

PRIVADO Toviolo-16-11-16

Psicológicos, por cuanto es rememorarle un paso por cierto muy duro en su vida, como es la entrega de un hijo, y social, puesto que dichas madres se encuentran en una situación por lo general de abandono y han llegado a tal determinación debido a que no pueden mantener a sus hijos o bien porque, además de ello, tratan de ocultar el hecho de ser madres solteras.

Se desprende de todo lo expuesto, que:

1) Nuestra legislación, no requiere la citación de la madre en el caso como el planteado.

2) Nuestro Código Civil garantiza que lo expresado ante los oficiales públicos se realiza libremente, siendo en consecuencia lo expuesto el real reflejo de la voluntad de la deponente.

3) Por medio de la citación se obtiene el efecto no querido por la ley, creándose un "mercado paralelo" de venta de menores.

# Contrato internacional de trabajo

Por ANTONIO BOGGIANO

SUMARIO: I. Multinacionalidad objetiva del contrato. — II. Jurisdicción internacional. — III. Derecho aplicable.

## I. MULTINACIONALIDAD OBJETIVA DEL CONTRATO

La vinculación real y objetiva de un contrato de trabajo con una multiplicidad de sistemas jurídicos, torna al contrato multinacional por sus contactos objetivos con diversos derechos eventualmente aplicables. Estos contactos objetivos aparecen en virtud de circunstancias ajenas a la intención de las partes de *aparentar* la multinacionalidad de un contrato que, en realidad, es nacional, pues todos sus elementos relevantes tan solo se vinculan a un solo sistema jurídico. Si la multinacionalidad del contrato es real, efectiva y no fraudulenta, entonces cabe tratarlo de acuerdo a las siguientes consideraciones. Si en cambio, las partes o alguna de ellas, aparenta la multinacionalidad del con-

trato para excluirlo del sistema jurídico que realmente le es propio, no hay lugar para nada de lo que sigue y se trata solamente de desmascarar la naturaleza realmente interna o doméstica del contrato. Las partes al aparentar la multinacionalidad del contrato perpetran lo que podríamos llamar un "fraude previo o preliminar", a los efectos de lograr un tratamiento del contrato en la esfera del derecho internacional privado, substrayéndolo así al derecho nacional con el cual se encuentra exclusivamente vinculado precisamente por carecer de contratos reales con el extranjero. Y además, contactos reales foráneos considerados relevantes según el derecho internacional privado ante el cual se plantea o se proponga la cuestión, v. gr. el argentino, que es el contemplado aquí, sin perjuicio de las referencias comparativas a fin de ilustrar una solución, de robustecer su eficacia persuasiva o de resaltar un contraste para la mejor comprensión de la solución propia. Sobre los aspectos generales teóricos y prácticos concernientes a la multinacionalidad objetiva de los contratos hasta la remisión *brevitatis causae* a nuestro ("Derecho internacional privado", t. I, ps. 3 y sigts., 2ª ed., 1983).

Los contactos que suelen tener gravitación son los lugares de prestación de los trabajos, los domicilios del trabajador y del empleador, el lugar de celebración del contrato. También puede tener relevancia el derecho que resulte más favorable al trabajador, siempre que este derecho se relacione de algún modo razonable con el contrato. Bastaría que las partes lo eligiesen por esta cualidad substancial del derecho que eligen (*lex mitior*). Pero aun así las partes no podrían elegir un derecho absolutamente desconexo con las realidades del caso para evadir el derecho con el que únicamente se relaciona. En cambio, puede haber una conexión con el contrato de carácter financiero, laboral o comercial irrelevante para el tribunal y, por consiguiente, no alegado ante el tribunal (ver por analogía, "Compagnie Turisienne de Navigation, S. A. v. Compagnie d' Armement Maritime, S. A." — 1971 — A.C. 572, 609 F, per Lord Diplock). En todo caso la multinacionalidad objetiva debe aparecer para que el contrato pueda tratarse según las consideraciones enseguida expuestas.

## II. JURISDICCION INTERNACIONAL

Una vez establecida la internacionalidad objetiva del contrato de trabajo surgen las cuestiones atinentes a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos o extranjeros con potestad para decidir una controversia a su respecto, inclusive la cuestión de si es admisible en esta índole de contratos internacionales la prórroga de jurisdicción en jueces o árbitros extranjeros en los términos del art. 1º del Cód. Procesal (Adla, XLI-C, 2975). El contrato de trabajo aunque suscite una controversia de índole objetivamente internacional en los términos del art. 1º, antes citado, no puede calificarse como litigio "exclusivamente patrimonial", pues el trabajo es insusceptible de esta valoración puramente patrimonial. Sobre este punto es mucho lo que se ha meditado por grandes autoridades. Se plantea la cuestión de saber si para colmar la laguna de la ley 18.345

(Adla, XXIX-C, 2664) en materia de normas de jurisdicción internacional (cuyo art. 24, sólo se refiere a competencia territorial interna), habrá que acudir a las normas de jurisdicción internacional de los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y de 1940 (Adla, 1889-1919, 317; XVI-A, 340). También podría recurrirse por analogía a la norma de conflicto de la ley 21.297 de contrato de trabajo (Adla, XXXVI-B, 1073). En definitiva, los tratados de Montevideo o el art. 3º de la ley 21.297, conducirían al *forum causae*, esto es, a la jurisdicción del tribunal del lugar del trabajo (arts. 56 y 34 a, b y c, Tratados de Montevideo de 1889 y arts. 56 y 38 a, b y c, Tratados de Montevideo de 1940). Empero, esta regla no parece imponer una jurisdicción exclusiva impidiendo la opción de las jurisdicciones concurrentes del art. 24 de la ley 18.345 que, pese a ser norma de competencia territorial interna puede aplicarse analógicamente en materia de jurisdicción internacional (ver nuestro "Derecho internacional privado", t. I, ps. 253). Consiguientemente el trabajador, aun en un contrato internacional puede invocar ante los tribunales argentinos el art. 24 de la ley 18.345, que confiere opción al actor, no al trabajador, a iniciar la demanda ante los jueces del lugar de trabajo, de la celebración del contrato o del domicilio del demandado. Así pues, el trabajador podría verse demandado en el lugar del trabajo, en su domicilio o en el lugar de celebración del contrato. No necesariamente el actor es el trabajador. La opción favorece al actor. Y esto hace dudar más acerca de la razonabilidad de excluir la prórroga de jurisdicción internacional que, según las particulares circunstancias del contrato, puede bien hallarse ajena a los viejos que suelen reprocharse a las cláusulas predispuestas por el empleador. Si no existen razones jurídicas que tomen eficacia *in concreto* la cláusula de prórroga, puede favorecer al trabajador que sabe desde la celebración del contrato cual será la jurisdicción competente. Mi argumento es entonces que si se admite la opción a favor del

actor, puede ser más favorable al trabajador una cláusula de prórroga de jurisdicción internacional en un caso. Sin perjuicio de la posible declaración de ineficacia de la prórroga si se demuestra su carácter lesivo para el trabajador. De modo que una comprensión adecuada del art. 24 puede conducir a la autorización de una prórroga, eligiendo alguna de las alternativas de las opciones legales. No cabría la elección de tribunales no contemplados en la opción legal del art. 24 de la ley 18.345. Tampoco cabe echar en saco roto las críticas que se han formulado a este art. 24 (ver A. Allocati, "Procedimiento laboral. Ley 18.345", 1969, ps. 83 y sigts.). Aunque el análisis de estas críticas excede ya los límites del presente estudio, interesa examinar su posible aplicación en la esfera internacional. Goldschmidt parece admitir la prórroga por conducta procesal concluyente, v. gr. consintiendo la jurisdicción ("El juez y el derecho natural", nota al fallo del Tribunal del Trabajo de Zárate, diciembre 9-1970, "Eiras Pérez, Leonardo C. c. Techint Engineering Company, S. A.", Rev. LA LEY, t. 142, p. 176.

Tratándose de sociedades comerciales habrá que tomar en cuenta su sede real a los efectos jurisdiccionales. En cuanto a las sucursales o representaciones cabe tener presente que el contrato de trabajo debe relacionarse con la sucursal (art. 122, ley de sociedades comerciales, t. o. decreto 841/84 — Adla, XLIV-B, 1319 —) y nuestro estudio "Jurisdicción internacional sobre sociedades constituidas en el extranjero", E. D., t. 111, p. 969). La misma conexidad entre el contrato de trabajo y la sucursal debe existir en virtud del art. 6º del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y del art. 3º, párr. 2º del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 (Adla, 1889-1919, 308; XVI-A, 333). (Ver sentencia del 27 de abril de 1961 de la Cámara de Trabajo de la Capital, sala I en el caso "Pinedo, Manuel c. The Smithfield Argentina Meat Co. Ltd.", Rep. LA LEY, XXII, p. 112).

En el caso "Leroy, Raymundo E. c. The National Cash Register", la Cámara Nac. del Trabajo, sala III, el 20 de julio de 1951 consideró que "todo el personal de The National Register Co., que es una entidad de carácter mundial con agencias y oficinas en diversos países, dependen de la casa central cuya sede se encuentra en el Estado de Ohaio en los Estados Unidos de América... Es que precisamente la demandada en estos autos es la casa matriz y en los considerandos anteriores se demostró que la demanda pudo ser notificada y substanciada en el domicilio de la sucursal". (Rev. LA LEY, t. 78, p. 385). En primera instancia se resolvió la incompetencia para entender en el reclamo por antigüedad en razón de los servicios prestados en Francia. La Cámara juzgó que deben computarse los servicios en el extranjero existiendo jurisdicción si ellos se prestaron con relación a actividad inherente del principal. Obscurement se invocó la *lex loci* aplicable a las obligaciones que nacen sin convención citando a Vico. Difícilmente puede invocarse la *lex loci* para referirse a servicios prestados en Francia a los efectos de asumir jurisdicción en la Argentina.

No es posible omitir una referencia al memorable dictamen del procurador de la Cámara Federal de la Capital, como entonces lo fuera, del doctor Enrique S. Petracchi en el caso "Saier, S. R. L. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (Rev. LA LEY, t. 1979-D, p. 489). En un reclamo por honorarios originados en un contrato de trabajo de relevamientos topográficos se planteó la inmunidad de jurisdicción de la organización internacional demandada. Habiéndose desestimado la invocada inmunidad, se asignó relevancia a la cláusula XI del contrato que elegía la jurisdicción de los tribunales federales de la Capital Federal con renuncia expresa a todo otro fuero o jurisdicción. En la cláusula siguiente también eligieron la ley argentina. El Procurador asignó plena eficacia a estas cláusulas (Rev. LA LEY, t. 1979-D, p. 494). La

Cámara acogió la solución propiciada por el Procurador, hoy juez de la Corte.

La razonabilidad de la cláusula de prórroga de jurisdicción debe examinarse a la luz de la más o menos intensa multinacionalidad del caso. Si un ingeniero altamente especializado realiza trabajos en diversos países durante considerables lapsos en cada uno, habiendo celebrado el contrato en el país en donde radica la sede de la empresa, distinto al país del domicilio del empleado y a los países en donde cumpliera los trabajos, sería razonable que en un caso tan intensamente multinacionalizado las partes acordasen el tribunal competente para dirimir eventuales controversias excluyendo la posible opción del futuro actor. Esta exclusión, sobre la base de una prórroga de jurisdicción internacional, no podría considerarse, en sí propia, lesiva del interés del empleado en la opción, pues también lo preserva de la posible opción del empleador. Cuando la opción se establece a favor de una parte es porque generalmente quiere protegérsela. Posibilitándole incluso, elegir el tribunal que aplicará un derecho más favorable. Bajo la apuración de una elección de foro se concede una opción por la ley más favorable a la parte que la norma intenta proteger. Pero no es esto lo que ocurre con el art. 24, citado, que concede la opción a cualquiera de los actores. Esto da lugar a la posibilidad del *forum shopping* por cualquiera de las partes en el contrato de trabajo, lo que viene a colocar al empleado en posición menos ventajosa a la que tendría con un acuerdo de elección de un tribunal competente. Al tiempo de la elección habría de ponderar la probable sentencia de ese tribunal. La elección del juez siempre se hará en especial consideración a lo que el juez probablemente decida sobre el fondo. Es muy frecuente que la elección del juez y del derecho aplicable se haga desconsiderando la probable decisión material del caso.

Luego de estas consideraciones siempre debe tenerse en cuenta la tendencia, casi irresistible, a la asunción de jurisdicción por los jueces

locales del lugar del trabajo. No obstante una cláusula de elección distinta podría oponerse ante ese u otro tribunal que se considerara competente. Pero no oponer la incompetencia de jurisdicción internacional existiendo un pacto que produce la tácita derogación de aquella prórroga convencional por otra de la *sumisión* voluntaria ante el juez que sería incompetente si se hiciera valer aquella cláusula de prórroga de la jurisdicción.

### III. DERECHO APLICABLE

#### A) Autonomía conflictual.

Es un principio universalmente admitido en el derecho internacional privado que las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, cuando éste es objetivamente internacional (ver en general nuestro "Derecho internacional privado", t. II, ps. 871 y sigs. y la literatura allí citada, 2ª ed., 1983). Tal principio ha recibido aplicación jurisprudencial en reiterados fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que pueden considerarse significativos por la infrecuencia con que las controversias internacionales se dirimen ante los estrados judiciales en la Argentina (CNCom., sala E, "Banco de Río Negro y Neuquén c. Independencia Transportes Internacionales", fallo del 20/10/1981, E. D., t. 97, p. 604 (Rep. LA LEY, t. XLII, A-I, p. 202, sum.3) con estudio de Manuel M. Malbrán, E. D., t. 98, p. 865; "Cicerone c. Banco de Entre Ríos" fallo del 19/2/1982, en E. D., t. 101, p. 179 con nota de Manuel E. Malbrán, sobre contratos bancarios internacionales, ps. 179-180 (Rep. LA LEY, t. XLIII, J-Z, p. 1401, sum. 8); "Deutsches Reisbüro G. M. c. Speter, Armando", fallo del 27/2/1984, con estudio de Alicia Perugini de Paz y Geuse, Rev. LA LEY, t. 1984-D, p. 563; I/III/1984; "Arrebillaga, Arturo E. y otra c. Banco de la Provincia de Santa Cruz", fallo 1/3/1984, E. D., t. 109, p. 715, con comentario de W. Goldschmidt, "La autonomía conflictual de las partes, su forma y alcance" (DJ, t. 1985-I, p.

292); y estudio de Jorge E. O'Farrell, "Local Payment in Argentine pesos of debts in foreign currency", International Financial Law Review, dec. 1984).

Ahora bien, puede suscitarse la cuestión de saber si este principio general de autonomía conflictual funciona también en contratos internacionales de trabajo. Al parecer algunos fallos lo afirman. Así la sentencia *in re*: "Eiras Pérez c. Techint Eng. Co.", del Tribunal de Trabajo de Zárate del 9/12/1970 (Rev. LA LEY, t. 142, p. 176, con nota de Goldschmidt. El juez y el derecho natural, consideró que la autonomía de la voluntad existe también en el caso de contratos de trabajo destinados a cumplirse en el exterior (p. 185).

En el caso "Livitsanis, Nicolás c. Allseas Shipping Co." la Cámara Nacional del Trabajo, sala II, el 7/5/1969, consideró por el voto del juez Goyena que el principio de la ley de la ejecución del contrato es aplicable "si así lo establecieron las partes o resulta determinable por la naturaleza de la obligación" (E. D., t. 38, p. 323, esp. p. 324). En este caso, empero, se insinúa una consideración limitativa importante. Con imprecisión conceptual pero con vigor axiológico el mismo voto alude a la preferencia por la ley más favorable, "atendiendo a razones de equidad que tienden a la cobertura de derecho de innegable jerarquía humana por encima de la faz exclusivamente patrimonial" (p. 324). El juez Goyena se mostró preocupado por evitar "soluciones injustas, privando de derechos a quienes no pueden imponer o puede llegarse a afectar la vigencia de las leyes que tutelan objetos que por su índole tiene interés en salvaguardarlos el Estado o por su jerarquía se afecta a la protección del trabajo humano". De allí que puede atenderse entonces, a otros medios para la determinación de la ley aplicable (p. 324). Este considerando es importante porque plantea una cuestión metodológica grave. 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. Antes de elegir un derecho aplicable el juez "prejuzgará" su razonabilidad para solucionar el caso *Look Before you leap* (Cavers). No es posible ocultar que la autonomía conflictual está sujeta a particulares restricciones en esta materia.

En la República Federal de Alemania existe una firme jurisprudencia a favor del principio de la autonomía de la voluntad (Frans Gammillshe, "Internationales Arbeitsrecht", núms. 114 y sigs., Berlín-Tuburgen, 1959).

En Austria, la Corte Suprema en un fallo del 11/6/1968, aplicó derecho austríaco a un contrato de un periodista celebrado en Munich, porque el lugar de trabajo estaba en Austria. Existe una tendencia a la aplicación de la ley austríaca, cuando el trabajo se cumple en Austria, aun cuando las partes celebren el contrato en otro país y puedan elegir otro derecho aplicable. La *lex laboris* parece prevalecer. La ley federal de Austria sobre el derecho internacional privado de 1978 no permite acordar cláusulas de elección del derecho aplicable en contratos de trabajo que evadiesen normas coactivas destinadas a proteger al trabajador. Lo mismo ocurre con los contratos al consumidor —parágrafos 41 (2) y 44 (3)—.

En Suiza, la doctrina se muestra inclinada a restringir la posibilidad de elección del derecho aplicable a estos contratos (Vischier, "Internationales Vertragsrecht", ps. 27, 64, Bern, 1962). Pero la ley federal de empleos de viajantes de comercio del 13 de junio de 1941, art. 3º, let. 3, p. 1, establece que el contrato debe establecer la ley y jurisdicción competentes, si una de las partes reside en el extranjero.

En Francia, es interesante tener presente que una sentencia admitió una elección expresa del derecho indo-chino. Pero la empresa tenía sede allí y el trabajo se ejecutó allí. En un caso de un viajante de comercio que trabajaba en Francia la Corte de Casación aplicó la ley francesa,

excluyendo una *elección expresa* del derecho checoslovaco (9/12/1960). Sin embargo, la práctica más reciente de la Corte de Casación afirmó el principio de autonomía conflictual. En un caso en que el contrato se celebró en Francia con una empresa en Francia y el trabajo debía cumplirse en varios países de Sudamérica contempló que la situación es especial cuando el trabajador es enviado para una misión en el exterior y recibe instrucciones desde la sede central de su empleador en Francia (9/11/1959).

La Corte de Apelaciones de París el 15 de marzo de 1971, decidió aplicar derecho francés a un contrato de un asistente médico francés empleado en Senegal (Clunet, 1972, p. 312).

En Bélgica una práctica tradicional favorable a la elección del derecho aplicable pierde terreno en la jurisprudencia y en la doctrina. No es fácil establecer si el precedente del Tribunal de Comercio de Bruselas del 24/2/1968 (Clunet, 1971, p. 889) es sólo una excepción. El tribunal aplicó derecho belga a un ingeniero americano asistente del Presidente de la compañía porque el lugar de trabajo estaba en Bélgica.

Parciosa tendencia existe en Holanda.

En Suecia se admite la autonomía conflictual, pero curiosamente en un caso en que las partes habían elegido el derecho de Tanganika, el tribunal no encontró cumplida una condición de la que dependía la aplicabilidad de ese derecho (Corte de Casación, núms. 118/1961, Rev. Hellenmque 14 —1961—, p. 246).

Al parecer en Escandinavia se admite la elección del derecho de las partes según Lando, "The proper law of the contract", Scand. Stud. L.8 (1964) 107-202. Pero no es fácil determinar el exacto alcance de esta facultad en materia laboral.

Pese a que en la Unión Soviética se admite en general la autonomía conflictual, la literatura tiende a determinar que en materia laboral las

partes no están facultadas a elegir el derecho aplicable (Lunz, "Internationales Privatrecht", t. II, p. 349, Berlín, 1964).

No deja de implicar una paradoja que la ley polaca de derecho internacional privado del 12 de noviembre de 1965, admite la elección por las partes del derecho aplicable al contrato de trabajo (art. 32). No sabemos como funciona esta norma en la jurisprudencia polaca. Lo mismo ocurre con el art. 16 de la ley checoslovaca de derecho internacional privado y procesal del 4/12/1963.

En Italia se aplicó la autonomía conflictual por algunas sentencias (Corte de Apelación de Roma 29/7/1955, Rev. Der. Com. 1955 II 519; Corte de primera instancia de Milán 13/7/1961, Rev. Der. Int. 1962, p. 277, nota Malintoppi). La Corte de Casación dedujo la elección del derecho argentino por las partes de la circunstancia de que en el contrato de trabajo concernientes a servicios en la Argentina se había hecho referencia a "Las leyes y costumbre locales" según sentencia del 3 de agosto de 1968 (Riv. Dir. Int. 1969, p. 596). Para trabajos realizados en Italia, la Corte de Milán aplicó el derecho belga elegido (sentencia 3 de octubre, 1966, Riv. Dir. Inter. Proc. 1967, p. 157), suizo (sentencia 11 de mayo 1967, Riv. Dir. Int. Proc. 1968, p. 132) y francés (sentencia 26 sept. 1968, Riv. Dir. Int. 1970, p. 334 y Rev. critique d. i. pr. 1970, p. 671, nota Pocar).

En Inglaterra una elección expresa del derecho inglés se incorporó a un acuerdo de servicios en el caso *Matthews v. Bechtel Kurvait Co.* (1959) 2 Q B 57 (C. A.). Pero la elección debe ser siempre *bonafide*. Sería excluida si se demuestra que las partes (o al menos el empleador) quisieron evadir el derecho más estrictamente conectado en el contrato. Cabe relacionar esto con lo expuesto sobre la multinacionalidad objetiva del contrato. No sería admisible aparentar la multinacionalidad del contrato introduciendo en su texto una cláusula de elección de un derecho que no tiene relación alguna con el contrato y al solo efecto de deslo-

calizarlo del único país en el que *todos sus elementos reales relevantes se localizan*. Ello significa que la ausencia de una conexión real, en ciertos casos, puede coordinar una intención evasiva. Naturalmente, esto deja cierto margen de discreción al tribunal que no "necesariamente" reconocerá efectos a la elección de un derecho desconexo con el contrato. Pero ello no significa que "necesariamente" se negará a reconocerla. "This, and no more, it is submitted, is the gist of the much discussed dictum of Lord Wright" in "*Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Ltd.*" —1939— A. C. 277 —P. C.—. Según la cual "connection with English Law, is not, as a matter of principle, essential". (Dicey-Morris, 9ª ed., London, 1973, p. 730).

En materia de contratos de trabajo no se presentan ordinariamente las razones financieras o las conexiones de seguros o de arbitraje que justifiquen tener en cuenta esas circunstancias.

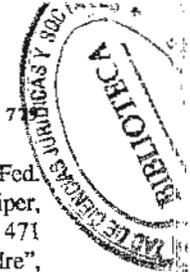
Se ha dicho que "the legal position in the United States is thoroughly obscure, but it may be surmised that the choice of law in labour contracts is determined in the same way as in all other contracts of adhesion" (Gamiltscheg, "The Law Governing Labor Relations", International Encyclopedia of Comparative Law, núm. 14).

En especial, los tribunales de los Estados Unidos generalmente consideran inaplicables cláusulas contractuales violatorias del derecho del domicilio del empleado. Ello así cuando en el contrato de trabajo se estipule la aplicación de un derecho distinto, sobre el fundamento de que el empleado necesita protección respecto al poder de negociación superior del empleador. Así, en "*Davis v. Jointless Fire Brick Co.*" 300 F. 1 (9th Cir. 1924); "*Blalock v. Perfect Subscription Co.*" 458 Fed. Supp. 123 (S. D. Ala, 1978); "*Fine v.*

*Property Damage Appraisers*", Inc. 393 Fed. Supp. 1304 (2ª ed., 1975); "*Boyer v. Piper, Jaffray E. Mopwood, Inc.*" 391, F. Supp. 471 (DSD, 1975); "*Fomey Industries v. Andre*", 246 F. Supp. 333 (D. N. D., 1965); "*May v. Mulligan*", 36 F. Supp. 596 (W. D. Mich., 1939); "*Nascò, Inc. v. Gimberg*", 239 Ga. 675, 238 S. E. 2d. 368 (1977); "*Frame v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc.*" 20 Cal. App. 3d. 668, 97 Cal. Rptr. 811 (1971); "*Sonotone Corp. v. Ellis*" 2 N. J. Super. 419, 64 A. 2d. 255 (1949).

*The employee's home state* parece imponer un límite mínimo de protección. Es decir que las normas imperativas del domicilio del empleado se aplican inmediatamente aunque el contrato sea multinacional y aunque las partes hayan elegido otro derecho. Pero la elección de otro derecho se mantiene en tanto las normas de este derecho elegido no afecte aquel standard mínimo. La elección puede mejorar (*lex mitior*) al empleado, pero no sustraerlo a las normas tutelativas de su derecho domiciliario.

Pero esta tendencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos debe compararse con otras, orientadas a hacer respetar como Standard mínimo de protección, no el derecho del domicilio del empleado, sino el derecho del lugar de cumplimiento del trabajo. La *lex laboris* funcionaría como mínimo de tutela y la elección de otro derecho sólo podría hacerse en favor del empleado (*lex mitior*). Sin embargo esto es así siempre que el domicilio del empleado o el lugar de trabajo se relacione muy intensamente con todo el lapso de ejecución del contrato. Si en cambio, estos lugares son poco significativos —lo que dependerá de los casos— la elección del derecho se verá probablemente más liberada de las normas impuestas por los derechos domiciliario o del lugar de trabajo del empleado. Estos pueden considerarse criterios orientadores extraídos de la comparación de las jurisprudencias examinadas.



### B) Autonomía material.

Las partes pueden regular los contratos internacionales incorporando cláusulas sustanciales modificatorias de ciertas normas imperativas del derecho elegido por ellas en virtud de la autonomía conflictual. Sobre el concepto general y los límites de esta autonomía material ver nuestro "Derecho internacional privado", t. II, ps. 699 a 713, 2ª ed., 1983. Mediante esta autonomía material puede asignarse a un contrato de trabajo internacional a nivel de protección y equilibrio de intereses más elevados aún que el derivado del mero ejercicio de la autonomía conflictual antes examinada. Por este método puede establecerse una estructura de protección más favorable al trabajador y, a la vez, más adecuado a las necesidades de eficiencia y desarrollo empresarial. La articulación de distintas regulaciones materiales puede alcanzar un grado de mutuos beneficios más ventajosos para ambas partes que el asequible mediante la aplicación *inalterada* de un solo derecho aplicable. Los límites han de respetarse siempre. La autonomía material sólo puede proporcionar un grado mayor y no menor de beneficios mutuos.

El concepto de autonomía material, que sostenemos como tesis general, permite hacer funcionar en los contratos de trabajo internacionales, criterios tendientes a favorecer al trabajador y, al propio tiempo, a elevar la eficiencia y la calidad del trabajo empresarial asegurando así las mismas fuentes laborales. Este equilibrio se torna tanto más preciso cuando el trabajo se vincula a la actividad multinacional de la explotación empresarial. De este modo, el principio del *favor operarii* adquiere posibilidades especiales de proyección internacional. Sobre este principio véase Antonio Vázquez Vialard, "La aplicación de la norma más favorable en el derecho del trabajo", J. A. doctrina, 1975, p. 113. Sobre los aspectos internacionales puede verse el estudio de Eduardo L. Fermé en, Vázquez Vialard, "Tratado de derecho del trabajo", t. 2, cap. VII, esp.,

ps. 893 a 895. La autonomía material de las partes permite organizar la estructura normativa del contrato acumulando y armonizando disposiciones e instituciones de distintos derechos. Tal autonomía permite derogar algunas normas materiales del derecho aplicable y sustituirlas por otras que las partes crean especialmente para el contrato. Estas normas pueden ser incorporadas al contrato sea en virtud de la *elaboración* directa por las partes sea por *reproducción* de normas vigentes en otros derechos.

Es importante advertir que aun frente al texto del art. 3º de la ley 21.297, las partes pueden elegir el derecho aplicable (autonomía conflictual) como también convenir el *favor operarii* y otras soluciones materiales normativas que instrumenten mutuos beneficios (autonomía material).

La fenomenología de los contratos de trabajo internacionales es tan rica en matices que la mayor adecuación a las situaciones e intereses en juego requiere admitir soluciones normativas flexibles. La autonomía conflictual y material son instrumentos aptos para alcanzar resultados de mayor equidad y adecuación a las distintas circunstancias en que los contratos se presentan.

### C) Derecho aplicable en ausencia de autonomía de las partes.

1. *Principio de mayor proximidad o relación más significativa espacial y material.* Pese a la regla general que establece el art. 3º de la ley 21.297, no es desdeñable reconducir la cuestión relativa a la elección del derecho aplicable al principio general de proximidad estudiado por la más moderna y prestigiosa doctrina (ver Paul Lagarde, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours Général de Droit International Privé", Recueil des Cours, 1986-I, t. 196), máxime considerando las normas vigentes en los Tratados de Monte-

video (ver nuestro "Derecho internacional privado", t. II, ps. 1018, 1024, 1983).

A fin de hallar el derecho más significativamente conexo al contrato no solamente han de tomarse en consideración criterios *especiales* sino también *materiales*. Adviértase el grado de flexibilidad que brindan las normas de los tratados de Montevideo sobre contratos de prestación de servicios. Si éstos recaen sobre *cosas* rige la *lex situs* al tiempo de la celebración (art. 34, párr. 4º, Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 y 38, Tratado de 1940 —Adla, 1889-1919, 303; XVI-A, 328—). Ahora bien, si su eficacia se relaciona con *algún lugar especial* rige la ley del lugar en donde hayan de producirse *sus efectos* (arts. 34 y 38, párr. 4º, inc. b). Será previo determinar si los servicios se relacionan más estrecha o significativamente con "algún lugar espacial" o con las "cosas sobre las que recaen". Considerando que en muchos casos los servicios recaen directa o indirectamente sobre cosas se presentará la cuestión de saber si prevalece la situación de esas cosas o algún otro lugar especial. He aquí la primera cuestión a apreciar. Pero si esta cuestión se contesta a favor de "algún lugar especial" surge entonces la segunda pregunta: ¿Cuál es este lugar especial? Habrá que *determinar* el criterio flexible con referencia al lugar especial. Pero desde ya cabe advertir que esta determinación podría estar guiada por un criterio material, eligiéndose tal o cual lugar teniendo en cuenta el contenido del derecho material vigente en cada uno.

Sólo si el caso quedara fuera de estas reglas regiría la ley del domicilio del deudor (arts. 34 y 38, párr. 4º, inc. c). Habrá que estar al domicilio del trabajador o del empresario?

En cuanto al art. 3º de la ley 21.297, que somete el contrato de trabajo a cumplirse en la Argentina al derecho argentino. *Aparentemente* nos hallamos frente a una norma de alta precisión. Pero en *realidad* no es así. Qué significa ejecución o cumplimiento del con-

trato de trabajo? Es el lugar en donde, a primera vista, el contrato se realiza. Pero si esta realización se efectúa en lugares distintos y no todos se localizan en la Argentina surge la cuestión que al parecer prevé el último inciso de los arts. 34 y 38 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. La ley argentina calla. Habrá que elaborar la aplicación analógica de la norma convencional o descubrir cuál es el lugar de cumplimiento más significativo, característico o esencial. La aparente claridad del art. 3º se esfuma. Es decir la norma del art. 3º funciona adecuadamente en los casos típicos de trabajos *sólo realizados en la Argentina*. Pero apenas la *ejecución del trabajo se multinacionaliza*, la norma pierde su elixir localizador. Ello conduce a desestimar la existencia de criterios puramente objetivos que no requerirían cierto grado de apreciación de otras circunstancias no contempladas en la norma. Se puede apelar al "centro de la relación laboral", al "centro de gravedad" de la relación; pero esto no es más que la referencia al principio general orientador, no a norma precisa alguna. Bajo estas reservas generales, consideramos seguidamente algunos criterios de localización objetivos requeridos de discreta apreciación.

2. *Derecho del lugar de trabajo.* El lugar de trabajo puede ser localizador. Este criterio permite típicamente hacer *concurrir* derecho privado y público del trabajo, así como también la jurisdicción y el derecho aplicable. Es un criterio armonizador y efectivo. Generalmente, el lugar de trabajo también *coincide* con la sede de la empresa. Los ocasionales desplazamientos ("radiaciones") no desvirtúan el lugar esencial o permanente de trabajo. Pero la radiación lleva a la zona de grados y claroscuros. Vuelve la decisiva apreciación de la intensidad de las radiaciones.

3. *Derecho de la sede del empleador.* La sede de la sociedad empleadora adquiere importancia y fuerza localizadora cuando el trabajador está permanentemente trabajando en lugares sujetos a diferentes derechos sin que ninguno

de ellos pueda considerarse como "algún lugar especial" o el centro de su trabajo. Tratándose de empleados con funciones de dirección o gerencia empresarial puede advertirse cierta tendencia a tomar el derecho de la sede de la empresa como el hipotéticamente elegido por las partes, especialmente si este derecho está fundado en concepciones adecuadas a las condiciones que las partes razonablemente tomaron en cuenta al contratar, condiciones que pueden considerarse *más favorables para ambas partes*.

Pero aun cuando el trabajador realice su labor en algún lugar distinto de la sede de su empresa sin rotar permanentemente, v. gr. si es un empleado que va y vuelve, puede ser razonable pensar que el derecho de la sede social es más conexo al contrato. El art. 3º de la ley 21.297, empero, parece rígido obstáculo a la aplicación de la ley de la sede social extranjera al trabajo cumplido en la Argentina.

Sin embargo, bien apreciadas las circunstancias, podría resultar que el cumplimiento del contrato, digamos, de ida y vuelta a la sede no sólo se cumple en el país y habrá que ponderar entonces qué gravitación tiene el trabajo cumplido en el país y el trabajo cumplido en la sede para hallar el derecho aplicable al contrato de trabajo según el criterio del *lugar de cumplimiento*.

La sede de la sociedad empleadora podría resultar el lugar de cumplimiento esencial del contrato.

4. *Derecho de la sede de la sociedad controlante del grupo multinacional.* En los contratos individuales de trabajo, el problema central radica en determinar el derecho aplicable al allanamiento de la personalidad societaria de la filial, a fin de establecer si los contratos de trabajo "formalmente" celebrados con ésta, "en realidad", lo fueron con la sociedad matriz.

Examinemos los puntos de conexión más significativos. En primer lugar, se puede aplicar

la ley personal de la matriz (*lex societatis matris*). En segundo lugar cabe aplicar la *lex societatis filiae*. En tercer lugar, es dable elegir el derecho que rige el contrato individual de trabajo (*lex contractus*). Esta última posibilidad electiva resulta la más razonable. Sigo así la tesis del brillante relato del profesor Blaise Knapp, de la Universidad de Ginebra ("Colloque International sur le droit international privé des groupes des sociétés", en *Etudes Suisses de Droit Européen*, vol 14, ps. 147 a 195, Gineve, 1973), y la opinión del profesor Otto Kahn-Freund, de la Universidad de Oxford ("Colloque", cit., p. 200). Y la razón parece evidente, pues si se trata de determinar el sujeto empleador del contrato, se debe aplicar la ley que rige el contrato, porque ella gobierna la validez y obligaciones de las partes, y la determinación de las partes en el contrato atañe tanto a su validez como a las obligaciones de él emergentes (argumento lógico-sistemático).

En el derecho internacional privado comparado se advierte dos posibilidades electivas. Una: elección del derecho del lugar en que normalmente se cumple el trabajo (*lex laboris*). Otra: elección del derecho de la sede de la sociedad (*lex societatis*). Ahora bien: el art. 3º de nuestra ley de contrato de trabajo reformada (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175) aplica la *lex laboris* del lugar de ejecución en la Argentina. He aquí una norma unilateral que cabe interpretar extensivamente por analogía, de modo que el contrato con lugar de ejecución en el extranjero sea regido por la ley de su ejecución (art. 1210, Cód. Civil argentino).

Empero, no se puede adoptar en esta materia soluciones indiscriminadas, sin investigar la naturaleza específica de los contratos de trabajo. Para un trabajador cuyas funciones no están vinculadas a la dirección de la sociedad, de modo que su conexión con la empresa es mínima, e intensa su relación con el lugar en que desarrolla su trabajo, es razonable vincularlo solamente a la filial. En cambio, si se trata

de "altos empleados" vinculados al grupo, su relación tiene que ser conectada con la matriz.

La autonomía de las partes debe ser considerada admisible tanto en sentido conflictual como material (cfr. nuestro "Derecho internacional privado", t. II, cap. XVIII, sección I, 2ª ed.). Sin embargo, mediante la autonomía de las partes no se puede derogar normas de derecho público o normas imperativas de derecho privado —la distinción entre esas normas puede ser dudosa— vigentes en el lugar de trabajo (*lex laboris*). Tal es el sentido del nuevo art. 3º de la ley de contrato de trabajo, que somete a la ley argentina, imperativamente, la relación laboral en cuanto se la ejecuta en el territorio de la República. Pero, ¿no pueden ser derogadas dichas normas por cláusulas contractuales más favorables al trabajador?

Las normas imperativas, ¿constituyen un límite mínimo de condiciones laborales, o imponen una regulación material inflexible ni aun frente a cláusulas contractuales más favorables al trabajador?

Hay que advertir que estas normas tienen por fin proteger determinadas políticas económicas, en las cuales no es el único propósito la protección de los intereses del trabajador, sino, por encima de ellos, el interés general del orden económico, que podría frustrarse por cláusulas diversas de las legalmente impuestas.

En cuanto a la determinación del empleador real, la situación del personal que sólo presta servicios en una filial de modo permanente debe ser distinguida de la hipótesis del "personal dirigente", que cumple funciones en múltiples filiales de la matriz de modo regular. Cabe concluir, en estos casos, que por la "naturaleza de las obligaciones" a cumplir el contrato gravita significativamente hacia la sede efectiva de la matriz, que ordenará los desplaza-

mientos de una filial a otra del grupo (art. 1212, Cód. Civil argentino; y art. 3º, ley 20.744, modificada por ley 21.297).

También Frank Vischer, refiriéndose a los casos de *migrating employees*, admite una elección del derecho aplicable que resguarde adecuadamente los intereses del trabajador ("The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *Recueil des Cours*, 1974-II, vol. 142, p. 43).

Si resulta aplicable el derecho argentino, entonces se aplica el art. 31 de la ley de contrato de trabajo. Esta norma impone la responsabilidad solidaria, por las obligaciones laborales y previsionales, de las empresas bajo dirección o control que configuren un conjunto económico, permanente, "cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria".

De modo que la norma impone la extensión de la responsabilidad a todas las empresas integrantes del grupo solidariamente. Es necesario establecer previamente el control, dirección o administración de una empresa por otra. Luego se debe acreditar el fraude o la conducción temeraria.

En tales condiciones, procede la extensión de la responsabilidad. Naturalmente, su efectividad está limitada a la jurisdicción argentina. Cuando las empresas a responsabilizar se domicilian fuera del país, la extensión depende del reconocimiento foráneo de la sentencia argentina que la decide. Es una consecuencia necesaria del principio de independencia jurisdiccional. En esta materia sería muy razonable adoptar el principio de reciprocidad.

Otra cuestión interesante es la relativa al auxilio de jurisdicción extranjera para adoptar medidas precautorias sobre bienes o personas fuera del país. Teniendo en cuenta que la prueba del fraude o la conducción temeraria puede demorar considerablemente, podría resultar procedente la adopción de medidas cautelares

aute la verosimilitud de fraude o temeridad. En estos casos, la ejecutoriedad de las medidas también depende de su reconocimiento en los lugares decisivos. Se ha de tener presente los tratados internacionales que pudiesen estar en vigor con los países respectivos.

5. *Aplicación de diversos derechos.* Los diversos aspectos del contrato pueden ser regidos por distintos derechos. No siempre resulta sencillo establecer y definir los "distintos aspectos" del contrato que serán sometidos a diferentes derechos aplicables.

Hay que distinguir este *depeçage* objetivo impuesto por las normas legales de un *depeçage* subjetivo según el cual las partes mismas someten distintos aspectos del contrato a diversos derechos elegidos por ellas. Aquí las partes introducen las calificaciones conceptuales de los diversos aspectos del contrato y, además someten estos aspectos a diversos derechos elegidos. Seguidamente analizaremos diversos aspectos del contrato internacional de trabajo considerando, en su caso, el derecho aplicable a aquellos aspectos.

#### D. Ambito de aplicación del derecho aplicable.

1. *Capacidad.* Rigen las normas generales sobre capacidad (ver nuestro "Derecho internacional privado", t. I, ps. 327 y sigs. Estos contratos son celebrados frecuentemente por menores. Existe una tendencia a favorecer la validez de estos contratos reduciendo la edad requerida (art. 283, Cód. Civil).

2. *Forma.* En estos contratos la forma tiene una finalidad de protección del trabajador y no primordialmente de la validez del negocio. De ahí que la regla *locus regit actum* se considere inapropiada para regir la forma de los contratos de trabajo internacionales. El principio del *favor negotii* al que responde la regla *locus*

*regit actum* cede frente al principio del *favor operarii*.

3. *Acciones emergentes de un contrato nulo.* Diversos derechos acuerdan al trabajador acción por remuneraciones y otros beneficios sobre la base de un contrato cuya nulidad se funda en el fin de protección al trabajador (art. 2126, Cód. Civil italiano). Al parecer, tal acción debería regirse por el derecho aplicable al contrato si este fuese válido.

4. *Responsabilidad del trabajador frente a su empleador.* Rige esta responsabilidad el contrato o la ley del lugar del daño? Al parecer el derecho del contrato prevalece frente al derecho del lugar del daño.

5. *Acuerdos de restricción de la concurrencia.* La ley del contrato de trabajo prevalece frente a la ley de la sede del empleador.

6. *Daños por accidentes.* Si existiese seguro obligatorio por estos daños éste se rige por el derecho de la sede del asegurador. La exclusión de responsabilidad en el contrato de trabajo depende de si existe una relación de seguro. El riesgo argentino sólo puede asegurarse en sociedades locales (art. 12, ley 12.988 —Adla, VII, 300—).

7. *Vacaciones.* Si las vacaciones se definen como institución de derecho público se rigen por la ley donde el trabajo se cumple. Si se caracterizan como derecho privado el derecho que rige el contrato rige las vacaciones.

8. *Inventos durante la relación laboral.* El derecho del trabajador a un invento hecho en relación laboral se rige por el derecho aplicable al contrato de trabajo. Si el invento es patentable y todo lo relativo a la patente se rige por el derecho aplicable a la patente.

9. *Despido.* El derecho aplicable al contrato rige el despido, salvo interferencias de derecho

público local sobre despidos masivos, sobre protección de madres embarazadas contra despido, protección de discapacitados y de miembros de sindicatos. Estas normas pueden aplicarse exclusivamente cualquiera sea el derecho aplicable al contrato.

10. *Convenios colectivos.* Se ha entendido que el derecho que rige el contrato incluye convenios colectivos celebrados según aquel derecho, aún si el trabajo se cumple en otro país. Los convenios colectivos pueden contener una autolimitación de su esfera de eficacia.

Los efectos de las convenciones colectivas de trabajo están regidos por el derecho del lugar donde el trabajo se ejecuta (arts. 1209 y 1210, Cód. Civil y art. 3º, ley 20.744, modificada por ley 21.297). Sin embargo, para los contratos de trabajo regidos por el derecho de la sede ejecutiva de la matriz, tan sólo las convenciones colectivas allí vigentes resultan aplicables.

En cuanto a las huelgas de solidaridad entre trabajadores de diferentes países dentro del mismo grupo societario, al parecer resulta razonable la opinión de Knapp, según la cual la calificación y la licitud de dichas huelgas deben ser juzgadas por el derecho del lugar en que se producen ("Colloque international", cit., p. 238).

Por mi parte, declaro no haber profundizado suficientemente el estudio de este punto.

11. *Representación de los trabajadores en la empresa.* Lo expuesto sobre convenios colectivos parece regir también para esta representación. Según opinión prevaleciente estas normas son territoriales.

12. *Huelga y "lock-out".* El derecho del lugar de trabajo parece aplicable, cualquiera sea el derecho que rige el contrato.

13. *Derecho aplicable a la participación.* La participación puede comprender, entre otras modalidades de ella, la existencia de consejos o comités de empresa.

Si el derecho vigente en la sede de la sociedad matriz admite la participación en los órganos sociales (v. gr., República Federal de Alemania, Noruega, Países Bajos, Suecia), las filiales de países que no la conocen, ¿deben prever en sus estatutos la participación? Inversamente, si el derecho de la filial conoce la participación, ¿pueden los trabajadores de la filial participar en los órganos o consejos de la sociedad matriz?

La respuesta es negativa: a las normas sobre participación no se las extraterritorializa. Sería gravemente perturbador, en relación con la planificación económica y social, que un Estado admita en su territorio sociedades con participación excepcionales y sociedades sin participación ordinarias (art. 3º, ley 20.744, modificada por ley 21.297).

En lo que atañe a la participación en las ganancias, cabe igualmente negar extraterritorialidad a la participación. Desde luego, siempre habrá que estar atentos ante posibles maniobras fraudulentas de transferencias de beneficios más o menos ocultas. Pero este fraude requiere prueba, y sólo puede descubrirse en el país que concede la participación cuyo derecho se intenta evadir.

