

XXII° CONGRESO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA
ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

Sección Derecho Internacional Privado

Director: Dr. Alejandro Menicocci

***"Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones
laborales transfronterizas"***

Relatores: *Dr. Eduardo Leopoldo Fermé*
Dr. Demetrio Oscar González Pereira
Dr. C. Gustavo Ferrante

Derecho Internacional Privado del Trabajo

“Jurisdicción Internacional y Ley Aplicable a las relaciones laborales transfronterizas”

Por Eduardo Leopoldo Fermé, C. Gustavo Ferrante y Demetrio Oscar González Pereira

Introducción: Importancia del tema como consecuencia de la globalización e internacionalización de las relaciones del trabajo.

El fin del presente relato es analizar el panorama actual de los contratos de trabajo que poseen en su génesis elementos de internacionalidad, ya sea en la persona del trabajador, o en la persona del empresario empleador, o en el lugar de ejecución de las prestaciones y los débitos y obligaciones de las partes, o en el lugar de celebración del convenio laboral.

La importancia del tema en estudio ha adquirido en los últimos veinte años una relevancia muy marcada en el derecho argentino, fundamentalmente por dos razones; a) la realización de políticas económicas de la última década del siglo pasado que han generado, que empresas o sociedades con sede en el extranjero se asentaran en gran cantidad en nuestro país, ya sea para desarrollar nuevos proyectos o bien para participar de las otrora empresas públicas y luego privatizadas y con ello generaran una nueva corriente de personas que, perteneciendo a otros países (por su domicilio o residencia) desarrollaran labores y ejecutaran el contrato de trabajo en nuestro territorio y; b) el creciente fenómeno de la exportación de talentos ocasionada por un lado por la globalización de la economía y por el otro en las crisis padecidas por nuestro país.

Todo ello no es mas ni menos que el fenómeno de la globalización o mundialización¹, de la cual mucho se ha escrito y son varias las definiciones y conceptos que se han publicado.

A los fines del presente trabajo, nos interesa destacar que la globalización es un proceso de extensión e intensificación de las relaciones sociales, políticas, económicas, culturales, entre lo local y lo distante.

La expansión de las empresas transnacionales, el flujo masivo de capitales y de información a nivel mundial, la generalización de la economía de mercado, el desarrollo de la tecnología informática y de las telecomunicaciones, la pérdida del grado de territorialidad de las actividades económicas generada por la nueva economía, de igual forma que la internacionalización de valores, el turismo de masas y la uniformidad en las pautas de consumo, son múltiples causas que han hecho del mundo un mundo global.

La globalización es un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de

¹ Ciertos autores consideran más adecuado en español el término mundialización, galicismo derivado de la palabra francesa *mondialisation*, en lugar de globalización, anglicismo procedente del inglés *globalization*, puesto que en español «global» no equivale a «mundial», como sí ocurre en inglés. Sin embargo, el Diccionario de la Real Academia Española registra la entrada «globalización», entendida como la «tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales» (DRAE 2006, 23ª edición), mientras que la entrada «mundialización» no está en el Diccionario.-

transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. La globalización es a menudo identificada como un proceso dinámico producido principalmente por las sociedades que viven bajo el capitalismo democrático o la democracia liberal y que han abierto sus puertas a la revolución informática, plegando a un nivel considerable de liberalización y democratización en su cultura política, en su ordenamiento jurídico y económico nacional, y en sus relaciones internacionales.

Este proceso originado en la Civilización Occidental y que se ha expandido alrededor del mundo en las últimas décadas de la Edad Contemporánea (segunda mitad del siglo XX) recibe su mayor impulso con la caída del comunismo y el fin de la Guerra Fría, y continúa en el siglo XXI. Se caracteriza en la economía por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial donde los modos de producción y los movimientos de capital se configuran a escala planetaria cobrando mayor importancia el rol de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales junto con la implantación definitiva de la sociedad de consumo. El ordenamiento jurídico también siente los efectos de la globalización y se ve en la necesidad de uniformizar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica, además de universalizar el reconocimiento de los derechos fundamentales de ciudadanía. En la cultura se caracteriza por un proceso que interrelaciona las sociedades y culturas locales en una cultura global; al respecto existe divergencia de criterios sobre si se trata de un fenómeno de asimilación occidental o de fusión multicultural. En lo tecnológico la globalización depende de los avances en la conectividad humana (transporte y telecomunicaciones) facilitando la libre circulación de personas y la masificación de las tecnologías de la información y la comunicación y el Internet. En el plano ideológico los credos y valores colectivistas y tradicionalistas causan desinterés generalizado y van perdiendo terreno ante el individualismo y el cosmopolitismo de la sociedad abierta. Mientras tanto en la política los gobiernos van perdiendo atribuciones, el activismo cada vez más gira en torno a las redes sociales, se ha extendido la transición a la democracia contra los regímenes despóticos, y en políticas públicas destacan los esfuerzos para la transición al capitalismo en algunas de las antiguas economías dirigidas y en economías subdesarrolladas de algunos países aunque con distintos grados de éxito.

Si bien el proceso de globalización no es un fenómeno que sufren exclusivamente los países americanos, es más perceptible y tiene mayores repercusiones en América Latina con impactos evidentes en diversos campos del derecho.

Y es en el contrato laboral donde el fenómeno de la globalización se ha hecho más relevante, desde el momento que ha generado múltiples transformaciones en las estructuras empresarias, que obviamente no podían dejar de incidir en las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores.

Asimismo y como complementario y consecuencia de éste nuevo fenómeno, debemos agregar el creciente desarrollo y concentración de un nuevo participante en el contrato de trabajo, como lo son los grupos económicos -o más precisamente en nuestra esfera

internacional-, la de los grupos empresarios multinacionales, que hoy juegan un trascendental papel en el desarrollo del derecho laboral.

En este sentido es un hecho cierto que el mercado de trabajo internacional, aunque “globalizado”, se encuentra fragmentado en unidades estatales y/o regionales. Esto es en la práctica que el mercado laboral posee una naturaleza nacional, debido a que no existe un marco supranacional uniforme que lo discipline, sino que encuentra su ordenación en el marco establecido por el legislador de cada Estado, con respecto a las relaciones de naturaleza laboral que se producen en su territorio estrictamente. Y esto es así, incluso con respecto a determinadas regiones inmersas en un avanzado proceso de integración económica (como lo es la Unión Europea), donde la armonización de la normativa laboral queda todavía lejos de eliminar las profundas diferencias existentes entre los ordenamientos laborales estatales².

Por lo tanto podemos ver como el mercado internacional del trabajo se encuentra, en la actualidad, dominado por los intereses propios de los Grupos de Empresas multinacionales, con los traslados de personal de un territorio a otro o con movilidades internas de los mismos trabajadores dentro del conglomerado de empresas que lo componen, que afectan tanto a las relaciones individuales de trabajo como a las de naturaleza colectiva, amparados en una ausencia de regulación legislativa específica por parte de los Estados y en una virtual dependencia del poder económico que esos mismos Grupos generan en la economía de cada país.

Efectuada la presente introducción, intentaremos circunscribir el relato a describir el estado actual de la normativa aplicable a los contratos de trabajo en el derecho convencional e interno argentino y conforme las circunstancias apuntadas proceder a generar una idea de nuevas formas de regulación más propias y ajustadas para la solución de los casos multinacionales laborales.

Derecho aplicable a la validez intrínseca del contrato de trabajo en el derecho positivo argentino.

En ausencia de normas especiales para las relaciones laborales, en la órbita de los Tratados de Montevideo, hay que atenerse a lo dispuesto para los contratos en general, respecto de ambos Tratados.

En los Tratados de Montevideo de 1889 no se encuentran normas según las cuales se declare aplicable a alguna relación jurídica el derecho elegido por los interesados en forma negocial. Esta ausencia de referencia ha recibido en general, la interpretación de que no es posible a las partes soslayar la norma sobre el derecho aplicable a los contratos, estimada así como imperativa. Sin embargo es importante recordar que tanto Goldschmidt como Boggiano han llegado a interesantes conclusiones sobre el particular, proclives a la autonomía³.

² Guillermo Palao Moreno, “*Los Grupos de Empresas Multinacionales y el Contrato individual de trabajo*”, Ed. Tirant –Valencia año 2000-, pag. 21

³ Goldschmidt, *Derecho Internacional privado* N° 314, p. 362, acerca de la posibilidad de un reenvío con el cual el derecho internacional privado argentino de fuente interna permitiría la elección. Por su parte Boggiano –*Derecho Internacional Privado*, p

En los Tratados de Montevideo de 1940, la condena a la autonomía negocial de la voluntad en la determinación de la ley aplicable fue expresa. Según el Protocolo Adicional, art. 5º, ni la jurisdicción ni la ley aplicable según los respectivos Tratados pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley, es decir, el sólo reconocimiento de la autonomía del derecho privado, tal como lo acoge el art. 1197 de nuestro Cod. Civil, lo cual no constituye ni debe considerarse, a la verdad, como una excepción, pues se trata de cosas diferentes.

En los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889, la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse rige su existencia, su naturaleza, su validez (entiéndase, por lo ya señalado, la intrínseca no la vinculada con la capacidad de las partes), sus efectos, sus consecuencias y su ejecución (art. 3º en combinación con el art. 32 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889). Por lo demás el derecho aplicable depende de reglas similares (arts. 37 y 38 del Tratado de Derecho Civil de 1940).

Particular atención debe prestarse a las normas que abordan la prestación de servicios y los criterios enunciados para calificar autárquicamente el lugar de cumplimiento. No está claro en los Tratados el orden en que han de considerarse las hipótesis previstas, ya que si bien cabe situar la señalada bajo c) en los arts. 34 y 38, respectivamente, de los de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 (domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato), en tercer lugar con relación a las otras dos, entre las dos primeras pareciera que la segunda (relación con algún lugar especial) ha de privilegiarse sobre la otra (si recaen sobre cosas, lugar de su situación al tiempo de la celebración), en aquellos supuestos en que el servicio, relacionándose con cosas, vincule sin embargo su eficacia con un lugar diferente (tal la opinión de Goldschmidt⁴). La cuestión es importante, porque como lo destaca el autor citado, resulta entonces que, en principio, el contrato de trabajo se regiría por la ley del domicilio de la empresa, por ser el lugar especial con el cual se relaciona la eficacia de los servicios. La aplicación de la ley del domicilio de la empresa contratante de los servicios de los trabajadores es, por lo demás, criterio reiteradamente señalado en doctrina, en relación con el criterio de la *lex loci executionis*. Por último, con miras al inc. c) de los mencionados artículos, por domicilio del deudor ha de entenderse el del trabajador, que tiene a su cargo la prestación característica⁵.

Fuera de la órbita de aplicación de los tratados, el estudio del derecho positivo argentino requiere diferenciar tres épocas diferentes. No siempre es conveniente distraer la atención de los lectores con sistemas normativos no vigentes, pero en el caso ello se justifica plenamente. Primero, porque dichos tres sistemas estuvieron vigentes sucesivamente en el escaso lapso de siete años; en segundo término, porque tratándose de normas de derecho internacional privado, salvo excepciones, hay que recordar que ellas

253- sostiene que no estando prohibida la elección no puede negarse aquella autonomía. Cita en apoyo de su tesis los arts. 19 y 31 de la Const. Nacional. Comparte la idea de Goldschmidt sobre la posibilidad del reenvío. Más adelante (p. 725) y en relación al contrato de trabajo, dice que la autonomía conflictual debe admitirse porque resulta sustento eficaz para una equitativa localización del contrato internacional.-

⁴ Goldschmidt, *Derecho internacional privado del trabajo*, en Deveali, M. L., dir., "Tratado de derecho del trabajo", Bs. As., La ley, 1966, t. IV, p. 475, texto y nota 47.

⁵ Así, Boggiano, *Derecho internacional privado*, p. 724.

no son de aplicación retroactiva⁶; tercero, porque el derecho vigente no agota la totalidad de los casos posibles, debiendo acudir, por tanto, a la aplicación de normas de lo que denominamos primera época.

Los tres períodos indicados son los siguientes:

- 1º) el anterior a la sanción de la ley de contrato de trabajo, 20.744;
- 2º) el correspondiente a la vigencia de la ley 20.744 en su redacción original;
- 3º) el posterior a las reformas introducidas a la citada por la ley 21.297.

1º) Antes de la sanción de la ley de contrato de trabajo, en ausencias de normas específicas para la relación laboral, cabía atenerse al sistema general que en materia de derecho aplicable a los contratos regía en el derecho internacional privado argentino de fuente interna.

En consecuencia y conforme a ello impone atenerse al derecho que las partes libremente hayan elegido para su contrato. Téngase la certeza de que no es posible indagar en el Código Civil acerca de la existencia de una norma que claramente acepte o repudie la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado pues el Código es anterior al afianzamiento de este principio en la doctrina. La existencia de la mencionada norma consuetudinaria que autoriza la autonomía de la voluntad ha sido sostenida en los últimos años por la ciencia individual y colectiva de la materia en el país, particularmente a raíz del pronunciamiento hecho por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en ocasión de su IIIº Congreso Ordinario (Corrientes julio de 1975). Su plenario, al igual que, anteriormente su Sección de Derecho Internacional Privado, aprobó las conclusiones del relato que el Dr. Fermé tuvo el honor de ser designado para realizar⁷. Con posterioridad al indicado pronunciamiento colectivo, nuevos aportes se han producido tanto en el campo de la jurisprudencia como en el de la doctrina, y ha sido receptado en numerosos Tratados Internacionales en que nuestro país es parte⁸, así como proyectos de ley con trámite parlamentario que incluyen expresamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales⁹. Sin embargo, allí no se agota la cuestión, porque las particularidades de la materia habían introducido la vigencia de criterios propios del derecho internacional laboral, que repercutían sobre la autonomía de la voluntad cuestionando esta analogía.

⁶ La cuestión es enunciada por Miaja de la Muela como “principio de irretroactividad de las normas de conflicto”, dentro del conjunto de los que denomina “principios informantes de la norma conflictual”. Ver de este autor, *Derecho internacional privado*, p. 362; Pardo, Alberto J., *Derecho internacional privado*, p. 145.

⁷ Fermé, E. L., “La autonomía de la voluntad como punto de conexión en el derecho internacional privado argentino” Bs. As., Asociación Argentina de Derecho Internacional, 1975.

⁸ Entre otros la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías aprobada por ley 22.765, la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías aprobado por ley 23.916

⁹ **PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. ARGENTINA.** Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J.y D.H.191/02 y Res.M.J.S.y D.H.134/02 integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manóvil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca. Presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003. En su artículo 69 establece. “**Elección del derecho.** La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso”.

Goldschmidt en su obra *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*¹⁰, sostuvo que cabía pensar, en analogía a la existencia de un favor *matrimonii*, favor *testamentii* y favor *negotti*, en un favor *locationis conductionis operarum*, con arreglo la cual habría de aplicarse el derecho más favorable entre los diversos derechos interesados en la relación laboral. Sabido es que en el derecho laboral el principio *in dubio pro operario* gozaba de amplio reconocimiento, pero la cuestión resultaba novedosa en el ámbito del derecho aplicable. Miaja de la Muela¹¹ censuró el criterio, destacando la diferencia existente entre favorecer la validez de un negocio y favorecer a una de las partes de él. Replica Goldschmidt que, aunque el argumento fuese válido para desechar la analogía, lo que importa es debatir si el obrero merece en el ámbito del derecho internacional privado ese criterio, con total independencia argumental del favor *matrimonii* o favor *negotti*, ya que en el derecho del trabajo es eso lo que ocurre con el principio *in dubio pro operario*, fundamento que la crítica de Miaja no contempla¹¹ⁱ. En Francia, se ha preferido la ley del lugar de ejecución sobre la ley del contrato cuando ella es más favorable al trabajador¹². Una referencia a la aplicación de la ley más favorable al trabajador se encuentra en la sentencia dictada en el caso “Livitsanis c/ Allseas Shipping Co.”¹³. Dijo el doctor Goyena que, teniendo que decidir el caso (se trataba de un contrato de ajuste) por los principios generales a consecuencia de un vacío en la ley del pabellón por no haberse promulgado la ley marítima en Israel y disponerse que entretanto se aplicarían los acuerdos entre el gremio marítimo y la propietaria del buque, acuerdo que en el caso no existía, aparecía “nítidamente consolidado el de reconocer la ley mas favorable al trabajador”.

Según Lanfranchi¹⁴, “tanto en lo relativo a la celebración del contrato de trabajo, como a las condiciones del mismo, a su ejecución y a las responsabilidades inherentes, se adoptan las normas de legislación más favorables al trabajador entre las tenidas en cuenta al realizar el contrato”. Más adelante reitera que, aplicándose la *lex loci executionis* para el caso de un contrato de ejecución sucesiva en distintos países, debe dejarse a salvo la aplicación de las normas más beneficiosas al trabajador del lugar donde se contrae la prestación. Por su parte, Deveali¹⁵ ha indicado que el carácter excluyente de la ley territorial podría perjudicar a los trabajadores que provienen de países en que existe un régimen que les otorgue mayor protección. En otro trabajo, donde se refiere a la elección del derecho aplicable, dice que el acuerdo tendrá plena eficacia si la ley elegida es más favorable al trabajador que la ley del lugar donde se preste el trabajo¹⁶. Krotoschin¹⁷,

¹⁰ Goldschmidt, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, t. II, p. 471.

¹¹ Miaja de la Muela, *Soluciones sanas a los conflictos de leyes: “favor negotii” y respeto a los derechos adquiridos*, en Revista Española de Derecho Internacional “, XVII, 1, 1954, p. 16 y siguientes.

¹¹ⁱ Goldschmidt, *Derecho Internacional privado del trabajo*, en Deveali, M. L., dir., “Tratado de derecho del trabajo”, p. 469. Una lúcida formulación del principio de la aplicación de la ley mas favorable al trabajador puede verse en Smith, Juan Carlos, *Anteproyecto de ley nacional de derecho internacional privado*, arts. 220, 221 y 223. Al explicar los **Principios y fundamentos del Anteproyecto de ley nacional de derecho internacional privado**, (LL, 1977- A- 581), dijo Smith: “ Se ha considerado como principio rector de las soluciones adoptadas, el de la primacía de la ley mas favorable al trabajador, por ser el que atiende con un criterio más justo las posibilidades económicas de las partes ligadas por la relación laboral, cuando ésta tiene proyección extraterritorial y se ha transformado en litigiosa”.

¹² Loussouarn-Bourel, *Droit international privé*, p. 483, nota 5y sus citas de doctrina anotando dicha jurisprudencia.

¹³ CNAT, Sala II, 7/3/69, ED 38-322.

¹⁴ Lanfranchi, *Derecho internacional privado del trabajo*, p. 42.

¹⁵ Deveali, M.L.: “*La relación de trabajo en el derecho internacional privado*” DT 1952-65 yss, especialmente p. 70

¹⁶ Deveali, M.L. “*Conflicto entre el convenio colectivo de trabajo del lugar de contrato y el del lugar del trabajo*”, nota al fallo de la SCBA en el caso “Fis, Abe c/ SEMA” dt Xi-95

¹⁷ Krotoschin, Ernesto, *Instituciones de derecho del trabajo*, P.502

aunque indica que regularmente no se admite que se dé preferencia a un derecho por la sola razón de que sea más favorable al trabajador, agrega que constituye una excepción la aplicación del derecho más favorable a la validez del contenido de una cláusula.

En cuanto a la posibilidad de elegir la ley aplicable, Deveali la acepta aunque no parece claro si lo hace en forma amplia o restringida a optar entre la ley del lugar de celebración y la del cumplimiento¹⁸. Krotoschin ha indicado que el hecho de que el trabajador resida permanentemente en el extranjero (domicilio), puede ser decisivo para la aplicación del derecho extranjero como presuntamente convenido¹⁹. La jurisprudencia muestra en esta época claras referencias a la elección. En el ya mencionado caso “Livitsanis”, se dijo que la ley del lugar de ejecución es aplicable “si así lo establecieron las partes o resulta determinable por la naturaleza de la obligación” y que “aquí se celebró y se comenzó a cumplir, y en consecuencia, pudo perfectamente elegir esta legislación que, por ser más favorable...” En el caso “Eiras Pérez c/ Techint Engineering Company, SA” resuelto por el Tribunal de Trabajo de Zárate, el 9/12/70²⁰, en el voto de la mayoría, se lee: “a poco que se analice el contrato agregado en fs. 72, en el que se advierte la elección de una ley que deberá regir las relaciones contractuales entre las partes”. Desgraciadamente, el tribunal rechazó la demanda por no haberse probado la ley venezolana, que se tuvo por convenida por las partes²¹.

En igual sentido, se resolvió: “si las partes no han establecido de común acuerdo el derecho aplicable (al contenido y efectos), el contrato debe ser juzgado por las leyes del lugar de cumplimiento, es decir las de Chile (art. 1210 CC)”.²¹ⁱ

Fuera del supuesto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, ante la ausencia de normas específicas en materia laboral, resultaban de aplicación los criterios generales de contratos dispuestos en los arts. 1209 y 1210 del Código Civil que remiten a la ley del lugar de ejecución para los contratos de trabajo con contacto argentino, con las pautas interpretativas de los arts. 1212 y 1213 y el art. 1205 que remite a la ley del lugar de celebración para aquellos que no fueron suscriptos ni ejecutados en el territorio nacional.

Si el contrato se cumple total o parcialmente en la Argentina, por consiguiente se aplica la ley del lugar de ejecución, cualquiera que hubiese sido el lugar de su celebración, pero más adelante se verán las dificultades para la precisión del derecho aplicable en relación al lugar del cumplimiento del contrato. En cambio para los contratos celebrados y para cumplirse en el extranjero, es decir cuando ninguno de tales lugares estuviese en nuestro territorio, se rigen por las leyes del lugar de su celebración (art. 1205). Lo mismo para los contratos que tienen lugar de celebración determinado pero no lo tienen de cumplimiento (art. 1205). Los contratos celebrados entre ausentes, es decir que no poseen un lugar de celebración se rigen por la ley del lugar de cumplimiento si lo tienen pero si carecen de él se aplican a cada una de las partes las leyes de su domicilio (art. 1214).

¹⁸ Deveali, *Lineamientos del derecho del trabajo*, Bs As., Tea, 1956, p.629-630 y nota 16. También en *La relación de trabajo en el derecho internacional privado*, DT, 1952-65.

¹⁹ Krotoschin, *instituciones de derecho del trabajo*, p. 500, nota 12.

²⁰ LL, 142-176

²¹ Ver un análisis crítico de la sentencia en Golsdchmidt, *El juez y el derecho natural*, LL, 142-176.

²¹ⁱ CN Paz Sala III, abril 1979, “*Estudio Espíndola c/ Bollati, Cristóbal*”, ED t. 33, pag. 26.

Ahora bien, el problema es qué se entiende para el Código Civil como lugar de cumplimiento de los contratos. En primer término debe entenderse como lugar de cumplimiento el que las partes hayan designado, o el que resulte de la naturaleza de la obligación (art. 1212). En caso contrario es aquel en que el contrato ha sido hecho si es el domicilio del deudor en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor determina el lugar de cumplimiento aunque no fuese el mismo que tenía al momento de la celebración del contrato (art. 1213).

Como vemos los arts. 1212 y 1213 contienen calificaciones autárquicas del punto de conexión lugar de cumplimiento, pero sólo han de entenderse establecidas para contratos que den lugar a obligaciones a cargo de uno solo de los contratantes. En efecto, los contratos que contengan obligaciones recíprocas –como es el caso que nos ocupa del contrato de trabajo–, pueden generar multiplicidad de lugares de cumplimiento, lo cual desde el punto de vista de la determinación del derecho aplicable no es concebible. Por lo tanto hay que acudir al criterio doctrinario de la prestación más característica (teoría del suizo Adolf F. Schnitzer), y en el caso no hay duda que en el contrato laboral es el lugar donde se desarrolla la labor del trabajador el lugar de cumplimiento del contrato y así se ha entendido en la jurisprudencia en el período en análisis.

2º) El segundo período corresponde al período de vigencia de la ley 20.744 (septiembre de 1974 a abril de 1976), cuyo artículo tercero introdujo por primera vez (excepción hecha del art. 610 de la ley de navegación 20.094, referente al contrato de ajuste, sometido a la ley del pabellón del buque) en nuestro derecho positivo, normas indirectas específicas para el contrato de trabajo²². Conviene precisar que pese al empleo del término “validez” en su tipo legal, valen aquí las aclaraciones formuladas acerca de la adopción por el derecho internacional privado del método analítico-analógico, en virtud del cual se distingue, dentro de ese concepto jurídico complejo, lo relativo a la validez intrínseca, de la extrínseca y lo atinente a la capacidad de las partes. Por lo tanto, cabe sostener que la ley 20.744, al igual que la posterior 21.297, no han innovado en el derecho internacional privado argentino en materia de capacidad y forma²³.

La ley contempla contratos celebrados en el país o fuera de él, para cumplirse en el territorio argentino, declarándoles aplicable el derecho del lugar de su cumplimiento. La norma se parece tanto al art. 1209 del Cód. Civil, que hasta ha repetido su innecesaria indicación acerca de la intrascendencia de la nacionalidad de las partes. El principio de la *lex loci executionis* fue señalado durante el trámite parlamentario como el considerado

²² “Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio, cualquiera sea la nacionalidad de las partes. La ley extranjera podrá ser aplicada aun de oficio por los jueces en la medida que resulte más favorable al trabajador. Los contratos de trabajos celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los contratantes, se regirán por las leyes del país en que se cumplan, salvo lo que resulte por aplicación del régimen más favorable al trabajador”.

²³ Así lo señala acertadamente Vilaseca de Palacio, Dora, El derecho de integración y el derecho internacional privado en la ley de contrato de trabajo, RDCO, 1974-767. De manera similar utilizan el concepto de “validez” los art. 1205, 1209 y 1210 del Cód. Civil, no refiriéndose a la capacidad para celebrar contratos, ni a la forma de ellos, sujetos a los preceptos estudiados anteriormente. La International Law Association (Viena, 1926) y el Instituto de Derecho Internacional (Luxemburgo, 1937), al tratar sobre el tema del derecho aplicable al contrato de trabajo descartan las cuestiones relativas a la reglamentación de la capacidad y de la forma.

más conveniente en doctrina²⁴ y determina, igualmente, la ley aplicable a los contratos celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero (hipótesis similar a la del art. 1210 del Cód. Civil). No obstante, en ambos casos declara aplicable la ley más favorable al trabajador²⁵. En el primero, señalando que la ley extranjera podrá ser aplicada incluso de oficio por los jueces en la medida en que así resulte. Cabe acotar que, en realidad, no hay manera de saber si la ley extranjera es más favorable al trabajador si no se la examina antes en relación al caso concreto, lo cual -en buen romance- es el paso obligado para la aplicación de normas y, atendiendo al contenido del art. 9º, no cabe duda de que ello conducía, en definitiva, a la aplicación imperativa de la ley extranjera más favorable al obrero. En el caso de los contratos celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero, la ley que podía resultar más favorable que la del cumplimiento era la argentina, por lo cual no cabía a su respecto disponer su aplicación oficiosa por los jueces nacionales, ya que ése es un principio indiscutido respecto del derecho propio, al menos para normas legisladas. De ahí que, simplemente, se diga “salvo lo que resulte mas favorable al trabajador”. La aplicación práctica del principio de la ley más favorable al trabajador no deja de implicar dificultades, como en el derecho interno de cada país ha sucedido, dando paso a diversas teorías o criterios que procuran solucionarlas, a fin de establecer que es lo más favorable. A los criterios de “acumulación” (tomar las partes de cada una de las normas que están en juego) y del “conglobamiento” (aplicar uno u otro régimen en su totalidad después de hacer un balance para determinar cuál resulta en ese balance final más beneficioso), parece preferible el “orgánico”, adoptado por el art. 9º de la ley de contrato de trabajo, perfectamente aceptable en el plano internacional, como manifestación de lo que los internacionalistas denominan método sintético judicial o de adaptación, que en el supuesto se llevaría a cabo construyendo la solución del caso mediante la combinación de las normas que reglamentan las diversas instituciones del derecho laboral en la forma más favorable al trabajador, adicionándose de este modo “institutos” y no disposiciones sueltas²⁶.

Dejando constancia del mérito de haber incorporado en su momento el derecho positivo argentino dos principios importantes del derecho internacional privado: la aplicación de la ley más favorable al trabajador y la oficiosa del derecho extranjero, el art. 3º de la ley 20.744 peca por defecto al no contemplar los contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en el extranjero, los contratos sin lugar de celebración, o sin lugar de ejecución y los que carecen de ambos. Por ello, en tales hipótesis, había que atenerse a lo dicho anteriormente para contratos en general, respetando las peculiaridades señaladas del derecho internacional laboral.

Con respecto a la autonomía de la voluntad y sin perjuicio de lo que por separado mencionaremos, podemos adelantar que el art. 3º de la ley 20.7744 en su original redacción no implicó una derogación de la norma consuetudinaria, que reconoce la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual, por lo cual su texto debe

²⁴ Honorable Cámara de Senadores, Diario de sesiones, 4ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 31/5/74, p. 478.

²⁵ En el Senado recordóse la construcción doctrinaria de Goldschmidt al respecto. Ver nota 20.

²⁶ Boggiano, *Derecho Internacional privado*, p. 727, con cita de Kahn- Freund y Vischer, destaca la dificultad de determinar cual es la *lex favoritatis* cuando la protección es coordinada con instrumentos de derecho público institucionalidades, inexistentes en el lugar de trabajo. Sobre el criterio orgánico, aceptado en el texto y los demás mencionados, ver Vázquez Vialard, Antonio, *La aplicación de la norma más favorable en el derecho de trabajo*, JA. Doctrina 1975-113.

considerarse supletorio de la elección del derecho realizada por los interesados. De todos modos, la incorporación del principio de la ley más favorable al trabajador modifica los alcances de la aplicación de la ley elegida o de las normas creadas entre las partes contratantes.

3º) Por último, la ley 21.297 dio nueva redacción al art. 3º de la ley de contrato de trabajo²⁷. Tal como ha quedado a partir de entonces, podría decirse que la norma es superflua e innecesaria, pues sólo contempla la hipótesis de un contrato de trabajo celebrado en el país o en el extranjero, en cuanto se ejecute en nuestro territorio, declarando aplicable la ley argentina, resultado éste al que se llega igualmente mediante el art. 1209 del Cód. Civil, que no contempla contratos civiles, sino contratos internacionales, ya que es una norma de derecho internacional privado inserta en el Código Civil como consecuencia de la falta de autonomía legislativa de la materia. Es de lamentar que la reforma haya desaparecido lo único valioso y original que en realidad tenía el precepto anterior, pero cabe considerar cuál ha sido el efecto preciso de la modificación sobre nuestro sistema conflictual en materia laboral. Por de pronto, quedan en pie las reglas del derecho civil en materia de capacidad y forma.

Así como en la ley 20.744 quedaban sin reglamentar las siguientes hipótesis: a) contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en el extranjero; b) los carentes de lugar de celebración; c) los carentes de lugar de ejecución, y d) los que adolecían de ambos; por su parte, la ley 21.297 acrecienta el catálogo de casos no contemplados con los contratos celebrados en la República Argentina para cumplirse en el extranjero. Al igual que bajo la vigencia de la ley 20.744, en defecto de acuerdo de partes sobre la ley aplicable, hay que acudir para esos casos a la aplicación de los criterios que en materia de contratos internacionales contiene el Código Civil. Es precisamente a causa de la multiplicidad de hipótesis no contempladas y del carácter unilateral del actual art. 3º de la LCT, por lo que hicimos precedentemente en el punto anterior un estudio de dichas normas y a él nos remitimos.

Aspectos Diferenciales del Contrato Laboral. ¿Es posible la autonomía de la voluntad?

Hemos visto en los párrafos precedentes que, en principio, el tema de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales de trabajo no sólo no se encuentra expresamente regulado, sino que tomando los conceptos generales del derecho internacional en materia de contratos, se ha considerado que se encuentra permitida y autorizada.

Ahora bien, es intención en este punto analizar un poco más profundamente éste tópico, el cual genera una importante controversia entre los hombres de derecho y que incluso produce asombrosos pronunciamientos según sea el momento político (y económico) en que se ha expedido la jurisprudencia argentina.

²⁷ “Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes que sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio”.

En efecto, como veremos a continuación, la opinión en el presente tema no se encuentra exenta de las estrechas vinculaciones que afectan al contrato de trabajo con una aplicación de políticas económicas gubernamentales, que en los últimos veinte años de la Argentina han sido claramente oscilantes en ambos extremos en uno u otro sentido.

Antes de entrar en los pormenores del asunto, es importante analizar –someramente dada la temática del relato- los aspectos que diferencian al contrato internacional laboral del resto de los contratos en general.

En primer lugar cuando se admite la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, se presupone que se trata de aquellos contratos que han sido libremente negociados²⁸. En la mayoría de los contratos se asume que las personas cuya voluntad va a manifestarse en el acuerdo están en condiciones análogas, en una relación de igual a igual, así ello no ocurra siempre en la realidad.

En los contratos internacionales del trabajo, en principio, no podemos afirmar libremente que esa condición se encuentre satisfecha, atento que en la contratación laboral por diversos factores existe una situación de desigualdad entre las partes (empleado y empleador), que no es sólo económica sino fundamentalmente en cuanto al poder de negociación²⁹.

En consecuencia, ante la desequilibrada relación entre las partes, es necesario establecer un marco normativo que proteja a la parte más débil, excluyendo algunos asuntos de la libre negociación y fijando unas garantías mínimas a partir de las cuales deben realizarse los contratos.

En general en el ámbito interno de todo contrato de trabajo, la autonomía de la voluntad de las partes está mucho más restringida en su ejercicio que en el resto de los contratos civiles o comerciales, justamente porque en él, el derecho objetivo y los derechos subjetivos son referentes de gran importancia, al punto de ser considerados no en pocos casos como de orden público. Esta especial condición del entorno restrictivo de la autonomía de la voluntad en el contrato laboral está soportada fundamentalmente en la trascendencia social del trabajo.

Una buena parte del contrato de trabajo está conformada por una serie de puntos señalados por normas jurídicas externas al propio contrato. Dichas normas establecen todo un conjunto de derechos y garantías para los trabajadores (considerados la parte

²⁸ “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR” – Cap. 26 “Modalidades contractuales específicas” Diego P. Fernández Arroyo, Cecilia Fresnedo de Aguirre, María B. Noodt Taquela y Jorge R. Albornoz”, pág. 1031.-

²⁹ Idem 1, pág. 1035/1036.-

débil en el contrato), cuyo desconocimiento o reducción no puede ser materia de negociación en ningún caso.

En el escenario del ejercicio de la autonomía de la voluntad todo puede disponerse, menos, claro, aquello que no es disponible, dentro de lo cual se encuentran los derechos

irrenunciables de los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados por ninguno de los contratantes ni por el mutuo acuerdo de ambos indicando como aplicable un derecho extranjero o distinto al que hubiere correspondido.

Si el contrato de trabajo en general tiene como punto de partida unas restricciones insoslayables dadas desde fuera del contrato por la Constitución, la ley y otras normas jurídicas, parece necesario preguntarse entonces: ¿qué es lo negociable? El comienzo de la solución al interrogante parte por considerar que si lo mínimo y lo irrenunciable no son materia de la negociación, obviamente deberán serlo, -siguiendo la lógica-, sus contrarios, es decir: lo máximo y lo renunciable. Así, pues, parecería que en el contrato de trabajo las bases mínimas e indiscutibles de la negociación no son fijadas por las partes sino que están dadas de antemano, y que la negociación debe desarrollarse a partir de dichas bases. Además, dicha exclusión de la negociación voluntaria o cercenamiento del principio de la autonomía de la voluntad, que hacen normas diferentes al contrato, está inspirada en la consideración, si se quiere un tanto paternalista, de proteger a la parte débil dentro del contrato laboral³⁰.

Ahora bien, no son pocos los autores que, teniendo en cuenta el carácter especial de la legislación del trabajo, cuyas normas son generalmente inderogables, han afirmado que, en virtud de su carácter de derecho público o de orden público, ellas tienen siempre carácter territorial y que en consecuencia corresponde siempre aplicar la ley del lugar de prestación de trabajo³¹ sin considerar otra que pudiera ser aplicada por la voluntad o elección de las partes.

Por ello es un valor admitido en el derecho laboral que las normas de protección al trabajador son de orden público y que se encuentran fuera del alcance de la voluntad de las partes, siendo nulos los pactos en contrario. Y si no se puede renunciar a la tutela protectora del derecho del trabajo, tampoco puede variarse el mismo mediante pactos de elección de ley aplicable. Por eso es que se ha dicho que, en el campo de las relaciones laborales y de los contratos de trabajo en el cual las disposiciones legales incluyen practicas de negociación colectiva, la autonomía de la voluntad es “*casi una especie extinguida*” (Delaume)³².

Sin embargo, no podemos caer en la obsesión de una prohibición absoluta de la autonomía de la voluntad respecto de la regulación de la relación laboral, ya que ello puede resultar incluso más perjudicial para el trabajador que una libertad con límites a su favor³³.

Es así, y siguiendo a Deveali, entendemos que las normas laborales gozan de una *inderogabilidad relativa*, esto es, no pueden ser derogadas sino en un sentido partiendo del presupuesto que ella responde casi siempre al único propósito de corregir la situación de inferioridad jurídico - económica en que se encuentra el trabajador frente a su

³⁰ Luis Javier Moreno Ortiz “El contrato Laboral y sus límites” Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia.-

³¹ Deveali, Mario “La Relación de Trabajo en el Derecho Internacional Privado” pag. 69.

³² Idem cit. 1 pag. 1036

³³ Idem cit. 1, pag. 1036.-

empleador. Pero también en el otro sentido la inderogabilidad no es absoluta, ya que si existen circunstancias en que el trabajador ha manifestado libremente su consentimiento, y en la elección de un derecho extranjero distinto del que hubiera sido aplicable existe una mejora en su beneficio resulta razonable aceptar dicha elección y la derogabilidad de normas de orden público interno que en principio no serían disponibles³⁴.

Parece ser claro y evidente entonces que, las garantías mínimas de la ley territorial y los derechos irrenunciables de los trabajadores tienen estrecha vinculación con la autonomía de la voluntad contractual y por ende no pueden ser desconocidas o cercenados por las partes, en la elaboración de normas materiales o de elección de un derecho aplicable. Es así, pues el acuerdo así alcanzado, podría resultar nulo desde el momento en que el principio de la irrenunciabilidad (tal como se encuentra redactado en la actualidad en nuestra ley de contrato de trabajo³⁵) ha sido investido de tal jerarquía que resulta un serio obstáculo a su posible aplicación cuando ello resulte en un perjuicio para el trabajador.

A mayor abundamiento la recepción expresa en los arts. 7 y 9 de la ley de contrato de trabajo del principio de la norma más favorable (*in dubio pro operario*), viene a sumar su contribución en la limitación o crisis al criterio amplio de la autonomía de la voluntad en el contrato laboral internacional.

Por ello consideramos como un acierto la versión original del art. 3° de la ley 20.744 (concordante con la normativa de los arts. 7 y 9) que si bien no indicaba expresamente la recepción de la autonomía de la voluntad contractual, permitía inferir esa autorización al permitir la aplicación de un derecho extranjero para un contrato celebrado en el exterior con cumplimiento en nuestro país, pero sólo en la medida que dicho derecho sea más favorable para el trabajador.

En consecuencia, podemos afirmar que nada obsta (bajo el régimen de la ley 20.744) a que se aplique el principio universalmente admitido en el derecho internacional privado que las partes puedan elegir la ley aplicable al contrato cuando este es objetivamente internacional en la medida en que el mismo respete la favorabilidad del derecho elegido para el trabajador.

Es más aún, en ese caso dicha expresión daba sustento, -al decir de Boggiano-, no sólo a la aplicación de una ley más favorable, sino que en uso de la autonomía material, las partes puedan regular el contrato incorporando cláusulas sustanciales modificatorias de ciertas normas imperativas del derecho elegido o aplicable y sustituirlas por otras que se crean especialmente para la relación. Estas normas pueden ser incorporadas al contrato, sea en virtud de la elaboración directa por empleador y trabajador, sea por la reproducción de normas vigentes en otros derechos. La autonomía material sólo puede

³⁴ Deveali, Mario, ob. Op. Cit. Pag. 73/75.

³⁵ Dispuesto claramente en el nuevo texto del art. 12 de la ley de Contrato de Trabajo (conf. ley 26.574 B.O. 29/12/2009) que dice: **“Irrenunciabilidad.** Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas **o los contratos individuales de trabajo**, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

proporcionar un grado mayor y no menor de beneficios mutuos y el límite siempre será el principio del *favor operarii*³⁶.

De esta forma observamos que se producía en el texto anterior una amalgama de los conceptos generales del derecho civil en materia de contratos con las particularidades y especificidades de la contratación laboral, respetando la posición de parte débil de uno de los contratantes y los conceptos de irrenunciabilidad e inderogabilidad de normas protectorias del ordenamiento nacional.

Si se considera que la incorporación de la “*lex favoritatis*” ayudaba a alcanzar el valor justicia, y aún más, el de la equidad, ya no contamos con la misma al menos de un modo explícito³⁷; a nuestro entender la reforma al art. 3° ha venido a generar mayor confusión, eliminando lo bueno y armónico de su redacción con los conceptos generales del derecho en su conjunto y las modalidades propias del derecho laboral.

Igualmente entendemos que a pesar de la modificación producida, “*el principio de la ley mas favorable*” se encuentra receptado expresamente en la legislación nacional por lo cual y más allá de la eliminación en el actual texto del art. 3° de la LCT, el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual y material no se ha visto afectada y pueden incorporarse al contrato disposiciones tomadas de un derecho extranjero o creadas por las partes, más beneficiosas al trabajador que las reconocidas por el derecho argentino a pesar de ser el llamado a resolver por ser el lugar de ejecución.

Ahora bien, si el derecho extranjero elegido fuese menos beneficioso para el trabajador, y más allá de encuadrar o no dentro de los límites del orden público internacional, la aplicación del principio de la favorabilidad en beneficio del trabajador funcionará como un límite a esa autonomía y por ende resultará inaplicable, recobrando toda su potestad las normas imperativas del derecho argentino.

En síntesis. Sostenemos que el principio del *favor operarii*, así como el *favor matrimonii*, el *favor negotii*, etcétera, fueron insertos por el legislador en el Derecho Internacional Privado por entender que constituían un medio idóneo destinado a asegurar la eficacia en la búsqueda de “*lo justo*”. Concordante con dicho postulado la Iglesia Católica en su sus encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Populorum Progressio*, *Octogesima Adveniens*, *Laborem Exercens*, *Centesimus Anno*, y el Constitucionalismo Social, en una época de desigualdad para los trabajadores, realizaron encomiables aportes para una paulatina inserción de nuevos postulados en las constituciones políticas de los Estados, tendientes al respeto de la calidad de vida y dignidad de los obreros. Así nuestro país ha incluido con raigambre constitucional numerosos Tratados y Pactos que hacen especial referencia al derecho del trabajo³⁸, en la

³⁶ Boggiano, Antonio “*Contrato Internacional de Trabajo*” La Ley 1987 –C, Secc. doctrina pag. 773/785.-

³⁷ Martín José Caselli, *Derecho Internacional Privado y el Contrato individual de trabajo en el MERCOSUR. Valor Justicia e Integración*” E.D. T. 161, pag. 845.

³⁸ Podemos citar entre otros a Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño.

reforma de 1994, y anteriormente en el art. 14 bis de la Carta Magna, donde el principio del respeto y el valor al trabajo humano como principio fundamental ha sido resaltado como fundamento de nuestra legislación.

Que el principio del *favor operarii* en el ámbito del conflicto de leyes, -si bien es anterior a la recepción legislativa de dichos postulados y debemos su desarrollo al maestro Werner Goldschmidt-, resulta la solución mas justa a los intereses de la parte débil del contrato el cual deberá regirse y aplicarse con arreglo al derecho más favorable entre los diversos interesados en la relación laboral³⁹.

El fin del derecho internacional privado es realizar soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales⁴⁰, y es nuestra opinión que el legislador de la ley 20.744 valorizó como justo el otorgar primacía a la ley más favorable al trabajador en la relación laboral con proyección extraterritorial.-

Y ese valor, en la Argentina del año 2010 no ha cambiado ni ha sido alterado por más que la redacción actual del art. 3° de la ley de contrato de trabajo (conf. texto ley 21.297) haya suprimido la referencia expresa. El espíritu del “*favor operarii*” y “*la ley favoritatis*” se encuentran en sus entrañas y debe ser considerado al momento de aplicar un derecho extranjero tanto por remisión del legislador como por elección de las partes.-

Finalmente, es importante destacar en este punto la expresa recepción de dicho criterio en el Proyecto de Derecho Internacional Privado, elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J. y D.H.191/02 y Res.M.J.S.y D.H.134/02 integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca y que fuera presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 24 de junio de 2003.

En efecto, si bien el proyecto en su Título III, Derecho Aplicable – Capitulo V° - Contratos-, recepta un criterio amplio de autonomía de la voluntad en materia contractual e incluso la posibilidad de elegir más de una ley aplicable al contrato⁴¹, se ha incluido una norma específica para los contratos de trabajo.

Es así que se ha receptado expresamente la posibilidad de elección del derecho aplicable al contrato de trabajo por parte de empleador y trabajador, sea en forma contemporánea o

³⁹ En igual sentido el Prof. Vázquez Vialard (Tratado del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Ed. Astrea, p. 889) quien citando al Dr. Smith afirma que: “Se ha considerado como principio rector de las soluciones adoptadas, el del primacía de la ley más favorable al trabajador, por ser el que atiende con un criterio más justo las posibilidades económicas de las partes ligadas por la relación laboral cuando esta tiene proyección extraterritorial y se ha transformado en litigiosa”.-

⁴⁰ Antonio Boggiano “Curso de Derecho Internacional Privado” Ed. Abeledo Perrot, p. 25.

⁴¹ **Artículo 69. Elección del derecho.** La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia”.-

posterior a la celebración, pero limitando su aplicación a que la misma sea más favorable al trabajador entre las que podrían ser aplicables en defecto del ejercicio de autonomía de la voluntad, es decir la ley del lugar de cumplimiento o la ley del lugar de celebración⁴², con lo cual la denominada “*autonomía restrictiva*” de la que habláramos al inicio del presente apartado ha tenido acogimiento normativo en tan importante proyecto de ley.

Queda la duda, si el Proyecto incluye la posibilidad de autonomía material en los contratos de trabajo, ya que si bien para contratos en general lo admite expresamente⁴³, no hace referencia alguna en la norma específica. Entendemos que nada obsta a que las partes puedan incorporar normas o resoluciones materiales de su autoría o de transcripción de otro derecho, pero siempre con el límite mencionado de que dicha elección sea más favorable al trabajador en relación con el derecho que resulte ser aplicado por remisión de la norma indirecta.

Los vaivenes de la jurisprudencia⁴⁴:

La jurisprudencia argentina ha tenido una visión cambiante respecto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el contrato laboral, la cual como hemos dicho más arriba no podemos escindir de momentos políticos y económicos del país.

Antes de la sanción de la ley 20.744, los tribunales de capital federal han tenido una posición estrictamente territorialista en cuanto al contrato de trabajo con elementos multinacionales, que si bien no negaban la posibilidad de elección del derecho aplicable conforme las normas de contratos del derecho civil, la aplicación de normativa extranjera resultaba sumamente esporádica.

El primer caso que encontramos tratando el tema de la autonomía de la voluntad es el resuelto por la Sala II de la CNTrab, de fecha 07/03/69 “*Livitsanis, Nicolás c/ Allseas Shipping C y otros*”⁴⁵, donde con aplicación de las normas del Código Civil (arts. 1209, 1210, 1212 y cc.) se consideró que, el principio de la ley de ejecución del contrato de trabajo es aplicable “*si así lo establecieron las partes o resulta determinable por la naturaleza de la naturaleza de la obligación*”, con lo cual recepta o reconoce la autonomía de la voluntad conflictual a las partes como primer elemento. Sin embargo, el mismo voto pone límites a esa elección, al manifestar la preferencia en la solución final por “*la ley que resulte más favorable, atendiendo a razones de equidad que tienden a la cobertura de derecho de innegable jerarquía humana por encima de la faz patrimonial*”.

Con ello y más allá que en el supuesto en análisis no había en discusión ejercicio de autonomía de la voluntad por los contratantes, se observó el tema y ya empezó a

⁴² **Artículo 80. Contratos de trabajo.** Los contratos de trabajo se rigen por el derecho elegido por las partes, o por el derecho del lugar de cumplimiento o por el del lugar de celebración, el que fuera más favorable al trabajador.

⁴³ **Art.70. Regulación del contrato por las partes.** Haya o no elección del derecho aplicable las partes pueden generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del derecho aplicable...”

⁴⁴ La totalidad de los fallos citados se han obtenido de la magnífica recopilación efectuada por el Dr. Julio César Córdoba en el libro electrónico “*Cuadernos de Jurisprudencia - Derecho Internacional Privado del Trabajo*” - DIPr. Argentina 2009.

⁴⁵ Destacado por Boggiano, Antonio en obra cit., en 9 con similares conceptos.-

limitárselo con la aplicación de la “*la ley favoritatis*”. Boggiano, al comentar el fallo, plantea que en el mismo existe “*una cuestión metodológica grave, ya que parecería que la elección de la ley aplicable será orientada según sea el contenido de justicia o equidad de las leyes eventualmente aplicables a criterio del juez*”, para después afirmar que “*no es posible ocultar que la autonomía conflictual esta sujeta a particulares restricciones en esta materia*”⁴⁶.

Otro fallo inmediatamente posterior al que comentamos, es el de “*Eiras Perez c/ Techint Eng. Co*” del Tribunal de Trabajo de Zarate con fecha 09/12/1970, donde se reconoció expresamente la recepción de la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo, sin limitación alguna y con fundamento en la doctrina civilista y en el art. 1197 del código civil, declarando que en el caso resultaba aplicable la ley elegida por las partes a la relación laboral, esto es la de la República de Venezuela lugar donde se ejecutaba la prestación del trabajador; pero que ante la falta de acreditación del mismo su aplicación no podía resultar oficiosa por imperio del artículo 13 del Código Civil, descartando incluso las posiciones internacionalistas de Vico y de Goldschmidt entre otros para subsanar dicho defecto y resolver con el derecho elegido no probado en autos. Ante ello, tampoco se aplicó el derecho foral (argentino) con lo cual la solución derivó en una injusticia notoria que fue el rechazo de la demanda propiciada por el actor en reclamo de indemnizaciones legales por el infortunio laboral sufrido, por el sólo hecho de falta de prueba del derecho extranjero elegido. Como vemos en el presente antecedente, de haberse aplicado el principio protectorio de la ley más favorable al trabajador que propugnamos, el resultado hubiere sido distinto y con ello el valor justicia habría sido debidamente satisfecho.

Por eso decimos que, si bien hay un reconocimiento “en los papeles” a la autonomía de la voluntad, los hechos concretos de la no aplicación de un derecho extranjero (por aplicación literal y chauvinista del art. 13 del Código Civil) hace que sus resultados sean de una total territorialidad en cuanto a la solución del contrato de trabajo internacional, cuando no una notoria injusticia en su resultado.

A partir de la sanción de la ley de contrato de trabajo 20.744, y su texto vigente conforme ley 21.297, la situación parece haber tomado un giro al reconocimiento del principio de la favorabilidad como límite en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, aunque normativamente nada se haya agregado, o incluso se haya empeorado con el texto actual del art. 3° que suprimió la aplicación de oficio.

Así encontramos una situación totalmente contraria a lo resuelto en el fallo “*Eiras Perez*”, (si bien trece años después) en la sentencia dictada por la CNAT, Sala III de fecha 21/02/83 en autos “*Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina S. A. s/ Despido*”, donde expresamente por el voto de los tres magistrados (Dres. Santa María, Guibourg y Vazquez Vialard) se reconoció la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo. Si bien con matices, es importante destacar que del voto del Dr. Santa María se reconoce incluso que dicha elección no sea expresa entre trabajador y empleador sino que surga nítida de la propia conducta de las partes en el desarrollo del contrato laboral. Sin

⁴⁶ Boggiano, Antonio, ob op cit 9.-

embargo esa “elección tácita” no fue aplicada en el decisorio por falta de debida acreditación en el expediente, pero su reconocimiento resulta sumamente importante. En concordancia a ello, el voto del Dr. Guibourg coincide en la potestad de las partes de elección de un derecho aplicable a su relación contractual, pero “... siempre que el acuerdo resulte más favorable al trabajador. Esta condición no puede pasarse por alto pues el principio protectorio del Derecho del Trabajo tiene validez internacional...” (el subrayado nos pertenece). Es de destacar el criterio expuesto, pues es el primer reconocimiento judicial a una limitación a la autonomía de la voluntad, con especial referencia a la ley más favorable al trabajador, cuestión que considera no sólo un principio del derecho laboral argentino sino un postulado protectorio de raigambre y reconocimiento internacional, y como tal, un valor superior que no puede ser omitido bajo ninguna interpretación. Es de destacar del fallo que, no habiéndose acreditado ni el supuesto derecho elegido ni el derecho extranjero que resultaba aplicable (por remisión de la norma de conflicto, esto es el lugar de ejecución), –en contrario al precedente “Eiras Pérez” –, resolvió aplicar el derecho argentino para resolver el reclamo.

Otra recepción expresa del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo lo encontramos en el voto del Dr. Capón Filas en la causa “Antoñanzas, Eduardo Lucero c/ ICI Duperial S. A s/ Despido” de fecha 25/03/96 de la Sala VI de la CNAT. En efecto, si bien el diferendo no incurría sobre el ejercicio de una autonomía de la voluntad en ley aplicable (sólo existía una cláusula de elección de foro), el magistrado destacó la posibilidad de elección de la ley nacional a un contrato de lugar múltiple de ejecución “...*siempre que esta sea más favorable, esta tesis coordina territorialidad y principio de favorabilidad... (Considerando IV del fallo citado)*”. Es decir que aquí encontramos otro supuesto limitativo, el de la elección de la ley argentina ante la eventualidad de aplicación por remisión de la norma de conflicto de una ley extranjera siempre que sea más favorable lo cual a contrario sensu si no lo es la elección no será ejecutada.

Como recepción expresa de la autonomía de la voluntad (con elección de la ley argentina) podemos citar el fallo “Díaz, Miguel c/ Altamarinda Nelson y Asociados S.A. y otros” de fecha 29/06/01 de la CNAT, Sala X. Como consecuencia de la rebeldía de los demandados identificados como empleadores, se tuvo por cierto lo manifestado por el actor en el sentido que habían elegido un derecho aplicable –en este caso el de argentina– dejando de lado el que hubiera resultado aplicable por el lugar efectivo de prestación de servicios del trabajador. Asimismo, y siguiendo el criterio receptado en el precedente “Adano”, reconoce que es necesario considerar el principio protectorio del derecho del Trabajo, con lo cual más allá de esa elección tácita se impone considerar que la misma no afecte el derecho que fuere más favorable al trabajador.

Como se puede observar, en mayor o en menor medida la jurisprudencia laboral de Capital Federal ha tenido favorable acogida a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo, con algunas referencias al criterio protectorio de la ley mas favorable, con lo cual podemos afirmar que se ha generado una doctrina de “autonomía de la voluntad restringida o limitada” diferente a la reconocida en los contratos en general.

Dentro del mismo período, se ha observado un apartamiento del principio rector de la ley más favorable al trabajador, (e incluso a algunas cuestiones de orden público internacional) en particular a algunos cambios producidos en la legislación marítima a principios del año 1991 con la sanción del decreto de necesidad y urgencia 1772/91 que permitió el cese provisorio (en principio era por dos años pero luego se fue prorrogando) del pabellón nacional a los buques matriculados en nuestro país y la posibilidad de acceder a un segundo registro en banderas de conveniencia a criterio del armador.

Es decir que, los trabajadores que se incorporaran a prestar servicios quedaban regidos por la ley de ese nuevo registro, con excepción de los servicios de seguridad social, obra social y contribuciones sindicales de los distintos gremios que agrupan al personal embarcado que la empresa debía continuar efectuando. Conforme la ley del pabellón se suscribían contratos de ajuste donde expresamente se hacía ejercicio de la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de jurisdicción competente y ley aplicable.

Mucho se discutió sobre la constitucionalidad de dicho régimen supuestamente de excepción (pero que en la realidad recién fue derogado por decreto 1010 del año 2004) y al cual la CSJN declaró válido con el decisorio caratulado “*Sallago Alberto Asdrúbal c/ Astra CAPSA s/ Despido*” de fecha 10 de octubre de 1996 (Fallos 319:2267).

Ahora bien, en el tema que nos ocupa, la ausencia de la aplicación de un criterio de favorabilidad al trabajador, surge por la adhesión a dicho decreto de la totalidad de las empresas petroleras argentinas (ESSO SAPA, SHELL CAPSA, YPF SA -luego YPF Repsol-, ASTRA S.A.), propietarias y armadoras de barcos y barcazas que se limitaban únicamente a realizar con esos unidades navales el transporte de crudo o refinados en el territorio nacional, ya que sus viajes se enmarcaban desde la boya de carga en puertos del sur argentino (Caleta Olivia, Puerto Santa Cruz, Puerto Galván en Bahía Blanca entre otros) y su descarga en las refinerías sitas en la provincia de Buenos Aires (Dock Sud y Campana) o el envío de material liviano (naftas y derivados) a puertos del interior de la Argentina a través del río Paraná como Rosario, Santa Fe, Barranqueras, etcétera.

Ante las numerosas demandas judiciales iniciadas por los trabajadores argentinos, domiciliados en argentina, y que prestaban servicios REALES en territorio nacional para una empresa que recibía los beneficios de la prestación en nuestro país (*estos dos conceptos determinantes en la actualidad del principio de la primacía de la realidad para definir el lugar de ejecución del contrato como se ha apuntado mas arriba*) , la jurisprudencia de Capital Federal (en su gran mayoría⁴⁷) otorgó legitimidad a la aplicación de un derecho extranjero –el del pabellón extranjero- consintiendo no sólo la

⁴⁷ Entre otros podemos citar “*Fernandez José O. c/ Shell CAPSA s/ Diferencias de Salarios*” CSJN 10-12-97, DT 1998-A 707/709; “*Ciepa José c/ Ultraocean S.A.*” CNAT Sala II, sent 76.332 de fecha 16-05-95; “*Martin, Eduardo c/ Shell CAPSA*” CNAT, Sala III, sent. 67.582 de fecha 05-08-94; “*Lemos, Eduardo Ramón c/ Esso SAPA s/ Despido*” CNAT, Sala VIII, de fecha 24-08-99; “*Castiglione, c/ Esso SAPA s/ Despido*” CNAT Sala VIII; “*Khalil c/ Esso SAPA*” CNAT Sala III; “*Cavaliere, Francisco c/ Esso SAPA s/ Dif. Indemnizatoria*” CNAT Sala I de fecha 6-09-2002; “*Cueva, Roberto Luis y otros c/ Esso Petrolera Argentina SRL s/ Diferencias de Salarios*” CNAT Sala III de fecha 11-11-08; “*Bogarín, Juan Laureano y otros c/ Esso Petrolera Argentina SRL s/ Diferencias de salarios*” CNAT Sala III de fecha 14-11-08; “*Arguello Alejandro c/ Esso Petrolera Argentina SRL s/ Diferencias Salariales*”, CNAT Sala VI, de fecha 26-03-09. A favor de la inconstitucionalidad o la aplicación de la ley mas favorable entre otros “*Bruera, Alberto Miguel c/ Esso SAPA s/ Despido*” CNAT Sala II de fecha 17-07-01; “*Cocciardi Daniel Salvador c/ Esso S.A.PA. s/ Despido*” CNAT Sala IX, sent. 9365 de fecha 26-12-01; “*Labarque, Ernesto Martin c/ Esso SAPA s/ Despido*” Juzgado del Trabajo de Cap. Fed. Nº 2 Sentencia 2626 de fecha 11-10-1995.-

elección que se formulaba en los contratos de ajuste sino por aplicación estricta del artículo 610 de la ley 20.094, sin considerar siquiera la norma o ley más favorable al trabajador.

El cambio al presente criterio (y que determinó la derogación del decreto 1772/91), lo constituye el fallo dictado en la causa “Salduende, Héctor Alberto c/ Shell CAPSA s/ Despido” por la CNAT Sala VII con voto de la Dra. Estela Milagros Ferreirós que determinó (siguiendo los fundamentos de la sentencia de primera instancia), que más allá de la doctrina creada por la CSJN en el Fallo “Sallago” existe un claro fraude y simulación a la ley laboral argentina al aplicar un régimen extranjero por un pabellón de conveniencia cuando es en la República Argentina el lugar real de ejecución del contrato, por ser los puertos argentinos el lugar de contratación, embarco y desembarco, la empleadora es una empresa domiciliada y creada en Argentina y el actor y la totalidad de la tripulación y el actor son domiciliados y nacionales argentinos. Que por ello (y otras razones que no vale la pena destacar) impuso decretar la inconstitucionalidad del decreto 1772/91 y la inoponibilidad de las normas de la ley del pabellón y aplicar a la solución del diferendo la legislación argentina.

En síntesis, la jurisprudencia de Capital Federal ha privilegiado a lo largo de los años, y con diferentes composiciones en sus Tribunales, el reconocimiento al ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos laborales, dejando de lado la *lex executionis*, pero con la limitación o restricción de su aplicación en la defensa del principio protectorio del derecho laboral, es decir sólo si fuese más favorable al trabajador.

Supuestos diversos de ley aplicable a los Contratos de Trabajo – Los Grupos Económicos Internacionales como empleadores.

Vamos a analizar a continuación distintos supuestos, incluyendo nuestra opinión y algunos fallos, y temas vinculados con la actuación como empleadores de los Grupos Económicos Internacionales.

1. ***Contratos de trabajo celebrados y ejecutados en Argentina:*** quedan naturalmente regidos por la LCT y las partes sólo podrán pactar la aplicación del derecho extranjero en la medida que el mismo fuera más favorable para el trabajador (art. 9 LCT).
2. ***Contratos de trabajo celebrados en el exterior para ejecutarse en Argentina:***

Aplican a estos iguales consideraciones que las expuestas precedentemente en 1.
3. ***Contratos de trabajo ejecutados inicialmente en el exterior y luego ejecutados en Argentina como consecuencia de que el trabajador sea asignado en forma temporaria o permanente a una empresa del mismo grupo empresario.***

En la medida que el hecho crítico ocurra mientras el trabajador se desempeña en Argentina, resultarían de aplicación las consideraciones expresadas en 1., con el

agregado de que a todos los fines legales la antigüedad del trabajador será la resultante del tiempo trabajado para todas las empresas del mismo grupo empresario, por aplicación de los arts. 19 y 26 de la LCT y de lo resuelto por la jurisprudencia desde el caso “Leroy c/ The National Cash Register.

Se debatía en “Leroy” si correspondía computar para el cálculo de la indemnización por despido de un trabajador cuyo contrato de trabajo se había extinguido en Argentina, la antigüedad adquirida mientras se había desempeñado para la Casa Matriz en Francia.

En primera instancia se había resuelto que “tratándose de sociedades económicas con presencia dentro de cada país, es de su naturaleza que resuelva las cuestiones atinentes al personal y entre cada una de las sucursales haya independencia”, razón por la cual se ordenó calcular la indemnización computando la antigüedad adquirida en Argentina.

La Cámara por su parte revocó en este aspecto la sentencia y con citas a los Dres. García Martínez y Vico, ordenó computar el total de la antigüedad. A tal fin se sostuvo que The National Cash Register era “una entidad de carácter mundial con agencias u oficinas en diversos países dependientes de la Casa Central”, por lo cual no correspondía hacer “distinción entre servicios prestados en la República o fuera de ella cuando unas y otras son inherentes a la actividad mercantil del principal o de su antecesor en los negocios”⁴⁸.-

4. *Contratos de trabajo ejecutados inicialmente en Argentina y luego ejecutados en el exterior como consecuencia de que el trabajador sea asignado en forma temporaria o permanente a una empresa del mismo grupo empresario.*

¿Qué ocurre cuando un trabajador, que se desempeña para un empleador en Argentina, se traslada al exterior para desempeñarse en la misma empresa, o en una empresa vinculada o relacionada con la misma, o en una empresa con la cuál su empleador o las empresas vinculadas o relacionadas en términos societarios con el mismo, tengan algún tipo de relación?.

En particular resulta necesario, a los fines de una correcta registración, analizar cual es la naturaleza jurídica de tales movimientos, si las partes pueden pactar la aplicación del derecho del trabajo extranjero y que ocurre cuando no han pactado nada al respecto.

De la práctica profesional y de la lectura de la jurisprudencia se advierte que tales situaciones no tienen un tratamiento uniforme ya que en algunos casos el trabajador extingue su relación laboral en Argentina (por renuncia o mutuo acuerdo) y luego celebra un contrato con su nuevo empleador; en otros sigue en la nómina de su empleador en Argentina por una remuneración nominal que le permita seguir

⁴⁸ CNAT, Sala III, Leroy, Raymundo c/The National Cash Register. (LL 78, 385).

devengando antigüedad a los fines jubilatorios; y en otros, además de desvincularse de la empresa en Argentina, el empleado se afilia al sistema jubilatorio como trabajador autónomo.

Muchas de las prácticas referidas generan serias contingencias previsionales y laborales desde que abren la posibilidad de reclamos de regularización de la situación laboral, con graves consecuencias en los términos de la Ley Nacional de Empleo y otras leyes que penalizan la registración defectuosa.

Consecuentemente resulta necesario profundizar el análisis de estas situaciones con el propósito de sortear las inconsistencias entre las leyes que regulan el tema desde el punto de vista laboral y también el previsional.

La confusión que existe al respecto ha provocado que en varios fallos se sostenga que en realidad nos encontramos frente a un único contrato, ya sea por desestimación de la personalidad jurídica conforme la doctrina de la Corte en el fallo “Parke Davis” o por considerar que se trata de una situación fraudulenta que torna aplicable las disposiciones del artículo 31 LCT⁴⁹, cuando en realidad en la mayoría de los casos el tratamiento de la relación con los expatriados es confuso sólo por falta de certeza sobre cual es el régimen aplicable y no por afán alguno de violar la ley.

Si bien hemos sostenido en el pasado que estas situaciones debían encuadrarse en el artículo 229 de la LCT, que se refiere a las transferencias del contrato de trabajo sin establecimiento y a la responsabilidad que asumen cedente y cesionario, solución que satisface los intereses comprometidos en una transferencia internacional⁵⁰, un posterior análisis de la cuestión nos permite también sostener, en sentido complementario, que resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 26 de la misma ley en cuanto contempla la posibilidad de que se considere “empleador” a un conjunto de personas, aún sin personalidad jurídica propia, que requieran los servicios de un trabajador.

Prácticamente en todos los casos lo que ocurre es que el trabajador, que se desempeña en relación de dependencia para una sociedad constituida conforme el derecho argentino o para una sucursal de una sociedad constituida en el exterior debidamente inscripta en Argentina, pasa a trabajar en el exterior para otra persona jurídica domiciliada e inscripta fuera de nuestro país.

⁴⁹ *Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina S.A.*. DT T° XLIII – A, pag. 391; *Del Puerto del Río c/Geoservices S.A. Sucursal Argentina* (con nota de Jorge Rodríguez Mancini). DT 2005-A,1257; CNAT, Sala X, 28/6/04, “*Enriquez Yañez, Hector Rafael c/Western Geco S.A. y otro s/ despido*” - CNAT - SALA III - 10/11/2006.

⁵⁰ Vázquez Vialard; Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Vázquez Vialard, T° 5, pag. 79; Fallo Enriquez Yañez c/Western Geco, Lexis N°13/11595 y Microjuris MJJ 10637.

En general también, los servicios que presta el trabajador en el exterior benefician sólo a su empleador en el país de destino, es decir que su antiguo empleador en Argentina no utiliza sus servicios ni se hace cargo del pago de su sueldo ni del otorgamiento de los demás beneficios.

Corresponde entonces en primer lugar determinar, en base al principio de la realidad, cual es la naturaleza jurídica de esta situación.

Desde un punto de vista societario nos encontramos con que más allá de la posibilidad de corrimiento del velo societario para el caso eventual de una utilización ilegítima de las respectivas figuras societarias, los empleadores involucrados en la situación serán dos o más entidades jurídicas independientes pero vinculadas societariamente, debidamente constituidas en sus respectivas jurisdicciones.

Cualesquiera sean las formas que se utilicen para instrumentar el hecho, estaremos en primer lugar frente a la modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, razón por la cual conforme el artículo 66 LCT, para que sea válida la modificación, será necesario que el trabajador preste su conformidad.

Consecuentemente, el hecho de que el trabajador pase a trabajar en otro país, registrado en el mismo conforme lo que legalmente corresponda, constituye una novación contractual lícita que perfectamente puede ser implementada a través de un acuerdo que contemple las condiciones del pase incluyendo lo relativo al derecho aplicable en materia laboral y en materia previsional. Entonces, únicamente podrá corresponder el corrimiento del velo societario o la aplicación del artículo 31 de la LCT cuando objetivamente concurren las circunstancias de hecho que tornan procedente tales soluciones (maniobras fraudulentas y/o conducción temeraria).

La cuestión del derecho aplicable en estas situaciones fue debatida originalmente por la Sala III de la CNAT en la sentencia dictada en los autos caratulados “Adano, Juan O. c/Dresser Atlas Argentina S.A.”, oportunidad en la cual por mayoría y con el voto en disidencia del Dr. Vazquez Vialard, se resolvió la aplicación de la ley argentina.⁵¹

La dificultad que tiene el tratamiento del tema se pone en evidencia por el hecho de que los Jueces que integraron la mayoría llegaron a una misma conclusión, con la que respetuosamente disentimos, pero sobre la base de fundamentos distintos.

Básicamente los hechos tenidos en consideración por la Cámara para resolver “Adano, Juan O. c/Dresser Atlas Argentina S.A.” fueron los siguientes:

⁵¹ DT 1983-A-391

- Enero de 1966: Adano ingresó en Dresser Argentina S.A., para trabajar en Argentina.
- Noviembre de 1975: Fue transferido a la Filial de Dresser Corporation en Venezuela.
- Junio 76: Fue transferido para trabajar en Argelia.
- Agosto de 1978: Fue transferido a Túnez, mientras estaba en la nómina de la Sucursal de Dresser Corporation en Gran Bretaña.
- Diciembre de 1978: Trabajó en Noruega, siempre bajo la dependencia de la Sucursal de Dresser Corporation en Gran Bretaña.
- 1979: Volvió a trabajar en Túnez.
- Noviembre de 1979: Fue despedido en Túnez, invocando falta de trabajo.

Adano demandó a Dresser Atlas Argentina S.A. en Argentina, reclamando el pago de las indemnizaciones que supuestamente le correspondían conforme el derecho inglés, desde que alegaba que dicha legislación era la convenida por las partes con vigencia al tiempo de su desvinculación.

Coinciden los tres votos en que el contrato fue uno solo, con el llamado “Grupo Dresser”.

El Dr. Santa María fundó su voto a favor de la aplicación de la ley argentina en que Argentina había sido el lugar de celebración y lugar principal de ejecución del contrato.

El Dr. Guibourg sostuvo que si bien hubiera correspondido aplicar el derecho de Túnez, dicho derecho no había sido ni alegado ni probado, razón por la cuál correspondía aplicar el derecho Argentino.

Finalmente, el Dr. Vazquez Vialard se pronunció por el rechazo de la demanda sobre la base de que si bien hubiera correspondido la aplicación de la ley de Túnez, la misma no sólo que no había sido probada sino que ni siquiera había sido invocada.

Destacamos que los 3 votos señalan la posibilidad de que las partes hubieran podido convenir la aplicación de algún derecho en particular, frente al hecho de que se trataba de un contrato con múltiples lugares de ejecución.

En efecto, el Dr. Guibourg expresamente señala que en los casos en los cuales existe una radicación más o menos estable del trabajador en los distintos países en los cuales presta servicios, corresponde aplicar el derecho del lugar de ejecución del contrato, aún cuando varíe.

Sobre la base de lo recién expuesto, resulta necesario detenernos en la posibilidad de que las partes, cuando convienen el traslado al exterior, convengan también el derecho aplicable a la relación laboral a partir de entonces.

En primer lugar, nada se opone en nuestro derecho a que las partes convengan que la relación siga siendo regulada por la legislación argentina.⁵²

Nada se opone tampoco a que las partes convengan la aplicación del derecho del nuevo lugar de ejecución del contrato, con las aclaraciones que expondremos más adelante.

Si bien como señala al respecto Bronstein esta solución parece en principio anómala en derecho del trabajo, existen sólidos argumentos conforme los cuales cabe admitir que las partes puedan convenir la aplicación de la legislación del nuevo lugar de ejecución.⁵³

En igual sentido expresa Boggiano que es principio universalmente admitido en el derecho internacional privado que las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato cuando este es internacional. Sobre tal base se interroga si dicho principio resulta de aplicación a los contratos internacionales de trabajo y, sobre la base de algunos fallos de la CNAT, concluye que sí.⁵⁴

Asimismo, considerando el principio que surge del artículo 3 LCT, que manda aplicar el derecho de nuestro país al contrato de trabajo en cuanto se ejecute en Argentina, sostiene Boggiano que, por analogía, corresponderá aplicar la ley del lugar de ejecución a los contratos de trabajo que se ejecuten el extranjero.

Luego, corresponderá la aplicación del derecho elegido por las partes en la medida que la elección haya sido efectuada de buena fe, que no existe intención fraudulenta alguna, que la ley elegida tenga una relación razonable con la relación entre las mismas y que sus disposiciones no resulten violatorias de garantías reconocidas por nuestra constitución Nacional.⁵⁵

La nueva redacción del art. 9 de la LCT a partir de la sanción de la ley 26574⁵⁶ nos genera serias dudas de que podamos seguir sosteniendo la aplicación del derecho

⁵² ED 196-173.

⁵³ LT XXXIII-B, pag 670..

⁵⁴ Boggiano Antonio, Contrato Internacional de Trabajo (LL 1987-C-773)

⁵⁵ CNAT, Sala II, García Urbón, Ceferino Segundo c/Empresa Marítima Ivaráns Rederi y otro (JA, Tomo 28-1975, pag. 104), fallo en el cual se resolvió que por aplicación del art. 14 CCiv. correspondía rechazar la defensa de la demandada fundada en la ley extranjera aplicable al contrato si la misma discriminaba contra los trabajadores extranjeros ya que no les reconocía a los mismos iguales derechos que los que les reconocía a sus nacionales.

⁵⁶ LCT - Art. 12. — Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.(Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 26.574](#) B.O. 29/12/2009)

extranjero cuando el mismo, aplicando el principio del conglobamiento por instituciones, sea menos favorable para el trabajador, criterio que puede llegar a generar serias dificultades interpretativas cuando se realice la comparación de dos regímenes sustancialmente diferentes.

5. *La prestación simultánea de servicios en distintos países para empresas de un mismo grupo económico, cuando uno de los lugares de ejecución es Argentina*

Es esta una situación cada vez más frecuente, en especial por servicios prestados a empresas vinculadas o relacionadas domiciliadas en Argentina y en cualquiera de los países limítrofes.

Analógicamente señalamos que diversos fallos se han ocupado de las cuestiones que se suscitan cuando el empleado de una empresa brinda simultáneamente, en Argentina, servicios para otras empresas del mismo grupo empresario. A este respecto han sostenido que sólo existe un contrato de trabajo y que el empleado, sin perjuicio de la solidaridad entre las distintas empresas, sólo tiene derecho a las remuneraciones e indemnizaciones que le correspondieron en virtud de la relación laboral con la empresa que lo registraba como empleado.⁵⁷

Cuando esta misma situación involucra servicios prestados efectivamente en diversos países y en beneficio de distintas empresas domiciliadas en cada uno de ellos surge en muchos casos la necesidad de que por razones migratorias e impositivas el empleado deba obtener la visa correspondiente al país en el cual no tiene su domicilio real y que la remuneración que le corresponda por los servicios brindados en dicho país esté sujeta a las retenciones impositivas y a los aportes y contribuciones previsionales vigentes en el mismo.

Algunos fallos han resuelto que aún en tales casos corresponde considerar que existe un solo contrato de trabajo con el grupo empresario y, con fundamentos diversos, han aplicado la legislación Argentina.⁵⁸

Si bien compartimos este criterio, consideramos que cuando los empleadores son empresas constituidas en distintos países y el empleado brinda sus servicios en forma habitual para cada una de ellas, corresponde que cada una de las empresas registre la relación laboral habida y asuma el pago de la remuneración que le corresponda, manteniendo una relativa proporción con el tiempo trabajado en cada uno de los países y con cualquier otro parámetro que se considere objetivamente aplicable.

⁵⁷ CNAT Sala II, Ferrero Jorge c/ Sur Compañía de Seguros S.A. (TSS-1993, pag. 624); íd, Sala V, “Tronconi c/Consolidad”, LL 2006-A-726; íd, Sala IV, “De Boeuf c/HSBC”, LLOnline.

⁵⁸ CNAT, Sala VII, 23/09/2008, “Cernadas de Bohtlingk, María Rocío c/Homero S.A.. s/despido”. (el Dial – AA4C8E)

Ello debe ser así en función del respeto al principio de la realidad y, sustancialmente, a los fines de cumplir con la legislación de cada uno de los países en los cuales el trabajador presta servicios.

Naturalmente, la pluralidad de relaciones no habrá de alterar el hecho de que el trabajador tiene un solo contrato de trabajo con el grupo empresario, lo cual, desde el punto de vista del derecho de trabajo, tendrá efectos diversos.

Desde el punto de vista del derecho del trabajo podrá el trabajador invocar la aplicación de la norma más favorable, conforme el criterio que surja por aplicación del principio de conglobamiento por instituciones, atento la simultaneidad a que nos hemos referido.

Desde el punto de vista registral será suficiente que el trabajador haya sido debidamente registrado según el derecho de los distintos países en los cuales desarrolle sus tareas.

6. *Prestación ocasional de servicios en una jurisdicción distinta a la del lugar habitual de trabajo.*

Si bien la legislación laboral nada dice al respecto, es razonable considerar que aquellos trabajadores que por su especialización son itinerantes y que vienen a la Argentina por períodos breves, con motivo de situaciones extraordinarias, no están sujetos a la legislación laboral individual argentina.

En tal sentido, la jurisprudencia ha resuelto que si el lugar de contratación y el lugar habitual de prestación de servicios era Argentina, corresponde aplicar el derecho de nuestro país a un accidente ocurrido en el exterior como consecuencia de un traslado meramente ocasional.⁵⁹

Sin perjuicio de ello, el trabajador debe obtener la visa correspondiente y deberá cumplir con sus tareas respetando las condiciones de higiene y seguridad que correspondan por aplicación de la ley argentina.

7. *Contrato celebrado en Argentina para aplicarse en el exterior.*

Diversos fallos han resuelto en forma reiterada que en tales casos aplica la ley del lugar de ejecución de la prestación característica, cual es la prestación a cargo del dependiente.

Se ha resuelto también que si las partes pactan la aplicación del derecho argentino, tal elección es válida.⁶⁰

⁵⁹ CNAT, Sala VI, Arellano de Pedretti, Trancita c/Techint Compañía Técnica Internacional S.A. (TSS – 1992, 15).

⁶⁰ ED 196-173.

Surge en estos últimos casos la cuestión sobre que ocurriría si el derecho del lugar de ejecución fuera más favorable al trabajador, hipótesis en la cual consideramos que no aplicaría desde que la aplicación del derecho argentino debería ser considerada suficientemente protectoria del orden público laboral.

8. ***Contrato de trabajo celebrado en el exterior para ejecutarse en Argentina pero que no llega a tener principio de ejecución.***

La LCT diferencia ante “contrato de trabajo” y “relación de trabajo” y contempla los efectos de la ruptura del contrato de trabajo que no comenzó a ser ejecutado, disponiendo la facultad del trabajador de reclamar daños y perjuicios conforme el derecho civil y fijando una indemnización mínima de un mes de remuneraciones.

Si bien el art. 3 limita la aplicación de la LCT a los contratos de trabajo en cuanto se ejecutan en su territorio, entendemos que sería aplicable también el supuesto que estamos considerando.

9. ***Planes de opciones de acciones o incentivos similares.***

Es una realidad desde hace años que, empleados locales de Grupos Empresarios y multinacionales comenzaran a participar de planes de beneficios otorgados en forma global por las respectivas Casas Matrices.

Desde el punto de vista del tema que nos ocupa interesa en particular considerar lo relativo a la competencia de los tribunales argentinos en relación a tal casa matriz y la aplicación de la ley argentina a las condiciones de otorgamiento del referido beneficio.

Por compartir sus fundamentos, nos remitimos al voto en disidencia del Dr. Boggiano en autos “Martorana c/ IBM”, en el cual con sólidos fundamentos justifica la competencia de los tribunales de nuestro país a los reclamos por la implementación de los planes llamados “stock options”, “stock awards”, o similares a favor de empleados de empresas multinacionales que se desempeñan en Argentina.⁶¹

La cuestión que se sometió a consideración de la Corte era una decisión de las dos instancias ordinarias que habían resuelto diferir al momento de dictarse la sentencia definitiva el tratamiento de la excepción de incompetencia interpuesta por IBM contra la demanda del actor con referencia a los beneficios emergentes de un plan de opción de acciones.

La Corte, por mayoría, desestimó el recurso por considerar que no estaba dirigido contra una sentencia definitiva.

⁶¹ LL 2001-F, 1021.

La posición de IBM era que el reclamo del actor respecto de los planes de *stock options* y *awards* debe ser dirimido por un juez de la ciudad de Nueva York aplicando las leyes de dicho Estado. Aducía que los mencionados planes tenían naturaleza contractual pues constituían un compromiso de tipo comercial, un negocio de compra o venta de acciones que participa del alea comercial carente de carácter remuneratorio al no ser otorgados como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. En base a ello consideraba que no correspondía la intervención de un juez laboral argentino para dirimir un conflicto derivado de un contrato que dispone la aplicabilidad de la ley del Estado de Nueva York.

Por su parte Boggiano entendió que la sentencia apelada tenía carácter definitivo a los fines del art. 14 de la ley 48, pues corresponde equiparar a tales pronunciamientos aquellas que originan agravios cuya enmienda en la oportunidad procesal en que se los invoca, exhiben prima facie entidad bastante para conducir a un resultado diverso del juicio pues de ser mantenidos generarían consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 295:190; 306:1312; entre otros), por lo cual se había suscitado cuestión federal suficiente por haberse cuestionado la interpretación y aplicación de normas de jurisdicción internacional y la decisión haber sido contraria a la pretensión que el apelante fundó en ellas (doctrina de Fallos: 293:455; 321:48, 2894; 322:1754).

Consecuentemente, consideró que correspondía tratar lo relativo la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, tema sobre el cual sostuvo lo siguiente:

- Que el convenio que suscribieron las partes en lo relativo al derecho a disponer de las *stock options* aparecía estrechamente ligado al contrato laboral desde que en su art. 1 se estableció que el plan "ha sido concebido para retener a ejecutivos y otros empleados selectos de la Sociedad y recompensarlos por contribuir significativamente al éxito de la misma..."; el art. 3 disponía "requisitos: los empleados de la Sociedad que reúnan las condiciones para recibir un Otorgamiento conforme al Plan son aquellos que ocupan cargos de responsabilidad y cuya actuación, a juicio del comité o de la dirección de la Sociedad, pueda tener un efecto significativo sobre el éxito de la Sociedad"; el art. 12 regulaba: "Cese de la relación laboral. En caso de cese de la relación laboral de un Participante, por otro motivo que los dispuestos en los incisos a) a c) de este artículo 12, se cancelarán sin más trámite todos los Otorgamientos diferidos que no hayan sido ejercidos ni pagados, salvo disposición en contrario del Contrato de otorgamiento...".
- Sostuvo por ello, que resultaba específicamente aplicable al caso, a efectos de determinar la jurisdicción, el principio de improrrogabilidad de la justicia laboral (art. 19 de la ley 18.345) y las normas de la ley orgánica que determinan la competencia de la justicia del trabajo en las causas: "...entre trabajadores y empleadores relativas a un contrato de trabajo, aunque se funden en disposiciones del derecho común aplicables a aquél..." y en aquéllas otras "...en las que tenga influencia decisiva la determinación de cuestiones directamente vinculadas con aspectos individuales o colectivos del derecho del trabajo" (arts. 20 y 21 ley 18.345).

- Que, al hallarse relacionadas las opciones accionarias y premios a la subsistencia de la relación laboral, las controversias acerca de aquéllos quedan sujetas a la jurisdicción de los jueces laborales (arts. 20, 21 de la ley 18.345 en relación con la cláusula 12 del contrato).

El derecho extranjero en el proceso laboral.

En el ámbito de aplicación de los Tratados de Montevideo, el derecho extranjero ha de ser tenido en cuenta de oficio, cuando sea llamado por la norma de conflicto (de colisión, indirecta), en cumplimiento de lo que al respecto dispone el art. 2º de los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940.

No siendo aplicables los Tratados mencionados, la cuestión acerca de la aplicación del principio dispositivo o de la oficialidad, ha conocido, en la órbita del contrato de trabajo, reglamentación diversa.

La doctrina de derecho internacional privado recibió con beneplácito la incorporación de la aplicación oficiosa del derecho extranjero en el art. 3º de la ley 20.744. Su derogación, empero, por la ley 21.297, no ha de verse como una desaparición de la posibilidad de aquella aplicación de oficio.

En efecto, tal como se encuentra redactado, el art. 13 del Cód. Civil, la aplicación del derecho extranjero ha de hacerse previa invocación y prueba por las partes interesadas. Sin embargo ya la doctrina internacionalista reconocía que esa prerrogativa, es susceptible de ser dejada de lado por muchos motivos. No es del caso pasar aquí revista a ellos⁶², pero basta recordar, entre otros, el argumento de que tratándose de un hecho notorio, el derecho extranjero ha de ser tomando en cuenta de oficio por el juez de la causa.

Asimismo, es de destacarse un pequeño avance en la materia con la redacción de la ley 22.434 en el año 1983, que dispone en el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su párrafo 3º que: “...*Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio...*”.

Cabe señalar sin embargo que poco después de la sanción de la ley 22.434 se dictó la ley 22.473 que modificó, entre otros, el art. 155 de la Ley 18.345, de procedimiento por ante los Tribunales Nacionales del Trabajo. En su redacción actual el referido art. 155 de la L.O. declara aplicable al fuero del trabajo sólo los párrafos 1 y 2 del art. 377 del CPCCN.

⁶² Hicimos una reseña en *El derecho extranjero en el proceso civil*, documento de trabajo presentado a las Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales, Bs. As., Universidad de Belgrano, 1971. En la jurisprudencia, ver la sentencia de quien fuera nuestro juez cuando desempeñábamos la Secretaría del entonces Juzgado de Paz nº 46, doctor Horacio Italo Romanelli, en el caso “Estudios Espíndola c/ Bollatti” (ver ED , 33-26, con comentario de Goldschmidt y JA, 8-1970-01 con nota de Boggiano).

Si bien ello implicaría de manera bastante explícita que el referido párrafo 3° no se aplica al procedimiento laboral, una sentencia reciente del fuero ha resuelto que frente a la naturaleza alimentaria de los créditos laborales, el juez laboral puede investigar la existencia del derecho extranjero, aplicando a tal fin la norma legal referida más arriba⁶³

A partir de la ratificación por parte de la República Argentina de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, desde 1986 se viene sosteniendo que “las soluciones dadas por el derecho interno a los temas tratados en la Convención (v.gr. el art. 13 del Código Civil), deben considerarse desplazadas por ésta. A favor de esta conclusión invocamos el denominado criterio de la derogación orgánica. Ciertamente es que la fuente en el caso es diversa, pero no lo es menos que el sentido de la existencia de la Convención en sí misma no debe ser otro. No se adhiere a una Convención de normas generales sólo para estar vinculado por ella con otros países. El verdadero sentido de su ratificación o adhesión ha de ser visto como el de incorporar normas que resuelvan problemas de carácter general, tanto si la norma especial que corresponde al caso concreto (matrimonio, contratos, sucesiones) proviene de una fuente no convencional como de una internacional. El sentido ecuménico de la Convención puede inferirse, igualmente, de lo establecido por su art. 1°, segundo párrafo, como del contenido del art. 2°, ya que al referirse a la aplicación del derecho extranjero no hace distinción alguno acerca de si el mismo se ha hecho aplicable por ser el de un Estado parte de esta Convención, o como consecuencia de otra norma de colisión internacional o de fuente interna” (Fermé, Eduardo Leopoldo en Enciclopedia Jurídica Améba, Apéndice, t. V, págs. 209 y ss.). La tesis fue sometida a la consideración de las Segundas Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales, Buenos Aires, julio de 1983 y acogida favorablemente. En su recomendación 3ª, Werner Goldschmidt, de autoridad indiscutible en la materia, sumó su voto a la postura y posteriormente, en su artículo “El derecho extranjero en el proceso – Los tres enfoques argentinos”, se refirió a la Convención destacando “su indudable interés... si se le adjudica, como nosotros, carácter universal (t. 115, pág. 804), lo que supone su aplicación en todos los casos con elementos extranjeros relevantes. Graciela Chalita y María Blanca Noodt Taquela señalan que “no puede aceptarse que la voluntad del legislador difiera en el tratamiento de los principios básicos de la Parte General en las normas convencionales y en las internas. El art. 13 del Código Civil, en su interpretación literal, adopta el criterio opuesto al art. 2 de la Convención de Normas Generales en materia de aplicación de derecho extranjero, por lo que la ratificación por nuestro país de esta última provocó la derogación orgánica del citado art. 13 (“Unificación del Derecho Internacional Privado – CIDIP I-II-III”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, pág. 67). Augusto Mario Morello y Gualberto Lucas Sosa sostienen que “a partir de la vigencia de la Convención ha perdido virtualidad el art. 13 del Código Civil, desde que ha sido marginado por la solución normativa que consagra el citado art. 2. (Jurisprudencia Argentina 1989-I-649).

La tesis ha recibido acogida jurisprudencial. Así lo resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 9-3-90, en autos “Frederick Parker Limited c/ Villa, o Villa y Egea” (publicado por M.B. Noodt Taquela en “Derecho Internacional Privado – Libro de

⁶³ Contratos Internacionales, Reseña de Jurisprudencia de la CNAT 2009, sumario 29. En el mismo sentido, el voto del Dr. Julio César Simón en el fallo “Díaz Miguel c/Altamiranda Nelson”, ya citado.

Casos”, 2ª. edic., La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 90/98). Y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, en autos “Deutches Roiseburo, G.M. c/Speter, Armando, del 27-2-84 (La Ley, 19-XI-84, con nota de Alicia M. Perugini), expresó que *“la carga de invocación del derecho extranjero conduce inexorablemente a impedir que los jueces argentinos apliquen un derecho extranjero cuando las normas de conflicto referidas así lo impongan. De lo contrario, la aplicación de las normas de conflicto inderogables quedaría a merced del arbitrio de las partes, dueñas de invocar o no el derecho extranjero indicado por las normas de conflicto argentinas”* (cfr. C.N.Civil, sala I, 9-3-1990, “Egas Dávila c/ Cortella s/nulidad de contrato”).

Específicamente en el ámbito laboral, encontramos fallos que continúan sosteniendo la negativa a la aplicación de oficio del derecho extranjero conforme lo dispone el art. 13 del Código Civil⁶⁴, y otros que han comenzado a receptar el criterio de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Así podemos citar como ejemplo el fallo de la Sala II de la CNAT en autos “Benítez, María del Carmen c/ Editorial Atlántida S. A. s/ Despido” de fecha 06/11/02, que sigue el fallo de la CSJN en igual sentido en la causa “Z.T., M.M.G c/ G.J.F.” del 3/11/88 (publicado en el ED 133-589).

El Orden Público Internacional. Principios protectores del derecho laboral argentino.

El derecho extranjero aplicable, sea por elección de partes o como consecuencia de las normas de conflicto desplegadas en ausencia de aquella elección, no ha de ser aplicado por los jueces argentinos cuando viole nuestro orden público internacional. Éste se opone, tanto a la aplicación del derecho extranjero, como al reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras que lo conculquen. El orden público internacional constituye una institución excepcional, por lo cual, en la duda de si consiste en principios o de disposiciones, “urge resolverse a favor de los principios, puesto que la aplicación de los principios (generales o especiales) es siempre a posteriori dando lugar, pues, a la aplicación del derecho extranjero, mientras que la de las disposiciones (generales o especiales) es siempre apriorística, lo que puede dar lugar, si se estimara que son exhaustivas, a una eliminación del derecho extranjero⁶⁵.”

Es éste un criterio que se impone. Así, por ejemplo, las convenciones aprobadas y vigentes para nuestro país en la Primera y Segunda Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (Panamá, 1975 y Montevideo 1979)⁶⁶, al

⁶⁴ Entre otros podemos citar a: “Eiras Pérez, Leonardo c/ Techint Engineering Company S.A.” Tribunal del Trabajo de Zarate; 09/12/1970; “Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina S.A.” CNAT, Sala III, del 21/02/83 (pero con voto en disidencia del Dr. Vazquez Vialard que sostiene la oficialidad); “Antoñanzas, Eduardo Lucero c/ ICI Duperial S.A. s/ Despido” CNAT, Sala VI del 25/03/96; y más recientemente, “Coelho, Germán Luis c/ Enviro Control Ar SRL y otros s/ Despido” CNAT, Sala X 17/07/07,

⁶⁵ Recomendación de la Sección Derecho Internacional Privado aprobada por el Plenario del II Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Tucumán, 1971). Más información sobre el mismo y el texto completo de la recomendación en Fermé, E. L. y Graciela E. Márquez, *La ciencia del derecho internacional privado argentino tras una de sus más caras metas: la codificación*, LL 154-1033.

⁶⁶ CIDIP I Sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio pagares y facturas, art. 11; CIDIP I Sobre Exhortos y Cartas Rogatorias art. 17; CIDIP I Sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero art. 16; CIDIP I Sobre Regimen Legal de Poderes art. 12;

igual que las Conferencias de la Haya, introducen el criterio de que el derecho extranjero sólo se excluye cuando es “manifiestamente incompatible” con el orden público de la ley del foro interviniente⁶⁷. El criterio señalado ya pertenecía al derecho positivo argentino, en el art. 7º del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre igualdad de trato procesal y exhortos (aprobado por ley 22.410), donde se establece que “*el órgano jurisdiccional requerido ordenará el cumplimiento del exhorto si ello no afecta manifiestamente su orden público internacional*”. La Convención interamericana de normas generales de derecho internacional privado es más explícita aún, al señalar, en su art. 5º que: “*La ley declarada aplicable por una Convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público*” (destacamos la trascendencia de considerar que el orden público internacional se refiere a principios, no a disposiciones, tal como lo dispone el art. 14, inc, 2º, Cód Civil).

En tren de señalar algún principio perteneciente a nuestro orden público internacional relacionado con la materia laboral, podríamos indicar como esencial a nuestro orden jurídico el que el trabajo no sea considerado una mercancía y la exaltación de su dignidad⁶⁸. También pertenece a nuestro orden público internacional la no discriminación por razón de religión, raza u opinión, como tampoco por razón de nacionalidad⁶⁹. En relación a esta última, la sentencia pronunciada en el caso “*García Urbón*”, contiene una interesante aplicación del principio. Era un caso sometido a la ley noruega, que para el supuesto de que el tripulante se halle enfermo o lesionado en el momento de desembarcar, le reconoce derechos hasta durante doce semanas si se asiste en el extranjero y es ciudadano noruego o domiciliado en Noruega. Para el caso de no serlo, fija la mitad de este beneficio. Dispuso el tribunal que en atención a las pautas de inaplicabilidad de la ley extranjera fijadas en el art. 14 del Cód. Civil, y a que las leyes laborales argentinas no discriminan entre ciudadanos nacionales o habitantes extranjeros al especificar los beneficios a los que hace acreedores a los trabajadores de cualquier actividad, se abonasen doce semanas de salarios, es decir, suprimiendo de la ley extranjera la disposición discriminatoria ofensiva para nuestro orden público internacional. Compárese con el supuesto contemplado en el art. 3470 del Cód Civil, que reacciona ante discriminación contra argentinos o extranjeros domiciliados en la Argentina en materia sucesoria.

Asimismo en la actualidad existen numerosos tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional que prevén principios del derecho laboral y que afectan el orden público internacional argentino, a saber⁷⁰: Declaración Americana de los Derechos

CIDIP II Sobre Normas Generales art. 5; CIDIP II Sobre Conflicto de leyes en materia de Sociedades mercantiles art 7.-

⁶⁷ Maekelt, Tatiana B. de, *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado* (CIDIP I) Análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, 1975, p. 41- 43.

⁶⁸ Art. denominado 14 bis de la Const. Nacional. “El trabajo no es una fuerza instrumental, una mercancía que se compra y se vende, que se transporta a voluntad. Es, como dice León XIII, personal, porque la fuerza activa es inherente a la persona y, por consiguiente, participa de la dignidad humana. Por lo tanto, el trabajo debe ser tratado como algo humano, necesario al hombre para su subsistencia, y no como un artículo de comercio”(Código Social de Malinas, nº 96). Ver también Concilio Vaticano II, Constitución Gaudium et spes, nº 67 y ss. y Juan Pablo II, encíclica **Laborem Exercens**, II, 6 y 9.

⁶⁹ Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, art. 1; LCT, art. 17.

⁷⁰ Menicocci, Alejandro. Trabajo presentado en las Jornadas Preparatorias del XXIIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional –Sección Derecho Internacional Privado- Tema “*El contrato individual de trabajo, calificación, ley aplicable, orden público y jurisdicción*” realizado en la Facultad de Derecho de la universidad de Buenos Aires el 26

y Deberes del Hombre⁷¹; la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷²; la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷³; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo⁷⁴; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷⁵; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷⁶; la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁷.

de agosto de 2010.

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.

⁷² 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, viudez, 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.

⁷³ 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 prohíba 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.

⁷⁴ 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 prohíba, 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 bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.-

⁷⁵ 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;

⁷⁶ 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

Finalmente y dentro del derecho positivo laboral argentino, entendemos que existen ciertos principios rectores que no es posible omitir al momento de la aplicación de un derecho extranjero. Entre ellos podemos citar a:

PRINCIPIO PROTECTOR: Es el principio que traduce la inspiración primordial del Derecho del Trabajo: la protección al trabajador. Mientras otras ramas del Derecho se preocupan por establecer una paridad entre las partes involucradas, ésta, desde sus inicios históricos ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación bilateral: el trabajador.

Couture estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. Por ello es que, en esta rama del Derecho se abandona la idea de la igualdad jurídica y el principio protectorio es el criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador⁷⁸

La dependencia del trabajador al empleador es típica del contrato laboral, por lo tanto tiene una especial incidencia en el surgimiento de este principio protector: a) el trabajador se encuentra sometido a las órdenes del empleador en virtud del principio de subordinación jurídica (poder disciplinario – deber de obediencia); b) el trabajador se encuentra sometido a una dependencia económica al poner su fuerza de trabajo, de cualquier índole que esta sea, al servicio de otro a cambio de una remuneración económica.

La aplicación de este principio se expresa de tres maneras: “in dubio pro operario”, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa.

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. (...).³³ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Pla Rodríguez, Américo “Los Principios del Derecho del Trabajo” Ed. Desalma pag. 23

PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS:

Este principio establece la imposibilidad de privarse, aún por voluntad de parte, de los derechos concedidos por la legislación laboral.

La irrenunciabilidad de derechos se ha convertido en un principio ÚNICO, PROPIO Y ESPECÍFICO del Derecho del Trabajo, reforzado con el nuevo texto del art. 12 de la ley de contrato de trabajo.

En general se han señalado ciertas consecuencias ligadas a este principio, entre ellas:

a) implica una indisponibilidad o inderogabilidad de los derechos reconocidos a favor del trabajador por la ley, los Convenios Colectivos de Trabajo y los mismos Contratos de Trabajo. Esto significa que atendiendo al carácter que tales derechos tienen no sólo para el trabajador sino para su familia y sus compañeros de labores, se impide que las renunciaciones y transacciones se den en detrimento de esos derechos. Implica una intransigibilidad de derechos mínimos y ciertos.

El derecho laboral consta de una parte de derecho público, como tal absolutamente inderogable. La otra parte está constituida por normas de derecho privado, que generalmente son inderogables por tener el carácter de orden público. Pero debido a su carácter de normas protectoras de la parte que se presume más débil, su inderogabilidad es relativa; es decir que no pueden ser modificadas *in peius*, sí, en cambio cuando la modificación no perjudica al trabajador y viceversa mejora su situación. Bajo este aspecto la aplicación de una ley extranjera no siempre choca con la vigencia de una norma laboral de carácter local, siendo suficiente que la primera otorgue al trabajador una situación más favorable que la segunda⁷⁹

b) También se vincula este principio con la imperatividad de dichos principios en razón del orden público que tienen las leyes de trabajo. En consecuencia las leyes laborales son imperativas en cuanto establecen condiciones MÍNIMAS de cumplimiento obligatorio para las partes (trabajadores y patronos). Esto quiere decir que por supuesto pueden ser superadas por voluntad o acuerdo de las partes. Y en el caso inverso que las instituciones que regula deben ser consideradas por el derecho extranjero, porque las mismas constituyen la base de principios del derecho laboral argentino, pero no por ello debemos considerar que sus postulados sean o deban ser iguales o idénticos a los de nuestra ley.-

En el caso “Frigorífico Anglo c/ Fitzgerald Kilpatrick, Brian A”⁸⁰, por ruptura ante tempus de un contrato de trabajo celebrado en Inglaterra, es interesante destacar que al margen de la problemática del derecho aplicable (el lugar de trabajo era la República), la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, Sala II señaló que las cláusulas del contrato relativas a preaviso, rescisión por enfermedad inculpable, etc., contrariaban “el espíritu rector de las leyes tutelares argentinas”.

⁷⁹ Deveali, Mario “La relación de trabajo en el derecho internacional privado” op.cit. pag. 70

⁸⁰ CNAT, Sala I, 25/2/53, LL 71-778.

Más recientemente en el fallo “*Del Puerto del Río, Federico Evelio c/ Geoservices S. A.*” dictado por la CNAT, Sala X de fecha 28/06/04, con un enjundioso y profundo voto del Dr. Julio Simón, se ha dicho en relación a la aplicación del principio de la irrenunciabilidad en un caso multinacional que: “... estimo prudente recurrir para la resolución de la litis a la clara definición de Américo Pla Rodríguez en su obra “*Los Principios del Derecho del Trabajo*” (Ed. Depalma p. 67 y ss.) que el principio de irrenunciabilidad “...consiste en la imposibilidad jurídica de privarse (el trabajador) voluntariamente de una o mas ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio...”. Esta argumentación ha sido plasmada en distintas normas de la ley de contrato de trabajo, tales como los arts. 7, 12, 13 y 58 según los cuales se veda la posibilidad de suprimir o reducir derechos, no sólo mediante “convención de partes” sino también por un acto unilateral del trabajador. Es por ello que haciendo una interpretación en consonancia armónica con la totalidad de las normas contenidas en el plexo legal y los principios del derecho laboral, podemos concluir que esta rama del derecho ha buscado colocar un límite concreto a la disponibilidad de los derechos del trabajador, estableciendo que su renuncia no tiene validez y le es inoponible, máxime cuando se encuentra en juego el orden público laboral, entendido como “el mínimo jurídico inderogable”.-

PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD:

Este principio significa que en caso de discordancia entre lo que surja de los hechos de la causa o documentos o acuerdos escritos y lo que ocurre en la práctica, se prefiere lo último.

Como hemos venido exponiendo, aceptamos que siendo el contrato de trabajo una relación mutable, se encuentra sujeta a cambios o variaciones que muchas veces no quedan por escrito; de ahí que lo que originalmente se pactó pueda perfectamente variar con el transcurso del tiempo.

También debemos aceptar que el quehacer del hombre en la vida moderna se modifica más rápido de lo que pueden ir variando las normas, contratos o reglas; no podemos por lo tanto hacer depender ese quehacer de formas rígidas y estrictas como son los contratos, y esto es aún más evidente en el campo laboral en el que se conjugan aspectos tan variados como la necesidad de empresa, el desarrollo tecnológico, el agrupamiento de empresas con servicios en distintos países, etcétera. De ahí la expresión jurídica de que el contrato laboral es un CONTRATO REALIDAD. El contrato laboral depende más de una situación objetiva (cumplimiento de la prestación de servicios) que de una situación subjetiva. El contrato existe no por el mero acuerdo de voluntades sino de la realidad de la prestación por encima de las formas o acuerdos jurídicos a los que las partes hayan llegado.

Sobre el particular es interesante considerar lo dispuesto en el fallo “*Del Puerto del Río*”, de la Sala X° de la CNAT mencionado líneas arriba, en donde se debatía cual sería la ley aplicable al despido ante una fragmentación del contrato laboral entre varias empresas de un grupo en el cual se había iniciado en Argentina para una de ellas pero

que ante cada traslado a otra filial del exterior se lo “finalizaba” y se hacía firmar uno nuevo con la supuesta nueva empleadora. De allí que, si se tomara el último lugar de trabajo (Bolivia) la ley argentina no sería aplicable. En el decisorio el juez Simón, concluyó que existió “*un solo contrato laboral*” ya que la realidad de los hechos prevalecen sobre la apariencia contractual, de lo contrario admitir una ficción puede generar perjuicio al trabajador que como es sabido es la parte más débil de la relación laboral.

Ampliando el concepto y receptando el principio laboral de la primacía de la realidad debemos mencionar el fallo de la CNAT Sala V de fecha 18/05/2010, en autos “*Carrillo, Ricardo Cesar c/ Inversora de Eventos S.A. y otros s/ Despido*”⁸¹. El caso se refiere a la situación de un Grupo de Empresas vinculadas, en la cual el trabajador prestó al inicio servicios en una de ellas (en Argentina) para luego trasladarse (bajo un “nuevo” contrato laboral) a una empresa creada y bajo control de la empresa argentina. En el fallo se dispuso el rechazo de la aplicación del derecho extranjero (lex executionis) y su reemplazo por el derecho argentino, atento que la creación de la empresa en Paraguay y la contratación del actor por ella “...resultó en *interés de la empresa demandada* y que si bien no hubo una prestación directa en el territorio nacional, la prestada en el extranjero resultaba ser en beneficio de la empresa argentina...”. Como podemos observar, no sólo aplicó los conceptos esgrimidos en “*Del Puerto del Río*”, referidos a la aplicación del principio de la primacía realidad sino que en algo novedoso para nuestra jurisprudencia, entiende como aplicable el derecho del lugar donde produce sus efectos el contrato (si bien no lo menciona expresamente, se infiere de sus considerandos) más allá que la ejecución efectiva de la prestación laboral fue en el extranjero.-

Jurisdicción Internacional en materia laboral.

En lo que nos interesa, podemos definir la jurisdicción internacional como el poder que posee el conjunto de las autoridades de un Estado para entender en una controversia de derecho privado con elementos extranjeros⁸². Parece claro, pues, que el determinarla corresponde, en rigor, al derecho internacional público, puesto que se trata de establecer cuándo un Estado la posee por oposición a otros⁸³. Sin embargo, son escasos los tratados internacionales sobre el tema en relación al número de situaciones posibles, por lo que, en ausencia de ellos, el derecho interno de cada país habrá de fijar los límites de su propia jurisdicción internacional⁸⁴.

De acuerdo con los art. 56 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1889 y 1940), el demandante puede elegir entre demandar ante los jueces

⁸¹ Publicado el 13-07-2010 en elDial.com –AA6081, y cedido a éste relato por el Dr. Julio Córdoba al cual agradecemos su colaboración y estima.

⁸² Véase la interlocutoria dictada por el Dr. Fermé en los autos “Rodríguez H. c/ Automóvil Club Argentino”(1ª Inst. Esp. Civ y Com, firme, 7/6/77, ED, 77-268.

⁸³ Cfr. Goldschmidt, *Jurisdicción internacional directa e indirecta*, en “Prudentia Iuris”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, agosto de 1980, p. 9 y ss., I, 3.

⁸⁴ Goldschmidt, *Jurisdicción internacional directa o indirecta*, donde acude, al fundar el aserto, al procedimiento denominado por Scelle “desdoblamiento funcional”.

del país del domicilio del demandado, o ante los del país cuyo derecho es aplicable (criterio este último denominado en doctrina “teoría del paralelismo”, según el cual, cuando la ley de un país aplicable, los jueces de él tienen jurisdicción, cuando menos concurrente, en el plano internacional, para aplicarla). El tratado de 1889 no contempla la posibilidad de una prórroga de jurisdicción. Por su parte, el de 1940 la permite si después de promovida la acción el demandado la admite voluntariamente, en forma positiva y no ficta (art. 56, citado). Cuando se trata de demandas contra sociedades, hay que tener en cuenta además, que si constituyen en otro u otros Estados establecimientos, sucursales o agencias, se los considerará domiciliados en el lugar donde funcionen y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí realicen (art. 6º, Tratado de Derecho Comercial de 1889; art. 3º, Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940). Si una sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces de ese otro (art. 7º, Tratado de 1889; art. 11, Tratado de 1940).

Cuando no son aplicables los Tratados mencionados, el tema de la jurisdicción internacional es uno de los peor reglamentados y sistematizados, a causa de la dispersión legislativa al respecto. No existen, en materia de contrato de trabajo, normas que contemplen expresamente la jurisdicción internacional⁸⁵.

En el caso, una posibilidad es acudir a las normas que en materia de contratos trae el Código Civil (arts. 1215 y 1216), según las cuales en todo contrato que haya de tener su cumplimiento en la República puede demandarse su cumplimiento ante los jueces de ella, aunque el demandado (deudor, dice el Código, con terminología civilista, para un problema de índole procesal), no tuviese aquí su domicilio. Si lo tiene, podrá demandárselo ante los jueces argentinos, aunque el contrato haya de cumplirse en el extranjero. En síntesis, el demandante puede optar entre demandar ante los jueces del domicilio del demandado o ante los del lugar de cumplimiento del contrato⁸⁶. Ahora bien, cuando no hay norma específica en materia de jurisdicción internacional, se utilizan diversos criterios para determinar si en un caso concreto la poseen los jueces argentinos.

Actualmente nuestro Máximo Tribunal en el fallo “*Exportadora Buenos Aires Sociedad Anónima c/ Holiday Inn’s Worldwide Inc.*” (Fallos 321:2894), ha fijado el criterio concreto para determinar el lugar de cumplimiento de los contratos a los efectos de la determinación de la competencia al decir que “...*Como regla general cuando se trata de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, la voluntad del legislador consiste en dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes a fin de asegurar el*

⁸⁵ Aunque por tratarse de normas de carácter federal las que se refieren a la jurisdicción internacional corresponde dictarlas al Congreso Nacional, las contenidas en el art. 24. de la ley 18.345 no reglamentan aquélla, fijando sólo por distribución de la competencia interna en razón del territorio, la de la Justicia Nacional del Trabajo. Ciertamente es que a veces en cuerpos normativos de carácter local se incluyen preceptos relativos a la jurisdicción internacional (v. gr., en el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que- en rigor- lo es sólo para los jueces nacionales y federales), pero éste no ha sido el caso. Sin embargo, en su momento estuvo en el pensamiento de la Comisión que proyectó oportunamente las reformas al decr. Ley 32.347. porque en el art. 24 de su proyecto permitía una opción en el caso de contratos celebrados en el país para ejecutarse en el extranjero. El texto proyectado no se convirtió en ley (ver la Exposición de motivos de la Comisión, ED, 30-933, especialmente, p. 937 y el mensaje que acompaña a la ley, ED, 28-949).

⁸⁶ Sobre la distinción entre lo que debe entenderse por lugar de cumplimiento del contrato según se trate del derecho aplicable o de la jurisdicción internacionalmente competente, ver Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, p. 364-360 y Boggiano, *Derecho internacional privado*, p. 73-74.

derecho de las partes a acceder a la justicia. Por ello en ausencia de solución convencional específica cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la República Argentina justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos conforme lo dispuesto por el citado art. 1215 del Código Civil”.

Tal criterio de atribución de competencia en las normas del Código Civil ha sido receptado en un reciente fallo de la CNAT, Sala IV, “*Verdaguer, Ricardo Aníbal c/ Impsat Fiber Networks Inc. y otro s/ Despido*” de fecha 17-09-08, (publicado en Cuadernos de Jurisprudencia –Derecho Internacional Privado del Trabajo- del Dr. Julio César Córdoba-ccLearn 2009).

Otro criterio sería el de la teoría del paralelismo que, al igual que en la órbita de los Tratados de Montevideo que la adoptan, si el derecho argentino es aplicable a la relación laboral, los jueces argentinos poseen jurisdicción internacional.

Finalmente otra posición proyecta al plano internacional las reglas de distribución de la competencia interna por razón de territorio⁸⁶ⁱ. Por consiguiente, atendiendo a lo dispuesto por el art. 24 de la ley 18.345, sus criterios así trasladados al campo de la jurisdicción internacional, permitirían al demandante elegir entre el juez del lugar del trabajo, el del lugar de celebración del contrato o el del lugar del domicilio del demandado.

Se ha entendido que la opción de competencias concurrentes conforme el art. 24 LO citado se encuentra exclusivamente dirigida a favor del trabajador y no del empleador, ya que reconocerle tal opción al empleador le generaría a la parte débil del contrato un serio perjuicio y violenta claramente el principio protectorio de la ley laboral.

Así, ha resuelto la Corte Suprema de Justicia que no resultan aplicables a las partes de un contrato de trabajo los principios ius privatistas de la estricta igualdad entre las partes; y que no cabe la interpretación literal del art. 24 de la LO en lo referente a las facultades del empleador, como parte activa, sino que sólo corresponderá declarar la competencia de los tribunales situados a razonable proximidad del domicilio del trabajador demandado⁸⁶ⁱⁱ.

En 1982, el co-relator Eduardo Leopoldo Fermé había sostenido, en el capítulo pertinente del “Tratado de Derecho del Trabajo” dirigido por Antonio Vázquez Vialard (t. 2, cap. VII, #34, págs. 907/10), que no creía que se pudiera proyectar al plano internacional la improrrogabilidad de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, señalada en el art. 19 de la ley, ya que sobre el particular tendría preferencia, por específica, la contenida en el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 22.434), cuyo texto admite la prórroga a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, siempre que se trate de asuntos de carácter internacional, de índole exclusivamente patrimonial⁸⁷.

⁸⁶ⁱ Sobre esta solución, ver Boggiano, *Jurisdicción internacional y competencia interna*, JA, 11-1971-195 y Ciuro Caldani, *Hacia un derecho procesal internacional privado. Derecho justicial material: la jurisdicción internacional*, LL 1975-A-1047.-

⁸⁶ⁱⁱ CSJN – Agosto 23 de 1984 – autos “Alto Paraná S.A. v. Juan Carlos D’Amico – Fallos 306-1059.-

⁸⁷ El texto sancionado, al igual que los que le precedieron, no distingue entre prórroga de jurisdicción, que significa hacer competente

Poco tiempo después, se arrepintió de este aserto y desde entonces considera que el art. 1° del mencionado código resulta inaplicable en relación con acciones vinculadas con el contrato de trabajo. Esto así, por cuanto una posterior reflexión sobre el punto lo llevó al convencimiento de que no es posible encuadrar las relaciones laborales dentro de un concepto, como el contenido en el art. 1° del Código, que alude a asuntos “exclusivamente patrimoniales”. Esto así, en cuanto resulta necesario anteponer el criterio referente a la libertad y dignidad humana por sobre las consideraciones de carácter material. No hay duda de que, no obstante que es corriente hacer alusión al “mercado de trabajo”, éste no es en modo alguno una mercancía.

En su “Derecho Internacional Privado” (segunda edición, Depalma, 1983, t. II, págs. 1023/4), Boggiano formula interesantes consideraciones relativas a la prórroga contemplada en el art. 1° del Código Procesal en relación con un contrato a ejecutar en la Argentina y las vicisitudes que suscitaría esa prórroga por la existencia de un conjunto de normas de orden público mínimo o de policía. De allí que concluya “bien se advierte la naturaleza del condicionamiento de la jurisdicción internacional por el derecho aplicable en controversias laborales como las supuestas”.

Asimismo es importante mencionar otro argumento que hace a la inaplicabilidad del art. 1° del CPCCN en la órbita de los contratos laborales desde el momento que el artículo 155 de la Ley Orgánica de Procedimiento (texto conf. ley 22.473) no lo menciona dentro de las normas supletorias aplicables a la Justicia Nacional del Trabajo por lo cual –se entiende– que el legislador no deseaba excepción alguna a lo dispuesto en los expresos términos del art. 19 de improrrogabilidad de competencia.

Ahora bien, dicha improrrogabilidad no es absoluta desde el momento que, si las partes han consentido la jurisdicción de tribunales extranjeros en un litigio multinacional, la sentencia que se dicte tendrá los efectos de la cosa juzgada⁸⁸.

Dando por supuesta la inaplicabilidad del art. 1° del CPCCN a las relaciones de trabajo, cobra particular relevancia lo señalado anteriormente sobre la proyección al plano internacional de la regla de distribución de la competencia interna por razón de territorio del art. 24 de la ley orgánica y la posibilidad de que, por acuerdo de partes, se opte por una de las jurisdicciones allí contempladas. No cabría una opción fuera de las contempladas en el art. 24.

Finalmente y en cuanto a la naturaleza y carácter de las normas de competencia internacional, no existen dudas a nuestro entender que es claramente cuestión federal a los efectos del recurso extraordinario.⁸⁹

por acuerdo de partes (expreso tácito) a un juez que, normalmente, de acuerdo con las reglas sobre jurisdicción carecería de ella, de la opción en favor de un juez con competencia internacionalmente concurrente, que implica a su vez la renuncia a acudir a los demás que la tienen. Como destaca Goldschmidt, sólo la primera es prórroga en sentido estricto (trabajo citado en nota 55). Ver también el excelente estudio de Boggiano, *Aspectos internacionales de las reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1ª parte)*, ED, 90-879.

⁸⁸ CSJN, autos *Martínez, María Angélica c/ Municipalidad de Buenos Aires* 1985, Fallos 307-569.-

⁸⁹ Así se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que abrió el recurso en los casos “*Cavura de Vlasov*” (fallos, 246:87); “*Lamas*” (Fallos, 270:151) y “*Jobke*” (ED, 62-288). Específicamente en aplicación del tema de competencia como cuestión federal en aplicación de normas del fuero laboral es de destacar el voto del Dr. Boggiano en el fallo “*Martorana, Ricardo c/ Internacional Business Machines Corporation*” CSJN del 30/05/01.

Sistemas de Derecho Internacional Privado de los contratos de trabajo en los países del Mercosur y en la Unión Europea.

En el presente acápite pasaremos, sintéticamente, a exponer cuales son las normas laborales de derecho internacional privado aplicables al contrato de trabajo en los demás países miembros del MERCOSUR y en la Unión Europea, reconociendo que el presente punto merecería una labor mucho más extensa y profunda, pero que entendemos como ilustrativa a los fines de formalizar una propuesta final de legislación en la materia en nuestro derecho positivo.

Al respecto es necesario recordar que entre la mayoría de los miembros del Tratado de Asunción de 1991 e incluso con alguno de los miembros Asociados (Bolivia por ej.) se encuentran vigentes los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, y que ello no uniforma las soluciones sobre el particular, pues como ya hemos visto, dichos convenios no poseen normas propias de ley aplicable y jurisdicción del contrato de trabajo y tampoco se encuentra vigente con uno de los socios originarios del Mercosur (Brasil) ni tampoco con otro asociado (Chile).

El Principio protectorio es un elemento común entre las legislaciones del MERCOSUR. Pero a poco que se lo analiza nos enfrentamos a que el contenido concreto que ese principio encierra difiere en cada país⁹⁰.

Uruguay: Este país no cuenta con una norma de remisión de fuente interna dentro de las leyes que regulan el contrato de trabajo. Se acude entonces a los principios del derecho civil, en especial a las normas de contratos en general, que recepta el lugar de cumplimiento como punto de conexión para la validez, existencia, naturaleza y efectos. Con respecto a la autonomía de la voluntad no la admite ni para la elección de ley ni para la elección de jurisdicción aplicable a un caso objetivamente internacional.

Paraguay: Es el único país de los miembros del MERCOSUR que adopta el sistema de código en materia laboral. Ley 213/93. Tampoco aquí encontramos una norma de remisión de fuente interna. Igual que en Uruguay la remisión debe hacerse a las normas de contratos en general, receptándose en forma similar la ley del lugar de ejecución o de cumplimiento. No hay una mención expresa a la posibilidad de autonomía de la voluntad en materia de competencia y de ley aplicable, pero coincidimos con lo expresado con Caselli (ob. op., cit.), que resulta interesante destacar que el art. 4 del Código de Trabajo de la República del Paraguay regula el punto referente al pacto de condiciones menos favorables al trabajador sancionándolo con nulidad⁹¹, de un modo análogo al adoptado por el art. 7 de la LCT argentina⁹². Y que ello con la similitud que cuentan el art. 5 y 7 del

⁹⁰ Caselli, Martín José "Derecho Internacional Privado y el Contrato Individual de Trabajo en el MERCOSUR. Valor Justicia e Integración". ED T. 161, pags. 845

⁹¹ Art. 4º: *Los reglamentos de fábricas o talleres, contratos individuales y colectivos de trabajo que establezcan derechos o beneficios a favor de los trabajadores, inferiores a los acordados por la ley no producirán ningún efecto, entendiéndose sustituidos por los que en su caso establece aquella*.-

⁹² LCT Art: 7º: *"Las partes en ningún caso pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley"*.

Código de Trabajo paraguayo con el art. 9 de la LCT argentina por la que se establece el principio “*In dubio pro operario*”, nos permite afirmar que, siguiendo el razonamiento que realizáramos sobre la autonomía de la voluntad en la ley argentina, la ley paraguaya autorizaría la posibilidad de elección previa por las partes del derecho aplicable con la limitación del respeto al principio “*favor operari*” en los contratos de trabajo con elementos extranacionales.

Brasil: Las normas que regulan las relaciones laborales en la República Federativa del Brasil se encuentran insertas en una “Consolidación de Leyes del Trabajo” N° 5452. Presenta la particularidad de contemplar además del contrato de trabajo, otros institutos como trabajo de mujeres y menores, las organizaciones sindicales e incluso la organización de la Justicia del Trabajo y el procedimiento ante ese fuero⁹³. Tampoco posee normas propias de derecho internacional privado para los contratos de trabajo, refiriéndose para su solución a las normas de la Ley de Introducción al Código Civil⁹⁴, aunque ello se encuentra discutido en la doctrina brasileña. En efecto, si bien se sostuvo que el contrato individual del trabajo se regula por la ley de su conclusión o constitución, sin importar el lugar de ejecución del trabajo contratado⁹⁵, Gilda Russomano expresa que esa solución no reconoce las características del derecho laboral, y su incidencia de orden público, sosteniendo que en la práctica la ley de ejecución prevalecerá, atento que la excepción se transformará en regla y la regla quedará reducida a la condición de excepción. Además considera que conforme el Código Bustamante (al cual Brasil adhiere) que dispone la territorialidad en cuanto a las leyes de protección del trabajo, hacen que por ello y además “...por el principio de orden público que inmoviliza a la ley extranjera invocada por la parte y la territorialidad de las leyes laborales brasileñas ha sido consagrada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, con lo cual y en virtud de lo expuesto puede considerarse aceptada por el ordenamiento jurídico nacional”⁹⁶.

Como vemos la situación legislativa en cuanto al derecho internacional privado aplicable al contrato de trabajo en el ámbito del MERCOSUR no posee una unidad directriz ni de principios que el proceso de integración merecería.

Si bien es cierto que sería ideal una uniformidad legislativa laboral integra con todos los países miembros, lo real es que dentro de las posibilidades de la integración actual sería interesante propiciar una uniformidad por lo menos de ciertos principios y soluciones materiales, así como de normas de conflicto y de competencia aplicables al espacio integrado, tal como lo ha hecho la Unión Europea en forma expresa.

Por ello para finalizar este punto, resulta necesario mencionar cual ha sido el criterio de solución en la Unión Europea.

⁹³ Caselli, Martín José, ob, cit. Pag. 847.-

⁹⁴ Art. 9 ref: “Para regir y calificar las obligaciones se aplicará la ley del país en que se constituyeron”.-

⁹⁵ Caselli, Martín José, quien cita en dicha conclusión a Egon Felix Gottschalk, y Amílcar de Castro citados por Gilda Maciel Correa Meyer Russomano en “Derecho internacional Privado del Trabajo” Ed. Universidad Nacional Autónoma de México -1988-, p. 162.

⁹⁶ Idem nota 29, p. 162.

1) En materia de jurisdicción internacional la Convención de Bruselas de 1968 (conf. su versión de San Sebastián de 1989) establecía lo siguiente:

Con respecto a la autonomía de la voluntad en la elección del tribunal competente, dispone que los convenios atributivos de competencia sólo serán válidos si son posteriores al nacimiento del conflicto, o siendo anteriores si es el trabajador quien lo invoca⁹⁷. Este precepto, busca que la prorrogación del foro acordada entre las partes garantice un mínimo de protección al trabajador, como parte débil del contrato. Así como se desprende de su tenor permite al trabajador –siempre que el pacto sea anterior al litigio-, impugnar la competencia del tribunal convenido con anterioridad al litigio o acudir a los tribunales competentes según el acuerdo; mientras que si fuera posterior, invocar dicho pacto si el resultado conducirá a considerar competentes a otros tribunales distintos del domicilio de la empresa demandada o del país donde desempeña habitualmente el trabajo⁹⁸. A diferencia de esto la Convención de Lugano de 1988 (que amplió la aplicabilidad de las reglas contenidas en la Convención de Bruselas a otros países europeos no comunitarios), en su afán por proteger al trabajador, prohíbe la eficacia de los acuerdos anteriores al nacimiento del litigio, sin importar quien pueda invocarlos⁹⁹.

Ante ausencia de elección, la Convención de Bruselas establece la competencia del juez del lugar en el cual el trabajador desempeña habitualmente su actividad, y para los casos en que el trabajo no se realiza en un único Estado, otorga la facultad de demandar al empleador en el Estado donde está o estuvo el establecimiento que lo contrató, además de la jurisdicción del domicilio del demandado¹⁰⁰.

El Reglamento 44/2001 de la UE, en vigor desde 2002, que reemplaza la convención de Bruselas, mantiene el mismo espíritu protector (arts. 18 a 21) realizando algunos cambios: por un lado establece expresamente que el empleador sólo puede demandar al trabajador ante los jueces del domicilio de éste; por otro dispone que cuando un trabajador contrata con una empresa que no tiene su domicilio en un Estado miembro, pero sí tiene en un Estado miembro una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará para todos los litigios que deriven de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento que tiene su domicilio en dicho Estado miembro¹⁰¹.

⁹⁷ Art. 17.5 Convenio de Bruselas (conf. versión San Sebastián): “En materia de contratos individuales de trabajo, los convenios atributivos de competencia sólo surtirán efecto si son posteriores al nacimiento del litigio o si el trabajador los invoca ante otros tribunales distintos del tribunal del domicilio del demandado o del que se indica en el punto 1 del artículo 5 (lugar de cumplimiento del contrato)”.-

⁹⁸ Palao Moreno, Guillermo “Los grupos de Empresas Multinacionales y el Contrato Individual de Trabajo” Tirant Monografías, Valencia 2000, pags., 108/109.-

⁹⁹ Fernandez Arroyo, Diego (Coordinador) “Derecho Internacional Privado del MERCOSUR- Capítulo 26 Modalidades contractuales específicas por Diego Fernandez Arroyo, Cecilia Fresnedo de Aguirre, María Blanca Noodt Taquela y Jorge R. Albornoz”, pag. 1037.-

¹⁰⁰ Art. 5 Convenio de Bruselas (conf. versión San Sebastián): “Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:....en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador”.-

¹⁰¹ Fernandez Arroyo, Diego Idem nota 33 pag. 1037/1038.

2) En relación al derecho aplicable a los contratos de trabajo, la Convención de Roma de 1980 autoriza la autonomía de la voluntad, con limitaciones.

Así conforme lo recepta el artículo 6, que si bien remite a la norma general en materia de elección de ley aplicable al contrato en general dispuesto en el art. 3¹⁰², fija limitaciones a la elección del derecho aplicable estableciendo que si bien es posible elegir un derecho diferente al indicado por la normativa conflictual, éste no puede privar al trabajador de la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable de no mediar elección¹⁰³. En el contexto de la Convención de Roma queda claro que la elección queda sometida al principio del “*favor operari*” y de la ley más favorable al trabajador.

En ausencia de *electio iuris* la Convención de Roma posee normativa expresa referida a la ley aplicable al contrato de trabajo, sometiéndolo a la ley del Estado de realización habitual del trabajo, y como circunstancia especial, si el trabajo se realiza en más de un territorio dispone que será aplicable la ley del país en el que se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador, salvo que “del conjunto de circunstancias” resulte que el contrato está más vinculado con otro Estado¹⁰⁴. En el contexto de la Convención de Roma queda claro que tanto la ley elegida por las partes como la ley aplicable en defecto de elección no excluyen la aplicación de las normas de policía que pudieren existir, ni pueden descartar el juego del orden público internacional del país del juez¹⁰⁵.

Debemos destacar la importancia de la normativa del art. 6.2. del Convenio de Roma, ya que si bien mantiene el concepto de territorialidad de la ley de ejecución, establece claramente un agrupamiento de conexiones para supuestos especiales como lo es la ejecución en varios Estados, disponiendo allí que será aplicable la ley del domicilio del establecimiento del empleador. Pero avanzando un poco más, recepta expresamente el criterio de la “conexión más estrecha”, dejando a cargo del juzgador el análisis de cada

¹⁰² Art. 3 Convención de Roma de 1980: *Libertad de elección*: 1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectará a los derechos de terceros. 3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo «disposiciones imperativas». La existencia y la validez del consentimiento de las Partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11”.-

¹⁰³ Art. 6. Convención de Roma de 1980: “*Contrato individual de trabajo*. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo”.

¹⁰⁴ Art. 6. literal 2. Convención de Roma de 1980: “No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país”.

¹⁰⁵ Fernández Arroyo, Diego, Ídem nota 33 pag. 1038.-

caso en particular, y con ello la posibilidad de aplicar la ley del país con la cual el contrato tenga contactos más específicos.

Con esto último, y con lo expresado con respecto a la autonomía de la voluntad y su limitación de elección al principio de la ley más favorable, entendemos que la recepción de la conexión más estrecha hace a la aplicación de ese principio en defensa de la parte más débil del contrato internacional del trabajo.-

Nótese que la clara intención proteccionista de la Comunidad Europea se vio intensificada ya que, juzgando insuficiente las disposiciones protectorias antes reseñada, y en particular a la problemática de los desplazamientos temporales de trabajadores, adoptó en 1996 la Directiva 96/71/CE, que dispone que independientemente del derecho que resulte aplicable al contrato de trabajo, el trabajador tendrá la protección laboral del Estado miembro en el que se encuentran, estableciéndose entre otras cosas, que el trabajador tendrá abierto a su favor además de otros foros que le correspondan en virtud de normas vigentes, el foro de competencia del país donde se encuentre temporalmente desplazado. La Directiva deja intactas las soluciones contenidas en la Convención de Roma, pero impone a los Estados la aplicación de un conjunto de medidas de carácter imperativo aplicables cualquiera sea la ley rectora del contrato¹⁰⁶.

Consideraciones finales - Propuestas

Como hemos analizado en el presente relato, surge claramente que el tema de la ley aplicable y la competencia internacional en materia de relaciones o contratos de trabajo es uno de los menos desarrollados, no sólo en nuestra legislación de fuente interna sino también desde el punto de vista convencional.

La ausencia de normas propias de derecho internacional y las particularidades que rodean al contrato de trabajo hacen que sea dificultoso extender soluciones propias de otras ramas del derecho.

Por ello, y dada la importancia del tema estimamos conveniente que, en lo relativo a los contratos de trabajo que posean en su génesis elementos de internacionalidad, se consideren las siguientes propuestas:

- 1) Necesidad de un cuerpo convencional multilateral, -en especial en el ámbito del MERCOSUR-, que recepte en forma uniforme los principios básicos protectorios de la legislación laboral como ser, entre otros, los de irrenunciabilidad y de la norma más favorable.

Tal cuerpo convencional multilateral debería disponer normas uniformes referidas al reconocimiento de la autonomía de la voluntad con respecto a la elección de tribunales competentes o de ley aplicable, sus limitaciones y efectos, y normas

¹⁰⁶ Fernández Arroyo, Diego, Ídem nota 33 pág. 1038.-

subsidiarias de conflicto que determinen la solución a todos los aspectos del contrato de trabajo, desde su validez, sus efectos y su disolución.

- 2) Promover la discusión y sanción de normativa expresa y específica para los contratos de trabajo con elementos multinacionales en el derecho interno argentino.

Para ello estimamos que el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, tanto para la elección de tribunales competentes como para la elección del derecho llamado a regular el contrato de trabajo internacional, debe ser expreso, con las limitaciones que impone el principio protectorio del derecho laboral hacia la parte débil de la relación.

Con respecto a la elección o prórroga de jurisdicción en el contrato laboral aconsejamos que la misma debe ser únicamente en beneficio del trabajador, es decir que sólo pueda ser invocada por éste al momento del diferendo o si los acuerdos de elección de foro son posteriores al inicio del litigio.

En defecto de elección, la atribución de competencia judicial debe ser amplia, es decir que entre varias posibilidades (lugar de ejecución, lugar de celebración, domicilio o establecimiento del empleador) la elección sea unilateral en la persona del trabajador y no de ambas partes, quedando solamente la posibilidad del empleador en iniciar el reclamo ante los tribunales del domicilio del dependiente.

En relación a la ley aplicable en defecto de elección, es indudable que resulta necesario no considerar el principio de la *lex loci executionis* como único punto de conexión, dada la creciente complicación que presenta en la actualidad no sólo su debida calificación o encuadre, sino su aplicación a los supuestos de traslados o cumplimientos de la prestación del servicio por parte del trabajador en diversos Estados o incluso para diferentes empresas del Grupo Empresarial que conforma el empleador.

Resultaría útil, sin eliminar la territorialidad de la ley del lugar de ejecución y el principio de la ley más favorable-, recurrir a la creación de conexiones flexibles que permitan en su caso, la aplicación de un derecho diferente a distintos aspectos que pueden plantearse en la relación laboral.

Para ello, las soluciones estipuladas por la Convención de Roma en el marco de la Unión Europea son un criterio a considerar, desde el momento que, sin renegar del principio de la *lex loci executionis*, receptan la posibilidad de aplicar a los supuestos de multiplicidad de lugares de ejecución del contrato laboral, el derecho *con el cual el contrato tenga una conexión más estrecha*.

Por lo tanto la normativa a elaborarse debería incluir o considerar no sólo la ley del lugar de ejecución o la ley del lugar de celebración del contrato o la ley del domicilio, del establecimiento o de la sede del empleador, sino la posibilidad de

cualquier otro derecho distinto con el cual el contrato tenga una conexión más próxima y, por supuesto, que cualquiera de ellos no vaya en detrimento de los derechos del trabajador.

Especialmente con relación al derecho interno, destacamos la necesidad de armonizar las normas laborales con la legislación migratoria, impositiva y de la seguridad social, a los fines de proveer de una manera comprensiva a la adecuada protección del trabajador y a los principios de seguridad jurídica.

Finalmente y a pesar que no es un tema exclusivo del presente relato, no podemos dejar de insistir a que se inste a nuestros legisladores a la recepción inmediata y expresa, dentro del ámbito del derecho internacional privado argentino, de la aplicación de oficio del derecho extranjero, con el alcance que magistralmente enseñara el maestro Goldschmidt en su teoría del uso jurídico.

Buenos Aires, 24 de septiembre de 2010

ÍNDICE

Derecho Internacional Privado del Trabajo - “Jurisdicción Internacional y Ley Aplicable a las relaciones laborales transfronterizas” Por Eduardo Leopoldo Fermé, C. Gustavo Ferrante y Demetrio Oscar González Pereira

Introducción: Importancia del tema como consecuencia de la globalización e internacionalización de las relaciones del trabajo 2

Derecho aplicable a la validez intrínseca del contrato de trabajo en el derecho positivo argentino 4

Aspectos Diferenciales del Contrato Laboral. ¿Es posible la autonomía de la voluntad? 11

Los vaivenes de la jurisprudencia 17

Supuestos diversos de ley aplicable a los Contratos de Trabajo – Los Grupos Económicos Internacionales como empleadores 21

1. Contratos de trabajo celebrados y ejecutados en Argentina 21

2. Contratos de trabajo celebrados en el exterior para ejecutarse en Argentina 21

3. Contratos de trabajo ejecutados inicialmente en el exterior y luego ejecutados en Argentina como consecuencia de que el trabajador sea asignado en forma temporaria o permanente a una empresa del mismo grupo empresario 21

4. Contratos de trabajo ejecutados inicialmente en Argentina y luego ejecutados en el exterior como consecuencia de que el trabajador sea asignado en forma temporaria o permanente a una empresa del mismo grupo empresario 22

5. La prestación simultánea de servicios en distintos países para empresas de un mismo grupo económico, cuando uno de los lugares de ejecución es Argentina 27

6. Prestación ocasional de servicios en una jurisdicción distinta a la del lugar habitual de trabajo 28

7. Contrato celebrado en Argentina para aplicarse en el exterior 28

8. Contrato de trabajo celebrado en el exterior para ejecutarse en

Argentina pero que no llega a tener principio de ejecución	
9. Planes de opciones de acciones o incentivos similares	29
El derecho extranjero en el proceso laboral	31
El Orden Público Internacional. Principios protectores del derecho laboral argentino	33
Principio protector	36
Principio de la Irrenunciabilidad de los derechos	37
Principio de la primacía de la realidad	38
Jurisdicción Internacional en materia laboral	39
Sistemas de Derecho Internacional Privado de los contratos de trabajo en los países del Mercosur y en la Unión Europea	43
Consideraciones finales - Propuestas	47