

# **De la definición del local de prestación de servicios en el teletrabajo como medida impeditiva de los retrocesos de los derechos fundamentales sociales**

**Márcia Padula MUCENIC**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Av. Ipiranga, 6681 - Partenon - Porto Alegre/RS - CEP 90619-900  
marciapm@via-rs.net

## **RESUMEN**

El presente trabajo presenta la discusión acerca de la jurisdicción y de la ley aplicable en las relaciones de teletrabajo internacionales, bajo el punto de vista de los derechos fundamentales de los teletrabajadores y de la prohibición de retroceso en decurso del local de prestación de servicios de estas nuevas relaciones. La investigación se realiza desde el estudio del teletrabajo, donde se busca conceptuar brevemente el instituto. Posteriormente se estudia la jurisdicción y el conflicto de leyes en el espacio del trabajo en lo cual se analiza el Principio de la Protección, Derecho Brasileño y Europeo y las recomendaciones de la OIT. Por fin, se estudian los derechos sociales de los trabajadores como derechos fundamentales y la prohibición de retroceso de estas garantías ante la aplicación de la ley del país menos protector al teletrabajador, en lo que atañe a la dignidad de la persona humana y el dumping social.

Palabras-clave: Teletrabajo. Tecnologías de Información y Comunicación. Jurisdicción. Conflicto de leyes en el Espacio. Derechos Fundamentales.

## **1 INTRODUCCIÓN**

La sociedad contemporánea sufre desde mucho los efectos de la denominada Globalización, en que las fronteras entre los Estados y grandes empresas han disminuido en ritmo acelerado. En las últimas décadas, entre tanto, este fenómeno no es más un privilegio de entes públicos y de personas jurídicas de gran porte, pero abarca personas jurídicas de menor envergadura y personas físicas de todas las áreas de conocimiento y de clases sociales variadas.

En la actualidad, a vista del achatamiento del mundo – término designado por Thomas L. Friedman [7] –, la presencia física de las personas y, más específicamente, de los trabajadores, y la localización geográfica volviéndose cada vez menos significativas, y en algunos casos, irrelevantes. El desarrollo desenfrenado de las Tecnologías de Información y de Comunicación, agregado a la creciente necesidad de las empresas en reducir costos y aumentar a la productividad, permiten la implementación – concreta en muchos países y creciente en otros – del denominado teletrabajo.

El teletrabajo permite que todos los tipos de servicios, tales como lecturas de exámenes médicos, fijación de horarios en restaurantes y hasta lecciones de clases privadas a alumnos de enseñanza media y fundamental, puedan ser realizados de cualquier lugar del globo, de manera simultánea y sin pérdida de calidad y aumento de productividad. Actividades que hace poco eran impensables de manera no presencial, hoy son realizadas de manera virtual, por cualquier persona, de cualquier nacionalidad y en un lugar cualquiera, en constante movilidad física.

El trabajo sigue su curso hacia su forma virtual, ya confundida con el real, en muchos casos, y en países como los Estados Unidos de América y Estados Europeos ya se perciben en índices significativos. El trabajador, sin embargo, independientemente de la forma de trabajo, sea presencial o a distancia, por medios físicos o informáticos, continúa el mismo: persona humana y digna, independiente de color, raza, religión o sexo, que merece respeto y tiene derecho a las garantías fundamentales tan arduamente conquistadas tras siglos de lucha a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo. La evolución tecnológica de información y del trabajo representa desarrollo y no debe implicar, a contrario sensu, el retroceso de los derechos fundamentales sociales.

Este desarrollo del trabajo, sin embargo, puede caracterizar, en algunos casos, violación y retroceso de los derechos sociales laborales, como jornadas exhaustivas, reducción de los salarios, hacia menor que lo mínimo previsto en ley, supresión de las garantías de los trabajadores y del sistema de Seguridad Social. Eso sucede principalmente debido a la dificultad de identificarse y establecer el local de la prestación de servicios y, consecuentemente, la jurisdicción competente y a la ley aplicable, una vez que no hay reglamentación mundial, solamente convenciones internacionales que no se emplean en todos los países. Tome como ejemplo, solamente para título de aclaración, un brasileño contratado por una empresa estadounidense para prestar servicios, en su casa, por medio de canales

virtuales de comunicación y sitios hospedados en países de China. ¿Dónde el brasileño presta servicios? En Brasil, en Estados Unidos o en China? Definiéndose la prestación de servicios en el país asiático, ¿se tendrá la ley de este Estado como la aplicable al dicho caso, aunque esto signifique retroceso de los derechos sociales logrados por el trabajador occidental? Los brasileños que, tras años de esclavitud, lograron el derecho a un salario mínimo no pueden, bajo la justificativa de la celeridad y facilidad de la comunicación y del trabajo, y de los bajos costos económicos y sociales, retroceder y percibir salarios chinos, afrontando a su dignidad.

El presente estudio, por lo tanto, se justifica por una revolución de Información y de la forma del trabajo: el teletrabajo, que no es futuro, sino el presente. Se tiene como fenómeno de espantosa celeridad en su desarrollo, lo que es propio de su naturaleza, pero que atropella las relaciones personales y el Derecho, no preparados para un cambio tan radical que ya ocurrió sin que la mayoría percibiera. La sociedad clama por un estudio que se está empezando, pero que ya se muestra de urgente desarrollo, bajo pena de tenerse una violación de los derechos fundamentales sociales, ya habituales y que no pueden retroceder en una sociedad acelerada y en plena evolución.

## **2 DEL TELETRABAJO**

El teletrabajo es un fenómeno de consecuencias relevantes, jurídica, política y socialmente, frente a sus implicaciones, tales como la reducción general de los empleos – frente a sustitución de la mano de obra humana por las máquinas más productiva; la alteración de la forma de remuneración – de los salarios fijos para los por obra realizada; el aumento de las tercerizaciones; la elevación de disimulaciones de las relaciones con vínculos de empleo; mayoración de los casos de de dumping social, etc. [10]. Los efectos de esta nueva forma de trabajo, cada vez más presente en el escenario mundial actual, sean ellos benéficos o maléficos, atingen los trabajadores, empleadores, sociedades y Estados, razón por la cual se vuelve urgente reglamentación específica al teletrabajo, aun inexistencia en la mayoría de los países, principalmente los no desarrollados o en subdesarrollos, como gran parte de los países de América del Sur.

Teletrabajo es, en las palabras de Chaparro, el “trabajo a distancia, utilizando las telecomunicaciones y por cuenta ajena”. O sea, esta forma de trabajo es la que genera riquezas tal cual el medio presencial, pero que se da lejos del establecimiento de la empresa, sea en el domicilio del tele empleado, sea en telecentros u otros locales en que sea posible la prestación de servicios. El trabajo a distancia, por lo tanto, es aquél realizado con la utilización de sistemas de telecomunicaciones (Tecnologías de información y Comunicación), sean la que sean: facsímile, teléfono, satélites, redes de banda ancha, correo electrónico, videoconferencia, etc. Por fin, el teletrabajo debe ser por cuenta ajena, en sentido de que el servicio debe beneficiar persona o empresa que por él le remunere, independientemente de tratarse de trabajo por obra, temporal, o por plazo indeterminado, diferentemente del teletrabajo autónomo, que solamente trae logros a la propia persona que realiza las actividades por medio de tecnologías de información y comunicación. [5] El teletrabajador puede tener o no vínculo laboral, conforme caracterizadas las calidades propias de este instituto: prestación de servicios personal, en carácter oneroso, no eventual y de manera subordinada – o, al menos, para subordinada –, clamando por la protección de la legislación. [6]

## **3 DE LA JURISDICCIÓN Y DEL CONFLICTO DE LAS LEYES LABORALES EN EL ESPACIO**

Tras estas breves consideraciones, se hará el estudio acerca de la ley aplicable y del conflicto de leyes laborales en el espacio, basándose en las leyes internas y las convenciones y los tratados internacionales. El teletrabajo está presente en el escenario mundial actual, pero aun encuentra actuación suficiente para el reglamento en los países en desarrollo, siendo reglamentado específicamente solamente en algunos países como Portugal.

La globalización y la derribada de las fronteras en la economía y en el mercado de trabajo, aliado a las grandes diferencias entre países desarrollados, en desarrollo y subdesarrollados, clama por reglamentaciones internacionales del Derecho del trabajo, motivo por la cual la OIT tiene por eje de sus atribuciones la actividad normativa, buscando la protección del trabajador y el desarrollo de las regiones que se muestran más atrasadas económicamente [15]. La dificultad en la aplicación de las convenciones protectoras de la organización Internacional del Trabajo residirá, así y todo, en aquellos países que no firman estos tratados y que no las respetan, violando la dignidad humana de trabajadores que están desprotegidos de éstas garantías fundamentales. En estos casos y cuando haya omisión de las organizaciones internacionales, las relaciones internacionales de trabajo deben ser resueltas por las reglas propias de solución de conflictos de ley en el espacio.

La aplicación de la ley laboral a las relaciones internacionales protesta por tratamiento diferenciado con relación a la orientación de los demás ramos del derecho. Frente a la necesidad de protección internacional al trabajador hiposuficiente, se hace imperioso el estudio de la teoría de Savigny, la cual establece que la ley aplicable – nacional o extranjera – será determinada por las características propias de cada relación jurídica, sin basarse en nociones fijas de nacionalidad versus territorialidad.

El actual entendimiento – distinto de lo de otrora, en que las leyes laborales eran imperativas, frente a la ausencia de autonomía de voluntad en el contrato laboral, que funcionaba como de adhesión – es lo de que el contrato de trabajo debe observar la autonomía de las partes, reconocida actualmente en los Tribunales, haciendo valer la cláusula establecida entre el empleado y el empleador cuanto a la ley aplicable, debiendo esta ser observada por la jurisdicción competente. Mientras tanto, esta concepción debe ser tomada con cautela, ya que los países involucrados en estas relaciones laborales internacionales son, actualmente, los más diversos, incluso aquellos que, como India y China, no poseen poca o ninguna protección a los trabajadores, lo que nos lleva a cuestionar: ¿hasta qué punto la autonomía de voluntad se prevale en lo que se refiere a la protección a los derechos fundamentales sociales, garantidos por las órdenes jurídicas occidentales y por la organización Internacional del Trabajo como indisponibles o irrenunciables? ¿La elección de la ley aplicable no puede implicar, en algunos casos, el retroceso de los derechos fundamentales sociales?

### **3.1 Del Principio de la Protección**

El Principio de la Protección pretende proteger la parte hiposuficiente de la relación, con el objetivo de, mediante esa protección, lograrse una igualdad substancial y verdadera entre las partes. El Principio de protección es expreso por tres reglas: a) in dubio, pro operario – criterio utilizado por el magistrado para aplicar una única norma que contenga más de un sentido, debiendo utilizar lo que sea más favorable al trabajador; b) norma más favorable – determina la aplicación de la norma más favorable al trabajador, aunque jerárquicamente inferior en la jerarquía tradicional de las normas laborales; c) condición más benéfica – establece que una norma laboral no puede retroceder para perjudicar un trabajador que, bajo el punto de vista de la norma anteriormente vigente, estaba en condición más favorable. [12]

Llevándose en cuenta la visión del presente estudio se refiere al conflicto de las leyes en el espacio y a la aplicación de la norma laboral en ámbito internacional sin que eso se refleja en perjuicio al trabajador y en retroceso de los derechos sociales, se restringir la presente pesquisa al estudio de las dos últimas reglas del Principio de la Protección, rechazándose el análisis de la regla in dubio pro operario de la pesquisa ahora propuesta.

En lo que se refiere a la regla de la norma más favorable, diferentemente de lo que ocurre en la solución de antinomia existente en el derecho común, en el derecho Laboral, habiendo más de una norma reglando la misma materia, se adjudicará la más favorable al trabajador, según el caso concreto, aunque inferior en la jerarquía de las fuentes laborales. La norma que no sea aplicada no será por la otra derogada, solamente preterida en el caso determinado, pues en otra situación fática, aquella norma podrá ser la más favorable. [12]

El principio de la norma más favorable, por lo tanto, permitirá también la solución de los conflictos entre normas internas e internacionales en ámbito de relaciones laborales supranacionales, asegurando, así, las garantías más benéficas al trabajador. En este contexto a favor de la protección del trabajador, la norma internacional, proviene de Convenciones o tratados Internacionales, podrá prevalecer la norma interna si fuere más benéfica, valiendo lo contrario. [15] Se pone de relieve entendimiento contrario del Tribunal Superior del Trabajo, por la imposibilidad de comparación de las leyes internacionales, cabiendo aplicación de la ley más benéfica solamente cuando de la antinomia de leyes internas. PROCESSO Nº TST-AIRR-107298/2003-900-01-00.3. Tribunal Superior del Trabajo. 6ª Turma. Min. Rel. Mauricio Godinho Delgado. Juzgado en: 14 out. 2009.

La regla de la condición más benéfica, por su vez, determina la manutención de la situación concreta ya adquirida por el trabajador y más benéfica que la impuesta por la ley posterior. Imagínese un trabajador chino que vino para Brasil prestar servicios y que, con la innovación tecnológica, puede volver a su país para prestar servicio para la misma empresa brasileña. Esta situación anterior puede haber sido alcanzada por norma anterior, por usos y costumbres del local y por una concesión por liberalidad de la empresa o por norma aplicable en la situación concreta. Se trata de regla muy semejante a la de la norma más favorable, siendo bastante difícil distinguir las.

### **3.2 De la Jurisdicción y del Conflicto de las Leyes Laborales en el Espacio en el Ordenamiento Jurídico Brasileño**

En lo que se refiere al ordenamiento jurídico brasileño, la Consolidación de las Leyes Laborales, en su art. 651, define la jurisdicción brasileña como competente en los casos en que el empleado preste servicios en el país, aunque haya sido contratado en el extranjero; o si la prestación de servicios fuere en agencia o sucursal en el extranjero, desde que el empleado sea brasileño y no haya convención internacional disponiendo en contrario (párrafo primero). La Súmula nº 207 del tribunal Superior del Trabajo de Brasil, por su vez, establece el principio de la *lex loci executionis*, en que la relación jurídica laboral es regida por las leyes vigentes en el país de la prestación de servicio y no por aquellas del local de contratación. De esa manera, siendo la jurisdicción brasileña competente para juzgar relación laboral brasileña, la ley aplicada será aquella del local de la prestación de servicios.

El derecho Brasileño adopta el Principio de la Territorialidad, pero, ante al principio del *pacta sunt servanda*, la directriz fijada en la sùmula no impide que la Justicia del Trabajo Brasileña aplique a la relación de empleo reglas contractuales estipuladas por las partes en el país de la contratación, desde que estas sean más benéficas al trabajador. Eso ocurre porque la sùmula tiene el objetivo de garantizar al trabajador extranjero o brasileño contratado en el exterior las garantías mínimas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, impidiendo que los trabajadores que presten servicios en Brasil estén por debajo de los derechos mínimos asegurados por el ordenamiento jurídico patrio en razón de contrato firmado en país extranjero menos garantizador de los derechos laborales.

La problemática, sin embargo, reside en la dificultad en identificarse el local de la prestación de servicios, visto a su localización virtual. ¿El teletrabajador en domicilio o móvil, que presta servicios *online*, presta servicios en el local donde reside, en el local de la sede de la empresa – para donde envía sus servicios – o en el local de hospedaje del sitio en lo cual está conectado? ¿Si el contrato no posee elección de foro o de ley aplicable, y el empleado fuere teletrabajador móvil, la jurisdicción y el ordenamiento jurídico aplicado pueden ser de cualquier lugar por donde él pasa y presta servicios? [9]

Según entendimiento de José Cairo Júnior, cuando el trabajador está conectado *on line* con el centro de trabajo, su computadora es una extensión de este centro, como si estuviera trabajando allí, pues apenas con la llegada de sus tareas al centro de trabajo, la prestación de servicio se completa. Por esta razón, el *loci laboris* del teletrabajador sería el lugar donde se encuentra ubicado el establecimiento. Mientras no haya reglamentación específica en nivel global, sea por medio de un organismo internacional o por los grupos de países, por medio de tratados o convenciones internacionales, la ley aplicable sería la del local del establecimiento de la empresa.

### **3.3 De la Jurisdicción y del Conflicto de las Leyes Laborales en el Espacio de Ordenamiento Jurídico Europeo**

En lo que refiere al Derecho de la Unión Europea la Convención de Roma de 1980, reguló el teletrabajo, garantizado al teletrabajador los mismos derechos de los trabajadores presenciales. El art. 3<sup>o</sup> de la Convención establece como regla general la aplicación de la ley elegida por las partes, cuya elección debe ser expresa o resultar de modo inequívoco de las disposiciones del contrato o de las circunstancias de la causa. La voluntad de las partes puede ser por la aplicación de la ley a la totalidad o solamente a una parte del contrato, bien como pueden alterar la ley aplicable a cualquier momento, lo que no afecta la validez formal del contrato, en la acepción de lo dispuesto en el artículo 9<sup>o</sup>, ni perjudica los derechos de terceros. La elección de aplicación de una ley extranjera, mientras tanto, según disposición de este artículo, no puede alejar las disposiciones imperativas del país en que están ubicados los elementos de la situación.

La misma convención, no obstante, aclara en su art. 6<sup>o</sup>, que esta elección no puede privar el trabajador de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, en falta de elección. La ley aplicable, en falta de elección por las partes, conforme ítem 2 del art. 6<sup>o</sup>, es la del país en que el trabajador, en cumplimiento del contrato, presta habitualmente su trabajo, mismo que haya sido destacado temporalmente para otro país, o, si el trabajador no prestar habitualmente su trabajo en el mismo país, por la ley del país en que esté ubicado el establecimiento que ha contratado el trabajador, a no ser que resulte del conjunto de las circunstancias que el contrato de trabajo presenta una conexión más estrecha con otro país, siendo en tal caso aplicable la ley de ese otro país. [11]

El art. 4<sup>o</sup> de la Convención de Roma regula la aplicación de la ley en falta de elección, estableciendo como ley aplicable la del país con el cual presente una conexión más estrecha, señalando que, si una parte del contrato fuere separable del resto del contrato y presentar una conexión más estrecha con otro país, a esa parte podrá aplicarse, a título excepcional la ley de ese otro país. Esta conexión más estrecha es presumida en el país donde el prestador de servicio tiene su residencia habitual o su sede administrativa, si persona jurídica, asociación o persona colectiva. Ya si el objeto del contrato fuere un derecho real sobre inmóvil, la conexión más estrecha será con el país donde éste se sitúa. En lo que se refiere al contrato de transporte de mercaderías, la conexión más estrecha es presumida con el país en que, en el momento de la celebración del contrato, el transportador tiene su establecimiento principal, si el referido país coincidir con aquél en que se sitúa el lugar de la carga o descarga o del establecimiento principal del expedidor. Estas presunciones, sin embargo, pueden ser elididas por el conjunto de las circunstancias que demuestren conexión más estrecha con otro país que no sea el establecido en el referido dispositivo.

La principal protección al trabajador ante la ley elegida o la ley del país con conexión más estrecha depende del caso concreto a ser juzgado por el magistrado. Así, se protege el trabajador, hiposuficiente frente al empleador. La conexión más estrecha, el local de prestación de servicios, se muestra de difícil identificación ante a la naturaleza virtual y no física del teletrabajo. La presunción del local de residencia del trabajador será maléfico si el trabajador residir en país menor protector, donde haya peligro del dumping social. La conexión más estrecha, según Guanter y

Parra, por lo tanto, es con el país del establecimiento del empleador, pues donde se manifiesta la producción de la prestación de servicios y se unifica las condiciones de trabajo para todos los teletrabajadores de la misma empresa, además de impedir el dumping social. Evitando el dumping social, en Italia, por ejemplo, presentó una propuesta de ley en su Parlamento para permitir la producción resultante del teletrabajo extranjero solamente de países garantizadores de los derechos fundamentales. [14]

El art. 20 de la Convención de Trabajo de Roma, incluso, presenta la superior jerarquía de las normas del derecho comunitario ( o legislación nacional armonizada] sobre la propia convención. Habiendo conflicto entre las leyes en el espacio en la Unión Europea, las soluciones de la convención apenas deberán aplicarse si no haya otra en el derecho comunitario o en las legislaciones nacionales armonizadas [11]

El Código de Trabajo de Portugal posee una sección acerca del teletrabajo. El contrato de trabajo se rige por la ley elegida por las partes. En falta de elección de ley aplicable, el contrato de trabajo es regulado por la ley del Estado con lo cual presente una conexión más estrecha, donde se atiende a la ley del Estado en que el trabajador, en cumplimiento del contrato, presta habitualmente su trabajo, mismo que está prestando servicios en otro país temporalmente o a la ley del Estado en que esté ubicado o establecimiento donde el trabajador fue contratado, si éste no presta su trabajo habitualmente en el mismo Estado. Estos criterios, sin embargo, pueden ser elididos cuando el conjunto de circunstancias demuestre una circunstancia más estrecha con otro país. Mismo cuando aplicable la ley de un país por fuerza de los criterios supra citados, pueden ser aplicadas, preferencialmente, disposiciones imperativas de otro Estado con lo cual el contrato posea conexión estrecha, si el ordenamiento jurídico desde determinar la aplicación de sus leyes al contrato, pero, para eso, se debe llevar en cuenta la naturaleza y el objeto de las disposiciones imperativas, bien como las consecuencias resultantes tanto de la aplicación como de la no aplicación de tales preceptos. [11]

Importante señalar que la elección por las partes de la ley aplicable al contrato de trabajo no puede privar al trabajador de la protección que le garantizan las disposiciones del Código de Trabajo de Portugal, por si acaso la ley portuguesa fuera la aplicable en caso de falta de elección de las partes. Aquí también el principio de la protección se muestra presente y aplicable al teletrabajo internacional.

La línea 8 del art. 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo garantiza el principio de la protección, no cabiendo aquí distinguir si se refiere a la regla de la norma más favorable [cuando habla en ley, costumbre o acuerdo colectivo) o a la regla de la condición más benéfica [cuando se refiere a sentencia o acuerdo/contrato individual de trabajo). Evidentemente, este principio no puede ser aplicado de forma absoluta, debiendo ser tomado con precaución y bajo el principio de la razonabilidad, bajo pena de perjuicios en la esfera económica, lo que llevaría a despidos, aumento de las fraudes y de las informalidades y de graves daños a los empleados. [12]

### **3.4 De la Organización Internacional del Trabajo**

La Organización Internacional del Trabajo, en 1996, también editó la Convención n<sup>o</sup>. 177 y la Recomendación n<sup>o</sup>. 184 que, para muchos autores, como Vittorio Di Martino, pueden ser aplicadas analógicamente al teletrabajo. La Convención n<sup>o</sup>. 177 no da una reglamentación detallada del teletrabajo, pero establece que cada miembro que ratificó el instrumento debe adoptar, implementar y periódicamente revisar una política nacional de trabajo doméstico con el objetivo de mejoría en la situación del teletrabajador. El objetivo de esta política debe ser la de promover, lo más posible, un tratamiento igualitario entre los teletrabajadores y otros asalariados. La Recomendación n<sup>o</sup>. 184, por su vez, en que pese no imponga obligaciones, sugiere sean tomadas algunas providencias en relación al teletrabajo, como, el registro de los teletrabajadores y de cualquier intermediario usados por los empleadores; la aplicación a los teletrabajadores de las leyes y reglamentaciones nacionales en lo que concierne la edad mínima para la admisión; el derecho de los teletrabajadores de organizarse y de negociación colectiva; la fijación de salario mínimo para los teletrabajadores, la protección a la salud y a la seguridad del trabajo; el horario de trabajo, de reposo y licencias; la seguridad social y protección a la maternidad; y la protección en caso de despido. [8]

La OIT estableció los principios y derechos fundamentales en el trabajo en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en la Conferencia Internacional del trabajo, en la 86<sup>o</sup> reunión en Ginebra, en 18/07/1998. Esta declaración, preocupada con los efectos de la globalización en las relaciones laborales, estableció como derechos fundamentales: “a) la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Derechos fundamentales laborales también fueron garantizados en el Programa de Acción aprobado por la Cúpula Mundial sobre el desarrollo Social en 1995 y por las Directivas y resoluciones de la unión europea. [10]

La ausencia de reglamentación de nivel global o regional al teletrabajo y la dificultad en determinarse la ley aplicable permite la incidencia del fenómeno nombrado dumping social, en que los empleadores buscan mano de obra a bajo precio en países subdesarrollados o en desarrollo, donde los salarios son menores y la protección juslaboral es inexistente o fragilizada. Con esto, con la esperanza de tener aplicada la ley poco o nada protectora del país en que reside el teletrabajador y donde éste se localiza físicamente, ejerciendo la prestación de servicio por medio de las Tecnologías de Información y Comunicación, las empresas dejan de contratar empleados del país de su sede o sucursal. Así, el país donde se ubica la empresa es afectado de diversas maneras: sus trabajadores se quedan desempleados y las empresas que contratan empleados nacionales pierden mercado, pues los productos originados de mano de obra más barata son mucho más competitivos.

Si la ley aplicable fuere la del local del establecimiento de la empresa o si, al menos, las disposiciones imperativas de estos Estados fueren resguardadas el teletrabajo podrá ser mantenido por los beneficios propios de este instituto, pero no por la ofensa a la dignidad de la persona humana. Todos los trabajadores, en que pese el país de su procedencia y nacionalidad, merecen protección. Los países, por su vez, no pueden sufrir dumping social.

Estos derechos fundamentales, por lo tanto, no pueden ser suprimidos por cualquier razón, menos aun debido a la globalización, visto que al teletrabajador deben ser aseguradas, lo mínimo estas garantías ya establecidas por la OIT, sea el país en que esté trabajando, bajo pena de retroceso de sus garantías fundamentales sociales desde mucho garantizadas.

#### **4. DE LA PROHIBICIÓN DEL RETROCESO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES BAJO LA VISIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL LOCAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL TELETRABAJO Y DE LA FIJACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLE EN LAS RELACIONES DE TELETRABAJO INTERNACIONALES**

En primer momento, es necesario la definición de los derechos sociales como derechos fundamentales, en peculiar la doble fundamentalidad, formal y material, de tales garantías, a fin de que se pueda analizar la prohibición de retroceso de esos derechos frente a las relaciones de teletrabajo.

Según el derecho constitucional brasileño, los derechos fundamentales, considerados así, poseen régimen jurídico diferenciado, caracterizándose por privilegios en las normas constitucionales, tales como su inserción en el rol de las cláusulas pétreas previsto en el art. 60, §4<sup>o</sup> de este diploma legal; la protección contra “supresiones y vaciamientos arbitrarios por parte de los órganos estatales”, y su aplicabilidad inmediata, por fuerza del párrafo primero, del art. 5<sup>o</sup> de la Constitución Federal. Aquellos que no entienden los derechos sociales como fundamentales defienden ésa idea basándose en interpretación literales, sosteniendo que los derechos sociales no están insertados expresamente en la aplicabilidad inmediata del art. 5<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup> de la Carta Magna, tampoco en el rol taxativo del art. 60, §4<sup>o</sup> de este diploma legal. [13]

Con igual suerte, los derechos sociales no pueden ser excluidos del rol de las cláusulas pétreas, pues los derechos sociales, además de no ser expresamente diferenciados de los derechos de defensa por el diploma constitucional, siendo, en muchos casos, equiparados a éstos en vista de su función y estructura jurídica, no pueden ser desconsiderados, pues, en este caso, estarían también excluidos los derechos políticos y los de nacionalidad, lo que no es posible sostener. El referido dispositivo constitucional debe ser interpretado sistemáticamente, por medio de la lectura de los art. 1<sup>o</sup>, incisos I y III y 3<sup>o</sup>, incisos I, III, V, teniéndose en vista que los derechos sociales se incluyen en los principios del estado Social y en la identidad de la Constitución federal, por lo que, en que pese no previstos expresamente del rol de las “cláusulas pétreas”, así lo son, estando blindados a la supresión por la reforma constitucional. Los derechos sociales no pueden restar diferenciados de los derechos individuales y colectivos, principalmente con relación a la protección de las cláusulas pétreas, pues la función de éstas es preservar ciertos derechos y garantías de agresión o destrucción, bajo pena de violación al principio de la dignidad humana. Los derechos sociales también merecen la misma protección, una vez que su transgresión – si no sean protegidos contra la reforma constitucional, revelaría la misma consecuencia, o sea, infracción al principio establecido en el art. 1<sup>o</sup>, inciso III de la Constitución federal. [13]

Los derechos sociales, que remontan a la Constitución Mexicana de 1917 y a la de Weimar de 1919, demuestran una preocupación con la protección del individuo por el estado, dejando de lado la actitud liberal hasta entonces tomada. Se tiene, de ahí, la garantía de condición de vida en patrones mínimos de calidad (mínimo existencial) como deber del estado – lo que hace de la omisión también inconstitucional – y como derecho subjetivo del individuo. De esta forma surge para la persona, en habiendo violación al derecho, la posibilidad de postular judicialmente el cumplimiento del derecho [2] – y en la esfera judicial será permitido, por lo tanto, la discusión acerca de la legitimidad del presunto retroceso a los derechos prestacionales cuando el individuo sentir violado el núcleo esencial de sus garantías fundamentales sociales.

Al definir derechos sociales como derechos fundamentales, se tiene la garantía de derechos fundamentales sociales laborales, que aseguran un mínimo ético al trabajador [10], también a los teletrabajadores. El trabajo es un valor social, tal cual la dignidad del trabajador que, por la característica de hiposuficiencia de éste, posee contantes riesgos de violación en razón de un contrato de trabajo. Dañando la dignidad del trabajador, se cumplirá la injusticia social y tanto el trabajador cuanto la república y sus fundamentos restarán infringidos. [6]

Los derechos fundamentales sociales, en especial los que aseguran los trabajadores, estarán protegidos, por lo tanto, de un posible retroceso en virtud de la internacionalización del teletrabajo a países cuyo ordenamiento jurídico protege en menor medida o no protege a los trabajadores. La orden constitucional brasileña protege un derecho general a la seguridad y, en espacial, a la seguridad jurídica, consonante expresa disposición del art. 5º, caput de la CRFRB, a cual es un principio fundamental, tanto de la orden jurídica estatal cuanto de la internacional. La seguridad es un derecho del ciudadano en sentido de que le permite confiar en la eficacia y en la efectividad de los derechos que le son garantizados por esta orden jurídica, aún más en un momento de inestabilidad en que vive; bien como el Estado de Derecho es un estado de seguridad jurídica, y ésta es subprincipio del principio fundamental del estado de derecho, bajo pena de, violándose esta seguridad, se tenga un Estado despótico, tirano e injusto. [13]

La confianza en las instituciones estatales, incluyendo las jurídicas y judiciales, por los ciudadanos trae a éste seguridad y tranquilidad en sus condiciones de vivencia en todos los ámbitos. La inestabilidad causada por una inseguridad jurídica – como podría ocurrir con la posibilidad del retroceso de los derechos fundamentales ya logrados y protegidos por el sistema jurídico – resultaría en la violación de la dignidad de la persona humana, una vez que no sería posible contar con la protección de un sistema protector de garantías fundamentales, por lo que se comprende que, sólo con un mínimo de seguridad jurídica, los derechos fundamentales, en especial su núcleo esencial, restan protegidos. [13]

La prohibición de retrocesos en derechos fundamentales sociales ya está abarcada por la orden jurídica brasileña actual, de alguna manera y no expresamente bajo esa denominación, cuando garantiza la protección constitucional de los derechos adquiridos, de los actos jurídicos perfectos y de la cosa juzgada, bien como limita los actos retroactivos y las restricciones legislativas de los derechos fundamentales. Al menos en estas situaciones, por lo tanto, los derechos fundamentales están resguardados, pero se verifican a menudo otras situaciones que, por no encuadrarse perfectamente en estas expresas situaciones constitucionales, acaban por retroceder en los derechos fundamentales, sin que se encuadre en medida retroactiva, siendo posible constatar retrocesos en actos con efectos prospectivos. [13]

Los retrocesos en derechos fundamentales sociales habidos por fuerza de medidas prospectivas son posibles y no representan una paradoja. Ocurren porque los actos causadores del retroceso no atañen actos jurídicos consolidados o demás situaciones anteriores. Se ejemplifica esa situación con una hipotética norma jurídica que flexibiliza los derechos y garantías de los trabajadores con vigencia a solamente futuros contratos de trabajos, resguardándose los existentes cuando de la publicación de la ley. No se vislumbra, en este ejemplo, efectos retroactivos de la norma ni violación a los derechos adquiridos o actos jurídicos perfectos, visto que éstos restan protegidos de la ley que poseerá efectos apenas prospectivos. Este acto del legislativo implica, consecuentemente, grave retroceso de los derechos fundamentales arduamente conquistado, violando la orden jurídica y social y a la dignidad de la persona humana. [13]

La prohibición de retroceso es defendida por muchos. Abramovich y Curtis, al disertar sobre la obligación de la progresividad – a cual no será objetivo de mayor profundización en el presente, extraen de esta obligación la prohibición de regresividad. El Estado tiene la obligación de no regresividad en sentido de que le es vedado adoptar políticas y sancionar leyes que empeoran la situación ya gozada por la población en relación a los derechos económicos, sociales y culturales asegurados por tratados internacionales ratificados por su país. El estado, en razón de su obligación asumida de progresar, mejorar la situación de los derechos logrados a sus ciudadanos, asume la prohibición de reducir o derogar los derechos ya existentes. [1]

La regresividad, según la doctrina de los autores supra citados, también se asemeja al principio de la razonabilidad de la reglamentación de los derechos personales, pues ambos tienen como objeto la garantía del debido proceso sustantivo – lo cual no será objetivo de mayor profundización en el presente, cuanto a la reglamentación de los derechos por el legislativo. El principio de la razonabilidad irá excluir las reglamentaciones irracionales y permitir que el poder ejecutivo elija dentro de las opciones razonables, la más conveniente, bajo su visión política. La no regresividad se suma a ése principio, trayendo criterios temporales o históricos. Siendo así, la reglamentación propuesta no podrá también empeorar las garantías del derecho vigente, desde el punto de vista de su alcance y provecho. Consecuentemente, la nueva norma, a ser reglamentada, no puede ser ni irracional y tampoco regresar en su alcance y finalidad. [1]

Los derechos sociales, según Gomes Canotilho, impone una obligación al legislador de respetar y realizar estos derechos. Así, una vez concretizados, los poderes públicos están prohibidos de eliminar el núcleo esencial ya realizado de estos derechos a prestaciones, sin que se establezcan ninguna forma de compensación o alternativa, bajo pena de violación de las denominadas cláusulas de evolución reaccionaria o de retroceso social [4]. Así, si la ley ordinaria que consolida derecho fundamental social es revocada se estará suprimiendo derecho social ya concretizado, no solamente derecho infra constitucional, por lo que acto ninguno podrá hacer volver a este vacío, pues ya concretizado el derecho social y vedado el retroceso de éste. [2]

De esta suerte, resta configurada la prohibición de retroceso de los derechos fundamentales sociales en lo que se refiere a su núcleo esencial, ya que es este núcleo esencial que se encuentra protegido contra las violaciones y supresiones pura y simples, no siendo la regla de la prohibición de retroceso de los derechos sociales absoluta e impenetrable cuanto a determinadas garantías que no se juntan al núcleo esencial de los referidos derechos fundamentales. La prohibición del retroceso, por lo tanto, deberá atender al núcleo esencial del derecho puesto en tela y al caso concreto en que haya amenaza de su retroceso.

El núcleo esencial de los derechos fundamentales sociales está íntimamente relacionado al principio de la dignidad de la persona humana, en sentido de que las medidas restrictivas de derechos sociales en hipótesis ninguna podrán afectar el núcleo esencial del derecho prestacional, lo que violaría la noción de mínimo existencial y, por consecuencia lógica la dignidad humana, pues aquellos que constituyen explicitaciones de ésta, o sea, “en cada derecho fundamental se hace presente un contenido o, al menos, alguna proyección de la dignidad de la persona”. Una vez negado a la persona humana los derechos fundamentales a ella asegurados, su dignidad también estará siendo rehusada, de suerte que el retroceso en los derechos sociales, con la disminución o derogación de esos derechos fundamentales, implica violación del principio de la dignidad de la persona humana. [13]

El principio de la prohibición de retroceso en sede constitucional brasileña, por lo tanto, deriva de una interpretación sistemática del derecho constitucional, en especial de determinados principios y argumentos, cuáles sean: el principio del estado democrático y social de Derecho, el principio de la dignidad de la persona humana, el principio de la máxima eficacia y efectividad de las normas que definen los derechos fundamentales, la protección contra medidas de cuño retroactivo (derecho adquirido, cosa juzgada, acto jurídico perfecto), principio de la protección de la confianza, la auto vinculación de los órganos estatales a los actos anteriores, bajo pena de violación a la voluntad de la Constitución federal [13]

## 5 CONCLUSIÓN

El avance de las tecnologías puestas a disposición de la humanidad, desde el siglo pasado, juntamente con el fenómeno de la globalización, proporcionó grandes modificaciones en las relaciones sociales, en especial las de trabajo, posibilitando la venida del llamado teletrabajo y su dimensión off shore, o sea, además de las fronteras nacionales. Las tecnologías de información y comunicación permiten que la prestación de servicios por el trabajador no sea más en la sede del empleador, sino en cualquier lugar del mundo, sea en la residencia del empleado, sea en telecentros y telecottages, sea en movilidad geográfica.

La evolución del teletrabajo, en que pese a los inúmeros beneficios que trae a los trabajadores, a las empresas y a la sociedad, trae consigo perjuicios y dificultades, especialmente en la reglamentación de esta nueva modalidad, presente en los EE.UU. y en Europa, más aún en desarrollo en países como Brasil. El teletrabajo internacional, o sea, que relaciona más de un Estado en la misma relación de trabajo, es movimiento creciente, en especial con el desarrollo de la tercerización, lo que pone en relieve la problemática del conflicto de las leyes en el espacio.

Llevando en cuenta la facilidad de contratarse empleados de cualquier lugar del mundo, cuya mano de obra es más barata, o de enviar trabajadores a locales donde los medios de producción son de costo menor – y es justamente esa característica que disminuye los precios de la mano de obra y de la producción. En este caso, la disminución de costos, objetivo principal de cualquier empleador, no puede ser óbice a la manutención de los derechos sociales laborales (derechos fundamentales sociales) implicando retroceso, principalmente tras décadas de conquistas. La aplicación del ordenamiento jurídico del país menos protector de los trabajadores involucrados en la relación de teletrabajo causará retroceso de los derechos sociales.

Para la determinación de la ley aplicable a las relaciones laborales, es fundamental que sea delimitado el local de la prestación de servicios. Este objetivo, sin embargo, se presenta con dificultades, debido a la maleabilidad geográfica y a la menor importancia de la fijación física del empleado. En esta senda, el local de la prestación para donde son enviados los trabajos; cuanto el de la prestación de servicio, en el teletrabajo móvil, lo que podrá darse en cualquier lugar del mundo. [9]



El local de la prestación de servicio es sobresaliente en razón de la regla brasileña sobre la ley aplicable en ámbito de las relaciones laborales internacionales. Siendo la jurisdicción brasileña competente para procesar y juzgar la referida relación de trabajo internacional, en los casos previstos en el art. 651, §2º de la Consolidación de las leyes del trabajo, la ley aplicable será, consonante entendimiento sumulado del Tribunal Superior del Trabajo (Súmula nº 207), la del local de la prestación de servicios, y no la del local de la contratación, concretizando el principio de la *lex loci eexecutionis*.

El entendimiento sumulado tiene por objetivo garantizar al trabajador extranjero o brasileño contratado en el exterior a las garantías mínimas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, impidiendo que los trabajadores que presten servicios en Brasil estén por debajo de los derechos mínimos asegurados por el ordenamiento jurídico patrio en razón de contrato firmado en país extranjero menos garantizador de los derechos laborales. [10] Esta directriz, siendo así no podrá ser absoluta, pues, antes de verificarse este presupuesto objetivo, es necesario que se identifique cual la ley aplicable más benéfica al trabajador, consonante disposición de la Organización Internacional del Trabajo es, principalmente, en un contexto de prohibición de retroceso de los derechos fundamentales sociales. Si el local de la prestación de servicio implicar aplicación de ley menos benéfica y protectora, otro ordenamiento jurídico relacionado a la relación del teletrabajo internacional deberá ser utilizado en caso concreto.

La aplicación de la ley del local físico de la prestación de servicios, sin embargo, podría encontrar defensa en pro del desarrollo económico y, por consecuencia, de los propios trabajadores. Muchas empresas, actualmente, apenas crecen, se mantienen y son creadas en razón de las facilidades y de los menores costos proporcionados por el teletrabajo y por la contratación de trabajadores a bajos precios o envío de empleados a locales de menor protección. Aplicar a esos empleados sistema más protector significaría, bajo el punto de vista económico, gastos no previstos, quiebra y crisis en el sistema económico, con la caída de la producción y de los empleos, lo que perjudicaría no sólo las empresas como el teletrabajador.

Evidentemente, esta cuestión deberá ser siempre llevada en cuenta a la luz del principio de la dignidad humana, pues, protegiéndose la prohibición del retroceso de los derechos, bien como la manutención de empleos, se desea como única finalidad la dignidad del trabajador. Una vez rechazado al trabajador los derechos fundamentales a él asegurados, su dignidad estará también siendo rehusada, de suerte que el retroceso en los derechos sociales, con la disminución o derogación de esos derechos fundamentales en nombre de la localización física de los servicios, implica violación del principio de la dignidad de la persona humana. [13]

La ley aplicable, por lo tanto, deberá respetar y mantener la dignidad de aquél que busca protección, sea cual fuere el ordenamiento jurídico. Si la ley aplicable al caso – por fuerza de la determinación del local de la prestación de servicios – significar retroceso de los derechos sociales adquiridos cuanto a su núcleo esencial, se estará en caso de relativización de la Súmula 207 TST y de las demás soluciones de conflicto de ley en el espacio, en nombre de la protección de los derechos fundamentales sociales y del principio de la dignidad de la persona humana, en que pese entendimiento jurisprudencial de que la norma más benéfica sólo puede ser preferida dentro de un mismo ordenamiento jurídico, sin comparación de leyes internacionales.

De esta manera, la determinación de la ley aplicable, además de garantía de los derechos fundamentales sociales, tiene también por finalidad elidir el fenómeno del *dumping social*. La utilización de mano de obra más barata, sea por los bajos salarios, sea por la mínima o inexistente protección del trabajador en su país natal, causa desempleo en los países en que la protección al trabajador es mayor, directamente, pues estos empleados dejan de ser contratados a favor de los trabajadores de aquéllos países; es indirectamente una vez que la mayor competitividad de las mercadorías derivadas de la mano de obra más barata ocasiona baja producción nacional, lo que también lleva al desempleo.

Igualmente, una vez ya adquiridos los derechos sociales – y aquí se está estudiando los derechos laborales -, esos derechos fundamentales no pueden ser minimizados o derogados, bajo pena de retroceso y violación de la dignidad de la persona humana [13]. Si, en razón de la localización física del empleado o del local de la prestación de servicios – lo que no hace sentido priorizar en el teletrabajo, una vez que este se da en un mundo virtual – se aplicará la ley menos protectora de un determinado país, los derechos sociales ya logrados por el trabajador, sea por su país de origen, sea por la nación de domicilio de la empresa – la cual ha contratado empleados de otros países para no someterse a su sistema de extensa protección al trabajador -, sea por los derechos garantizados por la Organización Internacional del Trabajo a todos los trabajadores del mundo, no podrán ser reducidos ni suprimidos, bajo pena de violarse la prohibición de retroceso de los derechos sociales.

## REFERÊNCIAS

- [1] ABRAMOVICH, V. and COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- [2] BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- [3] CAIRO JÚNIOR, J. *O local de trabalho virtual como critério definidor da vigência da lei no espaço nas relações de teletrabalho*. Disponível em <[http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia\\_sem\\_imagem.jsp?id=399](http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=399)>. Acesso 30.05.2010.
- [4] CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- [5] CHAPARRO, F. O. *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral em la era de la tecnología*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- [6] FINCATO, D. P. Teletrabalho : uma análise juslaboral. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 236, p. 40-56, ago. 2003.
- [7] FRIEDMAN, T. L. *O mundo é plano*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- [8] MARTINO, V. *The high road to teleworking*. *International Labour Organization*, Geneva, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/telework/index.htm>>. Acesso em: 21 out. 2009.
- [9] MASSANI, T. O. *Novas tecnologias no processo jurisdicional do trabalho*. *Revista LTr*. São Paulo, a 69, n 10, p. 1212-1228, out. 2005.
- [10] NASCIMENTO, A. M. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- [11] PINO Estrada, M. M. *Panorama juslaboral do teletrabalho na América Latina e na Europa*. *Revista de Direito das Novas Tecnologias*, v. 1, p. 13-31, 2006.
- [12] RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Edilson Alkmim Cunha 3. ed. atual. 3. tiragem. São Paulo: LTr, 2004.
- [13] SARLET, I. W. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 32, n. 1. p. 9-50, jun. 2006.
- [14] SERRANO OLIVAES, R. Reflexiones em torno a la ley aplicable AL ciberempleo transnacional. In GUANTER, S.R.; PARRA, M.L (Org.). *Relaciones laborales y nuevas tecnologias*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2005.
- [15] SÜSSEKIND, A. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.