

Capítulo 7

Contratos de trabajo internacional en el sector tecnológico: análisis de sus principales cláusulas

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Pública de Navarra

jluis.iriarte@unavarra.es

ORCID: 0000-0002-2353-5003

MARTA CASADO ABARQUERO

Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado

Universidad de Deusto

marta.casado@deusto.es

ORCID: 0000-0002-7228-4044

SUMARIO: I. DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA TECNOLOGIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES. II. LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA INDUSTRIA TECNOLÓGICA: CLÁUSULAS Y PARTICULARIDADES. III. CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO EMPRESARIAL. 1. Marco jurídico y conceptual de las cláusulas de confidencialidad y secreto empresarial. 2. Estructura y contenido habitual de las cláusulas de confidencialidad en el ámbito laboral transnacional. IV. CLÁUSULAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. 1. Marco jurídico y conceptual de la propiedad intelectual e industrial en el contexto laboral transnacional. 2. Estructura y contenido habitual de las cláusulas sobre titularidad, cesión y compensación económica. V. CLÁUSULAS SOBRE TELETRABAJO Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN. 1. El marco jurídico transnacional del teletrabajo: pluralidad normativa y lagunas de regulación. 2. Estructura y contenido habitual de las cláusulas contractuales en el teletrabajo.

jo transnacional. VI. CLÁUSULAS DE USO DE DISPOSITIVOS Y CONTROL EMPRESARIAL EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO INTERNACIONALES. 1. *El marco jurídico internacional del control empresarial sobre los dispositivos laborales.* VII. CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA Y PERMANENCIA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO INTERNACIONALES. 1. *Concepto y fundamento jurídico.* 2. *Marcos normativos de nuestro entorno y problemas de acomodo entre ellos.* 3. *Contenido habitual y criterios de validez.* VIII. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

I. DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA TECNOLOGIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

En pocas décadas las relaciones laborales han sufrido una importante revolución, marcada por los cambios vertiginosos que se han producido como consecuencia de la aplicación de las nuevas tecnologías, no ya a la economía, sino a todas las facetas de la vida. La digitalización de la economía, favorecida por el desarrollo de las telecomunicaciones y el elevado grado de interconexión mundial han modificado, no sólo la forma en la que se organiza la producción, sino también las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores.

Las oportunidades que se han generado con este cambio son innegables. Pero también lo son los desafíos normativos que en paralelo han ido surgiendo, muchos de ellos de gran complejidad. Complejidad que se acentúa cuando la relación laboral traspasa fronteras y adquiere un carácter transnacional.

Hasta el siglo XX la regulación del contrato de trabajo se había construido sobre el concepto lugar de trabajo y tiempo de prestación del servicio. Ambos factores se han ido diluyendo con el auge de las nuevas tecnologías. En la actualidad es posible que un programador en India trabaje para una empresa radicada en Berlín, o que un diseñador gráfico desde Lisboa preste servicios para su empresa en Nueva York, o que un ingeniero español integre un equipo multidisciplinar distribuido por los cinco continentes. La localización geográfica ya no necesariamente determina la existencia de una vinculación laboral. Y lo mismo sucede con los tiempos de trabajo, mucho más flexibles gracias al auge del teletrabajo, o una prestación de servicios que se mide más por los objetivos alcanzados que por

las horas de presencia. Todo ello nos ha obligado a replantearnos los fundamentos de la contratación laboral, tendencia que se ha visto acentuada tras la pandemia de COVID-19, cuando millones de trabajadores en todo el mundo migraron de manera abrupta al trabajo remoto. Desde entonces, numerosas empresas han adoptado esquemas híbridos o completamente digitales, consolidando un cambio que ya se vislumbraba desde la primera década del siglo XXI.

En este nuevo escenario, los contratos de trabajo deben necesariamente adaptarse a nuevas realidades. Por este motivo, se incorporan cláusulas específicas sobre propiedad intelectual, uso de herramientas digitales, confidencialidad, ciberseguridad, protección de datos, teletrabajo, etc. Con esta tecnificación del contrato de trabajo, fijando el centro de atención en los bienes intangibles, las partes de una relación laboral intentan adaptar los derechos y obligaciones laborales a su nueva realidad, en un intento de suplir las lagunas que los ordenamientos laborales aún presentan. En este sentido, la capacidad autonormativa de las partes de la relación laboral está relegando a un segundo plano el papel regulador de las legislaciones laborales nacionales, puesto que la velocidad vertiginosa de los cambios que se están produciendo es mayor que la de la capacidad normativa institucional.

Además, la complejidad se intensifica puesto que muchos de estos contratos tienen una dimensión transnacional que suscita numerosos interrogantes. Más allá de las preguntas clásicas sobre qué tribunales son competentes en caso de conflicto o cuál es la ley interna que resulta de aplicación, gran parte de las dificultades se plantean cuando el contenido de estas cláusulas choca frontalmente con los derechos básicos y fundamentales del trabajador¹, y los ordenamientos jurídicos implicados tienen

1. Sobre esta materia, véanse los interesantes trabajos publicados en *Teletrabajo y derecho internacional privado: problemas y soluciones* (ORTEGA GIMÉNEZ, A. dir. y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S. coord.), Aranzadi, 2023; y en *Nuevos problemas y nuevas soluciones en el teletrabajo transfronterizo* (ORTEGA GIMÉNEZ, A. dir. y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S. coord.), Aranzadi, 2024. Además, de forma más específica, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 222, 2019; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003; LÓPEZ INSUA, B. del M. y MONEREO PÉREZ, J. L.: «Derecho a la propia imagen y a la dignidad del trabajador en el reglamento general de protección de datos. Un estudio crítico a la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, n.º 115, junio 2023; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPÉR

estándares laborales muy diferentes. Así, mientras existen ordenamientos jurídicos con leyes muy avanzadas en materia de teletrabajo, protección de datos o propiedad intelectual en entornos digitales², otros apenas han comenzado a regular estas materias. Los desequilibrios que se plantean son importantes, con un importante incremento de la inseguridad jurídica. Además, las organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Unión Europea, pese a ser conscientes de la necesidad de abordar estos desafíos, aún ofrecen soluciones muy parciales y fragmentadas. Así, es cierto que existen convenios internacionales que tratan de armonizar criterios, pero la velocidad de los cambios tecnológicos supera con frecuencia la capacidad de respuesta normativa.

Un ejemplo ilustrativo se observa en el tratamiento de la información confidencial a la que se tiene acceso en el marco de una relación laboral. El valor estratégico de este tipo de datos en las empresas que desarrollan su actividad en el sector tecnológico es muy considerable. Sin embargo, las normas que regulan la confidencialidad y la protección de secretos empresariales varían notablemente entre países. Así, un trabajador que presta servicios para una empresa multinacional puede enfrentarse a incertidumbres sobre el alcance real de su deber de reserva, la vigencia de las obligaciones de confidencialidad tras la terminación del contrato o las consecuencias legales derivadas de una eventual divulgación. Esta diversidad normativa obliga tanto a las empresas como a los trabajadores a prestar especial atención a las cláusulas contractuales, pues de su redacción depende la eficacia de la protección jurídica de la información sensible.

Lo mismo sucede con la propiedad intelectual (puesto que en estas empresas gran parte del valor del trabajo radica en la creación de *software*, algoritmos, bases de datos o diseños). Sin embargo, los regímenes de derechos de autor y de patentes difieren considerablemente entre jurisdicciones; con la protección de datos personales (puesto que, pese a que el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea se ha convertido en un referente mundial, imponiendo exigencias incluso a empresas situadas fuera de Europa que procesan datos de ciudadanos

NAVARRO, A. V.: «Sobre Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales», Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º 15, 2002.

2. Así, en general, la UE y gran parte de los Estados miembros son buenos ejemplos de ordenamientos jurídicos con niveles elevados en esos ámbitos (*vid.* Eurofound [2022], *Telework in the EU: Regulatory frameworks and recent updates*, Publications Office of the European Union, Luxembourg [<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/all/telework-eu-regulatory-frameworks-and-recent-updates>]).

Europeos³, no todos los países cuentan con marcos normativos similares); con la deslocalización laboral derivada del auge del teletrabajo y las consecuencias que ello tiene sobre la vigilancia y control empresarial de la actividad laboral (el uso de softwares de monitorización, cámaras web, análisis de productividad mediante algoritmos o inteligencia artificial pueden enfrentar el derecho del trabajador a la intimidad al interés empresarial de preservar la viabilidad económica y el aprovechamiento óptimo de los recursos invertidos), por citar algunos de los problemas más habituales.

II. LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA INDUSTRIA TECNOLÓGICA: CLÁUSULAS Y PARTICULARIDADES

La dimensión internacional de los contratos del ámbito tecnológico representa, prácticamente al mismo nivel, una oportunidad de integración global y una fuente creciente de problemas de muy diversa índole, entre otros, de índole jurídica.

A la espera de un desarrollo normativo adaptado a estas nuevas necesidades, las empresas tratan de diseñar un marco contractual que combine flexibilidad e innovación con seguridad jurídica. Por ello, los contratos de trabajo en el ámbito de las nuevas tecnologías van mucho más allá de las estipulaciones tradicionales. Su característica esencial es la protección de activos intangibles (información, *software*, datos, *know-how*), junto con la adaptación a modalidades emergentes como el teletrabajo y la internacionalización de la prestación laboral. De este modo, cláusulas sobre confidencialidad, propiedad intelectual, ciberseguridad, desconexión digital, control de dispositivos, no concurrencia, cesión de derechos de propiedad intelectual, cláusulas de no competencia postcontractual o disposiciones sobre uso de dispositivos, ciberseguridad y formación se han convertido en elementos imprescindibles.

En el presente trabajo se abordarán únicamente aquellas cláusulas que, por su especial relevancia en el contexto del trabajo tecnológico y transna-

3. BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Privacidad, protección de datos y relaciones de trabajo. Nuevas realidades y nuevos parámetros normativos y jurisprudenciales en Europa», *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Bosch, 2019, pp. 198-203. Desde el prisma de la competencia judicial internacional, HEREDIA SÁNCHEZ, L. S.: «Apuntes sobre la determinación de la competencia judicial internacional en supuestos internacionales de infracción de datos personales. El binomio legal entre el reglamento europeo y la ley orgánica española», *Diario LA LEY*, n.º 10008, Sección Tribuna, 11 de febrero de 2022.

cional, suscitan mayores desafíos interpretativos y prácticos. En particular, se examinarán las cláusulas de confidencialidad y secreto empresarial, las cláusulas de propiedad intelectual e industrial, las cláusulas relativas al teletrabajo y al derecho a la desconexión digital, las cláusulas sobre el uso de dispositivos y el control empresarial en los contratos de trabajo internacionales, así como las cláusulas de no competencia y permanencia aplicables en dicho ámbito. El análisis se centrará en identificar sus fundamentos jurídicos, su función dentro de la relación laboral tecnológica y las tensiones que generan entre la protección de los intereses empresariales y los derechos de los trabajadores.

En qué medida este objetivo sacrifica o no la protección de los derechos laborales de los trabajadores es algo que tendrá que analizarse caso por caso y cuya solución global requerirá de un diálogo entre legisladores, empresas, trabajadores y organismos internacionales.

III. CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO EMPRESARIAL

1. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL DE LAS CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO EMPRESARIAL

La información estratégica de las empresas configura gran parte de los activos intangibles de las empresas y determina su valor en el mercado, su viabilidad y su proyección futura. Por lo tanto, la protección de esta debe articularse correctamente y, por ello, suele alcanzar a los derechos y obligaciones de los trabajadores que prestan sus servicios en tales mercantiles, especialmente cuando estas son empresas tecnológicas.

Los ordenamientos jurídicos actuales, como no puede ser de otra manera, disponen de mecanismos legales para la salvaguarda de la información estratégica de las compañías. Concretando aún más, la protección de este tipo de activos intangibles adquiere una especial importancia en los contratos de trabajo, motivo por el cual las cláusulas de confidencialidad y secreto empresarial se configuran como un instrumento esencial.

Los pactos de confidencialidad no aparecen regulados en las normas laborales, quedando sujetos a la autonomía de la voluntad, y pueden ser de utilidad para dejar constancia de las cuestiones sobre las que el trabajador deba guardar silencio, su alcance temporal, la contraprestación empresarial, especialmente si sus efectos se trasladan más allá del fin de la relación

de trabajo y las consecuencias del incumplimiento, generando con ello un deber de reserva cualificado en el trabajador con posibles consecuencias disciplinarias, patrimoniales o incluso penales⁴.

El marco jurídico sobre el secreto empresarial pretende lograr un equilibrio entre intereses contrapuestos. De un lado, favorecer la innovación y el estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos e informaciones socialmente valiosas; y, del otro, garantizar la libre competencia y movilidad de los trabajadores para fomentar un mercado de trabajo óptimo y eficiente⁵, así como garantizar sus derechos colectivos.

La validez general de este tipo de cláusulas está fuera de toda discusión. No obstante, los diferentes ordenamientos jurídicos introducen matices que pueden condicionar en diferente medida su validez⁶. Denominador común a todos ellos son los siguientes elementos: (i) La definición de la información protegida debe ser clara. Una definición amplia o ambigua

4. ASENSIO, Carlos Gómez; MARTÍNEZ, Pablo Puente. La nueva configuración del secreto empresarial en las relaciones laborales y su impacto en las redes empresariales. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2020, vol. 66.

5. GARCÍA-PERROTE, I.: «La gobernanza de las relaciones de trabajo», VV. AA. *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTMSS, Madrid, 2019, p. 220.

6. El marco jurídico regulador de este tipo de cláusulas está conectado con la normativa internacional de protección de secretos empresariales. Así, por ejemplo, en el marco europeo, la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DO L 157 de 15.6.2016). A nivel nacional, con las legislaciones nacionales sobre competencia desleal. Por ejemplo, en España, a través de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019). La directiva y la LSE recogen concepciones similares sobre el secreto empresarial (definen el secreto empresarial como información no divulgada, con valor comercial y objeto de medidas razonables para mantenerla secreta), y lo hacen dando continuidad a la concepción existente anteriormente, en la que, ante la falta de una definición legal propia, se ha venido utilizando como referencia la recogida en el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), cuya ratificación por España fue publicada en el BOE núm. 20, de 24 de enero de 1995.

En Estados Unidos, el régimen es dual: (i) A nivel federal, la *Defend Trade Secrets Act* (2016) ofrece protección uniforme frente a la apropiación indebida de secretos comerciales; (ii) A nivel estatal, la mayoría aplica la *Uniform Trade Secrets Act* (UTSA). Sobre el concepto de secreto empresarial y su protección en el Derecho norteamericano, *vid.* ZUECO PEÑA, A.: «Obtención, utilización y revelación lícitas de secretos empresariales», en *Comentarios a la ley de secretos empresariales*, La Ley, 2020 (LA LEY 6280/2020).

puede llegar a comprometer la validez de la cláusula; (ii) Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad deben estar claramente especificadas y detalladas y ser proporcionadas en cuanto a su alcance temporal y material; (iii) La obligación de confidencialidad no puede impedir el desarrollo de la carrera profesional del trabajador.

Una correcta redacción de este tipo de cláusulas puede evitar filtraciones indeseadas o interpretaciones restrictivas que mermen su efectividad como instrumento protector de los intereses empresariales, pero también puede reducir la inseguridad jurídica y reforzar la protección de los derechos del trabajador.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO HABITUAL DE LAS CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL TRANSNACIONAL

El contenido de la cláusula de confidencialidad, lejos de ser un mero formalismo, constituye una herramienta fundamental para la protección de la información empresarial, verdadero valor estratégico en una economía digital.

Su contenido habitual debe estar marcado por la definición de lo que debe entenderse por información confidencial, por las principales obligaciones presentes y futuras del trabajador en relación con la misma, por la delimitación de su duración y por las sanciones que su incumplimiento lleva aparejadas.

En relación con la definición de lo que debe entenderse por información confidencial, este tipo de cláusulas pueden ofrecer una definición u ofrecer un listado ejemplificativo que incluya información estratégica, tales como algoritmos, códigos fuentes, procesos internos, comunicaciones, bases de datos de clientes y de proveedores, etc. Si se opta por una definición de confidencialidad mediante listados, estos suelen tener carácter abierto de forma que la enumeración incluya lo allí reflejado, pero no excluya otro tipo de información de carácter análogo. Por ello, en múltiples ocasiones se contempla una formulación mixta, esto es, una definición conceptual acompañada de un Listado de ejemplos que ilustren el alcance de la definición teórica. Además, no es infrecuente que la definición vaya acompañada de un conjunto de excepciones que matizan el alcance de la definición general. Este tipo de excepciones suelen aludir a información que es pública o que, sin serlo, sea fácilmente accesible por personas

que no mantienen una relación laboral con la empresa⁷. Evidentemente, la obligación de confidencialidad no se extiende a la obligación que debe ser revelada por mandato judicial o legal, ni a los supuestos en que la empresa no ha adoptado medidas razonables y efectivas para proteger la información⁸.

Las obligaciones que asume el trabajador mediante este tipo de cláusulas combinan generalmente una obligación pasiva de silencio o compromiso de no divulgación, con una obligación activa de custodia y protección de la información sensible de la empresa. Con esto la empresa queda protegida frente a comportamientos, intencionados, pero también negligentes del trabajador⁹.

En relación con la fijación de la duración de este tipo de cláusulas suele ser habitual que la obligación de guardar secreto prolongue su duración más allá de la extinción del contrato puesto que su efectividad se vería claramente reducida si el deber de confidencialidad se limitara a la vigencia de la relación laboral misma. Es más, en muchos ordenamientos jurídicos el deber de confidencialidad durante la relación laboral no precisa de ninguna cláusula expresa en tal sentido, sino que puede imponerse legalmente al trabajador como una obligación laboral más¹⁰. En función del sector y del carácter de la información, la duración habitual suele oscilar entre uno y cinco años, aunque en casos excepcionales puede tener una duración indefinida (piénsese, por ejemplo, en las fórmulas de un producto como la de la Coca Cola). En todo caso, una duración desproporcionada puede

7. La jurisprudencia española viene exigiendo que la información alegada como secreta esté claramente identificada, tenga valor económico y se hayan adoptado medidas razonables para su protección. Así, entre otras, sentencias de la AP Barcelona, de 16-03-2023 (ECLI: ES:APB:2023:4535), de 31-03-2015 (ECLI: ES:APB:2015:2007), de la AP Valencia, de 04-03-2024 (ECLI: ES:APV:2024:416). Estas dos últimas sentencias puntualizan, además, que los conocimientos, habilidades y experiencia adquiridos durante la relación laboral no constituyen secretos empresariales protegidos, salvo que se concrete y acredite la información específica que se pretende proteger.

8. Sentencia de la AP Barcelona de 04-03-2024 (ECLI: ES:APB:2024:3474.^a).

9. La negligencia no es sancionable penalmente, pero sí lo puede ser civil y laboralmente. Ya lo apuntó en su día la sentencia del TSJ País Vasco (Social), de 26-05-1998, n.º 1947/1998. Y han profundizado posteriormente en esta línea las sentencias de la AP Zaragoza, de 11-04-2023 (ECLI: ES:APZ:2023:1067A) o la del TSJ Castilla y León (Valladolid) (Social), de 17-01-2022 (ECLI: ES:TSJCL:2022:122).

10. En el caso español, el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores habla del deber básico de todo trabajador de «Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia».

comprometer la validez de la cláusula puesto que afectaría al derecho del trabajador al desarrollo de su carrera profesional¹¹.

Finalmente, la proporcionalidad no sólo debe predicarse de la duración de la obligación de confidencialidad, sino también de la sanción que lleve aparejada. Para que estas cláusulas sean efectivas, su vulneración no puede conllevar un mero reproche o amonestación. Deben prever consecuencias más sensibles como el despido o la obligación del trabajador de indemnizar los daños o perjuicios causados con la revelación del secreto. Así, si el acuerdo de confidencialidad no establece una sanción concreta o una cláusula penal clara, la empresa no puede reclamar automáticamente una indemnización. Es necesario que la empresa acredite los daños y perjuicios concretos derivados del supuesto incumplimiento¹².

IV. CLÁUSULAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

1. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL EN EL CONTEXTO LABORAL TRANSNACIONAL

En los contratos de trabajo tecnológicos la prestación del servicio del trabajador contratado por la empresa puede materializar en el desarrollo de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales... esto es, derechos de propiedad industrial; y/o en el desarrollo de programas informáticos, base de datos, manuales..., esto es, derechos de propiedad intelectual.

Cuando esto sucede, es preciso articular quién o quiénes son los titulares de los derechos sobre estas obras que han sido generadas durante la vigencia de la relación laboral: ¿el trabajador, autor de las mismas, quien las ha creado y diseñado gracias a sus conocimientos técnicos, o el empleador, quien las ha financiado mediante el pago del salario al traba-

11. Si el acuerdo de confidencialidad en realidad limita la posibilidad del trabajador de ejercer su profesión o trabajar en el sector tras la extinción del contrato, debe ser tratado como un pacto de no concurrencia, sujeto a los requisitos de duración y compensación económica. La falta de estos requisitos ha llevado a algunos de nuestros tribunales a decretar la nulidad de la misma. Así, entre otros, la sentencia del TSJ País Vasco (Social), de 04-04-2017 (ECLI: ES:TSJPV:2017:1305), del TSJ Cataluña (Social), de 19-12-2022 (ECLI: ES:TSJCAT:2022:11762) o del TSJ Madrid (Social), de 26-10-2018 (ECLI: ES:TSJM:2018:9987).

12. En este sentido, sentencia del TSJ Madrid (Social), de 19-02-2021 (ECLI: ES:TSJM:2021:1596) o de 06-11-2015 (ECLI: ES:TSJM:2015:13185).

jador que las ha desarrollado? La respuesta puede variar en función de la legislación que resulte aplicable al contrato de trabajo y en función de las concretas estipulaciones que las partes hayan introducido en el contrato de trabajo que les vincula. Pensemos, por ejemplo, en un programador indio que ha sido contratado por una empresa estadounidense para el desarrollo de un determinado *software* que se comercializará por Europa y Estados Unidos.

La mayoría de las legislaciones se articulan sobre la base de que los derechos patrimoniales de las creaciones desarrolladas en el marco de una relación laboral pertenecen al empresario empleador del trabajador, siempre que la misma haya sido desarrollada por el trabajador, si éste actúa en dentro de sus funciones y utiliza los recursos financieros, técnicos y humanos de la empresa. No obstante, pese al consenso general en esta respuesta global, son los matices existentes entre los diferentes ordenamientos jurídicos los que introducen una elevada dosis de inseguridad jurídica sobre la cuestión.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos las «*works made for hire*» atribuyen automáticamente la titularidad al empleador¹³, mientras que en países europeos los derechos morales son inalienables. En algunos sistemas jurídicos se restringe la cesión anticipada de derechos futuros o se exige la observancia de alguna formalidad específica¹⁴. Además, cuando el trabajador desarrolla su actividad en diferentes países, esta movilidad transnacional puede multiplicar las dudas sobre la legislación que pueda resultar de aplicación. En definitiva, «(...) la principal dificultad a resolver radica en la solución que se dé a la contradicción existente entre el principio básico en materia de propiedad intelectual, que sólo reconoce como autor al que crea la obra, y la

13. La doctrina del *work made for hire* demuestra que en el Derecho norteamericano el concepto de autor es una ficción o construcción jurídica que no coincide con el concepto natural de autor, en la medida en que permite equiparar al autor con el empleador, considerándolo *ab initio* titular de la obra. Refuerza este argumento el hecho de que en las obras consideradas *work made for hire* es el nombre del empleador el que debe figurar en el registro. FISK C.: «Authors at Work: The Origins of the Work-for-Hire Doctrine» *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 15, no. 1, Winter 2003, pp. 1-71. Para una comprensión más profunda de esta doctrina, *vid.* RABASA MARTÍNEZ, I.: «La recuperación de los derechos de copyright: derecho de revocación y *work made for hire* en el derecho norteamericano y español» *La LEY mercantil* n.º 64, diciembre 2019 (LA LEY 15130/2019).

14. Para un estudio más profundo de la cuestión, *vid.* HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 15, págs. 61 y ss.

exigencia derivada del Derecho del Trabajo, que atribuye al empresario los frutos del trabajo»¹⁵.

Es cierto que convenios internacionales en esta materia, como el Convenio de Berna, el Acuerdo ADPIC (OMC) o el Convenio de París, han contribuido a generar un marco regulador común, pero los márgenes de discrecionalidad dejados a cada Estado hacen que, aunque la relatividad propia de un contexto internacional disminuya, no desaparezca¹⁶. En definitiva, en los contratos de trabajo internacionales es esencial adaptar estas cláusulas al marco regulador de cada jurisdicción, ya que la protección de ciertos bienes intangibles puede variar.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO HABITUAL DE LAS CLÁUSULAS SOBRE TITULARIDAD, CESIÓN Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA

El contenido habitual de este tipo de cláusulas debe incluir la definición de su ámbito de aplicación, el establecimiento de la titularidad de los derechos generados durante la vigencia de la relación laboral, tanto en su dimensión patrimonial como moral, y la posible existencia de una remuneración complementaria.

15. BONDIA ROMÁN, F., «Los autores asalariados», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1984, núm. 19, pág. 422.

16. La protección de la propiedad intelectual e industrial se sustenta en un entramado normativo de carácter internacional. Sin ánimo de exhaustividad, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (instrumento de Ratificación de 2 de julio de 1973, BOE, 30 de octubre de 1974, n.º 260) regula los derechos de autor, reconociendo la irrenunciabilidad de los derechos morales. Por su parte, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 (ratificado por España el 13 de diciembre de 1971, su Instrumento fue publicado en el BOE de 1 de febrero de 1974) establece principios sobre patentes, marcas y diseños industriales. En el ámbito comercial, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), adoptado en 1994 bajo la Organización Mundial del Comercio, armoniza estándares mínimos de protección en los Estados miembros (OMC, 1994). Asimismo, la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 111 de 5.5.2009) establece que los programas de ordenador creados por empleados pertenecen automáticamente al empleador, lo cual refleja la importancia de regular expresamente las obras creadas en el marco laboral. Estos instrumentos evidencian la existencia de una base normativa común, pero la implementación práctica depende de cada legislación nacional, lo que genera retos para la coherencia contractual.

La determinación de su ámbito de aplicación está íntimamente relacionada con la precisión de lo que es el objeto de protección, esto es, la definición del tipo de creaciones del trabajador que quedan incluidas en la prestación laboral y en el marco de las funciones asignadas. Una definición clara del objeto de protección puede evitar los problemas que se puedan suscitar en relación con aquellas creaciones del trabajador que surjan en paralelo a su actividad laboral y que, de alguna manera, puedan estar vinculadas siquiera sea de forma indirecta con el *know-how* o los secretos de la empresa.

Tan importante o más que la determinación del objeto de protección lo es la atribución de la titularidad de los derechos sobre los mismos y/o su eventual cesión. Aunque existen algunas legislaciones que atribuyen al empleador de forma automática y por mandato legal los derechos patrimoniales sobre determinadas creaciones desarrolladas por el trabajador en el marco de la prestación laboral¹⁷, es aconsejable que este tipo de cláusulas confieran la titularidad de los derechos patrimoniales inherentes a las creaciones desarrolladas por el trabajador en el marco de la relación laboral o establezcan una cesión contractual anticipada de los mismos a favor de la parte empleadora.

Íntimamente relacionados con los derechos patrimoniales sobre las creaciones desarrolladas por el trabajador, lo están los derechos morales que derivan de los mismos. En los sistemas de derecho continental, los derechos morales aluden a la paternidad de la obra, su integridad o su divulgación, entre otros, y gozan de una protección más amplia que en las jurisdicciones de *Common Law*. Este tipo de derechos son generalmente irrenunciables e intransferibles, lo que en ocasiones choca con los intereses de los empleadores, que precisan de flexibilidad para su explotación. Ello plantea un reto para los empleadores, que requieren flexibilidad en la explotación de las obras. La forma de superar las diferencias entre las jurisdicciones implicadas pasa por introducir una estipulación contractual en la que el trabajador renuncie a los derechos adquiridos (sólo posible en la medida en que la legislación aplicable lo permita) o autorice expresamente al empleador a ejercer en su nombre ciertos derechos.

Finalmente, algunos ordenamientos jurídicos como el alemán o el español reconocen el derecho del trabajador/inventor a percibir una remun-

17. Como en materia de software en la Unión Europea, donde los derechos patrimoniales corresponden exclusivamente al empleador. Así lo dispone el artículo 2 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 111 de 5.5.2009).

neración complementaria si la invención genera un beneficio económico importante y sustancial al empleador. De esta forma se pretende equilibrar la asimetría económica existente entre el aporte creativo del trabajador y la explotación comercial de la creación por parte del empleador. Si el acuerdo de cesión no prevé expresamente una compensación proporcional a los beneficios obtenidos por la empresa, y los beneficios obtenidos por la empresa son muy significativos, la compensación percibida por el trabajador puede ser revisada o complementada¹⁸. Por ello, este tipo de cláusulas en ocasiones prevén una compensación económica fija o establecen una fórmula de cálculo de ésta que articule adecuadamente el porcentaje, la base sobre la que éste debe aplicarse (generalmente vinculada a los beneficios netos) y la forma de pago (ya sea a través del pago de una prima única, ya sea a través de pagos escalonados vinculados a la consecución de determinados hitos).

Para concluir, este tipo de cláusulas suelen ir reforzadas con cláusulas de confidencialidad y protección de secretos empresariales, que obligan al trabajador a proteger la información sensible de la empresa y sus activos intangibles.

V. CLÁUSULAS SOBRE TELETRABAJO Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN

1. EL MARCO JURÍDICO TRANSNACIONAL DEL TELETRABAJO: PLURALIDAD NORMATIVA Y LAGUNAS DE REGULACIÓN

La regulación del teletrabajo internacional presenta una complejidad especial debido a la ausencia de un marco normativo uniforme. Se trata de un ámbito en el que confluyen normas de carácter nacional, europeo e internacional que pueden solaparse y presentar lagunas normativas¹⁹. Pese

18. En este sentido, sentencia del TSJ Madrid (Social), de 22-02-2023 (ECLI: ES:TSJM:2023:1968) o del TSJ Cataluña (Social), de 13-09-2023 (ECLI: ES:TSJCAT:2023:8179).

19. Así, por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, a nivel internacional el Convenio de la OIT n.º 177 (1996), sobre trabajo a domicilio, que reconoce derechos mínimos aplicables también al teletrabajo. A nivel europeo, el Reglamento (CE) 883/2004 sobre coordinación de sistemas de seguridad social, que establece qué legislación en materia de cotizaciones se aplica cuando el trabajador reside en otro Estado miembro, la Directiva 2019/1152, que garantiza condiciones laborales transparentes, con obligación de informar sobre la modalidad de prestación transnacional, la Directiva 89/391/CEE, que refuerza la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud en el

a esta multiplicidad de instrumentos normativos, lo cierto es que suelen centrarse en la regulación del teletrabajo de carácter doméstico, dejando fuera de su propósito uniformizador la regulación del teletrabajo transfronterizo, en el que el trabajador presta servicios en diferentes Estados²⁰. Es decir, pese a la existencia de diversos instrumentos jurídicos internacionales, europeos y nacionales que regulan el teletrabajo, ninguno aborda expresamente su dimensión transnacional. Así, por ejemplo, en el ámbito comunitario, la Comisión Europea reconoció la importancia de esta cuestión, pero en el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo no incluyó referencia alguna al carácter internacional que puede presentar esta modalidad laboral. No obstante, dicho Acuerdo contribuyó a fijar condiciones mínimas de protección social y a facilitar la operatividad de empresas multinacionales en un mercado único, pero siempre desde una perspectiva interna²¹.

Del mismo modo, en la normativa interna la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia²² tampoco contempla expresamente el teletrabajo transnacional. En consecuencia, la dimensión transnacional del teletrabajo queda fuera de las normas específicas sobre esta materia y debe resolverse mediante la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado²³. Concretamente, resultarían de aplicación en materia de competencia judi-

trabajo, incluso a distancia o el RGPD (Reglamento 2016/679), clave para el tratamiento de datos en contextos transfronterizos. A nivel interno, por parte española, la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, regula el acuerdo de teletrabajo, su carácter voluntario, reversible y las obligaciones sobre gastos, medios, horario, control y prevención de riesgos.

20. ROMERO BURILLO, A.M., «Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo», en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo de Seguridad Social*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, pág. 1144.

21. MELLA MÉNDEZ, Lourdes. Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2003, vol. 19, n.º 1, pp. 21-52.

22. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021.

23. Sobre el mismo, *vid.* ROMERO BURILLO, A.M., «Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo», en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo de Seguridad Social*, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, pp. 1135-1150. CRESPI FERRIOL, M.M.: «Trabajo a distancia transnacional». En *El trabajo a distancia: con particular análisis del Real Decreto-Ley 28-2020, de 22 de septiembre*, coord. por Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel Árbol académico, coord. por Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel, Javier Thibault Aranda, 2021, pp. 659-688.

cial internacional el Reglamento Bruselas I bis²⁴. Y en materia de ley aplicable, el Reglamento Roma I²⁵.

Por todo ello, las cláusulas de teletrabajo transnacional son necesarias para dotar de seguridad jurídica a este tipo de contratos de trabajo, pero deben tener en cuenta que su validez puede estar condicionada por normas imperativas de derecho internacional, europeo y nacional que limiten su eficacia en la medida en que puedan regular derechos básicos e irrenunciabiles de los trabajadores. No olvidemos que pueden existir leyes de policía estatales, recogidas tanto en la legislación europea, como interna o, incluso, en convenios colectivos, que contengan este tipo de normas y que, directa o indirectamente incidan sobre diferentes aspectos de la relación laboral transnacional tales como la contratación, la ejecución del contrato, la organización del trabajo, cuestiones de igualdad y diversidad, salud y seguridad, protección de bienes, derechos asociados al empleo o extinción de la relación laboral, etc.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO HABITUAL DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES EN EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL

Conscientes de los riesgos que derivan de la existencia de normas imperativas o incluso internacionalmente imperativas que regulen este tipo de relación laboral, las empresas suelen intentar reducir los riesgos derivados de la existencia de diferentes estándares sociolaborales en esta materia a través de cláusulas específicas que regulen los aspectos más controvertidos del teletrabajo transnacional.

Al margen de cuestiones relativas a los aspectos fiscales y de seguridad social, es habitual que las partes determinen la jurisdicción competente para dirimir eventuales discrepancias entre ellas y fijen la ley aplicable a la relación laboral. no obstante, la autonomía de la voluntad conflictual puede ver mermado su alcance por los derechos mínimos irrenunciabiles del lugar en el que el trabajador presta habitualmente sus servicios (gene-

24. Artículos 20 a 23 del Reglamento (UE) n° 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 (DO L351 de 20.12.2012).

25. Artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L177 de 4.7.2008).

ralmente vinculados con el país donde éste tiene su residencia habitual)²⁶. Por ello, no es infrecuente que en el propio contrato de trabajo las partes identifiquen expresamente el lugar desde el que el trabajador teletrabaja, incluso llegando a limitar la posibilidad de que el trabajador fije su residencia en determinados países que, por motivos fiscales, de seguridad social o de protección de datos, puedan menoscabar los intereses de la parte empleadora.

Igualmente, este tipo de contratos de trabajo suelen contener estipulaciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales, en las que las partes vienen a distribuir sus obligaciones laborales. En este sentido, es habitual que el empleador asuma la obligación de garantizar la información y formación necesaria para el desarrollo de las funciones asignadas al trabajador. Y éste, por su parte, suele asumir la obligación de mantener un espacio adecuado.

La regulación de la protección de datos y del deber de confidencialidad suele ser también habitual en este tipo de relaciones laborales, llegando a imponer al trabajador el uso obligatorio de dispositivos corporativos y de redes seguras, y a prohibir todo tipo de almacenamiento de información en dispositivos personales.

Todo ello sin olvidar las funciones de seguimiento y control que le corresponden a la parte empleadora y que generalmente se materializan en el establecimiento y regulación de los mecanismos adecuados de registro horario y supervisión del trabajo realizado, que en todo caso deberán ser respetuosos con el derecho a la intimidad y a la desconexión digital del trabajador.

En cualquier caso, como hemos comentado anteriormente, el derecho de las partes a autorregularse y a establecer el contenido de su relación laboral no es ilimitado y nunca puede ir en detrimento de los derechos mínimos reconocidos en el país donde efectivamente se trabaja. Así, por ejemplo, en materia de prevención de riesgos laborales, aunque el contrato limite la responsabilidad del empleador, la normativa en materia de salud laboral reconoce al trabajador derechos de protección que son irrenunciables y que hacen que las cláusulas potencialmente exoneratorias de res-

26. Sobre este punto de conexión, clave en la regulación del teletrabajo de carácter transnacional, *vid.* IRIARTE ÁNGEL, J.L., «La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, no 2, 2018, pp. 477-496.

ponsabilidad del empleador sean nulas. no obstante, debemos subrayar que a nivel interno el RDL 28/2020 no ofrece una regulación específica de la prevención de riesgos en el teletrabajo, y se limita a aplicar el régimen general diseñado para el trabajo presencial, sin prever reglas adaptadas a riesgos característicos como el aislamiento, el tecnoestrés o la hiperconectividad²⁷. Ello genera importantes tensiones. Así, por ejemplo, la dificultad del empresario para evaluar y controlar un espacio que no domina directamente, la necesidad de un mayor compromiso del trabajador en la prevención, y la inseguridad jurídica en torno a la responsabilidad empresarial²⁸.

Lo mismo sucede en materia de protección de datos. El RGPD tiene carácter imperativo y las partes no pueden excluir su aplicación si el teletrabajo implica transferencia de datos personales a países sin garantías adecuadas. En este contexto el Reglamento (UE) 2016/679, Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), se configura como una auténtica *ley de policía europea* aplicable también en el ámbito laboral. Y el mismo resulta de aplicación, tanto cuando el empleador tiene el establecimiento responsable del tratamiento de los datos en la Unión Europea, como cuando el trabajador presta habitualmente sus servicios dentro de la UE, aunque el empleador esté establecido en un país tercero. El RGPD no prohíbe, en principio, el tratamiento de categorías especiales de datos sensibles en el ámbito laboral, pero exige que este tratamiento esté justificado por razones de cumplimen-

27. Recordamos en este punto la Nota Técnica de Prevención núm. 1123/2018, TIC II, que alude a los factores de riesgo psicosocial asociados al teletrabajo, en la que se mencionan los siguientes: Prolongación de la jornada laboral (realización del trabajo en los tiempos muertos entre viaje y viaje, realización del trabajo fuera del horario laboral, en el hogar, etc.), que puede desembocar también en una intensificación del trabajo. • Prolongación de la jornada laboral que puede interferir en la vida familiar y el tiempo de ocio. • Dificultad para contabilizar el trabajo realizado fuera de la jornada laboral (mediante conexión remota a los servidores en el fin de semana, envío y recepción de correos electrónicos fuera del horario laboral, etc.). • Disminución y dificultad para disfrutar del tiempo de descanso y/o recuperación física y mental debido a la facilidad de conexión para realizar el trabajo fuera de la jornada laboral. • La facilidad para trabajar en cualquier momento y lugar gracias a las TIC puede actuar como generador y/o potenciador de la adicción al trabajo y/o la adicción al uso de las TIC (<https://www.insst.es/documentacion/coleccion-tecnicas/ntp-notas-tecnicas-de-prevencion/32-serie-ntp-numeros-1101-a-1135-ano-2018/-las-tecnologias-de-la-informacion-y-la-comunicacion-tic-ii-factores-de-riesgo-psicosocial->).
28. En esta línea, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Obligación empresarial de protección de la salud en el trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia: con particular análisis del Real Decreto-Ley 28-2020, de 22 de septiembre*, coord. por Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel, Javier Thibault Aranda, 2021, ISBN 978-84-18662-20-1, pp. 377-418.

to de obligaciones legales en materia de trabajo o seguridad social, o bien para el ejercicio de derechos específicos, siempre con garantías suficientes de protección de los derechos e intereses del trabajador. Alternativamente, también se admite el tratamiento de estos datos para fines de medicina laboral o de evaluación de la capacidad laboral del empleado²⁹.

VI. CLÁUSULAS DE USO DE DISPOSITIVOS Y CONTROL EMPRESARIAL EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO INTERNACIONALES

1. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DEL CONTROL EMPRESARIAL SOBRE LOS DISPOSITIVOS LABORALES

Las cláusulas que regulan el uso de dispositivos y el control empresarial sobre la prestación de servicios del trabajador son un instrumento útil para, por un lado, tratar de articular la convivencia pacífica entre los intereses del empresario (protección de los activos de la empresa, mediante la regulación del uso indebido de los mismos por parte del trabajador y el control de la productividad de este) y los del empleado (salvaguarda y protección del derecho a la intimidad, dignidad y protección de datos personales).

Sin embargo, el uso de dispositivos electrónicos (piénsese en ordenadores, teléfonos móviles, tablets, *software* corporativo) y el control empresarial sobre la actividad de los trabajadores plantean importantes retos legales, máxime cuando la prestación laboral trasciende de nuestras fronteras.

Por ello, no es infrecuente que, en los contratos de trabajo de carácter internacional, cada vez más, estas cuestiones sean expresamente reguladas por cláusulas específicas que delimitan el uso de las herramientas tecnológicas que la empresa pone a disposición del trabajador, y articulan los mecanismos de control y supervisión implantados.

Al igual que en el apartado anterior, en la regulación de esta materia confluyen diferentes normativas. Así, por ejemplo, en el continente europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho al respeto de la vida privada, aplicable también al ámbito laboral³⁰.

29. En este sentido, ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel. *La relación laboral internacional*. Tirant lo Blanch, 2022, par. 223.

30. Artículo 8. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido límites al control del correo electrónico del trabajador. Asunto *Barbulescu v. Rumanía*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4.ª, Sentencia de 12 de

El Reglamento General de Protección de Datos regula el tratamiento de datos personales en el marco de la monitorización de dispositivos y exige proporcionalidad, transparencia e información previa al trabajador³¹. La Directiva 2002/58/CE (Directiva ePrivacy)³² establece requisitos específicos en materia de comunicaciones electrónicas. Por su parte, en la normativa estadounidense, los empleadores tienen mayor margen para controlar dispositivos, aunque la Electronic Communications Privacy Act (ECPA, 1986) impone ciertos límites. Reduciendo la cuestión a una consigna general, podríamos concluir que en Europa prima la protección de la privacidad, frente al control empresarial que prevalece en Estados Unidos.

Esta somera aproximación al panorama legislativo muestra la dificultad de redactar cláusulas que sean válidas en un contexto multinacional, puesto que su eficacia va a depender de encontrar el equilibrio entre los intereses legítimos de la empresa (la promoción de la productividad y la protección de los activos corporativos) y los derechos fundamentales del trabajador (protección de su dignidad y privacidad).

VII. CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA Y PERMANENCIA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO INTERNACIONALES

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO JURÍDICO

Las cláusulas de no concurrencia postcontractual son un instrumento jurídico-laboral por el cual el trabajador se obliga a no realizar actividades laborales o profesionales que puedan suponer una competencia, directa e incluso indirecta, para su empleador una vez finalizada la relación laboral. Generalmente, este tipo de cláusulas están delimitadas territorial y temporalmente.

enero de 2016, Rec. 61496/2008. Vid. GOÑI SEIN, J.L. «La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», *Trabajo y Derecho*, n.º 40, Sección Estudios, Abril 2018, pp.12-26.

31. Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DO L 119 de 4.5.2016.

32. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). DO L 201 de 31.7.2002

La finalidad última de este tipo de cláusulas, al igual que sucedía con las cláusulas de confidencialidad o de secreto empresarial, es salvaguardar los intereses económicos, comerciales y estratégicos de la empresa, especialmente su *know-how*, su clientela y su información confidencial.

Desde un prisma conceptual, bajo este tipo de acuerdos convergen fundamentos del Derecho laboral (derecho a la libre elección de profesión u oficio, y a la promoción a través del trabajo³³) y del Derecho de la competencia puesto que se limita el derecho a la libre elección de profesión y oficio en aras de proteger la libre competencia y la lealtad entre las empresas.

Debido a este difícil equilibrio, los sistemas jurídicos de nuestro entorno someten este tipo de cláusulas a un régimen de validez en cierto modo restrictivo. Así, generalmente, se condiciona su validez y efectividad a la existencia de un interés legítimo del empleador, a la limitación temporal y territorial razonable, y al pago de una cantidad económica que compense adecuadamente al trabajador por las limitaciones impuestas.

La naturaleza jurídica de estas cláusulas ha sido tradicionalmente discutida. Aunque se insertan en el contrato de trabajo, su eficacia se proyecta más allá de su extinción. De ahí que su interpretación requiera conciliar los principios del Derecho laboral (basados en la irrenunciabilidad de los derechos mínimos y en la protección de la parte contractualmente débil), con el principio de libertad contractual sobre el que se asienta el Derecho civil y mercantil. Además, esta dicotomía se ve especialmente acentuada en el ámbito internacional puesto que la pluralidad de ordenamientos jurídicos que son potencialmente aplicables y la diversidad de estándares existentes en esta materia dificultan las certezas sobre la efectividad real de este tipo de cláusulas.

2. MARCOS NORMATIVOS DE NUESTRO ENTORNO Y PROBLEMAS DE ACOMODO ENTRE ELLOS

El tratamiento de las cláusulas de no concurrencia postcontractual varía significativamente entre los distintos sistemas jurídicos, lo que genera importantes problemas de armonización en un contexto transnacional.

33. Así, aparece reconocido en la Constitución Española (artículo 35), en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Artículo 23.1), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Artículo 6.1), Carta Social Europea de 1966 (Artículo 1), entre otros.

En el continente europeo estos pactos se admiten, pero con rígidas condiciones de validez, mientras que en los países de tradición anglosajona tienden a someterse a un control judicial de razonabilidad más flexible y casuístico. Así, la Unión Europea no ofrece una regulación uniforme de estas cláusulas, por lo que su régimen se determina conforme a las legislaciones nacionales y, en los contratos transnacionales, mediante la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado (principalmente el Reglamento Roma I).

En España, el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores establece un régimen claro: El pacto debe formalizarse por escrito, su duración no puede exceder de dos años para técnicos y de seis meses para el resto de los trabajadores, debe concurrir un interés comercial o industrial efectivo por parte del empresario; y, sobre todo, debe compensarse económicamente al trabajador con una contraprestación adecuada. En defecto de compensación o si el pacto excede los límites temporales o geográficos razonables, el mismo se considera nulo o ineficaz.

En Francia³⁴, Alemania³⁵ e Italia³⁶ las restricciones existentes son similares. En el Reino Unido no existe una norma estatutaria específica pero los *post-termination restrictive covenants* se someten a la doctrina de la razonabilidad (*reasonableness test*). Es decir, los tribunales valoran si la restricción es razonable en función del interés legítimo del empleador y de la proporcionalidad de los medios utilizados. Si la cláusula restringe excesivamente la libertad del trabajador o impide su subsistencia profesional, se declara nula³⁷. En Estados Unidos, el panorama está fragmentado. Hay estados como California, que prácticamente prohíben cualquier pacto de no competencia. Mientras que otros reconocen su validez, pero sometiéndolos a

34. Artículo L1121-1 del *Code du travail*.

35. §74 del *Handelsgesetzbuch* regula estas cláusulas, exigiendo una compensación económica mínima del 50 % de la remuneración anterior por cada año de prohibición, y prohibiendo su aplicación cuando impongan una carga desproporcionada al trabajador.

36. Artículo 2125 del *Codice Civile* también las admite bajo condiciones: deben constar por escrito, fijar un ámbito objetivo, temporal y territorial, y establecer una compensación adecuada. La ausencia de cualquiera de estos elementos conlleva su nulidad. Además, la duración de la restricción no puede ser superior a cinco años, en el caso de los directivos, y a tres años en los demás casos. Si se acuerda una duración superior, se reducirá en la medida indicada anteriormente.

37. DEAKIN, S. Y MORRIS, G., *Labour Law* (8th ed.). Oxford University Press, 2019, pp. 533-540.

un control de proporcionalidad y compensación económica. Es el caso del estado de Nueva York, por ejemplo³⁸.

3. CONTENIDO HABITUAL Y CRITERIOS DE VALIDEZ

Pese a la diversidad legislativa, la práctica internacional ha consolidado un modelo estructural relativamente uniforme en el que la validez y eficacia de este tipo de cláusulas dependen de una serie de principios basados en la proporcionalidad, transparencia y equilibrio contractual.

En relación con su objeto y ámbito de aplicación material, estas cláusulas deben especificar el objeto de la prohibición, esto es, las actividades que se consideran competitivas. La referencia genérica a «actividades del mismo sector» o «actividades concurrentes» puede ser insuficiente o excesivamente amplia.

Además, este tipo de prohibición de no concurrencia debe estar territorial y temporalmente acotada. El ámbito territorial debe delimitarse de manera razonable, especialmente si el contrato de trabajo tiene carácter transnacional. En definitiva, una prohibición de trabajar en países en los que la empresa carece de intereses efectivos puede ser considerada desproporcionada por un juzgado o tribunal.

En el mismo sentido, el límite temporal de la prohibición es uno de los principales criterios de validez. Como regla general, la duración debe ser razonable y proporcionada al interés que se pretende proteger. La duración estándar se sitúa en uno o dos años, aunque ésta depende del nivel de responsabilidad del trabajador. Así, por ejemplo, como se ha mencionado anteriormente, el artículo 2125 del Código Civile italiano prevé que la restricción no puede ser superior a cinco años, en el caso de los directivos, y a tres años en los demás casos. En cualquier caso, duraciones superiores requieren una justificación objetiva y suelen estar condicionadas a compensaciones económicas más elevadas.

Junto a estos factores, la compensación económica constituye un elemento determinante de la validez del pacto. Bajo ningún concepto debe concebirse como un incentivo simbólico. Debe tratarse de una auténtica compensación por la imposibilidad de desarrollar sin límites la actividad

38. GARRISON, M.A. y WENDT, J.T., «The evolving law of employee noncompete agreements: Recent trends and an alternative policy approach». *American Business Law Journal* 45(1), pp. 107-186.

profesional durante el tiempo estipulado. Así, debe buscarse un equilibrio entre la restricción impuesta y el potencial perjuicio sufrido por el trabajador. Por ejemplo, en Alemania se exige una compensación económica mínima del 50 % de la remuneración anterior por cada año de prohibición. En todo caso, no debemos olvidar que las cláusulas de no concurrencia postcontractual suelen articularse juntamente con las de confidencialidad y secreto empresarial. Pese a ello, su coexistencia debe gestionarse cuidadosamente puesto que la obligación de confidencialidad, por su propia naturaleza, puede subsistir indefinidamente sin compensación, mientras que la prohibición de competir exige siempre una limitación temporal y una contraprestación económica. Confundir ambos planos conduce con frecuencia a litigios y a la nulidad de las restricciones por excesivas o indeterminadas³⁹.

Finalmente, la cláusula debe articular las consecuencias de su incumplimiento, pudiendo dar lugar a responsabilidad contractual o indemnización de daños, siempre que se acredite el perjuicio sufrido por el empleador. Algunas jurisdicciones admiten cláusulas penales predeterminadas, pero su validez depende de que sean proporcionadas y no impidan *de facto* la movilidad profesional del trabajador.

VIII. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En los contratos internacionales, las divergencias normativas existentes en relación con este tipo de cláusulas pueden comprometer seriamente su validez y eficacia. De acuerdo con el Reglamento Roma I⁴⁰, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato (artículo 8.1), pero esta elección no puede privar al trabajador de la protección mínima que le otorgaría, generalmente, la ley del país donde o desde donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo (artículo 8.2).

Por lo tanto, una cláusula de no concurrencia válida conforme a la ley elegida (por ejemplo, ley del estado de Nueva York) podría devenir ineficaz si el trabajador presta sus servicios desde un país europeo con estándares protectores más altos.

39. Sentencia del TS de Tribunal Supremo (Social Pleno), de 14-12-2023, n.º 1163/2023, rec. 494/2021 (ECLI: ES:TS:2023:5799).

40. Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DO L 177 de 4.7.2008.

Además, los artículos 9 y 21 del Reglamento Roma I podrían legitimar la aplicación de normas imperativas internacionalmente aplicables y excepciones de orden público del foro cuando los derechos básicos del trabajador se vean comprometidos. O dicho en otros términos, un tribunal europeo podría inaplicar una cláusula, formalmente válida según la *lex causae*, si vulnera los derechos básicos como la libertad profesional, la proporcionalidad o el principio de compensación adecuada.

En este contexto, la falta de armonización internacional genera una inseguridad jurídica considerable tanto para empleadores como para trabajadores. Las empresas multinacionales pueden encontrarse con que una misma cláusula contractual inserta en un contrato laboral produzca diferentes efectos según el país en el que se ejecute. Por su parte, los trabajadores pueden desconocer el verdadero alcance de sus compromisos contractuales hasta que la controversia se judicializa. En aras de evitar esta inseguridad jurídica, convenimos la necesidad de redactar estas cláusulas con una visión pluriespacial, que respete los estándares sociolaborales mínimos de los diferentes ordenamientos jurídicos conectados con la relación laboral en cuestión.

En cualquier caso, pese a la creciente proliferación de estas cláusulas, íntimamente vinculadas a contratos laborales relacionados con la economía digital, nos encontramos aún en un estadio incipiente en cuanto a la configuración y consolidación jurisprudencial de las mismas. La reciente irrupción de estas figuras (teletrabajo transnacional, cláusulas de control digital, cesión de derechos sobre creaciones tecnológicas o pactos de confidencialidad globales, etc.) y la falta de una regulación armonizada han impedido que exista todavía una doctrina judicial asentada sobre su validez, alcance y efectos en el plano transnacional. La práctica judicial apenas comienza a enfrentarse a los conflictos derivados de este nuevo modelo de relación laboral digitalizada, por lo que el desarrollo de criterios interpretativos uniformes dependerá de la evolución paulatina de la jurisprudencia comparada y, en su caso, de un eventual desarrollo legislativo en paralelo.