). Sin embargo, en *Voogsgeerd*, el Tribunal reitera lo declarado en *Koelzsch* respecto de las relaciones de subsidiariedad entre las letras a) y b) del art. 6 CR y, por tanto, resulta aplicable a los arts. 8.2 y 8.3 RR<sup>43</sup>. Entiende así el TJUE que sólo la interpretación restrictiva del criterio de la letra b) del art. 6.2 CR, permite garantizar la plena previsibilidad en cuanto a la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo.

---

43 Según se ha avanzado, la STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10, en sus apartados 33, 35-38, reitera la STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *HeikoKoelzsch*, en sus apartados 43, 44, 48, 49.



#### 4. La cláusula de escape (art. 8.4 RR) conforme a la doctrina Schlecker

Posiblemente, en el caso del teletrabajo, reducir el margen de utilización de la *lex loci executionis* del art. 8.2 RR, puede permitir contener en cierta medida el creciente fenómeno del establecimiento de las denominadas “empresas de buzón”, con fines de *dumping* social.

En efecto, el trabajo “*on line*” está generando subcontratación de empresas situadas en países no pertenecientes a la UE, especialmente en lugares en los que los salarios y demás condiciones laborales y de Seguridad Social resultan más bajos. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, según se ha señalado, las normas europeas determinan que en ningún caso cabe privar al trabajador de la protección laboral que éste tendría en ausencia de elección contractual de ley aplicable. La utilización de empresas ficticias o “empresas de buzón” para fines de *dumping* social, reduce las contribuciones sociales y ello, a su vez, puede afectar a la sostenibilidad de los presupuestos públicos nacionales. Tal impacto también podría exacerbarse dada la posible deslocalización geográfica del trabajo realizado “*on line*” mediante la subcontratación de empleadores en países de ingresos altos con trabajadores de países de ingresos bajos.

La dimensión transfronteriza del trabajo en plataformas ha llevado a la Comisión Global sobre el Futuro del Trabajo establecida por la OIT a recomendar que se establezca un sistema de gobernanza internacional de las plataformas laborales digitales para exigir a dichas plataformas (y a sus clientes) que respeten ciertos derechos mínimos. De hecho, según se ha señalado con anterioridad, a nivel europeo los agentes sociales han llegado a distintos acuerdos sectoriales en materia de teletrabajo.

Y es que en ese último ámbito cabe aplicar el criterio defendido en el informe Giuliano-Lagarde, localizando la ley más vinculada en un país determinado “*por su contexto y aspectos económicos*”. Más concretamente, en el lugar con el que la transacción mantenga la relación más estrecha, “*siendo este el lugar donde deberá realizarse la prestación específica del contrato en cuestión, en aplicación de la obligación característica*”<sup>44</sup>. Ello, a su vez, conecta conceptualmente con el test

<sup>44</sup> GIULIANO, M. y LAGARDE, P. *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 31 october 1980 (OJ C 282, pp. 19-20). Traducción propia. La traducción española, que se contiene en GIULIANO, M. y LAGARDE, P. *Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980* (DOCE, C 327 de 11.12.1992, p. 4), difiere en este punto (art. 4) con la redacción original de 1980. Aunque estas reflexiones del Informe se realizan en el contexto del artículo 4 CR, su alcance reviste pertinencia a estos efectos, como ya

en materia de “*actividades significativas*” de la Sentencia FTS<sup>45</sup>, que lo relaciona con el país en el que se reciben los servicios.

Adicionalmente, se abren camino las soluciones que aporta la jurisprudencia de la UE desarrollada en materia fiscal<sup>46</sup>. Estas pueden jugar un importante papel para poner al descubierto mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos al fraude, en ejercicio de la libertad de establecimiento<sup>47</sup>. Y, de ese modo, cabe dotar de contenido real al objetivo perseguido por el art. 6 CR (actual art. 8 RR) que, según el TJUE, consiste en garantizar una protección adecuada al trabajador<sup>48</sup>.

El art. 8.4 RR no permite una aplicación directa del principio *favor laboratoris* a partir de un test de mayor favorabilidad, pero ello no impide que la cláusula de escape pueda vehicular un control jurisprudencial antifraude como el que ya existe en materia fiscal, así como evitar los mecanismos interpositivos (como la cesión ilegal de trabajadores a través de empresarios ficticios). En efecto, el ulterior test de la existencia de “*vínculos más estrechos*” con el contrato, que posibilita el art. 8.4 RR, puede resultar útil frente a mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos a establecer una vinculación ficticia del contrato con un país de inferiores costes sociales. Especialmente, en aquellos supuestos en los que el art. 8.2 RR (por la imposibilidad de identificar una *lex locis executionis*) no resulte adecuado a la hora de establecer la ley que presenta *efectivamente* la conexión más estrecha.

Ciertamente, la ausencia de previsiones comunitarias específicas en relación a la ejecución transnacional del teletrabajo resulta muy problemática para los

---

se pusiera de relieve en las Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 16 de abril de 2013 en el asunto C-64/12, Schlecker, apartado 52.

45 STJUE de 10 de febrero de 2000, asunto C-202/97, FTS, parágrafo 53. Sobre la jurisprudencia que desarrolla el concepto de “*actividades significativas*”, véase: LLOBERA, M. “Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores”. *Temas laborales*, nº 108, 2011, pp. 115-144.

46 STJUE 21 de febrero de 2008, PartService (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 42; STJUE 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804), apartados 29 y 30; STJUE 22 de diciembre de 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810), apartado 49; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707), apartado 52; STJUE 29 de septiembre de 2015, Newey (EU:C:2013:409), apartado 46.

47 STJUE 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (EU:C:2006:121), apartado 67-86; STJUE 12 de septiembre de 2006, CadburySchweppes y CadburySchweppesOverseas (EU:C:2006:544), apartado 55; STJUE 22 de mayo de 2008, Amplis científica y Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301), apartado 28; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (EU:C:2011:707), apartado 51.

48 STJUE de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12, apartado 34.

operadores jurídicos. De modo que, tarde o temprano, esta cuestión deberá ser abordada por el legislador comunitario.

#### IV. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TELETRABAJADORES INTERNACIONALES

Al igual que el Reglamento 593/2008, el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (en adelante, el Reglamento (CE) 883/2004) sitúa la ley aplicable allá donde el teletrabajador desarrolle físicamente su trabajo. Por tanto, el país donde se realiza el trabajo (*lex loci laboris*) es el Estado miembro responsable de la Seguridad Social de los trabajadores. En efecto, el art. 11.3. a) del Reglamento (CE) nº 883/2004 establece, a reserva de lo dispuesto en los arts. 12 a 16 del mismo, que “*la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro*”<sup>49</sup>.

Así pues, el criterio adecuado para determinar la legislación aplicable es, por norma general y según indica el TJUE, “*el lugar de ejercicio de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia*”<sup>50</sup>; sin perjuicio de las excepciones que establece el Reglamento (CE) 883/2004 a esta norma general que sólo operan en situaciones específicas que justifican otro criterio de adscripción. De ello se desprende que el criterio del “*lugar de ejercicio*” (*lex loci laboris*) de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia del trabajador es el criterio principal para designar la única legislación aplicable.

A efectos de interpretar la locución “*lugar de ejercicio*”, como concepto del Derecho de la UE, procede recordar que, según el propio TJUE, la determinación

49 Mientras que el art. 13.1 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta: a) a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o b) si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia: i) a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona solo esté contratada por una empresa o empleador, o ii) a la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios las empresas o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro, o iii) a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia, o iv) a la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia.

50 STJUE de 27 de septiembre de 2012, Partena, C-137/11.

del significado y alcance de los términos no definidos por el Derecho de la UE debe efectuarse conforme al sentido habitual de éstos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte<sup>51</sup>. En ese sentido y conforme al significado de los términos utilizados, cabe entender que el concepto de “*lugar de ejercicio*” de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con dicha actividad. Por tanto, en el caso de un teletrabajador, ello conduce al lugar físico en el que el trabajador efectúa su trabajo.

Las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 8 de marzo de 2017 en el asunto *X v Staatssecretaris van Financiën*<sup>52</sup> resultan de particular interés. Según su criterio *«La peculiaridad de esta modalidad de trabajo reside en la circunstancia de que puede menoscabar el concepto de lugar de trabajo concreto, como factor pertinente para determinar el Estado miembro que presenta un vínculo más estrecho con la relación laboral. Una persona puede trabajar a distancia desde su ordenador o teléfono en casa o mientras está de viaje, y esa forma de trabajar puede suponer una parte significativa de su actividad laboral. El Tribunal de Justicia tendrá que resolver en el futuro cómo debe tenerse en cuenta esta circunstancia para determinar la legislación de seguridad social aplicable»*, aunque ese problema no se suscitó en el asunto dirimido, en el que concurrían otros indicadores que apuntaban el *«carácter marginal de la actividad del Sr. X en su Estado miembro de residencia»*. De donde, *a sensu contrario*, si las actividades de teletrabajo no fuesen marginales, sino que se desarrollaran de forma estructurada y se acordaran con el empleador, entonces deberían ser tenidas en cuenta para la aplicación del Reglamento 883/2004.

Así que, considerando el auge del teletrabajo como consecuencia de la pandemia ocasionada por la Covid-19, cabe anticipar que la próxima revisión del Reglamento (CE) 883/2004<sup>53</sup> deberá enfrentarse a esta nueva realidad. La especial naturaleza virtual del trabajo a distancia y en plataformas, dificultan

51 STJUE de 10 de marzo de 2005, *easyCar*, C-336/03, apartado 21.

52 Abogado de opinión general en Szpunar, asunto C-570/15, *X contra Staatssecretaris van Financiën*, EU: C: 2017: 182.

53 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza. [COM(2016) 815 final — 2016-0397 (COD)].

que se les asigne el territorio de un país determinado y, por tanto, no encajan muy bien con el enfoque actual de la *lex loci laboris*.

En definitiva, la generalización del teletrabajo en la era post pandemia no ha hecho más que empezar y la respuesta normativa internacional a este fenómeno es muy incipiente, particularmente en lo concerniente al teletrabajo internacional. Es por ello que la Comisión Global sobre el Futuro del Trabajo establecida por la OIT ha recomendado que se establezca un sistema de gobernanza internacional para las plataformas laborales digitales en el que respeten ciertos derechos mínimos de orden laboral<sup>54</sup>.

A nivel europeo los agentes sociales también han llegado a ciertos acuerdos sectoriales a los que antes se ha aludido<sup>55</sup>; e igualmente existen iniciativas comunitarias dirigidas a la regulación de los servicios de la sociedad de la información que empiezan a plantear las cuestiones relativas a las condiciones de trabajo de los empleados que prestan dichos servicios<sup>56</sup>. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer hasta lograr un sistema justo y equitativo que regule esta —no tan— nueva forma de organización del trabajo transnacional.

54 ILO. *Work for a brighter future*. Report of the Global Commission on the Future of Work, 2019.

55 Eurocommerce and UNI, Europa, European agreement on guidelines on Telework and ICT-mobile work in commerce, 25 May 2018 (commerce); EACB, EBF-FBE, ESBG and UNI Global Union, Declaration on Telework in the European Banking Sector, 17 November 2017 (banking); ETNO and UNI Europa, Joint Declaration on ICT-based mobile work, 2 February 2017 (telecommunications); ETNO and UNI Europa, Joint declaration on telework, 9 June 2016 (telecommunications); ACME, BIPAR, CEA and UNI-Europa, Joint declaration on telework by the European social partners in the insurance sector, 10 February 2015 (insurance); CEMR-CCRE and EPSU, CEMR-EP/EPSU joint statement on telework, 13 January 2004 (local and regional government); Eurelectric and EPSU, EMCEF, Joint declaration on telework, 13 November 2002 (electricity); Eurocommerce and UNI Europa, European Agreement on Guidelines on Telework in Commerce, 26 April 2001 (Commerce); ETNO and UNI Europa, Guidelines for Telework in Europe, 7 February 2001 (telecommunications); Joint Committee, Opinion on telework, 23 November 1998 (telecommunications).

56 Parlamento Europeo. Informe sobre una Europa social fuerte para unas transiciones justa (2020/2084(INI)) Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. A9-0233/2020. 24.11.2020. European Commission. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y al Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión para 2021. COM(2020) 690 final. Bruselas, 19.10.2020. European Commission. The European Pillar of Social Rights Action Plan. Publications Office of the European Union. Luxembourg. 2021. Parlamento Europeo. Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. A9-0246/2020. 4.12.2020.