



Una descentralización de lujo: nomadismo digital en la Ley 28/2022, de empresas emergentes

José María Goerlich Peset

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (España)

jose.m.goerlich@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>

Extracto

Uno de los contenidos innovadores de la Ley 28/2022 ha sido la regulación del llamado «nomadismo digital». El análisis que sigue muestra cómo con ello se persigue atraer a las personas que adoptan este estilo de vida a nuestro territorio por las ventajas que su presencia reporta. Tras describir las finalidades legislativas, se intenta extraer de la norma un concepto de esta nueva figura y, después, se profundiza en los dos incentivos en los que se basa la política de atracción. Se consideran, para terminar, las insuficiencias que derivan del actual marco normativo del teletrabajo internacional –inseguridad y dificultades para mantener el estatuto jurídico originario– y cómo pueden dificultar que las empresas posibiliten este tipo de prestaciones.

Palabras clave: descentralización; teletrabajo; nomadismo digital; ley aplicable; seguridad social internacional; autorización para trabajar; imposición sobre el trabajo.

Recibido: 26-06-2023 / Aceptado: 10-07-2023 / Publicado: 06-09-2023

Cómo citar: Goerlich Peset, J. M. (2023). Una descentralización de lujo: nomadismo digital en la Ley 28/2022, de empresas emergentes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 39-64. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19281>



A luxury decentralization: digital nomadism in the Law 28/2022, of start-up companies

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València (España)*

jose.m.goerlich@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>

Abstract

One of the innovative contents of Law 28/2022 has been the regulation of the so-called "digital nomadism". The following analysis shows how this is intended to attract those who embrace this lifestyle to our territory due to the advantages that their presence brings. After describing the legislative purposes, an attempt is made to extract from the regulation a concept of this new figure, and then the two incentives on which the attraction policy is based are examined in depth. Finally, it considers the shortcomings of the current regulatory framework of international teleworking –insecurity and difficulties in maintaining the original legal status– and how they can make it difficult for companies to enable this type of services.

Keywords: decentralization; teleworking; digital nomadism; applicable law; international social security; work authorization; taxation on labor.

Received: 26-06-2023 / Accepted: 10-07-2023 / Published: 06-09-2023

Citation: Goerlich Peset, J. M. (2023). A luxury decentralization: digital nomadism in the Law 28/2022, of start-up companies. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 39-64. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19281>



Sumario

1. Introducción

- 1.1. Del trabajo a domicilio al nomadismo digital
- 1.2. La Ley 28/2022 y la atracción de nómadas digitales
- 1.3. ¿Qué es el nomadismo digital?

2. Nomadismo digital en la Ley 28/2022

- 2.1. El nuevo visado por teletrabajo internacional
- 2.2. Los incentivos fiscales

3. Trabajo en remoto y nomadismo digital: régimen jurídico

- 3.1. Fuero competente y ley aplicable a la prestación de servicios
- 3.2. Nómadas digitales y sistema de Seguridad Social

Referencias bibliográficas

Nota: Investigación en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado «Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo» (PID2022-139967NB-I00).



1. Introducción

1.1. Del trabajo a domicilio al nomadismo digital

La descentralización empresarial puede adquirir, como sabemos, muy diferentes fisonomías (por todos, Blat Gimeno, 2000, pp. 44 y ss.). Una muy tradicional ha sido, desde luego, el recurso al trabajo a domicilio, considerado históricamente como una forma de contrato de trabajo.

La conexión entre descentralización y trabajo a domicilio se advierte ya en los textos fundacionales del derecho del trabajo. Aunque la mención que hacía al trabajo a domicilio la Ley de contrato de 1931 era muy limitada –simplemente procedía a incluir entre los trabajadores a «los llamados obreros a domicilio» (art. 6)–, en su versión de 1944 se daba algún dato más. De un lado, se concretaba en el artículo 6 la noción de «obrerros a domicilio» –que serían «los que ejecutan el trabajo en su morada u otro lugar libremente elegidos por ellos, sin la vigilancia de la persona por cuenta de la cual trabajan, ni de representante suyo, y del que reciben retribución por la obra ejecutada»–. De otro, se determinaba, en el artículo 5, quién había de ser considerado empleador en estos casos, mediante una enumeración que pone de manifiesto cómo el trabajo a domicilio podía encontrarse en muchos casos en los extremos de las cadenas de descentralización: «se consideran empresarios del trabajo a domicilio los fabricantes, almacenistas, comerciantes, etc.; los contratistas, subcontratistas y destajistas que encarguen trabajo a domicilio, pagando a tarea o a destajo dando o no los materiales y útiles de trabajo».

La presencia del trabajo a domicilio en nuestra legislación laboral ha sido una constante desde entonces, bien como objeto de una relación laboral especial (art. 3 b) Ley de relaciones laborales de 1976), bien encuadrado entre las modalidades del contrato de trabajo de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Pero, en todo caso, su historia ha sido, hasta fecha reciente, la de las dificultades para hacer efectiva tal condición. Las relaciones entre trabajo a domicilio y economía sumergida han sido estudiadas desde muy diferentes perspectivas (Sanchis Gómez, 1984). Desde la jurídica, conocemos, a través de los repertorios, las dificultades que se han abierto tradicionalmente en relación con su calificación como trabajo autónomo o subordinado. De este modo, aunque ha sido normal criticar la parca regulación aplicable al trabajo a domicilio, lo cierto es que la verdadera causa de la precariedad de esta forma contractual se ha relacionado más bien con su desarrollo al margen de las reglas laborales.

Es verdad que las reformas normativas de los últimos 15 años se han movido en la línea de superar este problema en el contexto de un fenómeno más amplio de revalorización del teletrabajo, nueva forma de trabajo a domicilio basada en el desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC). Pero no lo es menos que los esfuerzos de creación de un nuevo marco normativo, intensificados a raíz de la crisis sanitaria, no necesariamente han conseguido alcanzar este objetivo en su totalidad. Aunque el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se remonta a julio de 2002, la modernización de la normativa española sobre trabajo a domicilio comienza con la reforma de 2012. Por supuesto, tras el Real Decreto-Ley 3/2012, el rebautizado como trabajo a distancia pasó a tener una regulación algo más detallada. Sin embargo, los análisis de la nueva normativa estatutaria han puesto de manifiesto sus limitaciones (por ejemplo, Romero Burillo, 2020). Y acaso quepa decir algo parecido de la normativa vigente, introducida como consecuencia de la pandemia. Aunque pretende dotar al trabajo a distancia, en general, y al teletrabajo, en particular, de «una norma que ayude a las partes empresarial y trabajadora a trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo a la nueva realidad que se ha visto acelerada exponencialmente» (preámbulo, apartado III, Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia –LTAD–), lo cierto es que continúa siendo posible detectar algunos puntos críticos que obstaculizan la consecución de esta finalidad. A las dificultades estructurales para la diferenciación entre prestaciones autónomas y subordinadas, que sigue determinando el ámbito de aplicación de la normativa protectora, cabe añadir un factor coyuntural relacionado con el carácter sumamente abierto de las normas legales de tutela del trabajo a distancia que pueden hacerla descansar, en último término, en la autonomía individual (Goerlich Peset, 2021b); y, por lo que aquí interesa, se ha señalado cómo las TIC posibilitan la combinación entre globalización y teletrabajo y, con ello, introducen una nueva dificultad para la efectividad de aquellas (Goerlich Peset, 2021a). En este último terreno, que resulta clave en el análisis que sigue, existe consenso entre quienes se han ocupado del tema en cuanto a que el teletrabajo internacional abre un claro riesgo de *dumping* social, puesto que las empresas pueden recurrir a él a la búsqueda de ordenamientos nacionales más beneficiosos para ellas que el propio (Fernández Prol, 2022, p. 100; Ma Zhou, 2022, pp. 189 y ss.; Martín-Pozuelo López, 2022, pp. 60 y ss.).

En todo caso, frente a la dimensión tradicional del trabajo a distancia, existe otra que tiene una significación diferente y que es la que motiva las consideraciones que siguen. La ampliación de las posibilidades de inserción en las empresas de las prestaciones a distancia mediante el teletrabajo –el «trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación» (art. 2 b) LTAD)– ha supuesto que sean accesibles a colectivos que ocupan cierta posición en el marco de la organización. Se trata de personas que, en atención a esta, pueden negociar sus condiciones, y que, en muchos casos, tienen nuevas inquietudes extralaborales, relacionadas con su modo de vida –tipo de vivienda y ubicación–, la disponibilidad de su tiempo –eliminación del dedicado a los desplazamientos, admisión de flexibilidad en la prestación– o incluso con la ecología –reducción del impacto ecológico de la movilidad por razones laborales–. En este nuevo contexto, ajeno a la precariedad que ha aquejado tradicionalmente al trabajo a domicilio, el recurso al teletrabajo aparece, desde la perspectiva

empresarial, más bien como un posible incentivo de atracción y retención del talento. Junto con otras ventajas más tradicionales, se integra en la oferta que las empresas están dispuestas a hacer a este tipo de personas cualificadas; o, visto desde la perspectiva de estas, entre los aspectos que se valoran en el momento de aceptar una oferta de empleo. El teletrabajo internacional que da vida a los llamados «nómadas digitales» se integra claramente en este grupo que aparece como privilegiado en comparación con el trabajo a domicilio tradicional. Es más, es posible que ocupe a su vez una posición de privilegio dentro de él como veremos a continuación.

1.2. La Ley 28/2022 y la atracción de nómadas digitales

En el terreno normativo, la noción «nómadas digitales» ha sido utilizada por vez primera en nuestro ordenamiento, en el preámbulo de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes –a la que me referiré desde ahora con su denominación común de Ley de *startups*–. La ubicación en esta ley de algunas reglas para este nuevo colectivo, así como algunas de las afirmaciones contenidas en aquel, parecen establecer una conexión entre este tipo de empresas y esta nueva categoría. En este sentido, tras indicar que «en numerosas ocasiones, los trabajadores de las empresas emergentes pueden realizar su trabajo de manera remota, siempre que dispongan de un equipo informático y una conexión a internet de calidad», se afirma que «la expansión del teletrabajo ha dado lugar al surgimiento de un nuevo estilo de vida denominado nomadismo digital». Sin embargo, la conexión entre este y aquellas termina por no ser tan obvia, puesto que a continuación se nos da un concepto que no parece guardar ninguna: «los nómadas digitales son 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». En realidad, solo existe una motivación funcional que explica que la Ley 28/2022 se ocupe tanto de empresas emergentes como del nuevo fenómeno del que me ocuparé a continuación: el interés en que se instalen en nuestro país.

En efecto, las nuevas normas pretenden favorecer «el establecimiento en España de los emprendedores y trabajadores de este tipo de empresas, así como de los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas, conocidos como "nómadas digitales"». Se trata, en definitiva, de atraer el talento de unos y otros puesto que:

En una economía cada vez más globalizada e interdependiente y con un peso creciente de las empresas de base tecnológica y del trabajo a distancia con medios digitales, cobra cada vez más importancia la atracción de talento e inversión mediante la creación de ecosistemas favorables al establecimiento de emprendedores o trabajadores a distancia, conocidos como «nómadas digitales», a la creación y crecimiento (*scale up*) de empresas innovadoras, basadas en el conocimiento, de base digital y rápido crecimiento, conocidas como empresas emergentes o

startups y a la atracción de inversores especializados en la creación y crecimiento de estas empresas, también conocidos como «*business angels*». [...]

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

El preámbulo nos recuerda, además, que nuestro país cuenta con poderosos incentivos «para la atracción de profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad, por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas». De un lado, «es el primer país en despliegue de fibra óptica dentro de la Unión Europea, lo que proporciona unas buenas condiciones de conectividad, incluso en zonas rurales». Se destacan asimismo «las excelentes universidades y la existencia de un creciente número de *clusters* de investigación y desarrollo tecnológico y de industrias creativas, alrededor de los que se desarrolla un ecosistema internacional de profesionales». Pero más allá de estas cuestiones se destaca «la benigna climatología, la forma de vida, la seguridad ciudadana, la cultura o la gastronomía». De hecho, estos últimos elementos resultan clave en las motivaciones de selección de residencia por parte de quienes teletrabajan, y no solo en términos internacionales. En todo caso, la suma de todo ello hace «que nuestro país se posicione entre uno de los destinos más atractivos para los teletrabajadores».

Es mucho, pues, lo que ofrecemos a los nómadas digitales. Pero, al parecer, no es suficiente. De hecho, en la Ley 28/2022, para alcanzar el objetivo declarado de «atraer y retener talento», se establecen una serie de especialidades en determinados aspectos y que, a la postre, funcionan como incentivos jurídicos que se añaden a los que enuncia el preámbulo. De este modo, nuestro ordenamiento se alinea con el de otros países de nuestro entorno que también han introducido reformas en materia migratoria con esta finalidad (información al respecto en Sierra Benítez, 2021, o Mories Jiménez, 2022, pp. 666 y ss.). Esta circunstancia, junto con las posibilidades de optimización fiscal que se abren por vía de hecho o de derecho –a las que luego me referiré–, podría estar abriendo una suerte de competencia entre Estados para conseguir que este tipo de teletrabajadores se instalen en sus territorios y les aporten los diferentes beneficios señalados. Precisamente por ello, cabe entender que la regulación de los nómadas digitales rompe los esquemas tradicionales: ya no se asocia a la precariedad, sino que integra más bien un raro supuesto de «descentralización de lujo». Si de lo que se trata es de establecer incentivos adicionales para la instalación de este tipo de profesionales en España –en competencia, además, con Estados de nuestro entorno–, el marco jurídico que les resultará aplicable será distinto y más favorable al que disfrutaban quienes teletrabajan en régimen ordinario e, incluso, el conjunto de la población trabajadora. De lo que se trata en las consideraciones que siguen es, en definitiva, de delimitar los elementos clave de las reglas aplicables tras la aprobación de la Ley de *startups*.

1.3. ¿Qué es el nomadismo digital?

A estos efectos, lo primero que conviene afrontar es la delimitación de la noción de nómada digital. Y es que, aunque el preámbulo emplea este concepto en tres ocasiones –y en otra se refiere al fenómeno del nomadismo digital–, no se preocupa de concretarlo. De hecho, la parte dispositiva de la Ley 28/2022 no lo emplea, utilizando normalmente el más genérico de «teletrabajadores de carácter internacional». Por otro lado, es preciso destacar que los requisitos exigidos para tener este tratamiento no son uniformes para todos los efectos regulados. Con todo, y sin perjuicio de los matices que será preciso introducir en los diferentes aspectos objeto de estudio, sobre la base de las reflexiones preliminares de la ley y las distintas reglas que incluye, parece posible identificarla resaltando las ideas que siguen.

En primer lugar, en el marco de la Ley de *startups* se puede ser nómada digital con independencia de la naturaleza del trabajo prestado. De hecho, el preámbulo incluye en la noción tanto el autónomo como el desarrollado por cuenta ajena, puesto que se refiere a «emprendedores o trabajadores a distancia, conocidos como "nómadas digitales"». Con independencia de que, por su ubicación (art. 2 b) LTAD), nuestra noción legal de teletrabajo se refiere únicamente al trabajo subordinado a distancia, la noción que nos ocupa se extiende también al trabajo por cuenta propia a distancia. Pero ello no plantea problemas de armonización. El régimen establecido para la nueva categoría en la Ley 28/2022 es, como veremos de inmediato, completamente externo a la relación de servicios entre quien los presta y quien los recibe. Dicho de otro modo, los aspectos migratorios o fiscales, que son los que se regulan, funcionan igualmente para todo tipo de prestaciones. Otra cosa es lo que ocurra en otros aspectos, por ejemplo, los laborales o de protección social, en los que el régimen aplicable puede diversificarse, como se verá.

Estamos, en segundo lugar, ante teletrabajo transnacional. Quien presta servicios lo hace, según el preámbulo de la Ley 28/2022, «en remoto», y, en concreto, desde España para empresas o clientes ubicados fuera de nuestras fronteras. Ello no implica necesariamente que la condición de nómada digital haya de proyectarse, en todo caso, sobre personas de nacionalidad diferente de la española. Será lo normal; pero si, como también afirma aquel, estamos ante un «nuevo estilo de vida» que permite a «los nómadas digitales [...] cambiar de residencia frecuentemente», no es posible descartar que, al menos a ciertos efectos, nuestros nacionales queden sujetos al régimen establecido para aquellos. Después de todo, las reglas y criterios aplicables en materia fiscal y de seguridad social operan a partir de cambios de residencia que también pueden referirse a nacionales españoles previamente instalados en otros países y que mantengan su vinculación con empresas ubicadas en estos. Otra cosa es, claro está, la regulación migratoria, únicamente asociada a la extranjería. Es claro, en todo caso, que entidades empleadoras o clientes han de encontrarse radicadas siempre fuera de nuestro territorio. Es esta una condición del carácter transnacional del teletrabajo de los nómadas digitales cuya salvaguarda se produce a través de

una exigencia de exclusividad en la prestación de servicios. Desde esta perspectiva, y con diferentes matices en los distintos aspectos afectados, se exige una cierta dosis de ella, de modo que el nómada digital no puede prestar servicios en el territorio español o, en otros casos, solo puede hacerlo limitadamente. Volveré luego sobre el alcance de este requisito.

Se trata, en tercer lugar, de un teletrabajo internacional peculiar. Las peculiaridades de la noción que nos ocupa se relacionan, de entrada, con su carácter forzosamente temporal, al menos cuando se mira desde la perspectiva de un determinado ordenamiento jurídico nacional. Por supuesto, al establecerse reglas singulares, que funcionan como excepción a las aplicables con carácter general, es razonable pensar que hayan de tener forzosamente tal carácter; dicho de otro modo, parece razonable que, si la persona acaba haciéndose sedentaria, transite al régimen jurídico ordinario y pierda sus privilegios iniciales. Pero detrás de esta temporalidad hay algo más profundo. El «nuevo estilo de vida» al que, como ya he indicado, se refiere el preámbulo de la Ley de *startups* tiene probablemente carácter indefinido, pero presupone que los nómadas digitales proceden a «cambiar de residencia frecuentemente». Desde esta perspectiva, se comprende que las diferentes medidas que se arbitran para su atracción sean de carácter temporal. Arraigada profundamente la movilidad internacional en la idiosincrasia de quienes optan por este tipo de prestaciones de servicios, es previsible que, tras un cierto periodo, procedan a buscar nuevos horizontes. De ahí que el nomadismo digital no pueda identificarse sin más con el teletrabajo internacional. En este sentido, dentro de este, la doctrina ha distinguido diferentes «subcategorías» y, en concreto, ha contrapuesto «el teletrabajo transnacional –en el que se hallan implicados dos Estados exclusivamente, el de prestación de servicios por el teletrabajador y el de recepción de aquellos por la empleadora–» con «el teletrabajo internacional móvil –en cambio caracterizado por el desarrollo itinerante, en diversos Estados, de la prestación de servicios–». Sería este último el que daría vida al nomadismo digital (Fernández Prol, 2022, p. 110).

Las peculiaridades del teletrabajo internacional asociado al nomadismo digital no se agotan, en fin, en este carácter temporal, si apreciado desde la perspectiva interna, o móvil, si se mira como conjunto. Aún hay dos ideas más en las que conviene reparar, estrechamente conectadas entre sí: una hace referencia a la especial posición que tienen en la organización empresarial o en el mercado de servicios; la otra, a su carácter voluntario. Las consideraciones preliminares de la Ley de *startups* hacen referencia varias veces a la atracción de «trabajadores altamente cualificados», predicando esta calificación hasta en tres ocasiones de los nómadas digitales. Ciertamente, el posterior desarrollo normativo no siempre establece requisitos específicos al respecto; y, cuando lo hace, no es seguro que el legislador cierre el perfil requerido en forma adecuada. Volveré luego sobre el particular. Con todo, es claro que estamos ante medidas de atracción de talento, lo que implica que quienes desarrollan prestaciones ordinarias no parecen llamados a integrarse en la noción. Por lo que se refiere a la voluntariedad, hay que recordar que estamos ante un determinado «estilo de vida», que responde a intereses marcadamente personales: compatibilizar «el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia». No es por

ello de extrañar que la Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX (2021), en su *Libro blanco sobre movilidad internacional*, haya insistido en el carácter voluntario de este tipo de teletrabajo internacional; y esta apreciación viene corroborada ahora por la Ley 28/2022. El nómada digital lo es porque quiere y no porque la empresa se lo imponga. De hecho, lo único que hace esta es «permitir» que se realice la actividad laboral a distancia, sin «ordenar» que la prestación se produzca de este modo. Lo primero se deduce de la regulación introducida para el visado; lo segundo, de las modificaciones en relación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). Se ha afirmado en este sentido que, en este peculiar tipo de teletrabajo, la empresa carece de «interés de negocio (más allá de la retención o atracción del talento) en que el trabajador se ubique físicamente en un determinado país» (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 102). Y seguramente es este un aspecto muy importante que permite deslindar el teletrabajo internacional protagonizado por los nómadas digitales de otros tipos de trabajo en remoto transnacional, y que no debería dejar de producir importantes consecuencias en cuanto al régimen jurídico (Sierra Benítez, 2021, pp. 17 y ss.).

2. Nomadismo digital en la Ley 28/2022

Entrando ya en el régimen jurídico establecido en la Ley de *startups*, conviene destacar que la nueva norma se centra en los incentivos dirigidos a la atracción de nómadas digitales. Nada se dice, sin embargo, sobre cuestiones de carácter sustantivo, laborales o de protección social relacionadas con el teletrabajo que desarrollan, lo que abre la siempre compleja cuestión de determinar las reglas aplicables en una relación de carácter transnacional. Reservando este último aspecto para el final, me centraré primero en la forma en que se busca incentivar el establecimiento en España de este colectivo, terreno en el que resultan claves las nuevas previsiones establecidas tanto en el terreno migratorio –introducción del nuevo visado por teletrabajo internacional– como en el terreno fiscal –ampliación del régimen fiscal especial para desplazados al territorio español–.

2.1. El nuevo visado por teletrabajo internacional

Los aspectos migratorios de la Ley de *startups* se contienen en su disposición final quinta, que introduce modificaciones en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Las reglas que se modifican o introducen no se refieren solo al nomadismo digital, sino que responden a las más amplias finalidades perseguidas por la norma. Se vuelven a regular varias de las figuras incluidas entre las personas a las que hay que facilitar la entrada y permanencia en España por razones de interés económico, algunas de las cuales han sido objeto de posterior reforma por la Ley 11/2023, que traspone, entre otras, la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y

residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación (cfr. arts. 69, 70, 71, 71 bis, 72.3 o 73.3 b); y, sobre todo, se introducen algunas nuevas normas de alcance general, aplicables a todos estos colectivos –facilitación de la acreditación de los antecedentes penales (nuevo art. 62 c), de la gestión del alta en la Seguridad Social (nuevo art. 76.4, que ha sido reenumerado como 5 en la sucesiva reforma de 2023) y de los números y tarjeta de identidad de extranjero (disp. adic. vigésima primera)–. En todo caso, lo que interesa en esta sede es el nuevo visado para «teletrabajadores de carácter internacional», que se añade al artículo 61.1 de la Ley 14/2013.

Este precepto contiene un listado de colectivos para los que se prevé la «facilitación de entrada y permanencia» en nuestro territorio, como indica el título del capítulo en el que se encuadran los preceptos que nos ocupan –el primero de la sección 2.ª, título V–. Por su parte, el encabezamiento del artículo 61.1 de la Ley 14/2013 se refiere a determinados «extranjeros que se propongan entrar o residir, o que ya residan, en España [y que] verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico». Hasta la reforma de diciembre del pasado año, se incluían: «a) Inversores. b) Emprendedores. c) Profesionales altamente cualificados. d) Investigadores. e) Trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas». Ahora se añade una letra f), que hace referencia a los «teletrabajadores de carácter internacional». Al igual que ocurre con los restantes colectivos, la forma de facilitar entrada y permanencia se concreta en la previsión de un nuevo visado. A estos efectos, se añade a la indicada sección un nuevo capítulo V bis. Con ello, se eliminan los problemas de encaje que con anterioridad presentaba la posible instalación de nómadas digitales en nuestro territorio, puesto que la legislación de extranjería no contemplaba específicamente la situación (detalles al respecto en Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, pp. 112 y ss.).

Debe tenerse en cuenta que se previó también una ulterior concreción administrativa de la disciplina del conjunto de los visados y autorizaciones vinculados a la «facilitación de entrada y permanencia». A estos efectos, la disposición adicional vigésima, también añadida a la Ley 14/2013 por la Ley 28/2022 –y modificada poco después por la Ley 11/2023, de 8 de mayo–, habilita, en su apartado 1, «a los órganos competentes para dictar unas instrucciones con los requisitos específicos que deberán cumplir los solicitantes de los visados y autorizaciones de residencia regulados en la sección 2.ª del título V». La idea inicial para la elaboración de esas «instrucciones técnicas» era constituir un grupo de trabajo en el que habían de participar representantes de los ministerios con competencias en la materia y tenerlas «elaboradas a más tardar el 31 de marzo de 2023». Este plazo no se ha cumplido; y parece que la cosa va para largo: la inmediata reforma de la disposición adicional vigésima por la citada Ley 11/2023, aparte de dar entrada en el grupo de trabajo a representantes de las comunidades autónomas con competencias en la materia, ha eliminado el límite temporal. En todo caso, se ha aprobado el 29 de marzo pasado una Instrucción conjunta del director general de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el director general de Migraciones que concreta las reglas legales «en lo que se refiere a las solicitudes

visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional»¹. A la postre, la carencia de instrucciones técnicas del grupo de trabajo no impediría la solicitud y gestión de este nuevo tipo de visados, puesto que la regulación de los artículos 74 bis a *quinquies* de la Ley 14/2013 parece suficientemente detallada como para posibilitar su directa aplicación, sin necesidad de tales instrucciones.

Procede la solicitud y expedición de visado o autorización de residencia para teletrabajo en función de la situación. El primero está previsto para «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» (art. 74 *quater*); la segunda, para quienes ya se hallan en España de forma regular o que han accedido mediante el visado (art. 74 *quinquies*). Tanto el visado como la autorización son temporales, con un máximo de 1 año para aquel y de 3 para esta –salvo, en ambos casos, que el teletrabajo internacional tenga una duración inferior–; y la situación es prorrogable sin límite, por periodos de 2 años, «siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho» (art. 74 *quinquies*.3). Durante los periodos correspondientes, el titular del visado o autorización puede desplazarse por la totalidad del territorio español (art. 74 *quinquies*.1 *in fine*).

Según el artículo 74 bis.1 de la Ley 14/2013, la «situación de residencia por teletrabajo de carácter internacional» se prevé para «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». El reconocimiento de la situación, a efectos de obtener el visado o la autorización de residencia, queda sujeto, aparte de los requisitos generales establecidos en el artículo 62 de la Ley 14/2013, a los específicamente establecidos para el teletrabajo de carácter internacional, que se encuentran en sus artículos 74 bis y ter. Para su exposición es posible considerar diferentes aspectos, algunos de carácter subjetivo, relacionados bien con el prestador de servicio bien con las empresas o clientes, y otros, más objetivos, respecto a la relación de servicios entre aquel y estos.

Comenzando con los requisitos subjetivos de quien presta los servicios, lo primero que hay que resaltar es la condición de «nacional de un tercer Estado», esto es, ajeno a la Unión Europea. De hecho, desde su versión original, el artículo 61.2 de la Ley 14/2013 ha excluido de la aplicación de sus reglas a los ciudadanos europeos y asimilados con base en la libre circulación. En su redacción actual, debida a la Ley 11/2023, se excluyen de las reglas que estamos considerando:

¹ https://inclusion.seg-social.es/documents/410169/0/report_report_2301+Instrucción+conjunta+Teletrabajadores+de+carácter+internacional_rev13_FIRMADAS.pdf/d6c8533a-c98e-6157-da03-a598f0e1c017?t=1681813834808

[...] a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros que disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión con base en acuerdos entre la Unión Europea y los Estados miembros, por una parte, y terceros países, por otra.

En otro orden de consideraciones, y en línea con la intención declarada de la Ley de *startups* de atraer trabajadores y/o profesionales «altamente cualificados», visado o autorización se limitan a «los profesionales cualificados que acrediten ser graduados o posgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de 3 años» (art. 74 bis.2 Ley 14/2022). Aunque la finalidad está clara, la literalidad del precepto es poco adecuada para conseguirla. De un lado, utiliza conceptos indeterminados («reconocido prestigio») o adolece de falta de concreción en algún aspecto clave («formación profesional», sin precisiones respecto al nivel exigible) que requerirían una concreción hasta ahora inexistente; de otro, y sobre todo, porque la «experiencia profesional mínima» que se requiere en defecto de titulación aparece como alternativa a esta («o bien»), lo que podría interpretarse como que se proyecta la condición de nómada sobre cualquier persona experimentada, con independencia de que ocupe o no una posición que pueda ser descrita como «altamente» cualificada.

Seguramente se impone una interpretación correctora, sobre la base de las reglas que se establecen para visados y autorizaciones de otros colectivos del artículo 61.1 de la Ley 14/2013: profesionales altamente cualificados (art. 71) y personas desplazadas «en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional» (art. 73). En estos preceptos, encontramos reglas algo más concretas en relación con los niveles de formación profesional exigidos. El hecho de que la exigencia no sea exactamente igual en ambos preceptos («nivel 2 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, correspondiente con el nivel 6 del Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje», en el art. 71.2 a); «nivel 1 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, correspondiente al nivel 5A del Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje», en el art. 73.2 b) dificulta la operación interpretativa, si bien posibilita excluir buena parte de los niveles inferiores del indicado marco. En todo caso, lo que sí posibilita es excluir la desconexión entre titulación y experiencia profesional, puesto que en ambos preceptos se exige una experiencia «que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación» (art. 73.1 b), a lo que el artículo 71.2 a) añade la exigencia de «que sea pertinente para la profesión o sector especificado en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo». No basta, pues, una experiencia profesional de 3 años para acceder a visado o autorización de residencia por teletrabajo internacional, sino que esta ha de proyectarse sobre un puesto relacionado con una de las titulaciones que se exigen. Así se advierte en las instrucciones administrativas para solicitarlo conforme a la web de la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Especiales del ministerio competente en la que se requiere «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»².

Por lo que se refiere a la empresa empleadora o cliente, se requiere, de un lado, que se acredite «la existencia de una actividad real y continuada durante al menos 1 año», antes, hay que entender, de la solicitud de visado o autorización (art. 74 ter a). Esta garantía, presente también en algún otro de los supuestos regulados en la Ley 14/2013 (art. 73.2 a), persigue salir al paso de maniobras fraudulentas basadas en empresas carentes de actividad o creadas específicamente para facilitar a las personas extranjeras la obtención de estos visados. De otro, se insiste en que la empresa no debe estar «radicada» (art. 74 bis.1), «localizada» (art. 74 ter, c) y d) o «ubicada» (art. 74 *quater*). Con ello, se está apuntando a la inexistencia de estructura en España de la empresa empleadora o cliente, puesto que, si esta estructura existiese, estaríamos en una situación diferente, pues, en este caso, procedería una situación diferente: «autorización de residencia por traslado intraempresarial». En este sentido, la información de la citada unidad administrativa parte de la base de que, cuando la empresa tiene sucursal en España, «no se considerarían teletrabajadores, sino trabajadores trasladados entre compañías o ICT (*intra company transfer*) estando regidos por dicha figura y sus requisitos específicos». Por más que la cuestión no parece plantear graves problemas, habida cuenta de la similitud de la regulación, no estoy seguro de que la interpretación sea adecuada, puesto que, dado el carácter voluntario de la selección de la residencia en el marco del nomadismo, el hecho de que la empresa cliente tenga o no estructura en nuestro país debería ser irrelevante.

En fin, en cuanto a la relación de teletrabajo, ya sabemos que puede ser autónoma o subordinada. En cualquiera de ambos casos, el artículo 74 ter b) de la Ley 14/2013 exige acreditar que «la relación laboral o profesional se puede realizar en remoto». Ello requiere, en el caso de prestaciones dependientes, aportar «documentación que acredite que dicha empresa permite al trabajador realizar la actividad laboral a distancia» (art. 74 ter c) *in fine*), mientras que en las de carácter autónomo se requiere justificar «los términos y condiciones en los que va a ejercer la actividad profesional a distancia» (art. 74 ter d) *in fine*). No parece razonable entender que esto deba interpretarse en el sentido de que la prestación haya de desarrollarse íntegramente a distancia, habida cuenta de que el teletrabajo permite también la existencia de momentos presenciales. De hecho, visado o autorización de residencia no se ven afectados por el hecho de que su titular pase periodos de tiempo en el extranjero. La Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Especiales, en su información admite que pueda «ausentarse un máximo de 6 meses por año natural para seguir manteniendo los requisitos de obtención de la autorización».

Por otro lado, no cabe acceder al visado en función de relaciones laborales o mercantiles de nueva constitución. Se exige un periodo previo de 3 meses, en ambos casos

² <https://inclusion.seg-social.es/documents/1823432/1826098/doc-solicitud-teletrabajador-internac.pdf/f7c4e8fa-df75-1409-b090-5b03f89ea058?t=1680265152938>

(letras c) y d) art. 74 Ley 14/2013). Seguramente se quiere atajar maniobras fraudulentas dirigidas al acceso a visado o autorización mediante contratos concluidos con la finalidad exclusiva de obtenerlos. Sin embargo, la regla dificulta que puedan elegir nuestro país quienes aspiran a comenzar su carrera como nómadas digitales. Parece claro, en todo caso, que este periodo previo de vinculación entre la empresa empleadora o cliente y quien solicita visado o autorización puede haber sido tanto *online* como presencial.

Por último, de acuerdo con el artículo 74 bis.1 de la Ley 14/2013, visado o autorización para teletrabajo internacional quedan condicionados a la exclusividad, aunque esta es diferente en función del tipo de relación que los justifique: para las prestaciones subordinadas, «el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional»; en cambio, cuando se trate de trabajo autónomo, se admite el desarrollo de la actividad profesional «para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 %». Por lo que se refiere al primer aspecto, parece claro que no impide el trabajo dependiente para más de una empresa, siempre que todas las empleadoras estén fuera de nuestro territorio; ni tampoco seguramente que el trabajo por cuenta ajena en remoto se compatibilice con prestaciones autónomas igualmente en remoto para este tipo de empresas. En cuanto al segundo, no queda claro si el trabajo autónomo compatible ha de ser *online* o puede ser también presencial. El hecho de que el preámbulo de la Ley 28/2022 se refiera a que los nómadas, «a través de sus conexiones, enriquecen el talento local y generan red y oportunidades de valor para otros profesionales» parece apuntar en la línea de que han de admitirse ambas posibilidades. Por lo demás, la vulneración de esta restricción constituye la infracción leve del artículo 52 d) de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El indicado tipo infractor («encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular») es sancionable con multa de hasta 500 euros (art. 55.1 a), si bien puede transformarse en infracción grave de producirse la reincidencia contemplada en el artículo 53.1 e).

2.2. Los incentivos fiscales

Por lo que se refiere a los aspectos fiscales de la Ley de *startups*, son bastante complejos en la medida en que abarcan los múltiples aspectos que se regulan en ella. Se establecen, en efecto, novedades en punto a incentivos fiscales para las empresas emergentes en el impuesto de sociedades (arts. 7 y 8), para los inversores que las apoyen (art. 9) o, incluso, para el desarrollo de determinadas políticas retributivas de implicación del personal en el capital social (art. 10, en relación con diferentes reglas tributarias modificadas por las disp. finales segunda y tercera, tanto en la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes, texto refundido aprobado por RDleg. 5/2004, de 5 de marzo, como en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación

parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio –LIRPF–). El análisis de todo ello desborda el propósito de este trabajo que lógicamente se ha de centrar en las reglas que se refieren al fenómeno del nomadismo digital que se concentran en la nueva redacción del artículo 93 de la LIRPF.

Hasta la Ley 28/2022, este precepto establecía un régimen especial de tributación en el IRPF aplicable, según su rúbrica, a «los trabajadores desplazados a territorio español». En síntesis, este régimen especial permite a las:

[...] personas físicas que adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento a territorio español [...] optar por tributar por el impuesto sobre la renta de no residentes, con las reglas especiales previstas en el apartado 2 de este artículo, manteniendo la condición de contribuyentes por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, durante el periodo impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cinco periodos impositivos siguientes.

A pesar de ser residentes en España y, por tanto, estar sujetos a las reglas generales en materia de IRPF (*cf.* art. 8 LIRPF), se les permite tributar conforme a las reglas del impuesto para no residentes, aunque aplicando algunas reglas especiales establecidas en el propio precepto.

La operativa de esta opción se confía al desarrollo reglamentario, en la actualidad contenido en los artículos 113 y siguientes del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas (RIRPF), aprobado por el Real Decreto 439/2007, cuyos aspectos documentales vienen concretados en la Orden HAP/2783/2015, de 21 de diciembre, que aprueba los modelos correspondientes. Esta normativa reglamentaria concreta, entre otras muchas cosas, que el ejercicio de la opción ha de producirse dentro de los 6 meses siguientes desde el inicio de la actividad (art. 116) y que no es irreversible durante los 6 ejercicios en que resulta aplicable el régimen especial: si se optó por este, es posible renunciar a su aplicación siempre que se haga durante los 2 últimos meses del año anterior al que se pretenda que tenga efectos (art. 117 RIRPF). Eso sí, una vez resulten de aplicación las reglas generales por transcurso del plazo para ejercitar la opción o por renuncia a la inicialmente decidida a favor del especial, no es posible acogerse a este.

El teletrabajo internacional plantea importantes problemas desde la perspectiva de la imposición sobre la renta. Lo hemos podido ver durante la pandemia. Uno de los efectos derivados de las restricciones establecidas en la primavera de 2020 fue que existieran personas que quedaron retenidas en países distintos al de su residencia anterior y que comenzaran a prestar servicios en remoto desde ellos. En el ejercicio siguiente se discutió dónde quedaban sujetas las rentas obtenidas durante este periodo. En nuestro sistema, como en otros, se valoró el criterio de la residencia efectiva (*cf.* art. 9 LIRPF), lo que conducía a que estas situaciones en principio provisionales pudieran suponer la tributación como residentes

ordinarios; pero habida cuenta de los diferentes criterios que confluyen en la determinación de la residencia –junto a la permanencia física, cabe valorar también el lugar en el que radique «el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta»– la situación no estaba exenta de conflictos (para más detalles, Mories Jiménez, 2022, pp. 642 y ss.). La reforma del artículo 93 de la LIRPF no se sitúa, sin embargo, en la clave de solucionar este tipo de problemas, sino en la de incentivar la elección de nuestro país por los nómadas digitales para la prestación de sus servicios en remoto. Se les considerará residentes a efectos fiscales, pero su tributación en España pasa a ser más favorable.

En efecto, aunque tributarán en renta por todas las obtenidas, se aplica una tarifa a los rendimientos obtenidos que es diferente y más beneficiosa que la establecida con carácter general. Desde la reforma del artículo 93 de la LIRPF por la Ley 31/2022, de presupuestos generales del Estado para 2023, los tramos y los tipos aplicables a la base liquidable del ahorro son los mismos. Sin embargo, para la base liquidable general es más favorable. Se establece un tipo del 24 % para los primeros 600.000 euros y otro del 47 % para lo que exceda de tal cantidad. Aunque no es posible realizar una comparación automática entre esta tabla y la aplicable con carácter general (habida cuenta de que esta tiene un tramo estatal y otro autonómico), parece claro que la primera es más favorable. En el tramo estatal, la general alcanza el 22,5 % a partir de 60.001 euros y el 24,5 % a partir de 300.000 euros; y a ello hay que sumarle el tipo establecido en la comunidad autónoma correspondiente. Existen asimismo ventajas en otros terrenos –señaladamente, la tributación por obligación real en el impuesto sobre el patrimonio (art. 93.1 LIRPF)–.

En general, la Ley de *startups* mantiene los elementos objetivos de la tributación, como demuestra la comparación de las reglas del artículo 93.2 de la LIRPF en sus dos versiones sucesivas. Sin perjuicio de que puedan existir algunas diferencias menores, coherentes con otras modificaciones introducidas en la Ley 28/2022, se observa una sustancial continuidad en la forma en que se cuantifica la base imponible, así como en los tipos aplicables. En otras palabras, las novedades que se introducen en el artículo 93 de la LIRPF se refieren, sobre todo, al ámbito de aplicación subjetivo del régimen especial. Ello se advierte ya en la rúbrica que lo encabeza que, si antes solo mencionaba a «los trabajadores desplazados a territorio español», ahora alude a «los trabajadores, profesionales, emprendedores e inversores desplazados a territorio español». Se detecta, en definitiva, una clara intención de hacer más accesible el régimen especial, como se observa en cuatro diferentes aspectos.

De entrada, la nueva regulación intenta favorecer el retorno de los nómadas. En la legislación anterior, se les exigía que no hubieran sido «residentes en España durante los diez periodos impositivos anteriores a aquel en el que se produzca su desplazamiento a territorio español» (art. 93.1 a). Ahora esta restricción se reduce a la mitad pues basta «que no hayan sido residentes en España durante los cinco periodos impositivos anteriores a aquel en el que se produzca su desplazamiento a territorio español».

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la noción de trabajador subordinado desplazado, antes el artículo 93.1 b) 1.º de la LIRPF incluía el inicio de una relación laboral, ordinaria o especial diferente a la de deportistas profesionales, o estatutaria con una empresa en España, así como el desplazamiento que sea ordenado por el empleador siempre que «exista una carta de desplazamiento», cuyos requisitos formales vienen concretados en el artículo 119 b) del RIRPF. La nueva redacción permite acceder a este régimen fiscal especial sobre la base de las decisiones individuales, con independencia de la existencia de una movilidad impuesta por la empresa. Es posible, en este sentido, ejercitar la opción en los casos en los que «sin ser ordenado por el empleador, la actividad laboral se preste a distancia, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación». Se aclara además que:

[...] en particular, se entenderá cumplida esta circunstancia en el caso de trabajadores por cuenta ajena que cuenten con el visado para teletrabajo de carácter internacional previsto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Se trata de una aproximación presuntiva a la cuestión que, sin embargo, no implica que, a falta del visado no pueda accederse al sistema tributario especial. Recuérdese en este sentido que esta exigencia no puede ser constitutiva, porque quienes provienen del ámbito europeo no están sujetos a ella.

Por otro lado, entran en el listado los prestadores de servicios autónomos. Hasta la Ley 28/2022, únicamente se contemplaba la posibilidad de que accedieran los administradores societarios, si bien los límites para su participación en el capital en la sociedad administrada los situaba cerca de los trabajadores dependientes. Ahora, además de ellos, para los que se introducen algunas reglas adicionales, se incluyen determinados autónomos, los que se desplazan a España «como consecuencia de la realización en España de una actividad económica calificada como actividad emprendedora, de acuerdo con el procedimiento descrito en el artículo 70 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, en los términos establecidos reglamentariamente» (art. 93.1 b) 3.º LIRPF) y:

[...] como consecuencia de la realización en España de una actividad económica por parte de un profesional altamente cualificado que preste servicios a empresas emergentes en el sentido del artículo 3 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de empresas emergentes, o que lleve a cabo actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación, percibiendo por ello una remuneración que represente en conjunto más del 40 % de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal,

remitiéndose de nuevo al reglamento lo que haya de entenderse por «profesional altamente cualificado, así como la determinación de los requisitos para calificar las actividades como de formación, investigación, desarrollo e innovación» (art. 93.1 b) 4.º LIRPF). Dado que, a

diferencia de lo que ocurre con los nómadas por cuenta ajena no existe reenvío a la legislación de extranjería, habrá que aguardar al desarrollo reglamentario del nuevo precepto para saber los concretos requisitos del acceso a la opción en estos casos. Es, en fin, interesante resaltar que a estos autónomos se les exime además de la aplicación de la regla tradicionalmente establecida en el artículo 93.1 c) de la LIRPF que excluye del acceso al régimen especial a quienes obtienen rentas «que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español».

Por último, el nuevo artículo 93.3 de la LIRPF extiende el régimen especial al cónyuge y, en su defecto, al otro progenitor de los hijos en común, así como a los hijos menores de 25 años –«o cualquiera que sea su edad en caso de discapacidad»–. La extensión del derecho de opción a estos familiares queda condicionada al cumplimiento de determinadas condiciones: desplazamiento al territorio español junto con el nómada digital (o, al menos, dentro del primer periodo impositivo sujeto al régimen especial), adquisición de residencia fiscal española, cumplimiento de «las condiciones a que se refieren las letras a) y c) del apartado 1 de este artículo» y, en fin, que la suma de las bases liquidables de todos los sujetos acogidos a esta posibilidad «sea inferior a la base liquidable del contribuyente» que motiva el desplazamiento y residencia a nuestro territorio. No hay mucho que comentar a estas condiciones. Tan solo matizar que la sujeción a la regla establecida en el artículo 93.1 c) de la LIRPF, al impedir que se obtengan «rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español, salvo en el supuesto previsto en la letra b) 3.º y 4.º de este apartado» (nuevos nómadas digitales por cuenta propia), parece obstaculizar que estos familiares se acojan al sistema especial de tributación si desarrollan actividades presenciales para empresas ubicadas en nuestro país.

3. Trabajo en remoto y nomadismo digital: régimen jurídico

Las consideraciones anteriores agotan el tratamiento que la Ley de *startups* da al nomadismo digital. En otras palabras, la nueva norma no afecta en modo alguno a la normativa aplicable a la relación de teletrabajo, ni en términos laborales ni de protección social, lo que supone que sean de aplicación las reglas de carácter general. Ahora bien, esto no deja de plantear problemas, habida cuenta de que estamos ante un caso de teletrabajo transnacional, puesto que al menos dos elementos están ubicados en Estados diferentes: la empresa empleadora o cliente está ubicada en un lugar y la prestación se desarrolla en otro distinto. Esta circunstancia es suficiente, por sí misma, para incrementar los problemas interpretativos, puesto que obliga a determinar la norma aplicable en las diferentes facetas implicadas, sustantivas o procesales. En el caso del nomadismo digital, la cuestión es particularmente compleja, no tanto y no solo porque el nuevo «estilo de vida» multiplica los elementos en conflicto, aunque solo sea porque quienes lo adoptan cambian periódicamente de residencia sin que las normas de conflicto atiendan específicamente la situación; también, y sobre todo, porque están pensadas, y vienen siendo interpretadas, para resolver situaciones estructuralmente diferentes a la que nos ocupa.

En este último sentido, como se indicó de pasada en las consideraciones preliminares de este trabajo, las relaciones de teletrabajo transnacional suelen verse como mecanismos que posibilitan la selección por las empresas de ordenamientos más favorables al propio en relación con las condiciones de trabajo o de seguridad social aplicables. Este riesgo de *law shopping* hace que las normas que regulan este tipo de relaciones estén configuradas y, sobre todo, sean interpretadas en una determinada línea: la evitación del *dumping* social. Sin desconocer que esto es así, tampoco cabe ignorar que en el teletrabajo que ahora nos ocupa existe un componente diferencial respecto del conjunto de las personas que desarrollan prestaciones transnacionales a distancia. En el nomadismo, la transnacionalidad no depende tanto de la iniciativa de la empresa, que solo la facilita, sino de la voluntad de la persona que libremente decide adoptar el nuevo «estilo de vida». Si esto es así, acaso las reglas establecidas resulten poco adecuadas. Para concluir este trabajo, haré algunas consideraciones al respecto, analizando, primero, los aspectos atinentes a la relación laboral y, después, los relacionados con la Seguridad Social.

3.1. Fuero competente y ley aplicable a la prestación de servicios

En primer lugar, y por lo que se refiere a la relación de servicios, no es posible simplificar las cuestiones implicadas. De entrada, coexisten normas europeas y españolas, resultando de aplicación unas u otras en función de su propia configuración y/o de los elementos transnacionales que estén en juego. En otras palabras, a ciertos efectos hay que distinguir prestaciones transnacionales que se desarrollan en el marco de la Unión Europea de aquellas que tienen elementos relevantes extracomunitarios. Además, la condición de nómada se proyecta tanto sobre prestaciones subordinadas como sobre relaciones profesionales de carácter autónomo, lo que obliga a diferenciar las soluciones, puesto que normalmente aquellas cuentan con un tratamiento separado de las restantes obligaciones contractuales. Todo ello, en fin, ha de ser combinado con la existencia de dos problemas diferentes, uno relacionado con la determinación de la jurisdicción competente y otro, con la ley aplicable.

En este complejo contexto, un rápido panorama de las cuestiones implicadas y las soluciones preconizadas sería el siguiente. En primer lugar, por lo que se refiere a la determinación de la jurisdicción competente, hemos de estar a las reglas contenidas en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Sus preceptos conducen, tanto para las prestaciones autónomas como para las subordinadas, al fuero del lugar de prestación de servicios, si bien con una sustancial diferencia en relación con la posibilidad de pactar alternativas. Para las primeras, aunque la regla general obligaría a acudir a la jurisdicción de la parte demandada (arg. ex art. 5.1 Reglamento 1215/2012), se admite la posibilidad de que la empresa cliente sea demandada en otro Estado miembro puesto que cabe hacerlo, «en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda»; y, salvo pacto en contrario, «cuando se trate

de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios» (art. 7.1 Reglamento 1215/2012).

La sección 5, del capítulo II, establece reglas especiales sobre la «Competencia en materia de contratos individuales de trabajo». La regla clave conduce de nuevo al domicilio de la empresa, bien que entendido en sentido amplio –puesto que el art. 20.2 la considera domiciliada allí donde «posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro»-. Sin embargo, para quien presta servicios es un fuero electivo, puesto que el artículo 21 b) admite que formule su demanda en otro Estado:

i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones de carácter autónomo, no se admiten más que en ciertas condiciones los acuerdos de sumisión explícita a una determinada jurisdicción. Conforme al artículo 23, «únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección».

Al margen de eso, las normas internas españolas, cuando resulten de aplicación para determinar la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales, contienen soluciones parecidas: a falta de sumisión expresa o tácita, son competentes «en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España», aunque la parte demandada no se encuentre en España (art. 22 *quinquies* a) LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –LOPJ–). Y, por lo que se refiere a las cuestiones litigiosas derivadas del contrato de trabajo, resulta aplicable el artículo 25 de la LOPJ, cuyo apartado 1.º establece la competencia de juzgados y tribunales:

[...] en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

Por lo que se refiere a la ley aplicable por el tribunal que resulte competente, hay que estar al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008,

sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuya vocación es de «aplicación universal», incluyendo los casos en los que la ley aplicable «no sea la de un Estado miembro» (art. 2). El panorama es similar al descrito para la determinación del fuero. En el caso de las prestaciones autónomas, prevalece la «ley elegida por las partes» que «deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso» (art. 3.1). En su defecto, «el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual» (art. 4.1 c).

Las reglas sobre «contratos individuales de trabajo» contenidas en el artículo 8 limitan la facultad de selección de la norma aplicable: aunque, según su apartado 1:

El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3 [...], dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

Y estas tres normas dan prevalencia a «la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente» salvo desplazamientos temporales a otro (apdo. 2); y, solo en su defecto, «el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador» (apdo. 3). Todo ello sin perjuicio de que, si «del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país» (apdo. 4).

No es posible entrar en detalles respecto de la intensa doctrina jurisprudencial que ha aplicado estos preceptos; ni tampoco en los debates teóricos que ha suscitado su aplicación al teletrabajo. Cabe reenviar la reconstrucción de todo ello a los estudios especializados sobre esta cuestión (*cf.*, especialmente, Martín-Pozuelo López, 2022). Lo que interesa hacer en el espacio de que dispongo es señalar algunas ideas muy generales en relación con el problema que nos ocupa. En primer lugar, la realidad del teletrabajo transnacional no ha sido contemplada específicamente por las normas que estamos considerando. Se trata de normas de la época analógica en las que los referentes de trabajos transnacionales son bien diferentes estructuralmente al trabajo en remoto que posibilitan las TIC actuales. En segundo término, las especialidades de las normas de determinación del fuero y de la ley aplicable en relación con el trabajo por cuenta ajena guardan relación con las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico-laboral. Desde esta perspectiva, conducen a soluciones que pueden ser razonables, pero que no son demasiado coherentes (Ma Zhou, 2022, p. 209). De un lado, se busca aproximar el fuero a la persona que trabaja, lo que conduce a valorar el lugar de la prestación de servicios; pero, de otro, sobre la base de los riesgos de *dumping* social que produce la utilización de este criterio en relación con el teletrabajo, se insiste, al menos en el plano teórico, en encontrar

criterios distintos de determinación de la ley aplicable, que impliquen la aplicación de las normas del Estado en que radica la empresa: las propuestas interpretativas destacan las diferencias del teletrabajo con respecto a las prestaciones transnacionales de carácter «análogo» buscando justificar con ello la selección de este último punto de conexión. En todo caso, y en fin, este tipo de aproximaciones continúa siendo discutido y carece de todo refrendo normativo o jurisprudencial.

El modelo resultante es poco adecuado si lo que se pretende es facilitar la vida de los nómadas digitales por cuenta ajena. Como sabemos, las empresas no tienen en el nomadismo otro interés que el relacionado con la retención del talento. Pero quizá sea excesivo el precio que deban pagar por el papel pasivo que asumen en este tipo de relaciones laborales. De entrada, aceptar este tipo de prestaciones implica exponerse al riesgo «de verse demandada en este país de destino, a pesar de no tener ningún tipo de interés económico o establecimiento en el mismo» (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 109). Por otro lado, la falta de seguridad de las soluciones aplicables desde la perspectiva de la selección de la norma aplicable no es desdeñable, de modo que obliga a un plus de cautela en el momento de autorizar la prestación transnacional. Sin embargo:

[...] no parece razonable que un empresario que carece de interés económico alguno en un país determinado, se vea obligado a conocer y aplicar toda su normativa laboral simplemente por acceder a una petición de la persona trabajadora motivada por sus intereses personales (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, p. 105).

3.2. Nómadas digitales y sistema de Seguridad Social

Los problemas en materia de Seguridad Social son similares a los que acabamos de considerar. Las normas europeas de coordinación en la materia, incluidas en 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, parten, como es sabido, del principio general de que «las personas a las cuales sea aplicable el presente reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título» (art. 11.1). A estos efectos, el criterio general para delimitar cuál es este Estado se encuentra en el artículo 11.3 a), conforme al cual «la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro». De nuevo, pues, el criterio del lugar de prestación de servicios resulta determinante, ahora del encuadramiento en un determinado sistema nacional de Seguridad Social. Y de nuevo también entramos en un mundo de complicaciones, en la medida en que la presencia de elementos transnacionales en el desarrollo de las relaciones de prestación de servicios implica la aparición de reglas especiales. No en vano el encabezamiento del artículo 11.3 indica textualmente que las que establece son «a reserva de lo dispuesto en los artículos 12 a 16».

Por un lado, el hecho de que la ejecución se produzca en otro Estado miembro, siempre que «la duración previsible [...] no exceda de 24 meses», no implica el cambio en la legislación aplicable, ni para las prestaciones subordinadas ni para las autónomas (art. 12). Pero, mientras que para estas últimas estamos en presencia de una decisión voluntaria, puesto que nada se nos dice al respecto, para las primeras se trata de una de carácter forzoso, puesto que es el empleador quien les envía «para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro». Por otro, el artículo 13 se ocupa del «ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros», en el que deben distinguirse dos situaciones: si existe coincidencia entre la residencia y el ejercicio de una parte sustancial de la actividad, el Estado miembro competente es el de residencia; cuando tal coincidencia no existe, prevalece el foro delimitado por la sede de la empresa, en el caso de personal asalariado, y el del «centro de interés de sus actividades» para el autónomo. El Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, establece algunas reglas para concretar estas nociones, que incluyen tanto a quien «al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro ejerce simultáneamente una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad» como a quien «ejerce de manera continuada actividades alternas, exceptuadas las actividades de carácter marginal, en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia» (art. 14.5).

Como anuncié, la situación es muy parecida a la que se produce en relación con la ley aplicable al contrato de trabajo. Sea por la vía del lugar en el que se prestan efectivamente los servicios, sea por el criterio de la residencia, en los casos en los que se prestan actividades en dos o más Estados miembros, el Estado competente parece depender del lugar de la prestación de servicios y, en definitiva, de la residencia de quien presta sus servicios a distancia. Y de nuevo también ello resulta de unas reglas diseñadas en época analógica que no tienen presentes las virtualidades de las actuales prestaciones en remoto. A la postre, la solución no resulta satisfactoria ni para el teletrabajo en general, puesto que posibilita conductas empresariales de *law shopping* con el consiguiente deterioro de las condiciones, ni para el desarrollado en el marco del nuevo nomadismo digital en particular.

En este último terreno, debe tenerse en cuenta que el cambio de ordenamiento de cobertura de Seguridad Social despliega efectos negativos sobre las personas protegidas. Incluso si al final quedan compensados por acción de las normas de coordinación, a corto plazo pueden implicar dificultades administrativas en el acceso a las prestaciones. Y ello sin contar con que la prestación transnacional no se limita al ámbito europeo, lo que supone que puede no contarse con la cobertura de los citados reglamentos y depender de un convenio bilateral o, incluso, carecer de toda regla de coordinación entre ordenamientos. Desde la perspectiva de la empresa, el cambio del sistema de Seguridad Social tampoco es necesariamente bien recibido. Acaso pueda implicar alguna ventaja en los costes a satisfacer, pero puede tener serios inconvenientes operativos toda vez que queda vinculada administrativamente en un Estado en el que no cuenta con estructura organizativa. Ciertamente, en la

práctica se han ido arbitrando expedientes para solventar este tipo de cuestiones; pero no siempre están exentos de problemas (Garicano Solé y De Armiño Rodríguez, 2021, pp. 110 y ss.); y lógicamente, ello se mueve en contra del nomadismo, puesto que, como sabemos, la empresa no tiene en principio grandes intereses en esta forma de prestación de servicios.

Se ha intentado solucionar este tipo de problemas reconstruyendo un criterio alternativo para determinar el Estado competente en materia de Seguridad Social. A la vista de las ventajas que presenta para todas las partes de la relación, la interpretación doctrinal ha intentado relacionarlo con la sede de la empresa empleadora, sobre la base de que el trabajo en remoto se presta directamente en ella, habida cuenta de las características de la tecnología que lo sustenta (Carrascosa Bermejo, 2023, pp. 84 y ss., conforme, Benlloch Charro, 2023).

En esta línea parece moverse la evolución del derecho europeo. Es verdad que los reglamentos de coordinación continúan inamovibles. Pero también lo es que la experiencia de la pandemia ha hecho aparecer determinadas experiencias que se mueven en la línea de flexibilizar la aplicación de sus preceptos a las nuevas situaciones de teletrabajo transnacional que han aparecido. La diversidad de comportamientos de los Estados miembros para darles solución ha acabado conduciendo a la adopción de decisiones en el marco de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Se trató primero de sucesivas notas orientativas de vigencia temporal y más recientemente de una propuesta de acuerdo marco consensuado con base en los reglamentos de coordinación (Carrascosa Bermejo, 2023, pp. 72 y ss.), actualmente en fase de aceptación por parte de los Estados miembros con vistas a su entrada en funcionamiento desde 1 de julio de 2023, cuando finalice la vigencia de las notas orientativas. Estas actuaciones se mueven en la buena dirección, la de hallar un fuero de Seguridad Social que satisfaga las expectativas de nómadas y de empresas y clientes, con el establecimiento de las garantías adecuadas para que no pueda ser utilizado de forma fraudulenta. Sin embargo, no pasan de ser experiencias situadas en el terreno del *soft law*, con todos los riesgos que ello tiene, y que además no solucionan competamente el problema –puesto que, aunque menores, siguen previendo límites porcentuales a la cantidad de teletrabajo desarrollado desde el país de residencia–. Por supuesto, si de verdad se pretende potenciar el «estilo de vida» de nómadas digitales y posibilitar esta forma de atracción del talento, sería necesario que los temas vinculados a sus relaciones de trabajo y Seguridad Social entraran en la agenda normativa.

Referencias bibliográficas

Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX. (2021). *Libro blanco sobre movilidad internacional*. <https://feex.org/wp-content/uploads/2022/06/Libro-blanco-sobre-Teletrabajo-Internacional.pdf>

Benlloch Charro, J. (2023). El teletrabajo de carácter internacional tras la entrada en vigor de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre: propuestas sobre la legislación de seguridad social aplicable a los nómadas

- digitales. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 62, 35-54.
- Blat Gimeno, F. (2000). El marco socioeconómico de la descentralización productiva. En *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno* (pp. 17-56). Tirant lo Blanch.
- Carrascosa Bermejo, D. (2023). Seguridad Social aplicable en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital. *Labos*, 4(1), 59-92. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7639>
- Fernández Prol, F. (2022). Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional). *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 154, 97-124.
- Garicano Solé, A. y De Armiño Rodríguez, J. A. (2021). Retos legales del teletrabajo internacional. *Documentación Laboral*, 124, 99-120.
- Goerlich Peset, J. M. (2021a). COVID-19 y relaciones laborales: nuevos desafíos para el teletrabajo. *La Red. Revista Internacional sobre el Derecho en el Contexto de la Globalización*, 1, 79-99.
- Goerlich Peset, J. M. (2021b). La regulación del trabajo a distancia: una reflexión general. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (Coords.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 29-53). Thomson Reuters Aranzadi.
- Ma Zhou, Z. (2022). La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de *lege ferenda*. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 165, 183-213.
- Martín-Pozuelo López, A. (2022). *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch.
- Mories Jiménez, M. T. (2022). Una nueva realidad laboral y familiar: los nómadas digitales. Problemas de deslocalización de rentas del trabajo y nuevas fórmulas de atracción del talento a nuestro sistema fiscal. En A. M. Cubero Truyo, F. García Berro y L. Toribio Bernárdez (Eds.), *Adaptación de la normativa tributaria a las nuevas realidades familiares* (pp. 621-673). Tirant lo Blanch.
- Romero Burillo, A. M. (2020). Del contrato de trabajo a domicilio al trabajo a distancia. En *Estatuto de Trabajadores, 40 años después* (pp. 479-508). Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones.
- Sanchis Gómez, E. (1984). *El trabajo a domicilio en el País Valenciano*. Ministerio de Cultura
- Sierra Benítez, E. M. (2021). La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 6(2), 8-18. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.01>

José María Goerlich Peset. Licenciado por la Universidad de Valencia y Doctor por la de Bolonia (Italia), es Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde enero de 1996. Autor de varias monografías, publica con asiduidad artículos y comentarios de jurisprudencia en las revistas especializadas. Ha sido Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Letrado del Tribunal Constitucional y consejero del Consejo Económico y Social. <https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>