

PRESTACIÓN LABORAL A TRAVÉS DE LA RED, JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE

LABOR SERVICE THROUGH THE NETWORK, INTERNATIONAL JURISDICTION AND APPLICABLE LAW

Amalia Uriondo de Martinoli () y Luis Cruz Pereyra (**)*

Resumen: La internacionalización de las relaciones laborales comprende distintos supuestos. En la actualidad las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación hacen posible la realización de la prestación laboral a través de la red o teletrabajo en un país distinto del que se encuentre el empleador. Un punto clave que debe ser considerado es la regulación aplicable en situaciones de teletrabajo transfronterizo u offshore. A la falta de regulación específica en el Derecho Argentino y otras legislaciones que contemplen esta nueva modalidad laboral que se hace a distancia, se suma la ausencia de normas de Derecho internacional privado que proporcionen adecuadas respuestas jurídicas. Nuestro propósito es referirnos a la problemática que esta nueva modalidad de prestación transnacional de servicios plantea al Derecho internacional privado. En el primer apartado nos aproximaremos al concepto “teletrabajo”; luego se tomará en consideración nuestro sistema de Derecho internacional privado vigente, cuestión que desarrollaremos tanto de la perspectiva de la concreción de la jurisdicción internacional como desde la mira de la determinación de la ley aplicable. Finalmente, esbozaremos posibles soluciones que estimamos cumplen con los principios básicos del teletrabajo.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Docente-Investigadora: Categoría I (Consejo Nacional de Educación). Secretaria de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Posgrado, en universidades nacionales y extranjeras. Miembro de la Asociación de Derecho Internacional. (E-mail: uriondo@derecho.unc.edu.ar; martinoli@fibertel.com.ar)

(**) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Catamarca); Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); Profesor Titular en la Facultad de Derecho (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Sede San Francisco). Profesor de Postgrado. Docente-Investigador: Categoría II (Consejo Nacional de Educación). Secretario de la Asociación de Estudios sobre la Comunidad Europea en la Argentina (ECSA). Secretario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. (E-mail: lcp@uolsinectis.com.ar)

Palabras-Clave: Nuevas tecnologías - Localización del empleo - Teletrabajo - Jurisdicción internacional - Ley aplicable.

Abstract: The internationalization of industrial relations involves different assumptions. At present the new technologies of information and communication made possible the realization of the laboral service through the network or telework in a country other than the state of the employer. A key point to be considered is the regulation applicable in situations of cross-border or offshore teleworking. To the lack of specific regulation in the Argentine Law and other laws that complement this new form of work at distance, it adds the absence of rules of Private international law to provide adequate legal responses. Our purpose is to refer to the problems that this new form of transnational provision of services poses to Private international law. In the first section we will approach the concept of "teleworking", and then we will consider our system of Private international law in force, an issue that will develop both the perspective of the realization of international jurisdiction and the determination of the applicable law. Finally, we will outline possible solutions that we believe constitute the basic principles of telework.

Key words: New technologies - Location of employment - Telework - International jurisdiction - Applicable law.

Sumario: 1. Objetivo del trabajo. 2. Precisiones conceptuales. 3. La regulación jurídica del teletrabajo. 4. Régimen legal. 5. Jurisdicción internacional, a) Régimen convencional: Tratados de Montevideo de 1889; Tratados de Montevideo de 1940; b) Régimen interno. 6. Determinación de la ley aplicable. 7. Conclusiones.

1. Objetivo del trabajo

La internacionalización de las relaciones laborales comprende distintos supuestos entre los que cabe mencionar: trabajador migratorio, considerando tal a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional, o como toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia (1); trabajador transfronterizo, que es el que conserva su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana; trabajador de temporada, cuyo trabajo por su propia naturaleza depende de condiciones estacionales y sólo se realiza durante parte del año; etc. (artículo 2º, Convención para la protección de los derechos de todos los trabajos migrantes y de sus familiares) (2).

En el plano internacional, se incluyen también las múltiples formas que puede adoptar la movilidad de los trabajadores en el interior del grupo de empresas multinacionales que se desplazan de un país a otro de acuerdo a las conveniencias y a los emprendimientos

(1) Artículo 11 del Convenio de la OIT N° 143 sobre Trabajadores Migrantes de 1975.

(2) Aprobada por Ley 26.202 (B.O. 17/01/2007), en vigor el 1 de julio de 2003.

de la empresa (3). Estos supuestos implican el desplazamiento geográfico del trabajador, nuestro propósito es acotar el ámbito material del presente análisis a la nueva modalidad de prestación transnacional de servicios que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación hacen posible, esto es, la realización de la prestación laboral a través de la red o teletrabajo en un país distinto del que se encuentre el empleador.

Entre los elementos que han surgido de esta revolución digital en el mundo laboral y empresarial se cuenta el teletrabajo, entendido como uno de los instrumentos que pretende facilitar la idea de valor añadido, es decir, de constituirse en un elemento que puede hacer compatible las necesidades de flexibilidad y de seguridad tanto de los trabajadores como de las empresas. Flexibilidad para las empresas, que se traduce en una mejora de la productividad y competitividad, y para los trabajadores, con el objetivo de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral (4).

En el primer apartado nos aproximaremos al concepto “teletrabajo”, destacando las notas características que encierra. Luego se tomará en consideración nuestro sistema de Derecho internacional privado (Dipr.) vigente, cuestión que desarrollaremos tanto de la perspectiva de la concreción de la competencia judicial internacional como desde la mira de la determinación de la ley aplicable al teletrabajo. Finalmente, esbozaremos las soluciones que, a nuestro parecer, estimamos cumplen con los principios básicos de esta prestación transnacional de servicios.

2. Precisiones conceptuales

Los estudios sobre “teletrabajo” coinciden en señalar que el término fue utilizado por primera vez por Jack Nilles, quien caracteriza el teletrabajo como la posibilidad de llevar el trabajo al trabajador en vez de trasladar el trabajador al trabajo (5).

El teletrabajo puede ser entendido como “aquella prestación laboral llevada a cabo en lugar distinto de la sede de la empresa, a través de la comunicación diferida o directa por medio de la tecnología de la información” (6). En 1990 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) propuso definir al teletrabajo sobre la base de dos nociones básicas: 1) la de una forma de trabajo que se ejecuta en un lugar distante de la oficina central o instalación de producción, donde el trabajador no tiene ningún contacto personal con sus colegas; 2) que se lleva a cabo con la ayuda de las nuevas tecnologías que habilitan la distancia señalada, facilitando la comunicación... (7).

(3) Un estudio sobre el tema puede consultarse en PALAO MORENO, Guillermo, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Tirant Monografías, Valencia, 2000.

(4) *Dependencia y Voluntariedad en el Teletrabajo*. <http://www.comfia.net/ciberderechos/html/594.html>.

(5) NILLES, Jack, *The telecommunications-transportation tradeoff. Options for tomorrow and today*, Jala International, California, 1973, p. 3.

(6) ARAGONEZ GUERRERO, Juan José, “Teletrabajo. Una realidad”, *E-Derecho*, Año 2 N° 21, julio 2004 (http://www.aat-ar.org/Revista_art.asp?iid=300).

(7) Cita de PEDRINI, Lucrecia, “Teletrabajo”, *RDLSS 2007-12-1069*, Lexis 0003/401520 o 0003/401523.

Dentro de esta amplia definición, la OIT ha identificado una serie de prácticas claves en teletrabajo, entre las que incluye (8):

1. Teletrabajo desde el hogar o telehomeworking;
2. En una ubicación por lo general más cercana al hogar que al lugar de trabajo tradicional:
 - Telecentros comunitarios (9),
 - Oficinas satélites (10);
3. En cualquier lugar de trabajo alternativo, donde las telecomunicaciones hacen posible y cómodo el teletrabajo:
 - Telecentros (11),
 - Call centres (12);
4. En diferentes lugares cambiando con el tiempo, trabajo móvil o nómada;
5. A través de países y continentes:
 - Teletrabajo transfronterizo (13),
 - Teletrabajo offshore (14).

La mayoría de las prácticas de teletrabajo arriba mencionadas se desarrollan también en América Latina y el Caribe (ALC). Sin embargo, algunas parecen ser especialmente significativas tanto en términos de su actual diseminación como de su potencial contribución al desarrollo regional. Así se podría mencionar:

- Telecentros comunitarios,
- Teletrabajo desde el hogar,

(8) DI MARTINO, V., *El teletrabajo en América Latina y el Caribe*, Ginebra, setiembre de 2004 http://www.idrc.ca/uploads/user-S/11023387681traduccion_telework_esp.pdf . p. 4.

(9) Centros electrónicos que ofrecen a las comunidades locales acceso inmediato a las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs), desarrollo de destrezas, así como aspectos vinculados al trabajo en red y a la socialización que podrían faltarle a quien trabaja desde su hogar.

(10) Unidades separadas dentro de una empresa que están geográficamente lejanas de la organización central pero mantienen una comunicación electrónica constante.

(11) Instalaciones que están equipadas electrónicamente para trabajo de oficina a distancia y no necesariamente cercanas a la residencia del teletrabajador.

(12) Lugares donde los operadores telefónicos hacen o reciben llamadas y, por medio de la integración de la computadora y el teléfono, ofrecen diferentes servicios y generan varios tipos de negocios incluyendo el telemarketing, telebanca, consultas, líneas de apoyo, reservas por viajes, ventas, marketing y servicios de emergencia.

(13) Generalmente se aplica a las situaciones de teletrabajo donde las partes proveedora y receptora se encuentran en países que comparten una frontera común o están muy cerca uno del otro.

(14) En general se refiere al teletrabajo entre países distantes.

- Call centres,
- Teletrabajo transfronterizo/offshore.

La definición brindada por la OIT no describe el ámbito del teletrabajo en su totalidad sino solamente el que se realiza en relación de dependencia, organizado por las empresas a fin de reducir costos y tiempo improductivo dentro del ámbito laboral. Pero debemos tener en cuenta que el mundo del teletrabajo está formado también por personas que, por necesidad, conveniencia o elección, trabajan en forma autónoma mediante Internet; son sus propios jefes, son los gestores de sus propios recursos, iniciativas, negocios y capacitación.

La Confederación de Sindicatos Europeos (ETUC), la Unión de Confederaciones de Representantes de Empresas Europeas (UNICE/UEAPME) y la Unión de Empresas con Participación Pública y de Intereses Económicos Europeos (CEEP), suscribieron el 16 de julio de 2002 un Acuerdo Marco para la regulación del fenómeno del teletrabajo, donde se lo definió como “una forma de organización y/o de desarrollo del trabajo que se vale de las tecnologías de la información en el ámbito de un contrato o de una relación de trabajo, en el cual la actividad laborativa, que puede ser desarrollada en el local de la empresa, viene a ser desarrollada fuera de los locales de la misma”.

Es decir, que el teletrabajo o trabajo on-line involucra dos elementos esenciales: el desarrollo del trabajo fuera de la sede física de la empresa o centros de trabajo de ésta y la utilización prevalente de tecnologías de la información y de las comunicaciones, comúnmente denominadas TIC's. Este segundo elemento característico es el que distingue el teletrabajo de otras modalidades tradicionales de trabajo a distancia.

Prácticamente todos los trabajos para los cuales no es necesario el contacto personal entre la persona que demanda el servicio y la que lo presta, pueden realizarse en forma remota, así por ejemplo: asesoría, enseñanza, ventas, diseño gráfico y de sitios web, tareas de secretaría, edición, redacción, investigación, dibujos e ilustraciones, sistemas y bases de datos, traducciones, contabilidades o telemarketing, son solo algunas de las especialidades demandadas en uno de los más prestigiosos sitios de teletrabajo.

Para comenzar a teletrabajar es necesario contar con conocimientos básicos que no son difíciles de adquirir, por ejemplo, saber manejar un ordenador personal, conocer los programas básicos de oficina, Internet y correo electrónico.

Un segundo paso es analizar qué es lo que se sabe hacer y cómo se cree que podría hacerse utilizando en forma remota las tecnologías de la información, para elaborar el perfil y darse a conocer en los sitios web a través de los cuales se ofrece y demanda teletrabajo.

Un poco más compleja es la organización, sobre todo si se ha decidido trabajar en el hogar, pues si ésta falla, la ilusión de una mejora en la calidad de vida y ahorro en los gastos puede transformarse rápidamente en una nueva fuente de conflictos (15).

El citado Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo regula el campo de aplicación del teletrabajo, el carácter voluntario, las condiciones de empleo, la protección de datos, la vida

(15) *El Teletrabajo llegó para quedarse* <http://info.trabajofreelance.com/2010/06/01/el-teletrabajo-llego-para-quequedarse/>

privada, los equipamientos, la salud y seguridad, la organización del trabajo, la formación y los derechos colectivos, así como la implementación y seguimiento del mismo.

3. La regulación jurídica del teletrabajo

A medida que crece la importancia del teletrabajo y proliferan nuevos programas y experiencias, las reglas que se aplicaban a las situaciones tradicionales del entorno laboral se ven cada vez más cuestionadas (16).

El tema pasa por definir si debe concentrarse el esfuerzo en la interpretación de las reglas existentes y tratar de adaptarlas a las circunstancias cambiantes o, por el contrario, deben establecerse nuevas reglas para responder a las realidades específicas del teletrabajo.

Hasta ahora la respuesta general ha sido la de abordar las nuevas situaciones con las viejas herramientas. Sin embargo, como las disposiciones concebidas para las situaciones laborales tradicionales muestran sus límites con el teletrabajo y revelan la necesidad de una disciplina específica para esta forma de trabajar, este criterio está recibiendo cada vez más atención en los diferentes países y regiones.

Un punto clave que debe ser considerado es la regulación aplicable en situaciones de teletrabajo transfronterizo u offshore, dado que estas situaciones se vuelven cada vez más frecuentes y plantean numerosos interrogantes al Dipr. (17), por ejemplo, ¿se debe aplicar la legislación del lugar donde se realiza el trabajo o la del país donde se ubica la empresa empleadora o donde se ha firmado el contrato de trabajo? y, ¿qué ocurre en el caso de los numerosos teletrabajadores que realizan tareas desde diferentes lugares durante el transcurso del tiempo? Estas cuestiones son extremadamente complejas y llaman cada vez más la atención en las países latinoamericanos y del Caribe, aunque su debate está lejos de formular cualquier conclusión definitiva.

Se plantea, también, el asunto referido al tipo de disposiciones que deberían emplearse para la reglamentación del teletrabajo, sin limitar su enorme potencial y sin afectar negativamente la flexibilidad que es una característica básica de esta nueva modalidad de trabajo (18).

Como hemos expresado, la forma en que se ha encarado el problema hasta ahora, sobre todo en ALC, región que más nos interesa en este estudio, ha sido extender simplemente la disposición de la legislación existente al trabajo subordinado para subordinar a los teletrabajadores. Sin embargo, deja sin resolver una serie de cuestiones cruciales, en las cuales se destaca la especificidad de ciertas situaciones de teletrabajo con respecto a las formas tradicionales del trabajo subordinado, así como la determinación de qué constituye subordinación en el caso del teletrabajo.

(16) DIMARTINO, V., *El teletrabajo en América latina y el Caribe*, http://www.idrc.ca/uploads/user-S/11023387681traduccion_telework_esp.pdf, p.40.

(17) Ídem.

(18) Ídem.

Con respecto al primer punto, se ha insistido que la reglamentación futura debería también incluir otras disposiciones, tales como el acceso de los sindicalistas y empleadores al entorno laboral de los teletrabajadores; la interacción entre riesgos domésticos y laborales en el hogar; la propiedad de la tecnología empleada para teletrabajar y el costo vinculado al funcionamiento de tal tecnología (19).

Se han manifestado preocupaciones similares en ALC a nivel de los académicos que participan en un agitado debate acerca de los alcances y límites de la subordinación en el teletrabajo. Algunos de ellos enfatizan un aflojamiento de la relación de subordinación durante el teletrabajo y llegan incluso a hablar de subordinación virtual (20).

Otro sector destaca que podría muy bien existir una relación de total subordinación en el teletrabajo, dependiendo de la manera en que el empleador determine y controle la ejecución del trabajo en la situación concreta (21).

Respecto a la subordinación, se hace cada vez más claro que las fronteras entre el estatus de auto-empleo y el de empleado se van desdibujando, y que ha habido un aumento en lo que podría llamarse auto-empleo falso. La OIT también ha indicado los problemas que pueden surgir para este tipo de situaciones.

En el teletrabajo genéricamente considerado, se presenta un problema de delimitación aplicativa del Derecho del Trabajo, ya que la prestación de servicios del teletrabajador puede enmarcarse en distintas formas jurídicas: contratos de obra, de arrendamiento de servicios o contrato de trabajo. La modalidad del teletrabajo carece actualmente de homogeneidad en sus distintas manifestaciones y, por tanto, en la conceptualización de su respectivo régimen jurídico. La línea metodológica de delimitación entre unas y otras fórmulas contractuales será la utilizada por la doctrina y la jurisprudencia para prestaciones de servicios similares, atendiendo fundamentalmente a la nota de la dependencia o subordinación.

La técnica para determinar si una modalidad de teletrabajo puede o no ser incluida dentro del ámbito del Derecho Laboral, será aquella basada en la apreciación de la existencia o inexistencia de la nota de la subordinación o dependencia. Se tratará de efectuar una valoración conjunta y ponderada de los datos más relevantes indicativos

(19) PINO ESTRADA, M., "Brasil: O Teletrabalho Transfronteiriço no Direito Brasileiro", *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, 23 setiembre del 2004 (<http://www.alfa-redi.org>).

(20) PINO ESTRADA, M., expresa que: "Según José Affonso Dellegrave Neto, la subordinación ha pasado a ser vista como un poder de autoridad abstracto del empleador con una correspondiente obligación laboral por parte del trabajador que asume carácter virtual", artículo citado.

(21) RAMÍREZ SULMER, Paola opina que: "Las consideraciones previas nos permiten concluir que trabajar en o fuera de la empresa no es una prerrogativa de más o menos subordinación o dependencia. En el teletrabajo, la subordinación o dependencia pueden estar presentes en el mismo grado que en el trabajo tradicional, solo que se realiza con el empleo de nueva tecnología: telemática e informática. El gerente se encuentra físicamente más lejos de los teletrabajadores y al mismo tiempo inmaterialmente más cerca de ellos, navegando la red, pudiendo ejercer control directo sobre los resultados del servicio del teletrabajador. En otras palabras, la computadora representa una extensión de la empresa, tanto para el teletrabajador como para el empleador", en "Venezuela: El Teletrabajo, Encuadramiento Jurídico y su Sujeción a la Ley del Trabajo Venezolana" (<http://www.alfa-redi.org>).

de tal subordinación en un supuesto concreto de teletrabajo. El sometimiento a las instrucciones del empresario sobre el trabajo realizado y sus circunstancias, el control sobre su realización efectiva y sobre la cantidad y calidad del resultado, la no posibilidad por parte del teletrabajador de rechazar el trabajo encomendado son, entre otros, datos significativos para decidir si un determinado teletrabajador puede entenderse incluido “dentro del ámbito de organización y dirección del empresario” y para calificar como laboral una determinada relación jurídica (22).

Aquellas personas que aún siendo teletrabajadores no estén bajo la dirección u organización de un empresario en el sentido expuesto, no podrán ser consideradas como teletrabajadores amparados por el Derecho del Trabajo desde las coordenadas legales, doctrinales y jurisprudenciales utilizadas en la elaboración del concepto básico y definitorio de la dependencia o subordinación.

4. Régimen legal

La ausencia de regulación específica en el Derecho Argentino y otras legislaciones que contemplen esta nueva modalidad laboral que se hace a distancia nos lleva a formular el siguiente interrogante: ¿pueden ser aplicables al teletrabajo las normas reguladoras del trabajo a domicilio? (23).

El artículo 1º del Convenio 177 de la OIT sobre trabajo a domicilio de 1996 (24) define tal expresión “como el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; ii) a cambio de una remuneración; iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesaria para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales” (apartado a).

A tenor de este precepto, puede deducirse que el trabajo que realiza la persona no solo tiene como fin la elaboración de un producto sino también la prestación de un servicio, por lo que sería posible considerar que el trabajo *on line* quede comprendido dentro este marco conceptual como una variante más de trabajo a domicilio.

El artículo 4º del Convenio cubre aspectos básicos de protección al trabajador a domicilio, así por ejemplo, el deber de promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los trabajadores internos en materias como el empleo, seguridad y salud en el trabajo, remuneración, protección por regímenes legales de seguridad social, el

(22) RODRIGUEZ SANTANA, Francisco Antonio, “El teletrabajo: sus implicaciones para el derecho laboral”, <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/EL%20TELETRABAJO.htm>.

(23) El interrogante se plantea respecto al teletrabajo por cuenta ajena y no al autónomo.

(24) La ley 25.800 (B.O. 2/12/2002) aprobó el Convenio adoptado en la 83 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

acceso a la formación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo, protección de la maternidad, el respeto del derecho de los trabajadores a constituir o afiliarse a las organizaciones sindicales y a participar en sus actividades.

La ley 12.713 sobre trabajo a domicilio promulgada el 3 de octubre de 1941 y aún en vigencia, carece de disposiciones específicas que incluyan las modalidades de prestación de servicios a distancia posibilitadas por las nuevas tecnologías informáticas y de comunicación. Se trata de un fenómeno relativamente reciente que trae consigo cambios muy importantes referentes al empleo, la contratación y las formas que adopta la relación laboral, los horarios de trabajo, garantías, salarios, las condiciones de seguridad y salud del teletrabajador, etc.

En realidad no es la nota de la *voluntariedad y ajenidad* (25) lo que está en tela de juicio, sino más bien la dependencia del empresario, puesto que el trabajo a domicilio se realiza aparentemente sin la vigilancia del empresario.

Sin embargo, consideramos que no se trata tanto de la desaparición de la nota de la dependencia, sino de su debilitamiento por el hecho de que el trabajador no esté físicamente en el centro del trabajo, matiz este último que no se dará en el sistema on line en donde la conexión tecnológica del trabajador con el ordenador central permitirá al empresario no sólo vigilar al trabajador sino incluso ir más allá de la dependencia organizativa y directiva del propio empleador, rozando los derechos derivados de la propia intimidad e imagen del empleado.

Si la singularidad del trabajo a domicilio justificara su conceptualización como contrato especial, nada impediría que la futura regulación que se hiciera del teletrabajo (especie dentro del género) también lo fuera, como los derechos laborales y sociales que del mismo se derivasen.

La Constitución de Brasil de 5 de octubre de 1988, en el Capítulo II de los Derechos Sociales establece entre los derechos de los trabajadores urbanos y rurales la protección legislativa frente a la automatización (art. 7º- XXVII). No se ha implementado ninguna ley todavía de acuerdo a lo que en esta etapa es simplemente una reforma que facilita las cosas, pero es probable que, si se formulara nueva legislación en esta área, de seguro cubriría el teletrabajo. También resulta relevante el art. 218, según el cual el Estado promoverá e incentivará a las empresas que contribuyan activamente a la innovación científica y tecnológica y que compartan con sus trabajadores los beneficios de un aumento en la productividad.

Entre las legislaciones que contemplan esta forma de relación laboral cabe citar por ejemplo, la última reforma del Código de Trabajo chileno, introducida por la ley N° 19.759 de 1° de diciembre de 2001, que agregó un inciso al artículo 22 dedicado a la jornada ordinaria de trabajo, por el cual se excluye de la limitación de la jornada a “los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

(25) La ajenidad es el criterio más usado en los países europeos para tipificar la relación laboral y se refiere “a la circunstancia de que los frutos del trabajo vengán directamente atribuidos a persona distante del trabajador...”, OLEA, Manuel Alonso, Introducción al Derecho del Trabajo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1981.

Nuestro país, considerado líder en términos de desarrollo de las TICs en América Latina, está demostrando un gran interés por el teletrabajo. Varias empresas, incluyendo muchas multinacionales, están a la vanguardia en la adopción de esta forma de trabajo. A pesar del creciente número de teletrabajadores no existe legislación sobre el teletrabajo. Desde el año 2001 se han tomado iniciativas para la creación de una ley y, recientemente, se han materializado en una propuesta de la Comisión de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación para regularlo. La propuesta, que intenta cubrir situaciones de teletrabajo subordinado desde el hogar, reconoce a esta categoría de trabajadores los mismos derechos de otros trabajadores subordinados. Contempla la adopción, a través de convenios colectivos, de disposiciones específicas sobre libertad gremial, remuneración, horario de trabajo, capacitación, consultas, privacidad, salud y seguridad social en esta área (26).

La Comisión de Teletrabajo -integrada por distintas entidades, juristas y especialistas de la tecnología- Elaboró el Proyecto de Ley de Teletrabajadores en relación de dependencia que actualmente se encuentra en trámite parlamentario (27). El proyecto ha tenido particularmente en consideración que la República Argentina ratificó el mencionado Convenio N° 177 sobre Trabajo a Domicilio (OIT) que contempla en su articulado todo tipo de trabajo a distancia, entre los que podría ubicarse al teletrabajo.

El gran desafío a alcanzar es dotar a los candidatos al teletrabajo de tan compleja gama de destrezas profesionales y calificaciones. Cumplir con este desafío exige un importante esfuerzo en el área educativa, la capacitación y actualización de la capacitación, esfuerzo que debe ir dirigido a los diferentes perfiles de los teletrabajadores.

Al ser el teletrabajo transversal a varias actividades, los actores sociales podrán considerarlo dentro de sus convenios colectivos, respetando la igualdad de trato entre un teletrabajador y un trabajador que se desempeña en la empresa, debiendo gozar de iguales derechos que cualquier trabajador en relación de dependencia, ambas premisas pueden ser calificadas de orden público.

El proyecto puntualiza tres aspectos básicos de esta modalidad de trabajar: a) los sistemas de control de los bienes e información del empleador no deben violentar la privacidad del domicilio del trabajador; b) el equipamiento provisto o no por el empleador; y c) las obligaciones del teletrabajador respecto al correcto uso de ese equipamiento.

En síntesis, el proyecto de ley tiene la intención de convertirse en un piso mínimo sobre el que las partes, ya sea individual o colectivamente, puedan negociar las condiciones específicas bajo las cuales se desarrolle el teletrabajo, en particular, los regímenes de remuneración y jornada laboral, la promoción profesional y la formación en el trabajo en los términos del artículo 1° de la ley 24.576, introducido como capítulo VIII, del Título II, de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), y el derecho de información respecto de la propia

(26) Comisión de Teletrabajo, Régimen Jurídico del Teletrabajo, Versión 23/7/2004.

(27) El Proyecto ha sido elevado con el número de mensaje N° 829 por el Poder Ejecutivo, de fecha 2 de julio del presente año.

actividad, sin perjuicio de la consideración de toda otra cuestión que haga a la especificidad de esta actividad.

Es posible identificar tres perfiles principales para los teletrabajadores en ALC (28):

- Teletrabajadores desde el hogar subordinados (29);
- Teletrabajadores desde el hogar independientes (30);
- Trabajadores en call centres o centros de operaciones *offshore* (31).

Cada uno de los grupos o sub-grupos arriba mencionados, requiere intervención específica y capacitación con un objetivo concreto. Es de vital importancia que esta capacitación esté hecha a la medida de las necesidades especiales de los diferentes tipos de teletrabajadores, de lo contrario los resultados, incluso la más intensa capacitación podrían ser totalmente insuficientes.

Al vacío legal interno argentino, se suma la ausencia de normas de Dipr. que proporcionen adecuadas respuestas jurídicas tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como del derecho aplicable.

5. Competencia judicial internacional

a) Régimen convencional

La falta de regulación del teletrabajo también se advierte en la normativa convencional vigente en nuestro país. Si no existe relación laboral, la vinculación entre las partes sería de tipo civil, de forma tal que el teletrabajo se puede articular a través de variados tipos contractuales del derecho privado. En consecuencia, examinaremos brevemente las soluciones que, en materia contractual, brindan los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, a los efectos de determinar si resultan o no adecuadas para regular esta nueva modalidad de empleo.

Tratados de Montevideo de 1889

En materia de acciones personales, entre las que se incluyen las derivadas de los contratos, el artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional, que integra el Título XIV "De la jurisdicción", faculta al actor a iniciar las acciones ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio -principio del paralelismo- O ante el foro general del domicilio del demandado. El paralelismo de competencias requiere determinar la ley aplicable al contrato para conocer el juez competente. En consecuencia,

(28) DI MARTINO, V., página web citada, p. 34.

(29) Con frecuencia son mujeres, relativamente jóvenes, con buena educación, urbanas, que trabajan para grandes empresas, si bien el teletrabajo se está expandiendo en forma progresiva entre las PYMES.

(30) Incluye profesionales de alto nivel, personas que han perdido su trabajo debido a la crisis económica y procesos de racionalización muy severos y buscan nuevas oportunidades; personas que nunca fueron empleadas e intentan las nuevas oportunidades que ofrece el teletrabajo; jóvenes que se insertan en el mercado laboral por primera vez al completar su educación.

(31) Por lo general, se incluyen aquí jóvenes involucrados en una serie de operaciones relativamente sencillas, o personas con altas calificaciones para realizar servicios especializados.

será competente el juez del lugar donde los contratos deben cumplirse, pues esa ley es la que rige todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea (artículo 33, in fine). A la vez, el texto incorpora un conjunto de reglas orientadas a determinar el lugar de cumplimiento de los contratos que versen sobre cosas o prestación de servicios. En este último supuesto, el lugar de cumplimiento varía según recaiga sobre cosas, entendiéndose que será el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, es aquél donde hayan de producirse sus efectos; y fuera de estos casos, se considerará que es el lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato (artículos 32, 33 y 34).

Ahora bien, en el caso del teletrabajo, ¿el lugar de cumplimiento es donde se presta el servicio o donde el resultado o el beneficio de ese trabajo es recibido y aprovechado? El interés del teletrabajador justifica pronunciarnos por la primera alternativa, pues de esa forma se evitan las consecuencias desfavorables que conlleva para éste litigar en un país extranjero. Sin que ello implique olvidar que el actor cuenta con el foro concurrente del domicilio del demandado, tal como lo prevé la citada disposición convencional.

Tratados de Montevideo de 1940

Junto a los foros recogidos en el texto de 1889 y siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales, el último apartado del artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional incluye la prórroga post litem o sumisión tácita, esto es, la competencia de los tribunales del Estado ante el que compareciere el demandado sin proponer en firme la declinatoria. Esta clase de sumisión no es admitida si el procedimiento se sigue en rebeldía, ya que se exige que la voluntad del demandado se exprese en forma positiva y no ficta.

El artículo 5º del Protocolo Adicional rechaza en forma expresa la autonomía de la voluntad de las partes como determinante de la jurisdicción “salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”. Ello significa que en la medida que las leyes señaladas por el Tratado para regular las relaciones jurídicas lo autorizare, las partes podrán pactar la jurisdicción (32).

b) Régimen interno

El sistema argentino de Derecho internacional privado relativo a las obligaciones contractuales, otorga especial relevancia a la autonomía de la voluntad de las partes para seleccionar tanto la jurisdicción competente como el derecho material aplicable.

En la determinación de la competencia judicial internacional actúan como criterios atributivos la sumisión expresa y tácita, el lugar de ejecución de la obligación y el domicilio del demandado. La prorrogatio fori solo puede operar en asuntos exclusivamente patrimoniales y de índole internacional, fijándose como límites las competencias establecidas con carácter exclusivo a favor de tribunales argentinos o cuando la prórroga está prohibida por ley, artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (PCCN).

(32) NOODT TAQUELA, María Blanca, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 988.

Aunque el conflicto derivado del contrato de teletrabajo reviste naturaleza internacional, no puede ser calificado como “litigio exclusivamente patrimonial, pues el trabajo es insusceptible de esta valoración puramente patrimonial”. Sin perjuicio de lo expresado y sobre la base de la aplicación analógica de las reglas de competencia territorial interna en materia de jurisdicción internacional —artículo 24 de la ley 18.345 (33)—, sostiene Boggiano que si se admite la opción en favor del actor de las jurisdicciones concurrentes -lugar del trabajo, lugar de celebración del contrato o domicilio del demandado-, “puede ser más favorable al trabajador una cláusula de prórroga de jurisdicción internacional en un caso”. Aunque advierte que habrá que tener presente la posibilidad de declarar la ineficacia de la prórroga si se demuestra que ésta resulta lesiva para el trabajador (34).

En los términos del citado artículo 1º, el acuerdo de elección de foro puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio. El legislador debe procurar proteger a la parte más débil en los supuestos de desequilibrio contractual, por lo que consideramos que el pacto atributivo de competencia judicial tiene que ser objeto de un régimen más restrictivo que el general, para evitar que la posición desigual de los contratantes llevase a la parte más fuerte a imponer a la otra una elección del tribunal que le fuese desfavorable. En otras palabras, posibilitar la eficacia de los acuerdos atributivos de jurisdicción únicamente cuando fueren posteriores al nacimiento del litigio (35).

En defecto de sumisión expresa por las partes serán competentes, indistintamente, los tribunales del domicilio del demandado o el del lugar de cumplimiento del contrato (Código Civil, artículos 1215 y 1216). Como podrá advertirse, se establecen los mismos foros previstos por el régimen convencional a cuyas apreciaciones nos remitimos.

6. Determinación de la ley aplicable

El teletrabajo “transnacional” nos plantea los problemas de determinación de la ley aplicable a este tipo de relaciones laborales: “¿Qué ley procede aplicar: la del lugar donde se celebró el contrato, la del lugar de su ejecución, la de la sede de la empresa...?” (36).

Debido a la internacionalidad del contrato de trabajo, el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (37) reconoce a las partes la potestad de elegir la ley rectora de éste y de designar incluso diversos ordenamientos jurídicos para las diferentes partes del contrato, excluyendo aquél que de otra forma resultaría aplicable (artículo 8º). El objetivo de proteger a los grupos sociales situados en posiciones con-

(33) Texto ordenado, organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo (B.O. 30/01/1998).

(34) BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. II, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 671-672.

(35) MOURA RAMOS, Ruí Manuel, “El contrato individual de trabajo”, CALVO CARAVACA, Alfonso L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (Directores), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 1899.

(36) MONTROYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. 22ª edición, Madrid, 2001, p. 234.

(37) Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008.

tractuales más débiles, como en el caso de los trabajadores, ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia y doctrina española en los siguientes términos: “La elección de una determinada normativa, solo cabe, en materia de contrato de trabajo, cuando la misma presenta mayores beneficios para el trabajador, pero nunca cuando es restrictiva, en cuyo supuesto ha de aplicarse la ley correspondiente en defecto de tal elección...” (38). Es decir, que la elección de ley no puede privar al trabajador de ciertos derechos laborales ni tampoco de la protección proporcionada por las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable a falta de elección, por lo que será necesario una comparación entre las soluciones de la ley elegida y de la ley aplicable a falta de elección, para aplicar aquella que establezca una protección más elevada para el trabajador: horario laboral, salarios, medidas de seguridad e higiene (39).

La interpretación sistemática de las disposiciones del Código Civil que regulan los contratos internacionales da pie a la doctrina argentina para considerar que el DIPr. de fuente interna recoge la autonomía conflictual de alcance restringido: el contrato multinacional con contacto argentino se rige por la ley del lugar de cumplimiento (artículos 1209 y 1210); si las partes pueden designar el lugar de cumplimiento (artículo 1212), también están facultadas, aunque indirectamente, a elegir el derecho aplicable al contrato. Resultaría, entonces, una autonomía conflictual restringida a los lugares de efectiva ejecución del negocio (40). El principio de la autonomía conflictual en los contratos internacionales de trabajo ha recibido aplicación jurisprudencial en nuestro país, por ejemplo, las sentencias de la Cámara Nacional del Trabajo, “Livitsanis, Nicolás c. Allseas Shipping Co.,” Sala II, mayo 7-969, *El Derecho*, 38-323 y Tribunal de Trabajo de Zárate, “Eiras Pérez c. Techint Eng. Co.,” diciembre 9-970, *La Ley*, 142-176.

A los efectos localizadores en el plano internacional, el criterio objetivo de mayor relevancia que designará el ordenamiento rector de la relación laboral, es el lugar donde el trabajador desarrolla habitualmente su trabajo (*lex loci laboris*). Carrascosa González opina que esa regla se aplica al teletrabajo internacional a falta de elección de ley por las partes, en cuanto el artículo 8º del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales rige el contrato de trabajo por la ley del Estado “a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”. No es relevante el país al que se envían los datos ni tampoco el lugar donde radica la empresa que emplea al teletrabajador. Esta conexión la justifica porque “se trata de una Ley que ambas partes conocen y cuya aplicación al contrato pueden prever con facilidad, lo que les genera costes de transacción conflictuales reducidos” (41).

(38) Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2º, Sentencia de 28 de julio de 2004, JUR 2004/271378, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 2005, Iprolex, Madrid, p. 766.

(39) HIERRO HIERRO, Francisco Javier, “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”, Número extraordinario dedicado al IV Coloquio Internacional de Geocrítica (Actas del Coloquio), *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales* (<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119-73.htm>).

(40) BOGGIANO, Antonio, ob. cit. p. 256.

(41) CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I”, *COLEX*, Madrid, 2009, p. 309.

Si bien se trata de la solución generalmente aceptada para regular las relaciones laborales típicas, en el caso del teletrabajo la aplicación estricta de este criterio en un contexto de deslocalización productiva a escala internacional, puede convertirse en un instrumento que facilite al empleador a obtener ventajas competitivas de los ordenamientos laborales de baja protección social, favoreciéndose con ello el denominado dumping social. Para evitar este resultado, se propone conceder preferencia al lugar donde se recibe y aprovecha la prestación de trabajo, que coincide con el establecimiento de la empresa, en sustitución del criterio del lugar donde aquella se lleva a cabo (42).

En defecto o ineficacia de la autonomía de la voluntad conflictual, las normas subsidiarias previstas por el Código Civil argentino establecen que la existencia, validez y obligaciones y todo cuanto concierne a los contratos con contacto argentino -sea que el lugar de celebración o el lugar de cumplimiento se encuentren en el país- Se rigen por la ley del lugar de cumplimiento (artículos 1209 y 1210). Cuando ambas conexiones se localizan en el extranjero, la ley rectora del contrato será la del lugar de celebración (artículo 1205). Respecto al “lugar de cumplimiento de los contratos” el Código proporciona definiciones autárquicas que pueden jerarquizarse en el siguiente orden: 1) lugar designado por las partes (artículo 1212); 2) lugar indicado por la naturaleza de la obligación (artículo 1212); 3) lugar en que el contrato fue hecho si fuere el domicilio del deudor (artículo 1212); 4) lugar del domicilio actual del deudor (artículo 1213). Si el contrato fue hecho entre ausentes y no tuviere designado el lugar de cumplimiento, se regirá respecto a cada una de las partes por las leyes de su domicilio (artículo 1214).

El artículo 3º de la LCT 21.297 (43) establece la regla general que aborda dos situaciones: a) contrato celebrado en el extranjero que se ejecuta en la República; y b) contrato celebrado y ejecutado en el país. En ambos supuestos prevé la realización del trabajo en el país y la aplicación de la ley nacional en sintonía con lo dispuesto por el artículo 1209 del Código Civil (44). Pero el precepto pierde efectividad para designar la ley aplicable al teletrabajo, en el que vimos existe una disociación entre el lugar donde el trabajador desarrolla habitualmente su actividad y el lugar donde se recibe y aprovecha el trabajo.

(42) ZABALO ESCUDERO, M. Elena, “Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional del trabajo”, *Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, T. II, Eurolex, Madrid, 2005, p. 1825.

(43) BOLETIN OFICIAL, 29 de abril de 1976.

(44) El alcance del precepto lo destaca la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “Sánchez, Raúl c. Lichtenstein, Mario s/Despido”, 17 de Agosto de 2000, en los siguientes términos: “De acuerdo con la norma de derecho internacional privado contenida en el RCT art. 3º, luego de la reforma de la ley 21.297 al texto originario, se erige al lugar de ejecución del contrato como punto de conexión de aplicación del dispositivo jurídico de la vinculación entre las partes y si bien no menciona de manera expresa el supuesto de contrato celebrado en nuestro país para cumplirse en el extranjero íntegramente, tal como en el caso de autos, la norma aludida en forma omnicompreensiva ubica a la *lex locis celebrationis*, incluso si se trata de un régimen jurídico más favorable para el demandante” (conf. CNAT, Sala X junio 26-1998, Díaz, Jorge c. Altamiranda, Nelson y Asociados S.A. s/ ley 22.250, publicado en TYSS, 98-1331). (<http://ar.vlex.com/vid/sanchez-raul-mario-despido-35189069#ixzz12kU5ogdw>).

7. Conclusiones

Como anunciamos al principio, hemos intentado ofrecer algunas consideraciones conclusivas a lo largo de estas páginas que pueden sintetizarse en estos aspectos:

* Reconocer la especificidad de la problemática que suscita el trabajo que se ejecuta en territorio nacional para ser entregado a empleadores radicados en el extranjero, en orden a dotar a nuestro país de un marco adecuado que garantice los derechos y las obligaciones de los teletrabajadores y de los empleadores. En tal sentido, sería conveniente evaluar, entre otros temas, la igualdad de trato entre un teletrabajador y un trabajador que se desempeñe en la empresa, cumplimiento de las normas de la seguridad social, los regímenes de remuneración, jornada laboral y los métodos de contralor.

* Sustraer el teletrabajo del régimen general de los contratos, estableciéndose para aquél una norma propia cuyo objetivo sea el de garantizar al trabajador una protección particular y facilitarle el acceso a la justicia, poniendo a su disposición diversos foros para accionar contra la respectiva contraparte.

* Construir una regla especial para el teletrabajo con un sistema de conexiones más flexibles, sin que ello implique descartar las posibilidades de libre elección de ley por los contratantes que ofrezca una atención especial a la protección del trabajador.

* Cualquier adecuación, cualquier plan de modernización de nuestra legislación debe estar incorporada a la LCT para que sea realmente segura jurídicamente, por lo tanto debe haber una nueva modalidad en esta ley y tiene que ser la modalidad del teletrabajo.

* Es preciso elaborar un régimen legal que sea factible en su implementación, adecuado a la flexibilidad organizativa que las empresas necesitan, para poder brindar una protección real y cierta al teletrabajador, atendiendo siempre la seguridad social. En otras palabras, no debatir sobre un marco sumamente protectorio y uno sumamente desprotectorio que es el de la informalidad. Debe tenerse en cuenta que no hay régimen más flexible que el de la informalidad -régimen de flexibilidad de hecho- puesto que consideramos que ese sería el máximo ámbito de desprotección para el trabajador.

* Para que el debate y estudio del marco legal de los teleempleados sea posible se requiere de la participación activa de empleadores, trabajadores y del Estado, en consideración al hecho de que una legislación tiene verdadero sentido si logra atender a la problemática específica que una determinada situación plantea.

* El teletrabajo es una herramienta necesaria para la inclusión social y laboral, generadora de más y mejor trabajo decente, facilitando la armonización de la vida personal con la laboral. El reconocimiento a través de un marco normativo del status jurídico de la relación de dependencia, permite garantizar la certeza y la confianza, dos elementos esenciales en el desarrollo de las nuevas relaciones laborales a través de las nuevas tecnologías.

* En definitiva, todos los elementos señalados nos dejan ver la complejidad que encierra el teletrabajo y, por otra parte, obliga a los profesionales del derecho a estar permanentemente atentos a todas las novedades relacionadas con esta figura y su evolución “dentro” del ámbito del Derecho del Trabajo. ♦