

XXII° Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho  
Internacional

Sección Derecho Internacional Privado

Salta, 21, 22 y 23 de octubre de 2010

El contrato multinacional de trabajo: reflexiones en orden a su calificación, ley  
aplicable, orden público y jurisdicción<sup>1\*</sup>

Alejandro Aldo MENICOCCI<sup>2\*\*</sup>

1. Introducción. 2. Calificaciones. 3. Ley aplicable. 3.1. Fuente Convencional. 3.1.1. Declaración sociolaboral del MERCOSUR. 3.1.2. Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. 3.1.2.1. Capacidad. 3.1.2.2. Forma y prueba. 3.1.2.3. Validez intrínseca y efectos. 3.1.2.3.1. Autonomía conflictual y material. 3.1.2.3.2. Lugar de ejecución. 3.1.2.4. Accidente o enfermedad del trabajo. 3.2. Fuente interna. 3.2.1. Capacidad. 3.2.2. Forma y prueba. 3.2.3. Validez intrínseca y efectos. 3.2.3.1. Autonomía conflictual y material. 3.2.3.2. Lugar de ejecución. 3.2.4. Extensión del derecho aplicable. 3.2.5. Accidente o enfermedad del trabajo. 3.2.6. El trabajador inmigrante. 4. Límites a la aplicación de la ley extranjera. 4.1. Normas coactivas del derecho local. 4.2. Normas imperativas. 4.2.1. Normas imperativas de la *lex fori*. 4.2.2. Normas imperativas de la *lex causae*. 4.2.3. Normas imperativas de un tercer Estado. 4.3. Orden público. 5. Jurisdicción internacional. 6. El Derecho Internacional Privado del Trabajo en la Unión Europea. 7. A modo de reflexión

1. Introducción

1.1. Aquellos conflicto de leyes, jurisdicciones y disposiciones materiales relativas a las relaciones laborales con elementos extranjeros constituyen el Derecho Internacional Privado del Trabajo. Un significativo elenco de fuentes construidas

---

<sup>1\*</sup> Las líneas básicas de esta ponencia fueron presentadas a la Jornada Preparatoria para el XXII° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), Buenos Aires, Facultad de Derecho de la UBA, 27 de agosto de 2010. Es de estricta justicia reconocer en las personas de los Dres. Jorge Bermúdez la aclaración de varios de los tópicos originalmente tratados y María Elsa Uzal en las observaciones realizadas con relación a la aplicación de las normas imperativas.

<sup>2\*\*</sup> Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la PUCA. alejandro@menicocci.com.ar

en base al método directo estipulan estándares mínimos con carácter sustantivo: v.g., aquellas vinculadas a la OIT y tratados internacionales referidos –*inter alia* – a derechos de los trabajadores de las que se derivan principios de protección<sup>3</sup>. En este orden de ideas, revisten especial importancia aquellas cláusulas sociales contenidas en los acuerdos de integración comercial adoptados por los Estados en las que existen condiciones de trabajo disímiles y existe el temor de *dumping social*, esto es, el incremento incontrolado de importaciones provenientes de países cuyas condiciones laborales constituyen una amenaza para los mercados cuyos estándares de protección son mayores y consecuentemente, los costos de producción son también mayores<sup>4</sup>.

En el orden interno, la Constitución Nacional y disposiciones jerárquicamente subordinadas estipulan principios inderogables sobre el trabajo de la mujer, de los menores, reglas de salubridad y seguridad. En un segundo nivel -también de aplicación imperativa- se encuentra el derecho colectivo de trabajo<sup>5</sup>.

En tercer lugar, asistimos a un espacio donde la internacionalidad del contrato de trabajo (DIPr. en sentido estricto o “nuclear”<sup>6</sup>) y la jurisdicción internacional emplean métodos y soluciones del DIPr. Tal es el principal objeto de estas líneas sin perjuicio de un abordaje a las soluciones materiales más significativas<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>4</sup> V. Van Der LAAT ECHEVARRIA, “Cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado”, en SANGUINETI RAYMOND y A. GARCIA LASO, “Globalización económica y relaciones laborales”, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 153 y ss.

<sup>5</sup> Para GOLDSCHMIDT no compete al DIPr. -en sentido estricto- la Organización Internacional del Trabajo, el Derecho Administrativo del Trabajo, el Derecho Colectivo del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social ni el Derecho Internacional Unificado del Trabajo: GOLDSCHMIDT, Werner, en DEVEALI, Mario L., “Tratado de Derecho del Trabajo”, 2ª ed., TV, Bs. As., La Ley, 1972, p. 602 y ss. En algunas ocasiones, las Convenciones de la OIT introducen normas indirectas, v.g., al accidente de trabajo se le aplicará la ley del lugar del accidente (Convención 19 de 1925, art. 2).

<sup>6</sup> V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

<sup>7</sup> V. GOLDSCHMIDT, Werner, en DEVEALI, “Tratado ...”, p. 599 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho Internacional Privado de Fuente Interna acerca del Contrato de Trabajo”, Juris, Tº 46, D-27; FERMÉ, Eduardo L, en VAZQUEZ VIALARD, Antonio, “Tratado de derecho del trabajo”, Bs. As., Editorial Astrea, 1982, T II, p. 851 y ss.

1.2. Ciertamente es que una escisión completa entre la ley aplicable al contrato individual del trabajo y el derecho colectivo es imposible: normas relativas a la protección del personal representativo de una entidad sindical o la declaración de una huelga como ilícita pueden enervar o justificar, respectivamente, el despido de un trabajador<sup>8</sup>. Sin embargo, la división es imprescindible a los fines de un abordaje que pretende ser preciso.

## 2. Calificaciones

2.1. Para una primera aproximación al concepto, hemos de preguntarnos sobre el derecho llamado a definir la relación o contrato de trabajo. Las características propias de cada mercado impiden acudir a una calificación conforme a nuestra *lex fori*. Total orfandad se advierte en la obra montevideana (v. *infra* § 3.1.2.). En lo que hace a la fuente interna, la ley 20.744 califica al contrato de trabajo como aquél en el cual una persona física se obliga a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración (art. 21 LCT). La noción de “dependencia” es reiterada al referir la ley a la relación de trabajo (art. 22 LCT), y aunque esta dependencia no tiene calificación alguna en otro precepto legal, ciertas disposiciones contribuyen a fijar sus contornos (v.g., los arts. 4, 5 y 27, que aluden al trabajo, empresa, empresario y socio empleado). No parece, sin embargo, que corresponda al derecho sustantivo elaborar su propia calificación de “*contrato o relación de trabajo*” ni sus categorías anejas cuando el caso presenta elementos multinacionales<sup>9</sup>: no solo el concepto de trabajador sino el de empresa dependerán de cada mercado de trabajo, con sus respectivos remedios judiciales o administrativos y con

---

<sup>8</sup> MOHAMED SALAH, Mohamed Mahmoud, “Loi d’autonomie et protection de la partie faible”, *Recueil des Cours*, 2005, vol. 315, p. 183.

<sup>9</sup> V., sin embargo, GONZALEZ CAMPOS, Julio D., FERNANDEZ ROZAS, José Carlos; CALVO CARAVACA, Alfonso L., VIRGOS SORIANO, Miguel, AMORES CONRADI, Miguel A. y DOMINGUEZ LOZANO, Pilar, *Derecho Internacional Privado – Parte especial*, 6ª ed., revisada, Madrid, Eurolex, 1995, p. 198 y ss., p. 176, quienes proponen elaborar el concepto partiendo de una noción autónoma (en su caso, de la Convención de Roma I) y teniendo en cuenta los conceptos nacionales y el derecho comunitario. Huelga aclarar que esta aproximación cuenta con sustento en un marco de integración económica.

respuestas de otras ramas jurídicas en orden a satisfacer desequilibrios contractuales. La extensión de la tutela obedece a cánones no universales.

2.2. El “contrato o relación de trabajo” se determinará de conformidad al derecho sustantivo que la norma de conflicto declare aplicable. Hemos de partir de la ley aplicable a los contratos. Al mismo tiempo, debemos considerar que el fenómeno de la dependencia es esencial a la hora de calificar. Si bien no existe consenso unánime acerca de cuál de los perfiles de la dependencia es el más significativo (el jurídico, el económico y, de alguna manera, el técnico), estos se traducen en una serie de elementos que hacen ostensible el desequilibrio del sinalagma contractual. La posibilidad de hacer cesar el vínculo por parte del empleador, el acatamiento de sus directivas u órdenes, la prestación del servicio bajo el poder directivo, el cobro de una remuneración pactada por anticipado con independencia del resultado económico de la prestación<sup>10</sup>, el carácter insustituible y personalísimo de esta última<sup>11</sup> son características imprescindibles a la hora de determinar el carácter del contrato.

De alguna manera, el “contrato de trabajo” se inserta en el régimen general de los contratos con una fisura *a priori*: mientras en los contratos la lesión constituye una patología, en el contrato de trabajo aquélla es elemento esencial en su calificación, en tanto la contratación obedece *–inter alia–* a la necesidad del trabajador para ofrecer, como contraprestación su única “mercancía”<sup>12</sup>, esto es, su fuerza de trabajo<sup>13</sup>.

2.3. La extensión del concepto dependencia puede generar zonas grises (no exclusivas, por otro lado, del derecho internacional). En este sentido, la *lex fori*

---

<sup>10</sup> ACKERMAN, Mario E. (Director), TOSCA, Diego M. (Coordinador), Tratado de Derecho del Trabajo, Teoría General del Derecho del Trabajo (Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2005, T. I., p. 161 y ss).

<sup>11</sup> FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, Tratado Práctico del Derecho del Trabajo, 3ª ed. actualizada y ampliada (Bs. As., La Ley, 2007, T. I., p. 176 y ss).

<sup>12</sup> V. MARX, Carlos, El Capital – Crítica de la Economía Política, trad. Wenceslao Roces, México, FCE, 1973, T. I., esp. p. 130 y ss.

<sup>13</sup> Al menos, cuando el índice de desempleo no es igual a cero, en tanto la oferta de trabajo es superior a la demanda y ello permite mantener el salario como variable de ajuste en la obtención de mano de obra.

puede ampliar los legitimados pasivos en supuestos de subcontratación o intermediación:

La actora demandó la ilegítima interposición de la RAI Corporation Italian Radio TV en tanto locadora de los servicios de los trabajadores. Los trabajos habían sido efectuados en el Estado de Nueva York. La Corte consideró la ley neoyorquina como *lex causae* Siendo esta última la llamada a decidir en la materia - subcontratación o intermediación de trabajo- y no existiendo la figura en el régimen legal neoyorquino, rechazó la pretensión. Sostuvo también la Corte que tal limitación de responsabilidad no es contraria al orden público italiano<sup>14</sup>.

O considerar viajante de comercio al agente y viceversa:

En “Marsili Alberto c. Cartones Yaguareté s. Inhibitoria (*Juzgado del Trabajo N° 5 de Rosario, 5.11.2007*)”<sup>15</sup> la justicia local hizo lugar a la demanda contra la demanda de un viajante de comercio contra la empleadora paraguaya. La empleadora paraguaya dedujo demanda ante la Justicia paraguaya calificando al –aquí actor, allá demandado- como agente de comercio.

2.4. Finalmente, la “dependencia” es un concepto elástico, que dependerá de la relación que entre el empleador y el trabajador exista, subordinada, principalmente, a la dependencia económica de este último. No puede ignorarse que, en términos normativos, el CEO de una empresa multinacional se equipara a Toussiant Maheu, el minero de Émile Zola en “Germinal”; pero sus condiciones sociológicas y axiológicas difieren notablemente.

Bajo las premisas anteriores, hemos de abordar el problema de la ley aplicable.

### 3. Ley aplicable

Si aceptamos que el contrato o relación individual de trabajo se rige por la ley aplicable a los contratos en general, hemos de relevar las fuentes vigentes en la materia.

#### 3.1. Fuente convencional

##### 3.1.1. La Declaración Sociolaboral del Mercosur.

---

<sup>14</sup> Corte di Cassazione, 7.12.2005, “Cerullo c. INPS”, RDIPP, ottobre – dicembre 2006, p. 1053. La ulterior revocación de esta sentencia no afecta el decisorio relativo al subexamine: V. Corte di Cassazione, 26.05.2008, RDIPP, aprile-giugno 2009, p. 409 y ss.

<sup>15</sup> Laleyonline, *en prensa*.

3.1.1.1. El Consejo de Mercado Común del Mercosur adoptó, el 10 de diciembre de 1998 la Declaración Sociolaboral<sup>16</sup>. En ella los Estados Parte y destacan su condición de ser miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y estatuyen determinados principios cuyos considerandos remiten a distintos tratados internacionales<sup>17</sup>, en especial, la "Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo" (1998). A diferencia de otras cláusulas sociales contenidas en tratados de libre comercio, la declaración sociolaboral del Mercosur tiende a consolidar y reforzar los logros alcanzados entre los socios en materia de derecho del trabajo<sup>18</sup>.

La declaración consagra el derecho a la no discriminación (art. 1) tanto negativa como positiva, entendida esta última como el compromiso de eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo (art. 2). El instrumento destaca la igualdad del trabajador migrante (art. 3) y la obligación de los estados tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores de zonas de frontera (art. 4). Se suprime el trabajo forzoso (art. 5) y la prohibición de trabajo de niños en edad escolar obligatoria, realizar horas extras o desempeñarse en horarios nocturnos o insalubres, hasta los 18 años (art. 6). El empleador cuenta con el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 7).

Se consagran las libertades de asociación (art. 8) y sindical (art. 9), con libre afiliación, prohibición de despidos con causa en una determinada afiliación y el derecho a representación. También se consagra el derecho a la negociación colectiva (art. 10) y el de huelga (art. 11): "Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad"

---

<sup>16</sup> <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/103/1/sociolaboralES.pdf>, 13.09.2010

<sup>17</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos - OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

<sup>18</sup> GUTIERREZ HURTADO, Francisco Javier – LOBEJON HERRERO, Luís, "Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados", en Revista de Economía Crítica, N° 7, primer trimestre, 2009, p.61 y ss.

Los Estados se comprometen a propiciar y desarrollar formas preventivas y alternativas de autocomposición de los conflictos individuales y colectivos (art. 12), a fomentar el diálogo social en los ámbitos nacional y regional con mecanismos efectivos de consulta, privilegiando - mediante el consenso social- *condiciones favorables al crecimiento económico sostenible y con justicia social de la región y la mejora de las condiciones de vida de sus pueblos.*

Luego de establecer estándares mínimos en materia de salud y seguridad en el trabajo (arts. 17 y 18) se consagra el derecho a la seguridad social, en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales (art. 19).

3.1.1.2. ¿Cuál es el estándar normativo de la declaración sociolaboral del Mercosur? El artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto destaca que el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC), y la Comisión de Comercio del Mercosur son órganos con capacidad para producir normas jurídicas, obligatorias para los Estados Parte (artículos 9, 15, 20 y 42 POP), imponiendo a estos Estados la obligación de asegurar el cumplimiento de aquéllas (art. 38 POP). La declaración es una norma emanada del Consejo del Mercado Común, que es órgano superior del Tratado (art. 3, Protocolo de Ouro Preto) cuyas decisiones son obligatorias para los Estados Parte (art. 9) <sup>19</sup>. De tal suerte, es una fuente de jerarquía superior a las leyes. Así lo ha destacado el Tribunal de Trabajo de Mar del Plata en autos “Mamani Mónica Liliana c. Mibeva S.A. y ot. S. Despido”<sup>20</sup>:

*Los principios de carácter protectorio contenidos en La Declaración socio laboral del Mercosur (Río de Janeiro 10/12/1998) tienen carácter obligatorio por haber sido dictadas por el Consejo del Mercado Común (Órgano Superior del Tratado, art. 10 en virtud del Protocolo de Ouro Preto del 17/12/94) y por imperio del art. 75 inciso 24 de la C.N. tiene jerarquía superior a las leyes y es complementaria del art. 14 bis.*

---

<sup>19</sup> PIEROTTI, Alejandro Daniel, “Mercosur: Proceso Legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalización”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 2007 – 2, Rubinzal Culzoni, p. 609 y ss.

<sup>20</sup> Tribunal de Trabajo de Mar del Plata, N° 1, julio 2008, en [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=620&aid=38526&eid=43&NombreSccion=Jurisprudencia%20provincial&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=620&aid=38526&eid=43&NombreSccion=Jurisprudencia%20provincial&Accion=VerArticulo), 13.09.2010.

Rafael Lirman Mabé<sup>21</sup> destaca algunas inconsistencias –que no dudáramos en calificar como violación del tratado, existentes entre la legislación de fuente interna y la decisión que comentamos. Así, imponiendo la ley de educación (art. 29, ley 26.206) la instrucción secundaria obligatoria, ha quedado derogado el art. 32 de la ley de contrato de trabajo al establecer la posibilidad de que un niño de 16 años celebre, con consentimiento de sus padres, contrato de trabajo, ya que no es posible que, en la generalidad de los casos, el niño haya concluido la instrucción secundaria a esa edad (art. 6, inc. 1, declaración sociolaboral del Mercosur). Destaca el autor las violaciones surgidas a la prohibición de trabajo insalubre, a la salud, seguridad e inspección del trabajo (arts. 17 y 18 de la declaración sociolaboral del Mercosur) en materia de trabajo infantil

### 3.1.2. Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

#### 3.1.2.1. Capacidad

3.1.2.1.1. Ambos TDCIM, establecen la aplicación de la ley domiciliaria a la capacidad de las personas (art. 1), sin distinción entre capacidad jurídica (o de derecho) y capacidad de ejercicio (o de hecho u obrar). El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida (art. 2).

Ciertas incapacidades de derecho pueden ser solucionadas por disposiciones contenidas en los Tratados de jerarquía constitucional integrados a nuestra Constitución en la reforma de 1994, de indudable aplicación al derecho del trabajo<sup>22</sup>. Con evidente carácter anticipatorio, el TDCIM 40 dispone que *(N) o se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión*” (art. 1, segunda parte). Este precepto constituye derecho privado unificado común a los Estados ratificantes del Tratado. En la misma línea se inscriben los artículos 8 y 14, inc. 2) del Código Civil (orden público).

En orden a la capacidad de las personas jurídicas, habrá que distinguir entre aquéllas de orden civil y aquéllas de carácter comercial. Para las primeras se

---

<sup>21</sup> “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y el trabajo desarrollado por menores de 18 años en la República Argentina”, Revista Derecho Laboral y de la Seguridad Social, 2010, N° 16, p. 1420

<sup>22</sup> V. nota 1.

aplica, en el ámbito del TDCIM 1889, la ley del lugar de constitución (art. 4), mientras que en el ámbito del TDCIM 1940 se aplica la ley domiciliaria (art. 4). Cuando se trate de las sociedades mercantiles, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales (Montevideo, 1979)<sup>23</sup> adopta –en materia de capacidad- la ley del lugar de incorporación.

3.1.2.1.2. Si de la *lex causae* se arriba a un contrato claudicante y esto va en detrimento del trabajador, la incapacidad del empleador no podrá oponerse al trabajador. En tal sentido, recordamos la sentencia “Lizardi”<sup>24</sup> –inspirada en el *favor civium*- maguer su sentido chauvinista impide su aprovechamiento solo por el trabajador nacional perjudicado (artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional y la nota de Vélez al art. 14, inc. 4 del Código Civil), haciéndose extensiva su solución al trabajador extranjero<sup>25</sup>.

### 3.1.2.2. Forma y prueba

La forma del acto se rige por la ley aplicable al contrato (art. 32 TDCIM 1889; art. 36 TDCIM 1940). En general será la ley del lugar de su cumplimiento, por lo que nos remitimos a lo expuesto en 3.1.2.3. Esta ley se aplica también a los fines de la prueba (Tratados de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, art. 2).

### 3.1.2.3. Validez intrínseca y efectos.

#### 3.1.2.3.1. Autonomía conflictual y material.

---

<sup>23</sup> Ley 22.291. Hasta la fecha los siguientes países han ratificado esta Convención: Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. V. [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-sociedadescomerciales\\_sumario.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-sociedadescomerciales_sumario.htm).

<sup>24</sup> Cour de Cassation, 16.01.1861, V. AUDIT, Bernard, *Droit International Privé*, 3<sup>o</sup>.éd., Económica, Paris, 2000, p. 513 y ss. El caso versó sobre un nacional mexicano, de 23 años, que compró en París ciertas joyas. Demandado por el vendedor su pago, opuso la minoría de edad como vicio invalidante del contrato, aunque contaba con capacidad de acuerdo a la ley francesa. La Corte resolvió rechazando la nulidad, ponderando la tutela del interés nacional y resaltando la buena fe del vendedor francés.

<sup>25</sup> V., en tal sentido, el artículo 11 de la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (1980) (hoy Reglamento (CE) N° 593/2008 -Roma I-) que dispone: “En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra Ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte”. Los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (versión 2004, § 1.7. y § 1.8. respectivamente) constituyen una adecuada herramienta para subsanar la carencia normativa.

3.1.2.3.1.1. Discutido es el alcance de la autonomía conflictual y material de las partes en los Tratados y, en general, en el contrato de trabajo. En orden a la impugnación general –esto es, para todo tipo de contratos- nos limitamos a señalar que doctrina calificada<sup>26</sup> y jurisprudencia de la Corte Suprema en el ámbito de aplicación de ambos tratados –“Gobierno de la República del Perú c. SIFAR”<sup>27</sup> y “Fernando Méndez Valles c. A. M. Pescio S. C. A”<sup>28</sup> despejan cualquier duda al respecto.

En lo que hace a la posibilidad de que en un contrato de trabajo se elija el derecho aplicable, la premisa de que se trata de un contrato con “parte débil” hace que cierto sector de la doctrina descarte su aplicación<sup>29</sup>, aunque su aceptación es casi general<sup>30</sup>

Anticipamos nuestra opinión de que la elección (o la creación de normas materiales) puede beneficiar tanto al empleador como al subordinado. Por un lado, no puede negarse la utilidad que puede presentar para el empleador multinacional someter todos los contratos de trabajo a una misma ley (o establecer distintos contratos de trabajo sometidos a distintas leyes atendiendo a las características del mercado de trabajo en que se lleva a cabo la actividad empresarial). Ello permitirá establecer con mayor seguridad los costos y provisiones por contingencias. Inclusive, la importación de mano de obra de países emergentes puede dar lugar a la aplicación de una ley más beneficiosa para el trabajador, ya que estos últimos cuentan generalmente con estándares menores de protección que los países desarrollados. De allí que entendemos no existen razones para negar el ejercicio de la elección del derecho en este ámbito. La autonomía puede resultar en forma expresa o tácita.

---

<sup>26</sup> BOGGIANO, “Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1983, T. II, p. 755 y ss.

<sup>27</sup> CS, 10.12.56; Fallos 220:936.

<sup>28</sup> CS, 26.12.95, Fallos 318:2639; También en Revista de Derecho del Mercosur, N° 2, setiembre 1997, p. 265 y ss.

<sup>29</sup> FERNANDEZ ARROYO, Diego, en “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, Bs. As., Zavalía, 2003, p. 1036.

<sup>30</sup> V. GOLDSCHMIDT, en DEVEALI, op. cit., p. 615; BOGGIANO, op. cit., II, p. 1018; FERMÉ, op. cit., p. 858 y ss ; WEINBERG, Inés M., “Derecho Internacional Privado”, 3ª ed., Bs. As., LexisNexis Depalma, 2004, p. 289 y ss.; FERRANTE, Gustavo César, en RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, “Derecho del Trabajo”, Bs. As., Astrea, 2010, T. I; CIURO CALDANI, op. cit., p. D-30 y ss - no en lo general por considerarla no admisible en el marco de los tratados de Montevideo y, en lo referido a fuente interna, sólo en caso de ser más favorable al trabajador; en igual sentido: LATTANZI, María, “Contrato de trabajo internacional”, DT 2010 (abril), p. 796 y ss.

3.1.2.3.1.2. Más allá de lo expuesto –y esto se hace extensivo también a lo que referimos con respecto a la autonomía en fuente interna-, se impone hablar de una “autonomía dependiente”, en tanto se extiende a aquélla el principio de tutela del contrato de trabajo. Así las cosas, sabemos que es discutido en doctrina si el derecho llamado a juzgar la validez de la elección es el derecho excluido por la cláusula de elección o, por el contrario, el derecho elegido por las partes<sup>31</sup>. De estar a la primera de las soluciones, la parte que establece el derecho elegido podría asimismo calificar al contrato bajo otra figura que excluya, *a priori*, la susunción del contrato como laboral (v.g., adoptando la figura de la locación de servicios). Se impone, en tal sentido, calificar al contrato por el derecho excluido en el contrato de elección<sup>32</sup> si de lo contrario se posibilita al empleador a privar al dependiente de la legislación tuitiva<sup>33</sup>.

3.1.2.3.1.3. ¿Puede hablarse de un “*soft law*” en materia laboral? El DIPr. ha venido acusando en las últimas décadas preeminencia de un derecho de hontanares no estatales en el ámbito comercial<sup>34</sup>. Transitivamente, no sería aventurado sostener la existencia de estándares mínimos de protección del trabajador cuya observación permitiría la constitución de un derecho no estatal para la aplicación en contratos multinacionales de trabajo, construido bajo las premisas de la Organización Internacional del Trabajo y Tratados Internacionales de naturaleza constitucional cuyas estipulaciones mínimas son inderogables. De alguna manera, el derecho de la “clase trabajadora” debe primar sobre las divisiones políticas de los Estados<sup>35</sup>. Por otro lado, cabría hablar de un “*strong law*” habida cuenta de los intereses tutelados.

---

<sup>31</sup> KNOEPFLER, François; SCHWEIZER, Philippe, OTHENIN – GIRARD, Simon, “Droit international privé suisse”, 13ème édition, Berna, Stämpfli Editions S.A., 2005, p. 554 y ss ; GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia”, 10ª. ed., actualizada por Alicia Perugini Zanetti, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 273 y ss.,

<sup>32</sup> MOHAMED SALAH, op. cit., p. 183.

<sup>33</sup> La Ley Suiza de DIP limita la elección a los derechos de la residencia habitual del trabajador, del establecimiento, del domicilio o de la residencia habitual del empleador (art. 121).

<sup>34</sup> V. BASEDOW, en BASEDOW, Jürgen, FERNANDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRIGUEZ, José A (Coordinadores), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010.

<sup>35</sup> V. BERMUDEZ, Jorge Guillermo, “Las relaciones de trabajo en su perspectiva internacional y con especial referencia en el Mercosur”, conferencia brindada en la Jornada Preparatoria del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la UBA, 27 de agosto de 2010.

Ambas autonomías –conflictual y material- serán evaluadas por las normas imperativas y el orden público (v., *infra* 4).

#### 3.1.2.3.2. Lugar de ejecución de los servicios

Los Tratados no abordan el contrato de trabajo. Los artículos 34 y 38 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, respectivamente, establecen tres supuestos en orden a la ley aplicable al contrato que versa sobre servicios: a) si los servicios recaen sobre cosas, resulta aplicable la ley del lugar donde la cosa existía al tiempo de la celebración del contrato; b) si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la ley donde surtiera sus efectos y c) fuera de estos casos, por la ley del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato. Más allá que la regla expuesta en c) tiene carácter residual, no está claro en los Tratados la relación jerárquica entre los supuestos a) y b). ¿Se aplicará la ley del lugar de situación de la cosa o la ley donde los servicios –efectuados, aún sobre una cosa- produzcan sus efectos? La cuestión deviene trascendente por cuanto, de aplicarse el segundo supuesto –lugar de eficacia de los servicios- se conduce necesariamente a la empresa (y a su derecho), que es el espacio donde el servicio del operario produce sus efectos<sup>36</sup>. Nos permitimos sugerir la ley del lugar de ejecución, entendiendo por eficacia el lugar donde el servicio es materialmente ejecutado y no donde produce su efecto (económico, por cierto) que conduce a la aplicación del derecho del domicilio de la empresa. En cuanto al supuesto c), por domicilio del deudor ha de entenderse el del trabajador, por ser el que ejecuta la prestación más característica<sup>37</sup> (en tanto la equiparación del trabajo como “mercancía” que referimos *supra* y guardar analogía con el régimen general de los contratos).

#### 3.1.2.4. Accidente o enfermedad del trabajo.

El derecho aplicable a los efectos del contrato será el llamado a regular el accidente de trabajo, aunque aquél podrá ser calificado extracontractualmente y

---

<sup>36</sup> GOLDSCHMIDT, en DEVEALI, op. cit., p. 475; FERMÉ, op. cit., p. 888.

<sup>37</sup>

FERMÉ, Op. cit., p. 888; BOGGIANO, op.cit., T. II, p. 1018.

corresponderá la aplicación de la ley del lugar donde se produce el hecho (art. 38 TDCIM 1889; art. 43 TDCIM 1940).

### 3.2. Fuente interna.

#### 3.2.1. Capacidad para trabajar

Las normas del capítulo III de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) modifican el fondo del derecho aplicable a la capacidad de las personas. Si, conforme a los artículos 6,7 y 948 del Código Civil resulta aplicable la ley extranjera, hay que advertir que no serán aplicables si en colisión con las leyes de nuestro país condujeren a la invalidez del acto (art. 14, inc. 4 ° CC): ante tal posibilidad habrá que acudir a las disposiciones del capítulo III (arts. 32 a 36 LCT)<sup>38</sup>. La doctrina ha sostenido que es posible distinguir entre capacidad para contratar (lo que implica una capacidad de derecho que nos llevaría a la no muy feliz aplicación del art. 949 del CC) y capacidad para trabajar, traduciendo estas últimas limitaciones establecidas a tenor de aptitudes físicas o profesionales, de carácter imperativo, que desplazan -por su naturaleza administrativa- al derecho extranjero<sup>39</sup>. La capacidad del empleador se regirá por la ley aplicable a las personas físicas o jurídicas, según sea el caso.

En lo relativo a personas jurídicas, el Código Civil no contiene disposiciones específicas indirectas sobre capacidad, por lo que GOLDSCHMIDT<sup>40</sup> propone la aplicación de los artículos 6, 7 y 948 (ley domiciliaria), debiéndose calificar el punto de conexión de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 44 y 90, incs. 3 y 4 CC. Sin embargo, pensamos que podría acudirse análogamente a lo dispuesto por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (a la sazón, casi contemporáneo al Código Civil). En materia de sociedades comerciales, la capacidad está regida por la ley del lugar de constitución (art. 118 LS).

El art. 14, inc. 4) del Código Civil dispone la no aplicación de las leyes extranjeras si las leyes de nuestro país son más favorables a la validez de los actos (*favor negotii*). Este principio es, sin embargo, insuficiente, puesto que el único derecho

---

<sup>38</sup> FERMÉ, Op. cit., p. 858.

<sup>39</sup> DEVEALI, Mario L., "La relación de trabajo en el derecho internacional privado", DT, 1952-65, esp. P. 79.

<sup>40</sup> "Derecho ....", p. 337 y ss.

considerado idóneo para la subsanación de un acto jurídico es el derecho argentino, por lo que, para que ello suceda, es menester que resulte aplicable el derecho argentino. Si la validez del acto jurídico no surge del derecho argentino sino de otro derecho, y es aplicable el derecho argentino, el negocio es insanablemente nulo. De allí la utilidad de perfilar sus alcances. En primer término, el acto jurídico debe tener un contacto con nuestro país (celebración o cumplimiento en la República, o domicilio de alguna de las partes en la República al momento de su celebración). No se trata de que la prestación más característica del contrato se cumpla en la República, puesto que no se está postulando la unidad jurídica aplicable al contrato, sino un remedio orientado a establecer su validez. En el ámbito de la capacidad de derecho, el valladar tendrá mermadas ocasiones de actuación, en razón de la limitación que a ello impone el artículo 9 del Código Civil<sup>41</sup>. Con relación a la capacidad de hecho, el art. 14, inc. 4 puede tornar inaplicable una incapacidad no contemplada por la legislación argentina.

Por lo demás, se reproducen aquí las consideraciones vertidas con relación a los tratados montevidianos (*supra*, § 3.1.2.1.2).

### 3.2.2. Forma y prueba

3.2.2.1. Las disposiciones de forma establecidas en el Código Civil (arts. 12, 950, 1180 y 1181) también resultan alcanzadas por las normas específicas de la LCT. En primer lugar, porque –a diferencia de lo que ocurre en el ámbito montevidiano, donde el derecho aplicable a la validez del contrato determina la forma a que éste debe sujetarse (art. 32 TDCIM 1889 y art. 36 TDCIM 1940), ésta queda sujeta al arbitrio de las partes (art. 48 LCT). Luego, si por la ley aplicable a la forma resulta la nulidad del contrato, dicha nulidad estará limitada sólo respecto al empleador, no así para el trabajador (art. 49 LCT y 14, inc. 4º, CC).

---

<sup>41</sup> Art.9.- Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud, o las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales.

Esta última disposición –habida cuenta su naturaleza tuitiva- debe ser bilateralizada en caso de contratos de trabajo cuya forma se someta a la ley extranjera.

3.2.2.2. La prueba del contrato se rige por la *lex fori* (art. 50 LCT), aunque esta norma, de alcance procedimental, también resulta modificada por la disposición del art. 23 de la LCT, que dota a la simple prestación del servicio el carácter de presunción de la existencia del contrato de trabajo.

### 3.2.3. Validez intrínseca y efectos

#### 3.2.3.1. Autonomía conflictual y material

La doctrina se inclina al reconocimiento de la autonomía<sup>42</sup>, en tanto el artículo 3 de la LCT solo supone un contrato con ejecución en la República y el DIPr. de la República admite sin hesitación la elección del derecho aplicable<sup>43</sup>.

Si la elección del derecho aplicable es admitida, también debemos admitir la creación de normas sustantivas (autonomía material), en tanto recojan estándares mínimos de protección que se contemplen en los diferentes Estados con los que el contrato tenga algún vínculo o en fuentes internacionales aún no estatales (v. *supra* § 3.1.2.3.1).

#### 3.2.3.2. Lugar de ejecución

3.2.3.2.1. No ejercida la autonomía o siendo ésta inválida, el DIPr. de fuente interna dispone la aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato cuando este es ejecutado en la República (art. 3 LCT). Señalábamos que el régimen original de la ley 20.744 introdujo el principio de la ley más favorable al trabajador y la aplicación oficiosa del derecho extranjero, recogiendo la opinión de GOLDSCHMIDT. La ley 21.297 silenció ambos postulados y unilateralizó la norma

---

<sup>42</sup> FERMÉ, Op. cit., p. 891; BOGGIANO, “Derecho ...”, p. 1019. en el mismo sentido que CIURO CALDANI; RABINO, Mariela Carina, “Contrato laboral celebrado en la Argentina para ser ejecutado en el exterior”, RDCO, 2002, p. 571 y ss.; CIURO CALDANI, Op. cit., p. 30 –aunque la limita para el caso en que sea más favorable al trabajador-; en el mismo sentido, BIOCCA, Stella Maris, *Derecho Internacional Privado – Un nuevo enfoque*, Bs. As., Lajouane, 2004, T. II, p. 262 y ss.

<sup>43</sup> P.v., MENICOCCI, Alejandro A., “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Argentino”, Revista Colegio de Abogados de Rosario – Rosario, diciembre 2001, p. 65 y ss..

declarando aplicable el derecho argentino a los contratos a cumplirse en nuestro país.

Si bien la reforma dejó sin efecto la posibilidad de aplicar la ley extranjera más favorable al trabajador, nada impide que la ley más favorable se aplique cuando la ejecución del contrato en nuestro país es por tiempo limitado y ha sido contratada por empleadores con sede en el extranjero, o cuando la ejecución del contrato por parte del empleado se lleva a cabo en otros países<sup>44</sup>. Tampoco es objetable que las partes convengan que el contrato se rija por el derecho extranjero en la medida que resulte más beneficioso para el trabajador de conformidad con el criterio del artículo 9 de la LCT<sup>45</sup>. La ejecución esporádica de la prestación en el extranjero no implica el desplazamiento de la ley argentina si el trabajo se llevó a cabo en forma habitual en nuestro país.

3.2.3.2.2. La disposición del artículo 3º es unilateral y no contempla la ley aplicable a los contratos celebrados y ejecutados fuera del territorio argentino. La integración del ordenamiento normativo se impone –entendemos- recurriendo al régimen del derecho civil<sup>46</sup>. En el caso de contratos con contacto argentino, habrá que acudir a la ley del lugar de cumplimiento (art. 1210 CC). De no existir contacto con la República, corresponderá aplicar la ley del lugar de celebración (art. 1205 CC), aunque CIURO CALDANI propone la multilateralización del art. 3 de la LCT y considera aplicable también la ley del lugar de cumplimiento. En los casos en que no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento (v.g., el de los trabajadores del transporte), se impone aplicar la ley del lugar de celebración, si esta es conocida (art. 1205 CC) y, en caso de no conocerse, la ley domiciliaria de cada una de las partes (art. 1214 CC). CIURO CALDANI propone optar por la ley más favorable al trabajador<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> BOGGIANO, “Derecho ...”, p. 1021

<sup>45</sup> FERRANTE, op. y loc cit.

<sup>46</sup> RODRIGUEZ MANCINI (Dir) – BARILARO, Ana Alejandra (Coord), “Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada”, Bs. As., La Ley, T. I., p. 237 y ss.; BIOCCA, op. cit., p. 265, propone que se apliquen análogamente los Tratados de Montevideo e integrarlos con la ley más favorable al trabajador

<sup>47</sup> CIURO CALDANI, op. cit., p. 30 y ss. “Siguiendo el criterio propuesto para los contratos en general, donde se tiene en cuenta la prestación más característica, creemos que aquí debe considerarse lugar de ejecución a aquél en que se cumple la actividad laboral fundamental, aunque algunas prestaciones del empleador o el trabajador deban satisfacerse en otro territorio. Sería erróneo –contrario a los fines del legislador- atenerse a la expresión “*en cuanto se ejecute en su territorio*” para sostener el fraccionamiento del contrato de trabajo, aplicándose tantas leyes como países deben presenciar su desarrollo aún en aspectos de escasa significación. Si bien en el primer párrafo del art. 3 habla de ejecución, que puede ser desmembrable en múltiples aspectos, el segundo se refiere al cumplimiento, que da idea de unidad en torno a lo relevante, todo –conviene destacarlo- sin perjuicio del orden público argentino”. Aunque en general se inclina por la ley más favorable al trabajador, GRISOLIA sostiene que debe aplicarse, en estos supuestos, la

Con anterioridad a la vigencia de la ley 20.744, la Cámara Nacional del Trabajo, en el caso “Livitsanis c. Alsel Shipping Co”<sup>48</sup>, se enfrentó a la necesidad de integrar la carencia histórica en un contrato de ajuste –no se hallaba promulgada la ley marítima en Israel- y, luego de admitir *obiter dicta* la posibilidad de elección del derecho aplicable (“*si así lo establecieron las partes*”) dispuso la aplicación de la ley más favorable al trabajador.

En “Eiras Pérez c. Techint Engineering Company S.A.”<sup>49</sup>, la alzada juzgó aplicable el Derecho elegido por las partes e impuso a quien invocaba dicha elección la carga de su prueba (art. 13 CC). Lamentablemente, no hizo lugar a la demanda por no haberse acreditado en autos la existencia de la ley venezolana.

La Cámara Nacional de Trabajo, en dos de sus Salas, siguió parcialmente el criterio de “Eiras Pérez”. En “Sarmiento César M. c. Editorial Perfil S.A.”<sup>50</sup> dispuso que el artículo 3 de la ley de contrato de trabajo es una norma que determina la vigencia del orden jurídico argentino o su desplazamiento por el derecho de extranjería y erige como base normativa el principio *'lex loci executionis'*. Por ello, si el contrato se ejecutó en el extranjero y no se verifica ninguna de las salvedades a que hace referencia la norma de aplicación (elección de las partes u obstáculo de orden público internacional), deviene improcedente la aplicación del derecho argentino. En “Savignon Belgrano Carlos H. C. Editorial Abril S.A.”<sup>51</sup> sostuvo que el derecho aplicable a la relación de trabajo es el del lugar de su ejecución, salvo que medie elección o un obstáculo de orden público internacional. En este caso, habiéndose llevado a cabo las tareas del periodista en Madrid, resultaba aplicable la ley española. Este fallo admite implícitamente la autonomía conflictual de las partes al entender aplicable la ley del lugar de ejecución “*salvo que medie elección*”. Por otra parte, califica “ejecución” del contrato a la prestación efectuada por el trabajador en el Estado extranjero y no a aquella que puede derivar de la remisión de sus tareas a la empresa demandada, sita esta en territorio de la República Argentina. En ausencia de prueba del derecho extranjero, dispuso el rechazo de las demandas.

La misma Cámara, en otra de sus salas, (“Díaz, Miguel Orlando c. Altamiranda Nelson y Asoc. S.A. y ot. s. Despido”<sup>52</sup>) admitió la autonomía tácita al fundar la demanda en derecho argentino. La actora –Miguel Orlando Díaz- había sido contratada en nuestro país por la empresa

---

ley del lugar de celebración: GRISOLIA, Julio Armando, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 7ª ed.; Bs. As., LexisNexis Depalma, 2002, p.834.

<sup>48</sup> CNT, sala II, 7.3.69, ED, 38-322.

<sup>49</sup> Tribunal del Trabajo de Zárate, 9.12.1970, LL, 142-176.

<sup>50</sup> CNT, sala V, 27.07.1988, DT 988 B, p. 1770.

<sup>51</sup> CNT, sala VII, 18.04.1991, DJ, 1991 – 2 – p. 879.

<sup>52</sup> CNT, sala X, 29.06.2001,ED, 196-173.

demandada a fin de realizar trabajos de construcción en la República de Turkmenistán, ex URSS. Ante la falta de pago de salarios, regresó al país y demandó a la empleadora por disolución del contrato de trabajo. En su demanda invocó derecho argentino, aunque mencionó además la *lex loci executionis*. La aplicación del derecho patrio obró como consecuencia de la autonomía conflictual tácita a la que se sometieron las partes (punto este objetable cuando tal sometimiento es causado por la rebeldía y falta de respuesta en el responde). Sostuvo la Cámara que *“(P)uesto que el actor y su empleadora demandada optaron por aplicar la ley argentina (ley 22.250) al contrato de trabajo entre ellos celebrado en nuestro país para ser ejecutado en el exterior, cabe concluir que, siendo fuente de derecho internacional privado la costumbre que acepta una declaración autónoma de la voluntad en tal sentido, cabe declarar aplicable la ley mencionada”*.

3.2.3.2.3. La calificación de “lugar de ejecución” debe precisarse, por un lado, por la prestación llevada a cabo por el trabajador, que, como dijimos, es la más característica del contrato, y no la del empleador que, maguer sus tareas de dirección y control, se consolida en el pago del salario. Por otro lado, si la ejecución se lleva a cabo en distintos Estados, hay que evitar el fraccionamiento del contrato en cuanto a su sometimiento a diferentes derechos, y someter aquél en el cual se cumple la prestación laboral fundamental.

3.2.3.2.4. ¿Qué sucede cuando el trabajo ha sido desempeñado en más de un territorio? Señala LATTANZI<sup>53</sup> que algunas soluciones jurisprudenciales han dado prevalencia a la ley del lugar en el que la prestación fue cumplida por el período más largo de tiempo<sup>54</sup> mientras otras han considerado decisivo el lugar de extinción del contrato de trabajo<sup>55</sup>. FERRANTE<sup>56</sup> trae a colación dos casos jurisprudenciales: cuando el cumplimiento sucesivo en distintos Estados responde a la misma actividad del empleado –v.g., un circo internacional que realiza giras internacionales- se aplicó derecho argentino a las consecuencias de un despido ocurrido mientras el circo presentaba su espectáculo en nuestro país (arg art. 1209, Código Civil)<sup>57</sup>, aunque señala –a nuestro juicio, con acierto- que la solución podría haber sido sometida a la autonomía de las partes, pactando la aplicación del derecho del lugar de celebración del contrato y éste no fuera violatorio del

---

<sup>53</sup> Op. y loc. cit.

<sup>54</sup> CNTrab., Sala III, 21.02.83, "Adano, Juan O. c/Dresser Atlas Argentina S.A.", DT XLIII-A, 391

<sup>55</sup> CNTrab., Sala X, 28.06.04, "Del Puerto del Río, Evelio F. c/Geoservices S.A. Sucursal Argentina", DT 2005-B, 1259; CNTrab., Sala I, 13.09.02, "Corning, Rodrigo H. c/United Press Internacional y otro" — Lexis N° 40000033.

<sup>56</sup> FERRANTE, Gustavo Cesar, op. y loc cit.

<sup>57</sup> Traby, Karl (hoy Spakousky, Mark y os. c/Sarrasani, Hans Stoch , J.A. t. 62, pag. 580.

orden público argentino. También se ha resuelto la aplicación del derecho argentino por haber acaecido en nuestro país el “hecho crítico” –despido indirecto-operado por un empleado que fue contratado en nuestro país, siendo luego trasladado a España, volvió a la República y aquí se consideró injuriado y despedido<sup>58</sup>.

A nuestro entender corresponde la adopción de una conexión acumulativa desigual, y aplicar la ley del lugar que, integralmente, sea la más favorable al trabajador, en tanto esta no sea accidental o poco significativa. Bajo esta premisa, se procura evitar el desplazamiento del trabajador al lugar donde desempeñará su última tarea de trabajo en donde las condiciones de trabajo sean las menos favorables.

3.2.3.2.5. Tratándose de un contrato de tracto sucesivo, no necesariamente la ley que dice sobre su validez será la misma que regirá sus efectos. El fraccionamiento objetivo (*grande coupure*) es imperativo en los contratos de larga duración. Así, el derecho aplicable a la disolución del contrato será aquél que discipline sus efectos, esto es, donde las tareas del trabajador se ejecutan<sup>59</sup>.

#### 3.2.4. Extensión del derecho aplicable.

La extensión del derecho aplicable estará dada no sólo por sus normas estatales laborales, sino que comprenderá, también, toda otra fuente (formal o material), que *con el máximo grado de probabilidad* tuviera en cuenta el juez extranjero (convenios colectivos de trabajo<sup>60</sup>, sentencia colectiva, reglamento interno del taller, entre otros)<sup>61</sup>. En cuanto al alcance que debe darse al principio “*in dubio pro*

---

<sup>58</sup> CNAT, Sala I, Volf, Gerardo c/Information S.A. Y OTROS, 23/06/2003, LL 2004-D, 383, con nota de Carlos Alberto Etala..

<sup>59</sup> GOLDSCHMIDT, “Derecho ...”, p. 678; V.t., voto del Dr. Guibourg, en “Adano, Juan Oscar c. Dresser Atlas Argentina S.A., Minera Petrolera Industrial Comercial S.A.M.P.I.C”., CNT, sala III, 21.2.1983, en BIOCCA, op. cit., p. 264.

<sup>60</sup> Sostiene AUDIT, op. cit., p. 694: *La convention collective relève tuout naturellement pour la loi applicable de la loi du pays où elle este conclue. Elle peut s`appliquer en tant que relevant de la loi du contrat individuel ou, puor certaines normes, territorialement comme règle en vigueur au lieu d`exécution du travail (sous les conditions d`application de toute loi de police). Mais lón peut envisager une internationalisation de la matière des accords collevtifs, en particulier dans le cadre des groupes multinationaux de sociétés.*

<sup>61</sup> GOLDSCHMIDT, “Derecho ...”, p. 407; CIURO CALDANI, op. cit., p. 31.

*operario*”, su rol debe circunscribirse de acuerdo a la significación que ostente en el derecho finalmente declarado aplicable.

### 3.2.5. Accidente o enfermedad de trabajo.

El derecho aplicable a los efectos del contrato será el llamado a regular el accidente de trabajo. Si aquél es calificado extracontractualmente, será aplicable la ley del lugar donde se produce el hecho<sup>62</sup> (arg. art. 8 CC). Si existe un sistema de seguro obligatorio, será aplicable la ley aplicable al contrato de seguro. Una indemnización insuficiente conculca nuestro orden público.

La jurisprudencia, sin embargo, ha aplicado la ley del lugar de prestación de los servicios –si éstos eran llevados a cabo en nuestro país- aún cuando el accidente de trabajo hubiera ocurrido fuera de la República, si el traslado del trabajador era meramente ocasional<sup>63</sup>.

### 3.2.6. El trabajador inmigrante

La ley 25.781 (derogatoria de la 22.429) es una norma de aplicación necesaria en todo el territorio nacional. Un extranjero admitido como residente transitorio no podrá realizar tareas remunerativas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia, salvo que fueran expresamente autorizados por la autoridad de migración (art. 28).

En tal sentido, la jurisprudencia –bajo el imperio de la norma anterior- había señalado la nulidad del contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero residente en el país en infracción a la ley 17.294, sin perjuicio de su derecho percibir la retribución por el trabajo cumplido<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> V. Convenio sobre las enfermedades de la OIT, 10.06.1925, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C018>

<sup>63</sup>V. CNAT, Sala VI, “Arellano de Pedretti, Trancita c/Techint Compañía Técnica Internacional S.A.” (TSS – 1992, 15”, citado por FERRANTE, César Gustavo, “Cuestiones actuales de Derecho Internacional Privado: expatriados, migrantes e itinerantes”, en [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tkiR4dWDJycJ:www.asociacion.org.ar/ev-entos/celebrados/listado/cesar\\_ferrante.doc+CNAT.+Sala+VI.+Arellano+de+Pedretti.+Trancita+c/Techint+Compa%C3%B1a+T%C3%ADa+T%C3%A9cnica+Internacional+S.A.+TSS+%E2%80%93+1992.+15\)&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tkiR4dWDJycJ:www.asociacion.org.ar/ev-entos/celebrados/listado/cesar_ferrante.doc+CNAT.+Sala+VI.+Arellano+de+Pedretti.+Trancita+c/Techint+Compa%C3%B1a+T%C3%ADa+T%C3%A9cnica+Internacional+S.A.+TSS+%E2%80%93+1992.+15)&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar), 14.09.2010.

<sup>64</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno, 07/09/1973, Nauroth y Echeagaray, Ricardo Hans O. y otra c. D'Onofrio, Nicolás O, DT 1973, 703

La ley actual distingue –acertadamente- la infracción migratoria de los derechos derivados de la relación de trabajo:

Art. 56 (ley 25.781). - La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria.

En tal sentido, sometido el trabajador extranjero –a la ley argentina o a la ley extranjera- no podría privárselo de los derechos resultantes del contrato de trabajo, por cuanto ingresaría en el ámbito de aplicación de la norma nacional que distingue –acertadamente- la infracción migratoria del derecho resultante del contrato de trabajo.

La jurisprudencia resolvió en el sentido indicado:

No da derecho a la empleadora a la decisión extintiva pues no puede válidamente invocar como hecho injurioso lo que ella misma contribuyó y consistió a que se produzca, máxime si la empleadora no acreditó que haya mediado dolo, fraude o mala fe de la trabajadora en ocultar la imputada y no acreditada irregularidad<sup>65</sup>.

En la misma orientación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido<sup>66</sup>

Los trabajadores inmigrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de derechos fundamentales *erga omnes*; por ello, el Estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para impedir la explotación laboral inescrupulosa y para poner fin a la misma, asegurando la prevalencia del principio de la igualdad y no discriminación (...) La condición de indocumentado no puede convertirse jamás en fundamento para que un trabajador no tenga acceso a la justicia y al debido proceso, para perder salarios devengados, no tener prestaciones sociales y ser objeto de diversos abusos y arbitrariedades.

---

<sup>65</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, 23/04/2008, Davila Guevara, Eglá Leonor c. Rovepe S.R.L. LA LEY 26/08/2008, 6, con nota de Alejandro Gabet y Emiliano A. Gabet; LA LEY 2008-E, 181, con nota de Alejandro Gabet y Emiliano A. Gabet.

<sup>66</sup> Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17/09/2003, LA LEY 2004-B, 456 - LA LEY 2007-B, 467, con nota de Santiago R. Carrillo.

Los Estados deben respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores, sea cual fuere su estatus migratorio, y al mismo tiempo, deben impedir que empleadores privados violen los derechos de los inmigrantes indocumentados o que la relación laboral vulnere los estándares mínimos internacionales.

Incluso cuando se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias, el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral cumplida

#### 4. Límites a la aplicación de la ley extranjera

##### 4.1. Normas coactivas del derecho local

El derecho del trabajo contiene un elenco de disposiciones de carácter imperativo que las partes no pueden dejar sin efecto. Estas disposiciones funcionan plenamente con respecto al contrato de trabajo doméstico y al contrato de trabajo internacional que se ejecuta en la República.

Estas normas –o los principios a ellas subyacentes- se dirigen a la protección contractual, con un resguardo mínimo que funciona como “piso” no alterable por el contrato o la ley extranjera aplicable. No son unilaterales, ya que la norma extranjera puede asegurar esa protección mínima a través de otros institutos. Si el contrato de trabajo está sometido a la ley extranjera, aún cuando haya una ejecución parcial de éste en la República (v.g., ejecución de una obra transfronteriza), tales disposiciones pueden ser desplazadas. Se trata de un mero orden público interno, diferente al orden público internacional. Ingresan en este conjunto no exhaustivo disposiciones tales como las relativas al salario mínimo, al sueldo anual complementario, al preaviso, al tiempo de vacaciones, al tiempo de la jornada laboral, a la obligación de respetar días festivos. No se identifican como principios de orden público, pero se inspiran en los últimos, ya que es evidente que una norma extranjera que establezca un período menor de vacaciones –pero otorgue al trabajador vacaciones- no viola el orden público, a no ser que el descanso vacacional tenga carácter exiguo.

##### 4.2. Normas imperativas

#### 4.2.1. Normas imperativas de la *lex fori*.

La ley extranjera no se aplica cuando ésta viola normas imperativas de la *lex fori*. Es menester, sin embargo, hacer una distinción entre estas normas *de dirección* con las normas coactivas del derecho local (*supra*, 4.1.). Estas normas trasuntan el interés del Estado en el control de objetivos básicos –en nuestro caso, en materia de control del desempleo, de seguridad social, de control del mercado de trabajo<sup>67</sup>. No se pone en duda que –a través de la intervención del Estado- se tutela al trabajador, pero esta tutela es indirecta o secundaria. Estas normas operan de forma unilateral, no son intercambiables con las de otro país en la regulación del supuesto. Si el contrato está sometido a la ley argentina (por ser esta la ley elegida o ejecutarse el trabajo en la República) su aplicación deviene ineludible. Si el contrato está sometido a la ley extranjera, tales normas no son de aplicación necesaria, a no ser que la norma imperativa del derecho local sea una norma que haya previsto la extranjería del caso y rechace la aplicación del derecho extranjero en el supuesto (norma de policía).

La norma de policía integra este elenco de normas de aplicación imperativa. Su característica es contemplar un elemento extranjero y, por considerarlo contrario a la organización política, social o económica de un país, descartar su aplicación<sup>68</sup>. Muchas normas del derecho del trabajo son imperativas, pero ello no implica que puedan ser asimiladas, por esa condición, como normas de policía. Una ley que establece la doble indemnización por despido es meramente de dirección a los fines de tutelar el mercado de trabajo local (o, en otras palabras, mitigar el desempleo). La identificación de una norma imperativa como de policía es ciertamente dificultosa, por lo que al tiempo de decidir sobre su aplicación deberá contemplarse la finalidad perseguida por el legislador nacional y ponderarse si de la aplicación de la ley extranjera tal finalidad se pone en peligro<sup>69</sup>.

#### 4.2.2. Normas imperativas de la *lex causae*

---

<sup>67</sup> La doctrina las denomina normas “de dirección” u “*ordopolíticas*”, v.g., aquellas limitativas del despido incausado o de sanciones por trabajo no registrado: V. GONZALEZ CAMPOS, op. cit., p. 179.

<sup>68</sup> V. MAYER, Pierre, “Doit international privé”, 5ª ed., Paris, Montchrestien, 1994, p. 89; v.t. LOUSSOUARN, Yvon – BOUREL, Pierre, “Droit international privé”, 4e. éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 113 y ss.;

<sup>69</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, op. cit., p. 180.

Corresponde aplicar –en principio- las normas imperativas- de la *lex causae* extranjera (arg. art. 1208 Código Civil). Ello responde a la idea de cooperación internacional y, *a fortiori*, en la obligación de los jueces de evitar el fraude a la ley. Sin embargo, pensamos que el principio puede tener sus excepciones. La norma imperativa extranjera puede tener un objeto meramente estatal, ser accidental y no haber sido siquiera conjeturada por las partes en caso de elección. En tal sentido, parece razonable que aquél que pretenda la aplicación de la norma de dirección deba argüir sobre su íntima vinculación (no ocasional) con el contrato.

#### 4.2.3. Normas imperativas de un tercer Estado

Más allá de que la misma idea de armonía internacional pareciera decidir sobre la aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado cuando presentan una conexión razonable con el contrato, no existe –al menos desde nuestro sistema conflictual de conexiones rígidas- posibilidad de que entren en consideración por el órgano aplicador.

#### 4.3. Orden público

En la materia puede observarse con nitidez la distinción entre la norma de policía y el orden público. Disposiciones de rango constitucional y de tratados del mismo rango, o de la misma ley de contrato de trabajo, se dirigen fundamentalmente a asegurar la dignidad de la persona del trabajador, constituyendo ésta una premisa que trasciende los intereses meramente estatales. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional es un ostensible ejemplo de ello<sup>70</sup>; la prohibición de

---

<sup>70</sup> Artículo 14 bis. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

discriminación entre el nacional y el extranjero es reiterada en la LCT (art. 17). Numerosos tratados internacionales de rango constitucional prevén disposiciones de orden público internacional del trabajo. Entre ellas cobran especial trascendencia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>71</sup>; la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>72</sup>; la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>73</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>74</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

71

Artículo XIV. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia. Artículo XV. Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico. Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

<sup>72</sup> Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

<sup>73</sup> Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

<sup>74</sup> Parte III - Artículo 6 - 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. Artículo 7 Los Estados Partes en el presente Pacto

## Políticos y su Protocolo Facultativo<sup>75</sup>; la Convención Internacional sobre la

reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. Artículo 8. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías. Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

<sup>75</sup> Art. 8.- 1) Nadie estará sometido a la esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2) Nadie estará sometida a servidumbre. 3) a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>76</sup>; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>77</sup>; la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>78</sup>.

---

bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales

<sup>76</sup> Artículo 5 En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes (...): i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;

<sup>77</sup> Artículo 11.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. (...)

<sup>78</sup> Artículo 32 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Recordamos que, en materia de libertad sindical, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo"<sup>79</sup> hizo lugar a la solicitud de no obligatoriedad de afiliación a un gremio con personería gremial para ser delegado, con fundamento en tratados de derechos humanos<sup>80</sup>.

En análogo sentido se pronunció la Corte Interamericana de DDHH, en Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, relativa a los derechos de los inmigrantes ilegales<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> <http://www.zeus.com.ar:80/umTexto.asp?id=827&materia=9>, consulta del 24.11.08.

<sup>80</sup> Sostuvo que la libertad de asociarse está garantizada por varios instrumentos supralegales de rango constitucional. "...la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre previó que "[t]oda persona tiene el derecho de asociarse [...] para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden [...] sindical" (Art. XXIII), al tiempo que, pocos meses después, la Declaración Universal de Derechos Humanos sumó a la norma general de su Art. 20: *libertad de "asociación" (pacífica) y prohibición de pertenencia obligatoria a una asociación*, la del Art. 23.4: "[t]oda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses"; (...) los dos Pactos Internacionales de 1966: (E)I relativo a Derechos Civiles y Políticos, según el cual, "[t]oda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses" (Art. 22.1); y el concerniente a Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, de manera estrechamente vinculada con la temática *sub discussio*, reconoció el derecho de toda persona "a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales" (Art. 8.1.a). La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su hora (1969), estableció que todas las personas "tienen derecho a asociarse libremente con fines [...] laborales [...]" (Art. 16.1). (...); el Art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enunció el "derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos" (inc. 1.c). Además de ello, su inciso 3 se hizo eco, preceptivamente, de un hito mayúsculo del historial antes reseñado, al disponer que "[n]ada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de su lado, mediante el Art. 22.2 y 3, se expresó en términos sustancialmente análogos a los del antedicho Art. 8.1, y compartió *ad litteram* el inciso 3 de éste. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su oportunidad, siguió puntualmente los mencionados arts. 8.1 y 22.2 (Art. 16.2). Y todavía pueden sumarse a estos preceptos, diversos enunciados del Art. 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988), de jerarquía supralegal (Constitución Nacional, Art. 75.22, primer párrafo), como el "derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses" (Art. 8.1.a), la prohibición de la pertenencia compulsiva a un sindicato (Art. 8.3), y la reiteración del Art. 16.2 de la Convención Americana (Art. 8.2). (...).

<sup>81</sup> V. 3.2.4.

La Corte de Casación italiana ha delineado una distinción que aclara la diferencia entre el orden público interno y el orden público internacional.

En “Zanré c. Italstrade Lavori Europa s.p.a.”<sup>82</sup> la actora –que había desempeñado su trabajo en Turquía- postuló la violación del orden público italiano en tanto el derecho turco no contemplaba el “*trattamento di fine rapporto*”<sup>83</sup> a favor del trabajador. Por orden público calificó aquellos principios compartidos en la comunidad de gentes y revelados en las convenciones internacionales, entre los que se encuentran la tutela de la salud del trabajador, el derecho a una adecuada retribución, la limitación razonable de la jornada de trabajo, de licencia, de protección social de la maternidad y de la infancia, de libertad de asociación sindical, de prohibición de discriminación de la mujer, entre otros. El “*trattamento di fine rapporto*” es un instituto doméstico, no asimilable a los anteriores principios y, por lo tanto, la ley extranjera que no lo concede no es violatoria del orden público internacional.

## 5. Jurisdicción internacional

5.1. La jurisdicción internacional en la órbita de Montevideo debe resolverse por aplicación de las pautas generales (*lex causae o domicilio del demandado* – art. 56 ambos TDCIM), en tanto el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual ha excluido su aplicación a los contratos de trabajo (art. 2.5.)

La aplicación literal del precepto puede devenir incua en determinadas situaciones. Así, el trabajador temporario que ha sido contratado para llevar a cabo su tarea en el extranjero por una empresa con sede o domicilio en el Estado extranjero que tampoco es el Estado donde tiene su domicilio, puede encontrar serias dificultades en el acceso a la jurisdicción. Podría acudir, sin embargo –y a título de excepción- a obtener del art. 56 de ambos TDCIM, la posibilidad de obtener jurisdicción en sede del domicilio del actor. Y ello por cuanto la regla del paralelismo establece las –ya vistas- (*supra*, § 3.1.2.3.2) soluciones en materia de derecho aplicable (arts. 34 y 38 de los TDCIM 89 y 40): inc. a) “*donde la cosa existía al tiempo de la celebración del contrato* (ejemplo, el lugar de la obra), o –inc. c) ... *la ley del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.*

---

<sup>82</sup> Corte di Cassazione, 11.11.2000, RDIPP, anno 2001, N° 3, p. 684 yss.

<sup>83</sup> Art. 2120 Código Civil Italiano

Hemos calificado por “deudor” al trabajador como aquél que lleva a cabo la prestación más característica (*supra*, § 3.1.2.3.2). De tal suerte, el trabajador reclutado en el lugar donde realizó la obra *podrá acudir al lugar donde se llevó a cabo la obra*, y el trabajador migrante que dejó su domicilio para desplazarse al lugar de la obra, *podrá acudir a los jueces de su propio domicilio*. Urge señalar que esta última pauta jurisdiccional –domicilio del trabajador- puede generar una jurisdicción exorbitante.

5.2. No hay norma jurisdiccional en la LCT. Podemos recurrir a las reglas de jurisdicción para los contratos en general (artículos 1215 y 1216 Código Civil) y considerar que cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales justifica la apertura de la jurisdicción internacional<sup>84</sup>. Esta norma de jurisdicción es más equilibrada de la que surge de la regla del paralelismo establecida en los tratados montevideanos (*supra*, § 5.1.), ya que solo permite demandar en cualquier lugar de ejecución del trabajo, pero no en el domicilio del actor.

La ley 18.345<sup>85</sup>, que organiza el régimen de la Justicia del Trabajo y su procedimiento en la Nación, establece que la competencia no es prorrogable, incluyendo la territorial (art. 19)<sup>86</sup>. El demandante (no dice, “el trabajador”), puede acudir al juez del lugar del Trabajo, el del lugar de celebración del contrato o el del domicilio del demandado. El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o el de su última residencia. En las causas incoadas por asociaciones profesionales por cobro de aportes, contribuciones o cuotas, será competente el juez del domicilio del demandado (art. 24). Dado su carácter especial, entendemos que no resulta derogada por el régimen general del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación (art. 1, ley 22.434), que

---

<sup>84</sup> CSJN, 20.10.1998, “Exportadora Buenos Aires c. Holiday Inn’s Worldwide Inc, LL, 2000 A, p. 404, con comentario de CAROLINA IUD; CSJN, 14.09.2004, Sniafa S.A.I.C. c. Banco UBS A.G .MJJ 3089

<sup>85</sup> Eduardo FERMÉ, Op. cit., p. 910, sostenía originariamente que estas disposiciones no eran trasladables al contrato de trabajo multinacional, proponiendo acudir ya a las reglas generales del CC (arts. 1215 y 1216), ya a las del Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Nación. Reflexiones posteriores del autor –en la inteligencia de que la materia laboral no es un asunto exclusivamente patrimonial- lo llevaron a negar la aplicación del artículo 1 del CPMCCN.

<sup>86</sup> En contra –aunque no invocando las disposiciones legales precedentes- BOGGIANO, Op. cit., T II, p. 1023, sólo si de esta prórroga pudiera una sentencia que respetare el contenido mínimo del Derecho del Trabajo argentino; en el mismo sentido, RABINO, Op. cit., p. 573; V.t., CSJN, 31.08.99, Duhalde, Mario Alfredo c. Organización Panamericana de la Salud s. Ley 9688”, ED, 188, p. 99.

admite para las causas de contenido puramente patrimonial, la prórroga jurisdiccional. Sin embargo –al igual que lo que sostuvimos respecto a la autonomía en materia de elección del derecho aplicable- la prórroga jurisdiccional puede resultar un instrumento adecuado para que el trabajador satisfaga sus pretensiones, por lo cual, su invalidez *a priori* resulta injusta, si de ella puede aprovechar la parte débil<sup>87</sup>.

En “Martorana, Ricardo Orfidio c. IBM y otros”<sup>88</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la resolución de la Cámara en cuanto había rechazado la excepción de incompetencia aducida por la accionada IBM, a favor de los jueces neoyorquinos. En el responde, IBM, tras calificar a los contratos como comerciales, adujo la competencia de los tribunales estadounidenses, tal como se había pactado entre las partes. La Cámara consideró que se trataba de una cuestión laboral y, por tal razón, confirmó la resolución de primera instancia declarando improrrogable la competencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Duhalde, Mario Alfredo c. Organización Panamericana de la Salud s. Ley 9688”<sup>89</sup>, declaró prorrogable la jurisdicción internacional laboral a favor de tribunales propios o arbitrales de la organización demandada

## 6. El Derecho Internacional Privado del Trabajo en la Unión Europea

Asumiendo que la regulación –al menos en el marco convencional y no mucho menor en el ámbito interno- es insuficiente, parece necesario acudir a la analogía *extra ordinem* que proporciona el derecho comparado. Limitamos nuestras referencias al derecho europeo.

6.1. El derecho anterior a la Convención de Roma de 1980 era conteste en admitir la elección del derecho aplicable<sup>90</sup>, aunque ésta funcionaba si sus disposiciones eran más favorables a las del lugar de ejecución del contrato: la idea directriz era la del carácter tuitivo del derecho del trabajo, la protección del trabajador.

---

<sup>87</sup> FERNANDEZ ARROYO, op. cit., p. 1037, citando en su apoyo la experiencia de la Convención de Bruselas de 1968 a partir de su versión de San Sebastián de 1989.

<sup>88</sup> CSJN, 30.05.2001, ED, Tº 195, p. 229, con nota de Raúl Alberto RAMAYO “Un aparente conflicto de competencia entre las jurisdicciones argentina y extranjera”.

<sup>89</sup> Citado; V. nota de RAMAYO, Raúl Alberto, Los organismos internacionales especializados en el proceso y sus problemas, ED, 188 – 98.

<sup>90</sup> MOHAMED SALAH, op. cit., p. 180 y ss.

La Convención de Roma (Reglamento (CE) N° 593/2008) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales -Roma I-<sup>91</sup> confirma el principio anterior (art. 8), aunque establece una autonomía “dependiente”<sup>92</sup>, como se extrae del apartado primero: “ ... dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo<sup>93</sup>”.

La elección puede ser efectuada en forma expresa o tácita, si de las circunstancias del contrato la elección de un derecho es evidente. En tal sentido, la Corte de Casación italiana ha sostenido que:

Es aplicable la ley italiana a un contrato de trabajo ejecutado en el extranjero establecido entre un banco italiano y un extranjero, si el contrato estipulaba recursos a institutos típicos de la legislación peninsular y había sido redactado en lengua italiana<sup>94</sup>.

Los apartados 2 y 3 distinguen dos supuestos. El de aquel trabajador que ejecuta habitualmente su tarea en un lugar determinado, aunque realice con carácter temporal trabajo en otro país: se aplica la ley del lugar de ejecución. El apartado tercero opera cuando no pueda determinarse el lugar de ejecución, llevando a la aplicación la ley del lugar del establecimiento a través del cual haya sido contratado por el empleador. Finalmente, el apartado cuarto establece que si del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos

---

<sup>91</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>  
4.8.2010

<sup>92</sup> GONZALEZ CAMPOS (Dir), “Derecho ...”, p. 176.

<sup>93</sup>

Art. 8.(...) 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. 3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. 4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.

<sup>94</sup> Corte de Casación, 9.08.1996, “Banca di Roma c. Choucri”, RDIPP, gennaio – marzo 1998, p. 180.

más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese país.

6.2. La “autonomía dependiente” establece la protección contra “las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”. Sin embargo, sabemos que por la elección del derecho aplicable, son derogables también las normas coactivas del derecho excluido<sup>95</sup>, de resultas de lo cual, literalmente, el precepto no invalida la elección de un derecho “menos favorable para el trabajador” si la elección no desplaza aquellas normas de policía o de orden público internacional<sup>96</sup>. Evidentemente, la cuestión no es sencilla.

La Corte de Casación de Francia había establecido una línea en “*Thuillier*”<sup>97</sup>, previa a la Convención de Roma.

Se trató, en el caso, del despido de una trabajadora de nacionalidad francesa por una empresa de origen francés, posteriormente senegalesa. La Corte confirmó la aplicación por la Cámara de Apelaciones de la ley francesa, en tanto la ley senegalesa no contradecía la ley gala en lo relativo a la organización o reglamentación administrativa del trabajo. Sin embargo, aquella ley no podía ser aplicada contra la empleada afectando garantías esenciales relativas a la duración del contrato.

En la actualidad, se observa cierta flexibilización a tenor de ciertas decisiones de la Corte de Casación italiana

En “*Alitalia s.p.a. c. Amato e Terracina*” se consideró no violatorio del orden público italiano el despido incausado (válido conforme a la ley estadounidense) en tanto el trabajador goza de una remuneración globalmente superior a la que podría obtener según la ley italiana. Sin embargo, sí se consideró violatorio de aquél la ausencia de una indemnización sustitutiva de preaviso en tanto se trata de una garantía que tutela un derecho fundamental del trabajador<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> BOGGIANO, “Derecho ...,” II, p. 698 y ss.

<sup>96</sup> V. en este sentido, MOHAMED SALAH, op. cit., p. 182 y ss.

<sup>97</sup> Cour de Cassation, 31.05.1973, RCDIP, 1973, p. 683, con nota de P. Lagarde., en MOHAMED SALAH, op. y loc. cit.

<sup>98</sup> Corte di Cassazione, 19.07.2007, “*Alitalia s.p.a. c. Amato e Terracina*”, RDIPP, aprile-giugno 2008, p. 533.

6.3. Calificado el contrato como “contrato de trabajo” la protección que establece el apartado 1), *in fine*, no debe llevar a la acumulación desordenada de una u otra ley: la comparación debe efectuarse en concreto, globalmente, ponderando las ventajas de la aplicación integral de uno u otro sistema.

En “Pelliteri c. República Federativa del Brasil la demandante sostenía que la aplicación de la ley brasileña (en tanto ley aplicable por cuanto sus trabajos habían sido ejecutados en la embajada de ese país en Italia) era violatoria del orden público. La Corte de Casación sostuvo que la lesión al orden público era constatable sólo con relación al lugar donde la lesión se produce, no en abstracto<sup>99</sup>.

*En “Alitalia c. Buonocore” el no pago de la mensualidad “aggiuntive” -no reconocido por la ley canadiense, elegida por las partes- se consideró no violatorio del OPú, italiano, en tanto esta ley es globalmente más favorable que la ley italiana<sup>100</sup>.*

6.4. En materia jurisdiccional, el Reglamento (CE) No 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>101</sup> dispone (Sección 5, art. 18<sup>102</sup>.b) que los empresarios que no tuvieren domicilio en un Estado miembro pero contasen con una sucursal, agencia u otro establecimiento, se considerarán domiciliados en el Estado miembro. El empleador puede ser demandado (art. 19) ante los tribunales donde estuviere domiciliado o –en otro Estado miembro- ante el tribunal del lugar donde el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o el tribunal del último lugar

---

<sup>99</sup> Corte de Cassazione, 21.04.2005, Pelliteri c. República Federativa del Brasil, RDIPP, ottobre-dicembre, 1005, p. 1088.

<sup>100</sup> Corte di Cassazione, 26.11.2004, Alitalia Linee Aeree Italiane s.p.a. c. Buonocore, RDIPP, luglio-settembre 2005, p. 771

<sup>101</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20070101:ES:PDF>  
– Consulta del 25.8.2010.

<sup>102</sup> *Artículo 18* 1. En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio del artículo 4 y del punto 5 del artículo 5. 2. Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro.

donde lo hubiere desempeñado. De no desempeñar o no haber desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, el trabajador podrá acudir al tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que lo hubiera empleado<sup>103</sup>.

El empleador, por el contrario, sólo puede demandar al trabajador ante el juez del domicilio de este último, sin perjuicio del derecho a reconvenir en el tribunal elegido por el trabajador<sup>104</sup>.

En cuanto a la prórroga de jurisdicción, la misma sólo se admite con posterioridad a la litis o cuando aquélla permitiera al trabajador demandar ante otros tribunales que los indicados expresamente en la sección 5ª del Reglamento<sup>105</sup>. Se conjugan, de esa manera, el respeto a la autonomía privada en la contratación con el de la protección del trabajador, como parte débil y necesitada de tutela<sup>106</sup>.

## 7. A modo de reflexión

7.1. La asunción por el DIPr. del fenómeno del trabajo requiere la compatibilización de los intereses de todos los sujetos intervinientes en la relación de trabajo (empleador y empleado). Asumiendo que la movilidad social actual presenta caracteres muy dinámicos, es imprescindible establecer reglas de jurisdicción y derecho aplicable que equilibren los postulados fundamentales del derecho del trabajo con previsibilidad en la organización empresarial.

7.2. No existen razones, al menos *a priori*, para excluir la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales del trabajo. En tales casos, la calificación del contrato de trabajo debe estar dada por la *lex causae* (derecho

---

<sup>103</sup>Artículo 19 Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados 1) ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados, o 2) en otro Estado miembro: a) ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado; o b) si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador.

<sup>104</sup> Artículo 20 1. Los empresarios sólo podrán demandar a los trabajadores ante el tribunal del Estado miembro en el que estos últimos tuvieren su domicilio. 2. Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de presentar una reconvencción ante el tribunal que entendiere de una demanda principal de conformidad con la presente sección.

<sup>105</sup> Artículo 21. Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos atributivos de competencia: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o 2) que permitieran al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección.

<sup>106</sup> V. RODRIGUEZ BENOIT, Andrés, "Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional el derecho comunitario europeo", Madrid, Eurolex, 1994, p. 561.

excluido por la cláusula de elección del derecho aplicable) y la limitación de la autonomía se impone por los derechos razonablemente vinculados al contrato de trabajo o por estándares mínimos recogidos en tratados internacionales de derechos humanos y cláusulas sociales.

7.3. La elección de la “ley más favorable al trabajador “ debe ser considerada en concreto ponderando la totalidad de las ventajas de un sistema jurídico. Nada autoriza a abusar del método analítico o llevar a cabo conexiones de destrozamiento recogiendo las disposiciones aisladas más favorables de uno u otro sistema jurídico.

7.4. Urge distinguir entre las normas meramente imperativas del derecho local y extranjero de aquéllas que resultan de aplicación al contrato de trabajo internacional, a los fines de evitar una aplicación antifuncional de las primeras cuando aquéllas tienen un alcance meramente territorial y persiguen la satisfacción de intereses puramente estatales.

7.5. Corresponde evitar una identificación de las normas tuitivas como principios de orden público internacional, debiendo reservarse para éstos aquéllos principios inalienables que hacen a la dignidad del trabajador y que han sido recogidos en tratados de derechos humanos.

7.6. En materia de jurisdicción internacional, se impone facilitar el acceso al foro por parte del trabajador. Al igual que lo que sostenemos con respecto a la autonomía de la voluntad, también pensamos que la prórroga de jurisdicción –con limitaciones- puede satisfacer los intereses de ambas partes. Las disposiciones de los tratados montevideanos son insuficientes, por un lado, y pueden resultar exorbitantes, por el otro. Son insuficientes si solo se admite la regla general del domicilio del demandado; en cambio, la aplicación de la regla del paralelismo puede conducir a la creación de una jurisdicción en el domicilio del actor, no conjeturable por la empleadora al tiempo de la celebración del contrato. La calificación elástica del lugar de cumplimiento del contrato adoptada por nuestra Corte Suprema permite una mayor generosidad y equilibrio en materia de acceso a la justicia, en tanto genera jurisdicción internacional en el lugar de cualquier lugar de ejecución del contrato.