

Capítulo IV

SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ESPACIALES DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

1. La solución directa de los conflictos de leyes de naturaleza laboral	121
2. La solución semidirecta de los conflictos de leyes de naturaleza laboral	136
3. La solución indirecta de los conflictos de leyes de naturaleza laboral en el derecho positivo brasileño.	143

CAPÍTULO IV

SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ESPACIALES DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

SUMARIO: 1. *La solución directa de los conflictos de leyes de naturaleza laboral: la uniformación del derecho del trabajo.*
2. *La solución semidirecta de los conflictos de leyes de naturaleza laboral: la uniformación del derecho internacional del trabajo.* 3. *La solución indirecta de los conflictos de leyes de naturaleza laboral en el derecho positivo brasileño.*

I. LA SOLUCIÓN DIRECTA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

En el desarrollo del capítulo II de este libro, tuvimos oportunidad de mostrar cómo, en determinadas situaciones, el derecho positivo de dos o más Estados tiende a adoptar normas semejantes o idénticas y cómo, en esos casos, queda resuelto, por exclusión, el problema de los conflictos espaciales de leyes.

Ese fenómeno —denominado uniformación *espontánea* del derecho positivo— no constituye un hecho reiterado, cabe reconocer, en la vida jurídica de los pueblos, por la diversificación inevitable que se opera, bajo el signo de la historia, en los tejidos sociales, económicos y políticos de cada comunidad nacional.

No obstante, ante los ejemplos que nos ofrece el derecho comparado, no es posible llegar al extremo opuesto de considerar al fenómeno de uniformación espontánea como un hecho teratológico en el plano jurídico.

Así como en el mundo físico hay una cierta constante fenomenológica, esto es, en idénticas condiciones ambientales el hecho se repite con las mismas características, también en el mundo social y jurídico, por un proceso semejante, cuando las condiciones del medio (en el sentido más

amplio de la expresión) se asemejan o equiparan el derecho *tiende a* encontrar, para los mismos problemas, las mismas soluciones.

Sin querer, naturalmente, equiparar el mundo social con el mundo físico, y sólo tomando esta referencia como imagen y como esfuerzo de comparación, repetimos que los hombres —y como los hombres las colectividades— cuando se encuentran en determinado estudio cultural o de civilización se inclinan a descubrir y utilizar, para alcanzar los mismos fines, los mismos medios e instrumentos.

Nada más natural, para el legislador, que es hombre y actúa en nombre de la comunidad que sentir la fuerza de esa tendencia: cuando legisla, muchas veces imita y, en ciertos momentos, reproduce —conscientemente o no— el derecho positivo extranjero.

Esa coincidencia entre las normas jurídicas en vigor en dos o más Estados, en síntesis, es lo que denominamos uniformación espontánea del derecho positivo, y ese fenómeno —que es uno de los modos de llegar al derecho uniforme— encuentra, naturalmente, ejemplos más numerosos en las disciplinas jurídicas que, por su propia naturaleza, se inclinan en el sentido de la universalización de sus normas.

Entre las ciencias jurídicas que revelan cierta *predisposición* para la uniformidad, merece ser señalado —y en posición que se vuelve cada vez de mayor relevancia— el derecho del trabajo. Y, por ello, podemos registrar dos aspectos divergentes y hasta cierto punto contradictorios del mismo problema: mientras el *comercio internacional* y, dentro de él, las migraciones laborales, contribuyen al crecimiento del número y de la complejidad de los conflictos espaciales de leyes del trabajo, la uniformación internacional del propio derecho del trabajo, una vez obtenida, es un elemento de contención, en el sentido de reducir cuantitativamente la incidencia práctica de aquellos conflictos.

Ese hecho ha sido escrupulosamente estudiado, no sólo por los que se dedican a la teoría general del derecho y al derecho de gentes sino, sobre todo, por los juslaboralistas, porque en realidad a ellos compete en primer lugar tratar los asuntos contenidos en la órbita de su objeto específico.

Como veremos, no se puede hablar hoy en día de la unificación del derecho del trabajo, en el sentido absoluto de esa expresión. Pero, en lo que concierne a la solución de los conflictos espaciales de leyes del trabajo, es imposible eludir el debate del tema, porque la uniformación del derecho del trabajo constituye, precisamente, la *solución directa* de los mencionados conflictos.

Si la idea de unificación del derecho positivo generalmente admite juicios escépticos en cuanto a su viabilidad práctica o a su conveniencia doctrinaria, también es cierto que, en lo que respecta al derecho del trabajo, por la naturaleza de la disciplina y por sus fines últimos, el problema sufre una nítida refracción, hasta que quedamos frente a una imagen que es, de algún modo, la deformación de la imagen anterior.

Diversos factores concurren para que el derecho del trabajo tienda a la uniformación internacional de sus normas y de sus principios.

En apego a los esquemas podemos decir que esos factores derivan de las condiciones personales del hombre y, simultáneamente, de las condiciones sociales, económicas y políticas de la comunidad.

Nos parece que el primer factor, realmente, es la condición personal del hombre como trabajador, dentro de la idea de que —válganos aquí la observación de Mario de la Cueva— el derecho del trabajo es una forma de realización del derecho del hombre a una existencia digna.¹⁷¹

En ese sentido, el jurista mexicano sienta el carácter *vital* del derecho del trabajo, en razón del cual el juslaboralista formula principios y el legislador crea leyes compatibles con la naturaleza del hombre.

Es de ahí, de la naturaleza vital del derecho del trabajo, enraizada en la condición humana, que se desenvuelve y fluye la tendencia de sus cánones y de sus normas a la unificación o uniformidad internacional.

En ese mismo orden de consideraciones, no es posible dejar en segundo plano el hecho de que el hombre es considerado por el derecho del trabajo, precisamente, en su condición de *trabajador*, y aquello que de modo más ostensible y profundo existe en el trato debido al hombre como trabajador, es la satisfacción de sus necesidades fundamentales.

Si, como sabemos, las necesidades individuales aumentan en función del mayor nivel de cultura de las personas y del mayor grado de civilización de la comunidad, es evidente que la uniformación del derecho del trabajo se torna más fácilmente realizable entre Estados que se encuentran en el mismo estadio del desarrollo.

Así, las condiciones económicas de determinado país o, más ampliamente, los complejos de su coyuntura social, van a determinar el mayor o menor avance de sus leyes laborales, y es de ese avance que, en último análisis, depende la uniformación o la diversificación del derecho del trabajo.

¹⁷¹ *Op. cit.*, vol. II, p. 227.

Como destacó en Brasil Evaristo de Moraes Filho —colocándose al mismo tiempo en la posición de sociólogo y de jurista— la *questión social* no es privativa de ningún país.¹⁷² No hay, por ello, ningún Estado que deje de ver en el derecho del trabajo un medio de amortiguar la lucha de clases, y no hay forma de escapar, asimismo, a la contingencia de usar, gracias a las lecciones del derecho comparado, para la regulación de hechos que son prácticamente los mismos, medios y fórmulas que fueron rodeados de éxito en la experiencia de otras naciones.

La *unidad* de la cuestión social (si se nos permite la expresión) es un motivo de *unificación* del derecho del trabajo, pero la posibilidad de adoptar una u otra orientación, cuando se legisla sobre la cuestión social, depende del grado de desarrollo de cada país y la *diversidad* de ese desarrollo es, a su vez, la causa de la *diversificación* legislativa que aún hoy se produce entre las normas laborales en vigor en los Estados modernos.

Tal diversificación, en principio, debería ser mucho más intensa de lo que es en la realidad, pues bien sabemos cuán profundos desequilibrios o desniveles existen en el desarrollo de los distintos países. Incide aquí, sin embargo, un elemento de orden político —que los internacionalistas han anotado—¹⁷³ y que deriva, en síntesis, del papel que el proletariado representa actualmente en la vida pública de cada Estado y, aun, en las articulaciones de la política internacional.

Fortalecido, defensor vigilante de sus intereses, hablando a través de organizaciones poderosas —tanto desde el punto de vista político como cultural—, el trabajador moderno está en posición de permanente *reivindicación*.

Así, aunque la etapa del progreso de cierta nación no sugiriese, en principio, la adopción de determinada medida protectora del trabajador indígena, el simple hecho de la consagración legislativa de esa medida en otro Estado estimularía la reivindicación de los obreros del país menos desarrollado, y esa reivindicación llega inevitablemente a los oídos y al corazón de los líderes —falsos o auténticos— de la vida política nacional.

Fue dentro de ese proceso que se generalizaron las normas sobre accidentes de trabajo, limitación de la jornada diaria, fijación del sala-

¹⁷² *Introdução ao direito do trabalho*, Rio de Janeiro, 1956, vol. II, p. 262.

¹⁷³ Tenório, Oscar, *op. cit.*, p. 332; Espínola y Espínola hijo, *Tratado . . .*, ya citado, vol. VIII-C, p. 1505.

rio mínimo y, más recientemente, sobre vacaciones, estabilidad en el empleo, descanso semanal remunerado, participación en el lucro de la empresa, etcétera.

Es así como, en cierto modo, lo jurídico es aborbido por lo político, hasta el punto de que las diversidades nacionales —que propiciarían profundas diversificaciones legislativas en el campo del derecho del trabajo— pierden gran parte de su fuerza. Esta quizá sería, al mismo tiempo, la mejor explicación del hecho bastante común de que incluso las leyes laborales más avanzadas no se ajusten a las condiciones particulares del país en que rigen.

Ese *desajuste* interno entre la ley y el hecho, sin embargo, es casi siempre la causa del *ajuste* entre la ley nacional y la ley extranjera, y contribuye, por tanto, a la unificación del derecho del trabajo.

Más importante, sin embargo, que la unificación *espontánea* del derecho positivo del trabajo, según nuestro modo de ver el problema, es la unificación *dirigida* de ese mismo derecho, que se promueve a través de tratados, convenciones y recomendaciones internacionales.

En este caso, empleando los conceptos establecidos en el capítulo II, ya no se produce un *proceso histórico* —de profundas raíces y repercusiones sociales, políticas y económicas— sino solamente un *proceso jurídico* exclusivamente técnico, o sea, un esfuerzo consciente y declarado en el sentido de conseguir que los distintos Estados adopten normas uniformes para la regulación del trabajo.

Es evidente, en la perspectiva de nuestro raciocinio, que esa uniformación dirigida puede considerarse como una *continuación*, en el plano puramente técnico del derecho, de la uniformación espontánea. Tal vez se pudiera decir: la uniformación espontánea deriva del equilibrio, más o menos acentuado, que existe entre las fuentes materiales del derecho del trabajo de cada país; la uniformación dirigida, es el esfuerzo consciente del jurista tendente a la unificación de las leyes, como fuentes formales laborales.

Si se considerase esta afirmación como excesivamente audaz, por lo menos no se podrá dejar de reconocer que la uniformación dirigida se ha vuelto —algunas veces— viable o accesible, por la circunstancia histórica que predispone a los diversos Estados a la unificación espontánea de sus leyes del trabajo.

No es otro el motivo por el cual —la observación es de Ernest Mahaim, en los comienzos de este siglo— después de la aparición de las primeras leyes laborales en los principales países europeos, nació también en

el espíritu de los trabajadores, de los gobernantes, de los legisladores y de los juristas, la preocupación por su progresiva y creciente *internacionalización*.¹⁷⁴

Sin pretender realizar el relevamiento histórico de los primeros esfuerzos en favor de la internacionalización o unificación del derecho del trabajo, no es posible omitir el papel que, en el desenvolvimiento de esos hechos, ejercieron ciertas personas y ciertas asociaciones.

Entre los precursores del movimiento en pro de la adopción en todo el mundo de normas laborales uniformes, pueden citarse dos nombres: Roberto Owen, en Inglaterra, y Daniel Legrand, en el continente europeo.

El primero tiene la posición de un verdadero precursor, en quien no faltan incluso matices de un idealismo más o menos desligado de la realidad y tan común entre los iniciadores. Fue Owen el autor del célebre memorial dirigido a la "Santa Alianza", en el cual, por primera vez, se levantó ante los ojos un tanto sorprendidos de los estadistas europeos el problema de la unidad de la clase obrera y de la conveniencia de unificar las normas que rigen la prestación del trabajo.

Legrand, adoptando una posición distinta, concluía —con gran repercusión entre los pensadores católicos— que parte de la cuestión social puede ser superada por el perfeccionamiento moral del propio hombre y, en ese sentido, se empeñaba activamente en una extensa tarea de organización obrera en pro de una legislación avanzada, justa y uniforme.

En cierto modo Owen y Legrand representaban desde el primer momento dos tendencias aún hoy presentes en la forma de encarar la cuestión social: así como Owen condujo a Marx, Legrand condujo a León XIII.

Los precursores, gracias a su actividad personal, propiciaron la aparición de las primeras entidades o asociaciones internacionales¹⁷⁵ y

¹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 183.

¹⁷⁵ Mencionamos sucintamente, como referencia histórica, las principales asociaciones internacionales creadas en el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX y que contribuyeron al desarrollo más o menos uniforme del derecho del trabajo en el mundo moderno.

En 1862, durante la "Exposición Industrial de Londres", casi por casualidad tuve oportunidad de presenciar un intercambio de ideas entre las delegaciones de trabajadores franceses e ingleses que habían concurrido a dicha exposición.

De ese intercambio directo —quizá el primero que se estableció entre delegaciones de trabajadores— surgiría, dos años después, en 1864, la "Primera Asociación Internacional de Trabajadores", que se volvió famosa bajo el nombre de "Primera Internacional".

No puede decirse que ella haya sido fundada por Karl Marx. No obstante, sin

la existencia de esas asociaciones, a su vez, facilitó la realización de importantes congresos que, aun antes de la Primera Guerra Mundial, se realizaron con frecuencia en Europa, a partir de 1890.¹⁷⁶

El momento decisivo de esa evolución histórica, cristalizó en el *Treatado de Versalles*, plenamente imbuido del espíritu de nuestra época y

duda Marx colaboró en su fundación, inclusive redactando sus estatutos e inspirando sus pronunciamientos (*Cfr.*, Banga, Roberto, Camblor, Héctor y Gutiérrez, Alfredo, *Derecho del trabajo*. Buenos Aires, 1952, p. 360).

La "Primera Internacional", en el preámbulo de los estatutos redactados por Marx, declaró textualmente: "La emancipación de los trabajadores no es un problema únicamente local y nacional; al contrario, tal problema interesa a todas las naciones civilizadas."

Los medios revolucionarios recomendados y el programa establecido por la "Primera Internacional" —más, tal vez, que su actuación efectiva— determinaron medidas represivas de parte de los gobiernos europeos, y esto contribuyó a su desaparición más o menos rápida.

En 1889, sin embargo, fue creada la "Segunda Internacional", hasta cierto punto para sustituir a la asociación anterior, dentro del mismo programa de acción y, de modo general, dentro del mismo programa ideológico, aumentado ahora por declaradas intenciones pacifistas y antimilitaristas.

En el año de 1914, durante el cual el mundo fue arrastrado a la guerra, puso punto final a sus actividades.

En 1900, durante los festejos conmemorativos de la transición del siglo, llevados a cabo en París, se promovió una reunión a la que comparecieron profesores, economistas y otros estudiosos de los problemas laborales.

Surgió de ese cónclave la primera organización cultural, o sea, sin fines manifiestamente políticos, en favor de la internacionalización del derecho del trabajo: fue la "Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores", que desempeñaría un valioso papel en el estudio de los problemas laborales y abriría una oportunidad para los congresos que, a partir de su fundación, se realizarían en Europa.

Muchas otras entidades podrían citarse, a partir de 1918; pero, como veremos, después de la Primera Guerra Mundial, la "Organización Internacional del Trabajo" centralizó la actividad unificadora de las leyes laborales.

¹⁷⁶ Según el registro de los historiadores, la primera iniciativa para la realización de un congreso internacional sobre derecho del trabajo partió de Suiza, con carácter oficial, en el año de 1888. Inclusive ya habían sido expedidas por Suiza invitaciones a las potencias europeas, cuando, en 1890, hasta cierto punto sorpresivamente, Guillermo II tomó la delantera de la iniciativa y —según se dice, colocándose al frente del propio Bismarck— convocó a las naciones europeas para el congreso internacional que en ese mismo año se llevó a cabo en Berlín.

El Congreso de Berlín debatió temas excesivamente numerosos, para los cuales los delegados de los distintos gobiernos no estaban preparados, tales como el trabajo de los mineros, la fijación de la jornada de trabajo, el contrato de los menores y de las mujeres. No se estableció entonces ningún compromiso internacional entre los participantes del congreso, quedando todo en el plano más o menos romántico de meras declaraciones de principios.

La mayor importancia histórica de ese cónclave está en la fecha de su realización: en el año anterior, 1889, fue creada la "Segunda Internacional" y Alemania, de

evidentemente preocupado por problema del desarrollo de la legislación del trabajo.¹⁷⁷ Dentro de esa orientación, gracias al *Tratado de Versalles*, nació la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque a partir de 1920 se han creado, y hasta hoy funcionan, diversas asociaciones científicas o de trabajadores de carácter internacional, desde la instalación de la OIT, corresponde a ésta centralizar la principal actividad unificadora del derecho del trabajo, a través de sus estudios y publicaciones, de su constante actuación y, en particular, de sus conferencias periódicas.¹⁷⁸

inmediato, se preocupó de tomar la iniciativa de la reformulación de las condiciones de trabajo. Se entraba en la última década del siglo xix y la nueva concepción de los gobernantes sobre los derechos del trabajador era prueba de que, en verdad, el siglo xix terminaba diez años antes del plazo previsto: los participantes en el Congreso de Berlín, aunque no lo supiesen, ya eran hombres del siglo xx.

Poco tiempo después, en 1897, casi simultáneamente se realizaron los congresos de Zurich y de Bruselas.

En el primero, se proclamó la conveniencia de pugnar por la internacionalización de las leyes laborales (Cardarelli Bringas, Alberto, *Derecho industrial y obrero* Buenos Aires, 1929, p. 168). De cualquier modo, a ese congreso —que no tenía carácter oficial— debemos algunas iniciativas importantes, como la publicación del *Annuaire de Législation du Travail* por el gobierno belga y la recomendación de que se creara una asociación internacional para la protección del trabajador (Antokoletz, Daniel, *Curso de legislación del trabajo*, Buenos Aires, 1927 vol. I, p. 117).

Más significativas, sin duda, fueron las reuniones promovidas en Berna por inspiración de la entidad creada en París, en el año de 1900. Usando una técnica excelente de planeación de los estudios a realizarse y limitando esos estudios a un temario verosímil, sus promotores convocaron, en 1906, a una reunión de técnicos y, en 1907, a una conferencia de los representantes diplomáticos de los distintos Estados.

A esos congresos concurrieron veinte países (número apreciable para la época) y, por primera vez, fue proclamada la conveniencia de la celebración de tratados que encarasen la uniformación del derecho del trabajo. En ese contexto, fueron aprobadas dos convenciones internacionales de alto valor histórico: la que prohibió el uso del llamado "fósforo blanco" en la fabricación de los palitos de fósforo y la que impidió el trabajo nocturno de la mujer en las actividades industriales.

El éxito alcanzado por las reuniones de Berna fue tan apreciable que, en 1913, nuevamente los técnicos se reunieron allí para estudiar otros problemas, tales como la fijación del límite de edad para los trabajadores menores y de la jornada de trabajo de los menores y de las mujeres.

El advenimiento de la Guerra de 1914, entretanto, impidió la convocatoria de los delegados gubernamentales, que estaba prevista para aquel año.

¹⁷⁷ Tratado de Versalles, parte XIII, secciones I y II; cfr., Scelle, *L'Organization Internationale du Travail*, París, 1930, pp. 45 y ss.; *Dix ans d'Organization Internationale du Travail*, Ginebra, 1931, pp. 9 y ss.

¹⁷⁸ Véase al respecto nuestro estudio "Evolução histórica da Organização Internacional do Trabalho", en *Revista da Facultade de Direito de Pelotas*, Porto Alegre, Octubre de 1958, pp. 67 y ss.

Después de la Segunda Guerra Mundial se realizaron —en un plano exclusivamente científico, de corte universitario— varios congresos internacionales de derecho del

Entre esas conferencias figuran también las llamadas “conferencias regionales” que, inclusive, han sido realizadas en varios países latinoamericanos.¹⁷⁹ Pero, desde el punto de vista de los Estados de este continente, interesa subrayar —a la par y por encima de las actividades regionales de la OIT— que otras iniciativas, puramente americanas, han contribuido para la unificación de las leyes laborales.

Las “Conferencias Panamericanas”, completamente desvinculadas de la OIT, aunque se dediquen al estudio de los problemas de interés general de América, en varias oportunidades entraron al examen de cuestiones laborales, o que se reflejan en el derecho del trabajo, desempeñando en ese terreno una función niveladora o, mejor dicho, de unificación.

En cierta forma en el contenido de la *Carta del Atlántico*,¹⁸⁰ tienen especial significación para nuestro estudio algunos instrumentos de notoria relevancia social adoptados en 1945 en la Conferencia de Chapultepec, tales como la *Carta Económica de las Américas*, la *Carta de la Mujer y del Niño* y, sobre todo, la *Declaración de Principios Sociales de América*, cuya importancia ha sido tantas veces recalculada.¹⁸¹

En ese mismo orden histórico, no es menor la importancia de la IX Conferencia Panamericana, reunida en Bogotá en 1948, después de diez años de inactividad.¹⁸² En esa oportunidad se aprobó la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* que, con sus 39 artículos, podría servir de soporte a una idea, audaz pero quizás viable en el futuro: la unificación del derecho del trabajo en América Latina, en el plano

trabajo (Turín, 1951; São Paulo, 1954; Ginebra, 1957; Bruselas, 1958; Lyon, 1962; Madrid, 1965; Lima, 1967; Sevilla, 1970; São Paulo, 1972; México, 1974; Venezuela, 1976; Munich, 1978; etcétera). Esos cónclaves, últimamente, han sido organizados por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y por organismos científicos de cuño universitario y ámbito iberoamericano.

Es de destacar también que, más o menos recientemente, la OIT reveló su preocupación por estimular los estudios doctrinarios de derecho del trabajo, creando un instituto de elevada investigación científica y que, ciertamente, podrá contribuir al perfeccionamiento de las leyes laborales de los diversos Estados.

¹⁷⁹ Chile, 1936; Habana, 1939; México, 1956; Montevideo, 1949, etcétera.

¹⁸⁰ Declaración conjunta del *premier* Churchill y del presidente Roosevelt el 14 de agosto de 1941.

¹⁸¹ Krotoschin, Ernesto, *Curso...*, ya citado, pp. 359-360.

¹⁸² La VIII Conferencia Panamericana se realizó en Lima, en el curso de 1938. Manuel Adolfo Vieira hace un estudio circunstanciado y preciso del papel del derecho internacional privado en el proceso de integración económica en América Latina, reuniendo informaciones y sentando principios que tienen especial importancia para nuestro estudio (“Le droit international privé dans le développement de l'intégration Latino-Américaine”, en *Recueil des Cours*, Leyden, 1970, vol. II, pp. 359 y ss.).

más alto de los conceptos fundamentales, con influencia, aunque limitada, sobre la legislación de cada país.

No se debiera considerar a esta posibilidad como excesivamente optimista, después del ejemplo dado por la *Carta Social Europea*, firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961, por nada menos que diecisésis países europeos cuyas condiciones internas eran notablemente diferentes, y que se constituyó un verdadero código común a todos los Estados que adhirieron a aquel instrumento internacional.¹⁸³

No será difícil ahora, usando esa perspectiva histórica y, a través de ella, contemplando la realidad actual, observar que la unificación del derecho del trabajo se realiza por tres caminos diferentes:

a) En primer lugar, señalamos los *tratados bilaterales*, que fueron, por motivos obvios, los primeros instrumentos internacionales adoptados en materia laboral.

Si son sólo dos los Estados contratantes, se torna mucho más fácil el acuerdo sobre los términos del tratado y, en la práctica, serán más viables sus normas.

Esos tratados bilaterales, en lo tocante a su contenido o, mejor, en cuanto a su extensión, pueden dividirse en dos tipos:

Hay tratados que disponen sólo sobre determinado aspecto del problema.¹⁸⁴ Aunque esas convenciones sean bastante más numerosas, existe un segundo tipo de tratados bilaterales, con el que se busca regir no sólo determinado aspecto de la prestación de servicios, sino la propia prestación de servicios, considerada en términos globales.

Uno de los ejemplos comúnmente citados para ejemplificar este tipo de convención es el *Tratado Franco-Italiano*, del 15 de abril de 1904, que declaró en el preámbulo, expresamente, tener por finalidad principal facilitar a los ciudadanos franceses e italianos que trabajen en

¹⁸³ La *Carta Social Europea* fue suscrita por los siguientes Estados: Alemania (República Federal), Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Turquía.

¹⁸⁴ Son de ese tipo las convenciones internacionales europeas de comienzo de este siglo sobre accidentes de trabajo (Bélgica-Luxemburgo, de 15 de abril de 1905; Francia-Bélgica, de 21 de febrero de 1906; Alemania-Holanda, de 27 de agosto de 1907; Francia-Gran Bretaña, de 3 de junio de 1909; Italia-Hungría, de 19 de junio de 1909); sobre seguros sociales (Alemania-Austria, de 19 de enero de 1905); sobre protección a los menores (Italia-Francia, de 15 de junio de 1910); sobre trabajadores migratorios (Francia-Gran Bretaña, de 20 de octubre de 1906) e, inclusive, sobre procedimiento y competencia en casos de accidentes de trabajo, como ocurrió en el tratado entre Italia y Suiza, durante la construcción del *Simplón*.

territorio de uno o de otro país, el goce de los beneficios derivados del seguro social y del cumplimiento de las medidas de protección al trabajo.

En esa misma línea de exemplificación, puede citarse el *Protocolo Adicional al Tratado de Itaipú*, adoptado por Brasil y Paraguay en materia laboral. En ese instrumento internacional —junto con diversas normas de sobrederecho, que buscan solucionar inevitables conflictos espaciales de leyes laborales en el área de construcción de la represa de Itaipú— se encuentran varias disposiciones con normas directas, de naturaleza laboral, que delimitan los derechos y obligaciones de los obreros contratados para la ejecución de esa obra.

b) De mayor alcance, por cierto, son los *tratados multilaterales*.

Aunque más raros, porque su celebración y su cumplimiento acarrean mayores dificultades prácticas, esos tratados han ganado últimamente notoria importancia en el ámbito internacional del trabajo, como consecuencia del fenómeno de *integración económica* en determinadas regiones del mundo.

El ejemplo típico de ese fenómeno de integración es el Mercado Común Europeo y, como en este ejemplo se observa, es lógico que la integración económica de varios Estados, pertenecientes a determinada zona geográfica, tenga inevitables implicaciones políticas, así como consecuencias jurídicas de inusitada importancia.

Entre las consecuencias jurídicas que naturalmente fluyen de esos pactos de integración económica, es evidente que surgen cuestiones de naturaleza laboral, muchas veces de difícil solución, que exigen especiales cuidados, como se puede apreciar a través del examen crítico del funcionamiento del Mercado Común Europeo en los últimos años.¹⁸⁵

Los actos multilaterales de carácter internacional y con implicaciones laborales, que derivan de esos fenómenos de integración económica, pueden exemplificarse con la Comunidad Económica Europea,¹⁸⁶ que tuvo

185 Tissier, Jacques, "Préoccupations des syndicalistes français face au Marché Commun" en *Revue du Marché Commun*, París, septiembre de 1958, p. 300; "Les premières mesures amorçant la libre circulation des travailleurs dans la Communauté Européenne", del mismo autor, en la misma revista, septiembre y octubre de 1961, pp. 327 y 368, respectivamente. Cfr., también Dedieu, Jean, "Marché Commun et sécurité sociale des travailleurs migrants", y la información titulada "La durée du préavis dans les six pays de la C.E.E.", en *Revue du Marché Commun*, respectivamente, febrero de 1959, p. 93 y mayo de 1958, p. 138.

186 Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, en el cual participaron Alemania (República Federal), Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

en mira, entre otras finalidades, la mejoría rápida del nivel de vida de los Estados contratantes. Dentro de los términos de esa convención, el Consejo de la Comunidad Económica Europea, el 25 de septiembre de 1958, adoptó el *Reglamento de la Previsión Social de los Trabajadores Migratorios*, estableciendo una serie de derechos y disponiendo la forma de evitar que el trabajador, al circular por el territorio de la Comunidad, pierda los beneficios provenientes de la legislación nacional que le era anteriormente aplicable.¹⁸⁷

Otro ejemplo es la *Carta Social Europea* —a que ya aludimos— firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961, y que dispone ampliamente, a través de 38 minuciosos artículos, sobre casi todos los problemas del trabajo, dictando normas uniformes que rigen en el territorio de los diecisésis Estados contratantes.

En la misma categoría, finalmente, pueden incluirse los tratados multilaterales americanos, que antes citamos.

c) En materia laboral se observa que, sobre todo a partir de 1919, con la creación de la OIT, el sistema de los tratados bilaterales se fue sustituyendo por el sistema de los tratados multilaterales. Esta, además, es la preocupación fundamental de la OIT: ampliar el radio de alcance de las convenciones internacionales celebradas bajo su patrocinio, como forma de conseguir que las cláusulas pactadas vinculen al mayor número posible de Estados.

No es otra la razón por la cual la actividad de la OIT se desarrolla dentro de límites más amplios que aquellos a los que llegan las convenciones multilaterales en general.

En lo que se refiere a los tratados multilaterales, en rigor, vinculan a los Estados que los suscriben y, según los intereses de los contratantes, pueden quedar *cerrados* a los demás gobiernos; las convenciones de la OIT permanecen *abiertas* a la adhesión posterior de otras naciones.

Ello otorga a la OIT, en el problema de la uniformación del derecho del trabajo, un papel que trasciende los límites de la mera multilateralidad de las convenciones internacionales: la labor de la OIT adquiere, no digamos un *carácter universal*, pero sí una característica definida, que es la de aspirar a la *adopción universal de sus convenciones*.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Cfr., Palermo, Antonio, *Legislazione sociale del lavoro* Turín, 1962 p. 124.

¹⁸⁸ Ver las colecciones de actos internacionales que la OIT publica periódicamente. Sobre el carácter *sui generis* de las convenciones de la OIT, cfr., Lyon-Caen, "Le droit international du travail", en *Revue de Droit Contemporain*, junio, 1938, p. 33.

Si tomamos en conjunto las tres líneas de orientación que acabamos de exponer, vemos que, partiendo de los tratados bilaterales, pasando por los multilaterales y llegando a la obra de la OIT, que ambiciona la reglamentación universal y uniforme del trabajo, se alcanza a percibir que esos tres círculos se superponen, en planos ascendentes, con radios que crecen cada vez más.

Hasta aquí, casi fotográficamente, nos limitamos a registrar la tendencia del derecho del trabajo a la uniformación y, los principales acontecimientos jurídicos producidos en el desarrollo de ese proceso.

No obstante, podemos repetir ahora —en relación con el derecho del trabajo— la pregunta que hicimos en el capítulo II, sobre la posibilidad efectiva y la conveniencia de la unificación de las leyes laborales.

Destacamos, desde luego, que no se puede pretender —al menos en la coyuntura actual del mundo y en el grado de la evolución jurídica en que nos encontramos— la uniformación *total* y *absoluta* de cualquier rama del derecho positivo.

La situación es análoga a la enfrentada hace años por los juristas, en lo que respecta a la internacionalización del derecho comercial. Aunque esa ciencia jurídica sea mucho más antigua que el derecho del trabajo y ofrezca condiciones excepcionales que favorecen la tesis de su internacionalización, las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931, sobre el comercio y sus efectos, confiaron la mayor parte de los problemas atinentes a esa materia al legislador interno de cada país.

Es exactamente eso lo que se ha hecho en la gran mayoría de las convenciones internacionales de contenido laboral: fijan los principios de orden general, entregando al legislador nacional la tarea de disponer sobre las particularidades de cada asunto, pues la experiencia diplomática revela que es más fácil el acuerdo sobre los puntos generales del debate que sobre los detalles a través de los cuales se llega a la ejecución práctica de los principios.

La propia OIT reconoce actualmente la imposibilidad de la uniformación absoluta del derecho del trabajo y, más de una vez con carácter oficial, proclamó esa circunstancia en términos categóricos.¹⁸⁹

¹⁸⁹ "Note sur les méthodes suivies dans le domaine de l'unification du droit", Roma, 1957, p. 142 (relatorio presentado a la reunión de las organizaciones que estudian la unificación del derecho, realizada en Barcelona); "Les problèmes du travail et le droit international privé", en *Actes...*, ya citado, p. 319 (relatorio general presentado al II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, realizado en Ginebra).

Esa imposibilidad material deriva, sobre todo, de la diversidad que existe en la formación histórico-social de los diferentes pueblos, de los matices de su presente y, también, de la variedad de sus aspiraciones.

Aun cuando otros factores, a que aludimos anteriormente, aminoran las divergencias legislativas que en principio deberían existir, esas divergencias, si bien menos numerosas de lo que sería de esperar, subsisten e impiden la unificación absoluta y total del derecho del trabajo. El problema, pues, es *intrínseco*: la imposibilidad de la unificación completa y absoluta reside en la historia de nuestra época, en el inicio de nuestras concepciones jurídicas y se coloca lejos, bastante lejos, de las técnicas legislativas de que disponemos en el presente.

El sentido, entonces, de esta expresión *—unificar el derecho del trabajo—* es más restringido de lo que parece a primera vista y sólo adquiere realmente significado cuando admitimos que la unificación se reduce a la adopción de ciertos principios de protección al trabajador, que constituyen la *línea inferior* o *límite mínimo* establecido por el consenso universal para las legislaciones internas sobre el trabajo.

Por encima de esa línea inferior, sin embargo, ha de estar abierto y franqueado al legislador nacional el campo de las deliberaciones que, en la práctica, traspasan aquel límite mínimo.

Aun en estos términos, no son pequeñas las dificultades que surgen en la tarea unificadora, creadas, incluso, por la crítica de muchos autores.

Están los que ven en la tesis de la unificación del derecho del trabajo un expediente peligroso, que puede ser utilizado para fines de concurrencia desleal entre los Estados: la elevación acentuada del nivel de protección al trabajador, estimulada por los países ricos, puede arrastrar a los Estados pobres al caos y a la destrucción económica.¹⁹⁰

Pero, por otro lado, casi contrariamente, se podría argumentar que la unificación perjudica el avance del derecho interno. Una vez establecido un *patrón internacional*, nacerá la natural resistencia de los intereses locales contra cualquier innovación que, para proteger al trabajador, quiebre tal patrón.

Por servir, de dique al desarrollo normal del derecho del trabajo, o por perjudicar las fecundas innovaciones que nacen del derecho interno, la unificación difícilmente es perdurable; o el derecho interno es *detenido* por la unificación —y en ese caso ésta puede asfixiar el ideal de protección al trabajador— o, al contrario, el derecho interno supera

¹⁹⁰ Courtin, *L'Organization Permanent du Travail et son action*, París, 1923, p. 11.

la barrera de la unificación y, en esta última hipótesis, queda destruida la uniformidad del sistema.

Éste es el dilema: la rápida evolución normativa del derecho del trabajo no se compagina con la unificación rígida de sus normas; y la unificación maleable, susceptible de inmediatos ajustes, no tendría la eficacia que se quiere atribuir a la unificación, perdurable por su propia naturaleza.

Hay otro punto, aún, a tratar, estudiado por la doctrina especializada hace varios años: la legislación del trabajo debe elaborarse siempre teniendo en cuenta la protección del interés del trabajador, en armonía con el interés colectivo. La protección al trabajador no debe evitar, pues, la preservación del interés nacional, y no siempre resultará fácil, a través de la uniformidad de las leyes, yuxtaponer esos dos intereses.¹⁹¹

En otras palabras: la unificación del derecho del trabajo se basa en la idea de dar protección a los trabajadores de todo el mundo en condiciones iguales, por la similitud que hay en la situación económico-social de todos ellos.

Pero, igualmente deberá considerar el interés de cada nación, o comunidad independiente, y ello en la práctica no es posible, por la multilateralidad de las medidas de unificación.

Además, como subrayamos anteriormente, sobre las normas uniformes inciden al mismo tiempo la actividad del legislador nacional y la interpretación del juez.

El legislador, evidentemente, siempre que tenga oportunidad, superará los límites marcados por la norma unificada, sobre todo en materia de protección social, a pesar de las eventuales resistencias ofrecidas a su esfuerzo por los intereses opuestos.

La jurisprudencia de los tribunales, a su vez, pone sobre cada norma la tónica de su modo de interpretarla, hasta el punto de admitirse que la misma regla sea entendida y aplicada de forma distinta en dos países diferentes, así como en un mismo país, muchas veces, la misma ley es interpretada de manera diversa por dos tribunales.

Estos poderosos factores restringen los efectos niveladores de la unificación del derecho del trabajo, aun cuando ésta sea limitada y parcial: limitada en cuanto a la extensión del área geográfica en que se realiza, parcial en cuanto a las materias comprendidas en el acto unificador.

No obstante, los numerosos ejemplos prácticos que citamos demues-

¹⁹¹ Vabre, *Le droit international ouvrier*, París, 1933, p. 9.

tran cómo, a pesar de todas esas dificultades, ha sido posible, aquí y allá, obtener la unificación, aunque relativa, de algunas leyes laborales. Cuando ello ocurre es innegable que disminuye la posibilidad práctica de los conflictos en el espacio de esas leyes. Por consiguiente, tenemos aquí la confirmación del aserto de Ennis: cuando el derecho internacional público avanza en la conquista de la uniformación del derecho del trabajo, el derecho internacional privado retrocede, por reducirse la superficie de su reino.^{191-a}

En realidad, ese retroceso está muy lejos de ser una retirada campal, pues la unificación del derecho del trabajo, en la forma en que la conocemos y en el que la podemos realizar, no impide la formación de los conflictos espaciales entre las normas del propio derecho del trabajo.

2. LA SOLUCIÓN SEMIDIRECTA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

Siguiendo la terminología que empleamos anteriormente, la solución semidirecta de los conflictos de leyes en el espacio consiste en la unificación o unificación del derecho internacional privado y no del derecho sustantivo.

A través de la unificación del derecho sustantivo —como también tuvimos oportunidad de observar— se evita la formación del conflicto de leyes. Por la vía de la unificación del derecho internacional privado o, en términos genéricos, del sobrederecho, no se impide la formación de los conflictos, pero se indica la *solución uniforme* para los mismos, en todos los países.

Aplicando esa noción elemental al caso específico de los conflictos en el espacio de leyes de naturaleza laboral, apreciamos que la solución indirecta consiste en la uniformación de las reglas que solucionan esos conflictos, o sea —si quisiésemos decirlo con las reservas formuladas en el último párrafo del capítulo que antecede— la uniformación del derecho internacional del trabajo.

No cabe duda de que la posición anterior (unificación del derecho sustantivo del trabajo) es mucho más ambiciosa que la unificación del sobrederecho laboral; ésta, por consiguiente, debido a su menor amplitud, es más fácil de realizar.

^{191-a} *Op. cit.*, p. 557.

A pesar de eso —o quizá por eso mismo— al revés de lo que ocurre con el problema de la uniformación del derecho del trabajo, las tentativas de unificación de las normas que resuelven los conflictos especiales de leyes del trabajo, excepción hecha de lo que tiene relación con la previsión social, no son, hasta hoy, muy numerosos, y las fuentes informativas a este respecto continúan siendo más o menos escasas.

Si procuramos trazar el desarrollo histórico del problema a través de las tentativas de unificación de las reglas sobre conflictos de leyes laborales, el punto de partida debe ser el proyecto de codificación aprobado por la Asociación de Derecho Internacional, en Viena, en el año de 1926.

En ese proyecto se intentó la unificación de las normas relativas a los conflictos de leyes en general, y se insertaron ciertas reglas que atañen a los *contratos individuales de trabajo*.

El referido proyecto colocó al contrato de trabajo —tal vez como consecuencia de una imprecisión conceptual, común en la época, a propósito de los institutos laborales— al lado del contrato de compraventa y de locación de servicios. Al hacerlo, puso a esos tres contratos bajo la incidencia de dos principios generales:

a) La ley competente, según el proyecto, dejará de ser aplicable siempre que las partes así lo establezcan claramente.

b) Además, los preceptos del proyecto dejarán de ser aplicables en algunos casos especiales, como aquéllos en que se aprecia la capacidad de las partes y la forma de los actos jurídicos, o cuando se pudiese invocar, contra la aplicación de la ley indicada, el principio del orden público u otra excepción en que se admite la elección de la ley aplicable, según el criterio de la voluntad de las partes interesadas.^{191-b}

La consagración de esos dos principios fundamentales, plenamente aplicables al contrato individual de trabajo, según el proyecto de Viena, es suficiente para revelar que el espíritu del proyecto era consagrar la teoría de la autonomía de la voluntad y, al mismo tiempo, fijar los límites de su campo de aplicación, como bien se destacó en el Relatorio General de la OIT al II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo.¹⁹²

Establecidos esos dos preceptos, la regla de la ley aplicable al con-

^{191-b} *Revue de Droit International Privé*, 1927, pp. 315 y ss.

¹⁹² *Actes . . .*, p. 362.

trato de trabajo, en el sistema del proyecto de Viena, es la *ley del lugar de ejecución del contrato*.

Pero al mismo tiempo, el proyecto abre dos hipótesis diferentes y, en verdad, especiales:

La primera es la relativa a los trabajadores marítimos y aéreos. A título de excepción, en estos casos, no se remite a la ley de ejecución del contrato y —aunque el proyecto no adelante cuál sería la ley competente— la opinión generalizada de los autores se inclina por la *ley del pabellón*.

La segunda excepción se da en la hipótesis en que el servicio se realiza en diferentes lugares y, para esos casos de indeterminación del foro de ejecución del contrato, el proyecto indica como ley competente, la ley de la parte que ejecuta el servicio; o sea, la *ley del trabajador* y no la ley del lugar en que la empresa tenga su sede, como sería de esperar.¹⁹³

Más importante, tanto desde el punto de vista histórico, de la amplitud de sus disposiciones, como de la precisión de sus preceptos, es el proyecto del Instituto de Derecho Internacional sobre la codificación de las normas relativas a los conflictos de leyes que atañen a los *contratos individuales de trabajo*, aprobado por la sesión plenaria de aquel organismo, en la reunión de 1937, realizada en Luxemburgo.

Esa nueva tentativa —de mucho mayor envergadura científica— sobre pasó de manera sensible al proyecto de Viena. Aquí, más de una vez, el Instituto de Derecho Internacional contribuyó valiosamente al progreso de los estudios internacionales, manteniendo su posición de vanguardia en las investigaciones pertenecientes a su esfera de acción.

El proyecto aprobado por el Instituto de Derecho Internacional es muy minucioso, desciende a detalles y ofrece ciertas soluciones que, por supuesto, podrían no ser aplicadas pero, aún hoy, más de cuarenta años después, en gran parte continúan adoptándose o, cuando ello no ocurre, mantienen su validez como precioso antecedente para el estudio de la unificación de las reglas sobre los conflictos de leyes del trabajo.¹⁹⁴

De un modo hasta cierto punto sumario, y procurando enfocar sólo las cuestiones que nos parecen esenciales dentro de la esquematización

¹⁹³ Relatorio General de la OIT, *loc. cit.*, p. 363.

¹⁹⁴ Véase el texto del proyecto, en *Anuaire de L'Institut de Droit International*, 1937, vol. 40, pp. 190 y ss. Consultese, asimismo, el importante proyecto de Frankenstein, artículos 484 a 492 (*Projet d'un Code Européen de Droit International Privé*, Leyden, 1950).

más conveniente al desarrollo de nuestro estudio, encontramos en el proyecto de Luxemburgo reglas sobre tres aspectos fundamentales de los conflictos de leyes relativas a los *contratos de trabajo*:

I. En cuanto a la *capacidad de las partes*, se adoptó el principio de la *ley personal* de los contratantes. Pero, a esa regla genérica, el proyecto atribuyó excepciones, salvando las hipótesis en que esa disposición choque con preceptos prohibitivos y reglas de policía vigentes en el lugar de *ejecución del contrato*.

II. En lo que se refiere a la *forma del contrato*, se usó el principio de *lex loci regit actum*. Aunque no se haya previsto en ese caso alguna excepción propiamente dicha, la regla fue, por así decir, completada por la exigencia de que las formalidades impuestas por el derecho positivo del país de la ejecución del contrato sean también tomadas en cuenta en el acto de su celebración.

III. El proyecto del Instituto de Derecho Internacional entró, verdaderamente, en los minuciosos meandros de los conflictos de leyes sobre contratos individuales de trabajo, al disponer sobre el *contenido* de esos contratos.

La multiplicidad de normas del proyecto impide el examen minucioso de los diversos artículos aprobados. Pero, a *vol d'oiseau*, es posible destacar algunos aspectos que nos parecen relevantes:

- a) El contrato será *válido* según la *lex loci contractus*.
- b) Los *efectos del contrato* se regirán por las leyes en vigor en la *sede de la empresa* o en el lugar de la residencia del empleador, salvo la libre manifestación de voluntad de las partes en sentido contrario, cuando esa manifestación no choque con las leyes imperativas.
- c) La *interpretación* del contrato se regirá por la *ley escogida* por los propios contratantes o, ante el silencio de éstos, por la ley del lugar de *radicación* de la empresa o del lugar en que *reside* el empleador.
- d) En la *rescisión* del contrato individual de trabajo, finalmente, será indispensable distinguir dos hipótesis: para las causas legales de rescisión del contrato, se aplicará la ley del *lugar de ejecución del propio contrato*; para las causas previstas y estipuladas por las partes, se aplicará la ley *elegida*, a través del ejercicio soberano de la autonomía de la voluntad reconocida a los contratantes.

No fue solamente en la extensión, precisión y corrección de sus pre-

ceptos que el proyecto de Luxemburgo aventajó al de Viena. El estudio del Instituto de Derecho Internacional abarcó, dos aspectos que pasaron inadvertidos en los debates y en las conclusiones de Viena: el problema laboral de la *navegación* (no solamente marítima y fluvial sino también aérea) y el problema de los *convenios colectivos de trabajo*.

Sobre este último punto, por la originalidad que los convenios colectivos representan en la ciencia jurídica del siglo XX, queremos subrayar que el proyecto de Luxemburgo adoptó el principio de la aplicabilidad de la convención del lugar de ejecución del trabajo, siempre que la ley local le atribuya efectos *erga omnes*; o la ley competente, dentro de la sistemática del proyecto, en los casos en que la ley local restrinja los efectos del convenio colectivo a los trabajadores y empleadores que participaron en su elaboración, directa o indirectamente, o sea, a través de las deliberaciones de sus sindicatos.

Ni el proyecto de Viena ni el de Luxemburgo, sin embargo, devinieron normas obligatorias. Quedaron apenas como referencias históricas e indicaciones doctrinarias, marcando rumbos posibles en cuanto a la unificación de los preceptos aplicables a los conflictos de leyes relativas a los contratos de trabajo.

En ese sentido, ambos quedaron atrás del Código Bustamante, ratificado por numerosos Estados americanos y que unifica, a través de su artículo 198, el criterio de aplicación de las leyes de protección social del trabajador y de accidentes de trabajo.

En lo referente a la unificación de las reglas sobre conflictos de leyes en materia de *accidentes de trabajo*, se observa la aparición, entre las cláusulas de los históricos tratados bilaterales sobre el tema, de normas claramente uniformadoras.

En esas convenciones, la regla general fue la de hacer aplicable la *ley del lugar del accidente*. Asimismo fueron admitidas excepciones a ese principio, en los casos en que el trabajador prestase servicios en varios países (empresas de transporte) o cuando el mismo se encontrase en el extranjero con carácter temporario, por plazo inferior a seis meses.¹⁹⁵

Conforme señalamos en el capítulo precedente, el problema jurídico de los accidentes de trabajo, en algunos países, fue transferido del ám-

¹⁹⁵ Bélgica-Luxemburgo, de 15 de abril de 1905; Francia-Bélgica, de 21 de febrero de 1906; Francia-Gran Bretaña, de 3 de julio de 1909. Ver, asimismo en el plano de los actos multilaterales de aspiración universal, la Convención núm. 19 de la OIT de 1925.

bito del derecho del trabajo *stricto sensu* al área de la previsión social; vale decir, transfiriendo el *onus directo* de las reparaciones debidas en virtud del accidente, de la persona del empleador a los órganos de la previsión social que, generalmente, son órganos del Estado. Es lo que actualmente ocurre en Brasil.

Así esos tratados y convenciones, poco a poco, fueron perdiendo su significación, y el problema fue abarcado casi siempre por las llamadas *convenciones generales* sobre previsión social.¹⁹⁶

Finalmente, en lo tocante a la *previsión social*, se advierte que, aunque ella sea de formación jurídica más reciente que el propio derecho del trabajo, la elaboración de sus principios o reglas de unificación de normas que resuelven los conflictos entre sus leyes ha avanzado con mayor rapidez en el plano internacional.¹⁹⁷

La unificación del sobrederecho de la previsión social fue objeto de diversos tratados y, en particular, de múltiples convenciones de la OIT, en que se aprecia que la orientación general y uniforme es la aplicación de la *ley del lugar de trabajo*.¹⁹⁸

Esa regla, sin embargo, no ha sido considerada inflexible, dentro de la preocupación por garantir la *continuidad* de la protección de la previsión social concedida al trabajador, continuidad ésta que debe ser asegurada, especialmente cuando el trabajador emigra a través de varios Estados.¹⁹⁹

En ese sentido nos podemos remitir, una vez más, al *Reglamento de la Previsión Social de los Trabajadores Migratorios*, aprobado por el Consejo de la CEE en 1958, y a la *Carta Social Europea*, mediante la cual los contratantes se comprometieron a adoptar medidas —a través de acuerdos bilaterales y multilaterales o por otros medios juzgados convenientes— en el sentido de obtener la concesión, la garantía o el

¹⁹⁶ Cfr., Relatorio General de la OIT, en *Actes...*, pp. 384 y ss.

¹⁹⁷ Freyria, Charles, Relatorio francés en *Actes...*, p. 468.

¹⁹⁸ Véase sobre seguro de vejez, las Convenciones núms. 35 y 36; sobre seguro de invalidez, las Convenciones núms. 37 y 38; sobre seguro de muerte, finalmente, las Convenciones núms. 39 y 40, todas aprobadas en la decimoséptima reunión de la OIT, de 1933. En lo referente al seguro de desempleo, Cfr., el convenio del 15 de septiembre de 1955, entre los siguientes Estados: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia, Noruega. En el mismo sentido, más recientemente: Reino Unido-Israel, de 29 de abril de 1957; Alemania (República Federal) -Reino Unido, de 20 de abril de 1960; Proyecto de Convención Europea sobre Previsión Social (trabajadores migratorios), aprobado por los técnicos reunidos en Ginebra, en marzo de 1957.

¹⁹⁹ Véase al respecto, *Código Internacional del Trabajo*, vol. I, artículo 731, nota 278, que contiene la relación de los acuerdos que hacen excepción a la regla aludida en el texto (publicación de la OIT).

restablecimiento de los derechos de la previsión, inclusive efectuando el cómputo de los períodos de seguro o de trabajo cumplidos por el obrero según la legislación interna de cualesquiera de las partes.²⁰⁰

A pesar de que podamos referir todas estas medidas adoptadas en pro de la unificación de las reglas que resuelven los conflictos de leyes laborales, aún se discute —como ocurre en la teoría general del derecho internacional privado— la posibilidad o la conveniencia de esa unificación.

Inciden aquí, naturalmente, todas las dificultades y todas las controversias a que aludimos al examinar el problema en su aspecto genérico. Pero, al mismo tiempo, no se puede dejar de reconocer y de proclamar que sobre este particular hay algo de nuevo, surgido de los hechos de la vida internacional y captado por los juristas, gracias a la sensibilidad intelectual que se adquiere a través de la experiencia y de la meditación.²⁰¹

Cerramos, por eso mismo, esta parte de nuestro estudio repitiendo el pensamiento oficial de la OIT a propósito de esas tendencias que se descubren, a través de muchas dificultades, en la línea distante del horizonte jurídico contemporáneo:

*Il semble qu'il y ait, à l'heure actuelle, certains éléments favorables à une codification internationale sur laquelle, dans différents pays, l'attention paraît se porter. On peut signaler à cet égard la défaveur dont sont l'objet les critères fondés sur la nationalité commune des parties et le lieu de conclusion du contrat, et l'orientation très nette du mouvement doctrinal vers le rattachement du contrat de travail à la loi du dieu d'execution ou à celle du siège de l'entreprise. Le rejet du critérium fondé sur la nationalité, en particulier, permet un rapprochement entre les droits continentaux et le droit anglosaxon dans lequel la loi nationale n'est pas admise comme principe général de rattachement. D'autre part, l'éclétisme de la jurisprudence que, un peu partout, a tendance à invoquer simultanément plusieurs circonstances susceptibles de justifier la compétence législative, pourrait faciliter l'accord sur le choix d'un d'entre eux. Enfin le développement du droit conventionnel dans des domaines voisins, et notamment dans celui de la sécurité sociale, peut constituer un encouragement et un exemple.*²⁰²

²⁰⁰ Artículo 12, inciso 4, literal b.

²⁰¹ Freyria Charles, Relatorio francés, y Malinotoppi Antonio, Relatorio italiano, en *Actes...*, pp. 468 y 481, respectivamente.

²⁰² *Actes...*, p. 365.

Parece que existen, en el momento actual, ciertos elementos favorables a una codificación internacional, sobre la cual se detiene la atención, en diferentes países.

3. LA SOLUCIÓN INDIRECTA DE LOS CONFLICTOS ESPACIALES DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL EN EL DERECHO POSITIVO BRASILEÑO

En vista de que no se puede pensar en la uniformación del derecho sustantivo en términos absolutos y de no haberse logrado hasta el presente la unificación definitiva y completa del sobrederecho, la solución de los conflictos espaciales de leyes se consigue por vía indirecta, es decir, mediante la indicación de la ley competente para regir determinado hecho por el derecho interno de cada país; o sea, a través del sobrederecho del Estado.

Esa es la razón por la cual el papel del derecho internacional privado, junto con otras ramas del sobrederecho, tiene tanta relevancia en el mundo moderno: en última instancia, a él se le pide la solución de los conflictos espaciales de leyes.

Siendo el derecho internacional privado parte integrante del derecho interno de cada país, no es posible, en un estudio de la naturaleza del presente, hacer el examen de las soluciones recomendadas y adoptadas en cada Estado para resolver los conflictos en el espacio de leyes de naturaleza laboral.

No hay duda de que se puede reconocer en una tarea comparativa de esa naturaleza y de tal magnitud, utilidad práctica e importancia cultural, sobre todo cuando quisiéramos utilizar los elementos de información hallados a través de ese método de investigación para examinar a fondo las soluciones encontradas por el derecho interno de nuestro propio país.

No es fácil conciliar las ventajas de esos dos métodos de examen del mismo asunto. Para intentarlo será preciso establecer, a la luz de la doctrina internacional y de los ejemplos del derecho extranjero, los principales criterios señalados para solucionar los conflictos entre

Se puede señalar a este respecto la desconfianza que suscitan los criterios fundados en la nacionalidad común de las partes y en el lugar de conclusión del contrato, y la orientación muy neta del movimiento doctrinario en el sentido de vincular el contrato de trabajo a la ley del lugar de ejecución o a la ley del lugar de ubicación de la empresa. El rechazo del criterio fundado en la nacionalidad, en particular, permite una aproximación entre los derechos continentales y el derecho anglosajón, en el cual la ley nacional no es admitida como principio general de vinculación. Por otro lado, el eclecticismo de la jurisprudencia, que tiene la tendencia a invocar simultáneamente múltiples circunstancias susceptibles de justificar la competencia legislativa, podría facilitar el acuerdo sobre la elección de uno de ellos. Por último, el desarrollo del derecho convencional en los dominios vecinos, y especialmente en el de la seguridad social, puede constituir un aliciente y un ejemplo. (Traducción del texto en francés; n. de la t.)

leyes del trabajo y, después, por el prisma de esos criterios generales, observar cómo esos conflictos han sido resueltos por el derecho positivo brasileño.

I. Solución de los conflictos de leyes relativos a los contratos individuales de trabajo

Siguiendo la orientación dada por la mayor parte de los juristas que se han detenido en el estudio del problema de los conflictos de leyes relativas al contrato individual de trabajo, podemos dividir la exposición, en este punto, señalando las soluciones encontradas sucesivamente en cuanto al estado de las personas, en cuanto a las formalidades de acto y en cuanto al contenido del contrato de trabajo.

En esas tres facetas del problema, encontraremos las formas principales —ya sea desde el punto de vista práctico, ya desde el punto de vista doctrinario— de los conflictos de leyes relativos al contrato individual de trabajo.

a) La ley que rige el *estado de la persona* es, comúnmente, la ley personal. Este principio puede considerarse una regla de derecho internacional privado, restando, naturalmente, el problema de saber si la ley personal es la de la nacionalidad o la del domicilio de la persona.

Con relación a este estudio, no se encuentra en ese debate el nudo del problema: la cuestión principal reside en la circunstancia de que el pensamiento dominante es el de que, en relación al estado de las personas y, en particular, a la capacidad de las partes, los problemas de los conflictos de leyes sean resueltos en la esfera laboral por los preceptos y principios generales del derecho internacional privado.²⁰³

Ello puede considerarse, *formalmente*, una consecuencia del hecho de que la ley laboral, en general, nada dispone al respecto, forzando al intérprete a aplicar subsidiariamente la ley común; pero también puede considerarse un problema *sustantivo*, porque la actitud del legislador deriva de que no se considera necesaria la formulación de reglas especiales, porque los principios comunes del derecho internacional privado solucionan satisfactoriamente, con cierta uniformidad, todos los conflictos de leyes sobre capacidad, inclusive en el plano de las relaciones del trabajo.²⁰⁴

²⁰³ Barassi, Ledovico, *Il diritto del lavoro*, Padua, 1998, vol. I, p. 299.

²⁰⁴ Durand, Paul y Jaussaud, R., *Traité...*, ya citado, vol. I, p. 213.

Es cierto que a esa regla pueden oponerse, a título de excepciones, algunos ejemplos de derecho comparado, como la orientación adoptada por la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos de Norteamérica y de Gran Bretaña, que abandonan —en materia de capacidad de las partes del contrato individual de trabajo— el principio de la ley personal y consagran el principio de la ley del lugar del contrato.²⁰⁵

En la práctica, en la mayoría de los casos el trabajador contrata su servicio y lo ejecuta en el país en que está domiciliado. La tendencia general es hacer coincidir el domicilio con el foro de la ejecución del trabajo. Pero, como a esa regla se oponen situaciones especiales, la orientación de la jurisprudencia anglosajona merece ser estudiada.

A la par de ello, la doctrina anota ciertas hipótesis en que la aplicación de la ley personal crea serias trabas al trabajador.

Muchas veces la ley local es más blanda y favorable al trabajador que la ley extranjera; por ejemplo, en lo tocante a la autorización para que el incapaz celebre contrato individual de trabajo. En ese caso, si los representantes legales de los incapaces se encuentran en el extranjero o en lugar incierto, las dificultades prácticas para la aplicación de la ley personal pueden ser tremendas en la vida del obrero.

Los menores y las mujeres casadas (cuando son consideradas incapaces) pueden no haber cumplido el límite de edad para celebrar el contrato, o depender de la venia marital, según sus leyes personales; mientras que, por la ley del lugar de trabajo, están autorizados a realizar libremente la prestación de servicios.

Son situaciones *sui generis*, en que la *lex loci executionis* es más favorable y socialmente más justa, motivo por el cual Lanfranchi se apresuró a decir que, en esos casos y en otros semejantes, se debe aplicar la *lex loci executionis*.²⁰⁶ No fue otra la razón por la cual, en el relatorio de la OIT al congreso de Ginebra, se admitió que en las situaciones excepcionales a que aludimos se pueda, inclusive, *presumir* que el menor o la mujer casada tengan *autorización tácita* de su padre o de su marido para celebrar el contrato de trabajo, aplicándose provisionalmente la ley local; o sea, hasta el momento en que se suscite una oposición expresa por parte del representante del incapaz, según la ley personal de este último.²⁰⁷

²⁰⁵ Amílcar de Castro, *op.cit.*, vol. II, p. 228.

²⁰⁶ Lanfranchi, *op.cit.*, p. 29.

²⁰⁷ En *Actes...*, p. 356. El Relatorio General de la OIT, en ese punto, se remite a las observaciones de Yanguas-Messia, en *Annuaire de L'Institut de Droit International*, 1936, vol. 39, tomo I, p. 405.

No vemos, sin embargo, forma de impedir el razonamiento inverso, que demuestra, asimismo, que la *lex loci executionis* se puede tornar más desventajosa para el trabajador y para el orden social que la ley personal del contratante: cuando la ley del lugar exige el cumplimiento de requisitos rigurosos y nocivos a los intereses del trabajador, desconocidos por la ley personal, ¿cómo se solucionará el problema?

Si ello ocurre, naturalmente, no se podrá pensar en la aplicación de la ley del lugar de trabajo, por equidad o espíritu de protección social.

Ahora bien: la variabilidad de la solución —en los moldes actuales del derecho internacional privado— no puede admitirse, porque en el derecho positivo moderno no fue consagrado el criterio de la aplicación de la ley más favorable al trabajador, a que nos referimos oportunamente.

Todos estos problemas, pues, se agotan en el campo de la especulación doctrinaria o de las construcciones jurisprudenciales.

Desde el punto de vista del derecho positivo brasileño, la regla es inequívoca: "La ley del país en que se domicilia la persona determina las reglas sobre el contenido o el fin de la personalidad, el nombre, la capacidad y los derechos de familia."²⁰⁸

En cuanto a los contratos individuales de trabajo, al no existir norma especial, la solución es la misma que señalamos en la parte final del capítulo II: el estado de las personas se rige por la ley de su domicilio, aplicándose por tanto la ley nacional o la ley extranjera, según el contratante esté domiciliado en Brasil o en otro Estado.

Si el contratante no tuviere domicilio, se aplicará la ley del lugar de su residencia o la ley del lugar en que se encuentre²⁰⁹ y, en esa hipótesis excepcional, se admitirá, por consiguiente, la aplicación de la ley del lugar de ejecución del trabajo, o sea la ley del lugar en que el empleado se encuentre.

b) En lo que tiene relación con las *formalidades* del contrato individual de trabajo, han sido registrados diversos criterios por el derecho internacional privado, para resolver los conflictos de leyes.

Entre esos criterios, tres, por lo menos, merecen ser estudiados: el que ordena aplicar el derecho positivo del Estado común a ambos contratantes; el que adopta la ley en vigor en el lugar de ejecución del contrato; finalmente, el que acepta la aplicación de la ley del domicilio del empleador.

²⁰⁸ Ley de Introducción, artículo 7º

²⁰⁹ Ley de Introducción, artículo 7º, parágrafo 8º

Ninguno de esos criterios, hasta hoy, mereció ser aceptado ampliamente por la doctrina moderna.

El primero es fuente de innumerables divergencias, pues la mayoría de las veces el empleado y el empleador —en los casos en que surgen conflictos de leyes— no son de la misma nacionalidad. El segundo crea situaciones que pueden considerarse excesivas, tal como la exigencia del cumplimiento de formalidades establecidas por la ley del lugar de prestación del trabajo, aun cuando el contrato haya sido celebrado en territorio extranjero y entre extranjeros. El tercer criterio es injusto, por someter al trabajador a la ley del empleador, sólo porque ambos celebren un contrato de trabajo.²¹⁰

En síntesis, el criterio más objetivo, jurídicamente más plausible y justo, no es ninguno de esos tres, sino el principio de la *lex loci contractus*, hoy casi universalmente aceptado y de plena validez en el campo general del derecho internacional privado.²¹¹

En el derecho positivo brasileño, la materia no plantea dificultades importantes: el artículo 9º de la Ley de Introducción conduce a la aplicación de la *lex loci*, como regla general.

Es de tenerse en cuenta, sin embargo, que ese precepto de nuestro derecho internacional privado positivo establece asimismo que el contrato celebrado en el extranjero, *desde que la obligación deba ser ejecutada en Brasil y el acto dependa de una forma especial*, observe la exigencia de esa formalidad admitida y aplicada por la ley extranjera, en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto.²¹²

Aplicando esa norma al campo de las relaciones del trabajo tenemos, verbigracia, que el contrato individual de trabajo celebrado en Chile, para surtir efecto en Brasil, deberá ser celebrado por escrito, pues, según la ley chilena, los contratos entre empleador y empleado deben asumir esa forma especial, en virtud del artículo 4º del Código del Trabajo.

Desde luego es preciso aclarar —en cuanto al contrato individual de trabajo— que si la ley brasileña lo considerase un acto solemne, todas las formalidades exigidas por nuestro derecho positivo deberían ser respetadas, aunque el acto fuese realizado en el extranjero, ya que el trabajo vendría a ser ejecutado en el país.

Sucede, sin embargo, que la excepción del párrafo 1º del artículo 9º de la Ley de Introducción, no tiene gran amplitud —a no ser en el

²¹⁰ Cfr., Amílcar de Castro, *op. cit.*, vol. II, pp. 226-227.

²¹¹ Goldschmidt, Werner, *Sistema...*, ya citado, vol. II, p. 471.

²¹² Ley de Introducción, artículo 9º, párrafo 1.

punto en que deja a salvo la aplicación del derecho extranjero— por la circunstancia de que el contrato individual de trabajo es eminentemente informal, pudiendo celebrarse por escrito o verbalmente, o ser expreso o tácito,²¹³ y admitiéndose cualquier medio de prueba para demostrar su existencia o sus condiciones.²¹⁴

No sucede lo mismo, todavía, en los llamados *contratos de aprendizaje*, que —en la sistemática del derecho positivo nacional, conforme a la mejor doctrina— son modalidades del contrato individual de trabajo. Para la contratación de aprendices la ley brasileña exige numerosas formalidades, en su mayoría esenciales para la validez del contrato.²¹⁵

Si, por ejemplo, fueran contratados aprendices *en el extranjero* para que viniesen a trabajar a Brasil, se deberá respetar lo dispuesto por la ley de celebración del contrato, en cuanto a sus formalidades, pero también deberán cumplirse los requisitos previstos por el derecho positivo brasileño, ya que aquí la obligación será ejecutada de acuerdo a la forma del parágrafo 1º, del citado artículo 9º.

He aquí cómo ese precepto va a tener aplicación en el terreno específico de los conflictos entre leyes del trabajo; sin embargo, por lo que sabemos, hasta hoy nadie había admitido entre nosotros esa posibilidad.

Es indispensable subrayar que, en la práctica, muy difícilmente serán contratados en el extranjero menores aprendices para que vengan a trabajar al territorio nacional. La importancia teórica del problema, no obstante, persiste y exige la referencia.

c) Mayores son las controversias doctrinarias a propósito de los conflictos atinentes al *contenido* del contrato individual del trabajo.

La *nacionalidad* y el *domicilio* de los contratantes pierden aquí su importancia como elementos de conexión.

A pesar de que el problema de la *nacionalidad* de las partes no tenga, en la solución de los conflictos sobre el contenido de los contratos individuales de trabajo, importancia digna de hacer notar —como se destacó en el Relatorio General de la OIT al Congreso de Ginebra de 1957— algunos autores preconizan la aplicación de la ley de la *nacionalidad común* a los contratantes y sólo abandonan ese criterio cuando las partes son nacionales de Estados diferentes.

²¹³ Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 443.

²¹⁴ Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 456.

²¹⁵ Decreto núm. 31 546, de 6 de octubre de 1962; Decreto del Ministro de Trabajo, núm. 28, de 4 de febrero de 1958; etcétera.

En ese sentido, inclusive, se han anotado algunos ejemplos de consagración de esa tesis por los tribunales franceses, belgas y alemanes.

De manera general, sin embargo, son otros los criterios recomendados por la doctrina y aceptados por el derecho positivo o por la jurisprudencia de los diferentes países.

Entre tales criterios debe considerarse, ante todo, el que opta por la aplicación de la *ley del lugar del domicilio de las partes*.

En este punto, es preciso distinguir dos hipótesis: aquella en que se invoca la ley del domicilio del empleado y aquella en que se invoca la ley de la sede de la empresa.

En el primer caso, la jurisprudencia inglesa —que no considera la nacionalidad de las partes como elemento general de conexión— ha resuelto el conflicto mandando aplicar la ley del domicilio del trabajador.²¹⁶

En el segundo caso, se señala un criterio que posee mayor interés, por la circunstancia de que, mientras el domicilio del trabajador y, sobre todo, el lugar de prestación del servicio pueden ser variables, la sede de la empresa es más estable y ello permite que la prestación de servicios se desarrolle —cuando el trabajador es enviado al extranjero— bajo la tutela del mismo ordenamiento jurídico.

Surge de inmediato, con relación a este punto, el problema de saber si la ley aplicable es la de la sede central de la empresa o la ley del lugar en que la empresa posee una filial o agencia en que el trabajador preste servicios o a la cual esté directamente vinculado.

Para los que se inclinan a favor de la adopción de este último criterio, es preciso distinguir nuevamente dos hipótesis: si el trabajador se encuentra a título precario o transitorio en el lugar de la agencia o filial, se aplica la ley de la sede central; pero, si el trabajador es efectivo de la agencia o filial, se aplica la ley en vigor en el país donde funciona el establecimiento en el cual éste presta servicios con carácter permanente.²¹⁷

Muchas críticas se han opuesto a este criterio, en cualquiera de sus modalidades.

Ya se dijo que el contrato individual de trabajo, siendo generalmente un *contrato de adhesión*, hace que disminuya la importancia —como elemento de conexión— de la ley del lugar en que tiene su sede la parte que elaboró el contrato al cual el trabajador adhiere.

²¹⁶ Relatorio General, en *Actas...*, p. 352.

²¹⁷ Relatorio General, en *Actas...*, p. 350.

Si consideramos también que es posible que el contrato de trabajo —siendo informal por naturaleza, y así considerado por la mayoría de las legislaciones contemporáneas— haya sido celebrado fuera del lugar en que la empresa tiene su sede, con un trabajador domiciliado y que va a prestar servicios en local también diferente, se comprenderá —como dice Batiffol— la razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia buscan otros criterios, más objetivos, como el de la ley del lugar de ejecución del servicio, para resolver los conflictos sobre el contenido del contrato individual de trabajo, pues es ahí que se encuentran los elementos informativos más vehementes y más importantes.²¹⁸

Agrégase que, el principio de aplicación de la ley de la sede de la empresa —sin perjuicio de casos de carácter excepcional toma como referencia solamente un hecho voluntario practicado por el empleador (fijación de la sede de la empresa), que muchas veces redunda en su beneficio, a costa de los intereses del trabajador, que el derecho del trabajo busca proteger.

Se ha adoptado, asimismo, el criterio de la *ley del lugar de la celebración del contrato*.

Se trata de una orientación muy común dentro del derecho internacional privado, seguida incluso por la doctrina y por la jurisprudencia de algunos países, en lo que concierne a los conflictos de leyes del trabajo.

Es evidente que este criterio ofrece la ventaja de que el lugar de la celebración del contrato es común a las dos partes, fácilmente localizable y, sobre todo, hace presumir que los contratantes conocen el derecho positivo del lugar en que ajustaron las condiciones de trabajo, o sea, la extensión de sus derechos y de sus obligaciones.

Pero también se ha considerado la circunstancia de que el lugar de celebración del contrato puede ser un elemento de conexión meramente ocasional, sin mayor significación en las relaciones entre empleados y empleadores, lo que no ocurre, por ejemplo, con otros criterios igualmente objetivos y precisos que pueden adoptarse, como aquel que lleva a la aplicación de la *ley del lugar de ejecución del trabajo*.²¹⁹

Sin perjuicio de lo expuesto y de los ejemplos ofrecidos por el derecho comparado o por la jurisprudencia extranjera, de la aceptación de los dos principios anteriores, podemos asegurar de un modo general que los dos criterios más importantes, hoy en día quizá fundamentales, pare-

²¹⁸ *Les Conflits de lois en matière de contrats*, números 295 y ss., París, 1938.

²¹⁹ Relatorio General de la OIT, en *Actas...*, p. 351.

cen ser el de la aplicación de la *ley elegida por las partes* y el de la *ley del lugar de ejecución del trabajo*.

En lo que se refiere al criterio de la elección por las partes de la ley que se debe aplicar al contenido del contrato individual de trabajo, es imposible omitir la contribución de la doctrina francesa al enriquecimiento del debate sobre el tema.

Es relevante para nuestro estudio examinar hasta qué punto y de qué manera el *principio de la autonomía de la voluntad* puede contribuir a la solución de los conflictos de leyes sobre la sustancia de los contratos y, en particular, de los contratos individuales de trabajo.

Sabemos, por ser notorio, que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes no tiene eficacia ante normas de derecho público; pero, en lo que se refiere a las leyes de derecho privado que inciden sobre el contrato individual de trabajo —preguntamos— ¿existe, realmente, una voluntad autónoma capaz de escoger la ley aplicable?

Aun los autores franceses, que tanto énfasis ponen en la autonomía de la voluntad en los conflictos de leyes de naturaleza laboral, reconocen que no es posible considerar ilimitado el campo en que se mueve el arbitrio de los contratantes, en la solución de aquellos conflictos.

André Rouast, en el ensayo a que anteriormente aludimos, traza el límite del dominio de la voluntad en forma precisa y que, a nuestro parecer, refleja bien la posición asumida por gran número de juristas franceses: ese límite es el rasgo que distingue a las leyes supletorias de las leyes imperativas.

Si las normas en conflicto son *leyes supletorias*, se admite que la voluntad de las partes elija la norma aplicable. Si hubiese manifestación expresa de voluntad, se adoptará la ley escogida por los contratantes; a falta de designación taxativa, competirá al juez sopesar indicios, circunstancias y todos los demás elementos de convicción que estén a su alcance para determinar, subsidiariamente, o mejor, supletoriamente, cuál fue la voluntad de las partes.

Pero las normas que rigen los contratos individuales de trabajo y poseen *carácter imperativo* son muy numerosas y, cuando se trata de conflictos entre leyes de esa naturaleza, no será posible atribuir determinada fuerza a la voluntad de los contratantes.²²⁰

De modo general podemos decir que, cuando determinada ley laboral posee carácter imperativo en el ordenamiento jurídico de cierto Estado, ella conserva ese mismo carácter en los demás Estados, y esto se produce

²²⁰ Durand e Jaussaud, *op. cit.*, vol. I, p. 211.

con frecuencia en las naciones contemporáneas por el creciente intervencionismo del Estado en el mundo de las relaciones del trabajo.

Puede ocurrir que —como destaca André Rouast— las normas en conflicto sean consideradas, respectivamente, imperativas o no imperativas, según la legislación de cada Estado.

Ese hecho, al contrario de lo que pueda parecer, no es considerado relevante en la práctica por la doctrina francesa: *"Il suffit qu'une loi soit considérée comme obligatoire par une des deux législations en conflit pour que le règlement de ce conflit échappe au domaine de l'autonomie de la volonté."*²²¹

La importancia doctrinaria de este tema nos lleva a referencias más precisas a propósito de la autonomía de la voluntad en relación con los contratos individuales de trabajo.

Es menester destacar —según nuestro modo de enfocar el problema— que la autonomía de la voluntad, consagrada en el *plano* del derecho sustantivo (civil, comercial o del trabajo), no conduce *necesariamente* a la conclusión de que ella deba ser también reconocida en el *plano* del Derecho Internacional Privado, como criterio para la solución de los conflictos espaciales de leyes.

Pero, a pesar de eso, parece que el principio de la autonomía de la voluntad surgió en el derecho internacional privado como resultante o a semejanza de su aplicación en el campo del derecho sustantivo.

Siendo así, no obstante, debemos subrayar que en el derecho del trabajo la autonomía de la voluntad de las partes está sufriendo los efectos de un *proceso histórico* de visible y progresiva restricción, derivada —sobre todo— del hecho de que los contratos de trabajo suelen ser del tipo de los contratos de adhesión, con intervencionismo estatal en la reglamentación de las relaciones entre empleados y empleadores.

El “ámbito de contratación” es invadido poco a poco por leyes imperativas y, proporcionalmente, dentro de ese ámbito, se retrae la autonomía de la voluntad de las partes, quedando cada vez más limitada a todo aquello que esté *por encima de las garantías mínimas e inderogables*, establecidas imperativamente por el Estado en provecho del trabajador.²²²

²²¹ Rouast, *op. cit.*, p. 208.

Basta que una ley sea considerada obligatoria por una de las dos legislaciones en conflicto, para que la regulación de ese conflicto escape al dominio de la autonomía de la voluntad (traducción del texto en francés; n. de la t.). Ver asimismo, el desarrollo del tema en el relatorio francés al Congreso de Ginebra de 1957, de la autoría de Freyria, Charles, en *Actes . . .*, pp. 456 y ss.

²²² Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 444.

Sucede que ese *mínimo de garantías* —trazado en la gráfica social por la mano del legislador— está en continuo ascenso.

La ley imperativa crea tantas ventajas para el trabajador que ya se comienza a admitir —en parte en el presente, pero especialmente para el futuro— que la estipulación de condiciones *por encima* de aquellas que la ley impone, quede reservada para los casos de excepción en que el trabajador contratante sea empleado de alta jerarquía en la administración de la empresa o un especialista de esmerada formación técnica.

Resulta fácil comprobar que en el dominio del derecho del trabajo la autonomía de la voluntad de las partes es cada vez menor. Dentro de este proceso evidente, ¿será lógico atribuir a la voluntad de los contratantes el privilegio de elegir la ley aplicable, en los casos de conflictos de leyes sobre el contenido de los contratos individuales de trabajo?

La escasa importancia que modernamente se atribuye al principio de la autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo —en los términos en que ubicamos la cuestión— es el primer argumento para que se ponga en duda la conveniencia de usarla en el plano del derecho internacional privado, en lo que concierne a los conflictos relativos a los contratos individuales.

Sobre ese punto y entre nosotros, Pontes de Miranda, expresándose de manera de abarcar todo el horizonte del derecho internacional privado, dice:

La autonomía de la voluntad no existe, en derecho internacional, ni como *principio* ni como *teoría* aceptable. Porque: a) en la parte de elección, hay una ley aplicable, que podrá conferir a la voluntad —por extraña dimisión de sí misma— el poder de deshacer tal imperatividad; es decir: un imperativo que se niega a sí mismo, que se hace dispositivo; b) fijados por la ley aplicable los límites de la autonomía, *dentro de ellos* no hay elección de ley, hay *ley* (u otra cosa, ley derogada, página de libro, *memoranda* cartas), que constituye contenido, cita, parte integrante de un querer.²²³

En el campo propio de los conflictos de leyes laborales —aun dejando de lado esa posición doctrinaria radical y genérica— nosotros no podemos llegar, al revés de lo que ocurre en Italia con fundamento diverso, a otra posición no menos radical, que descarta el principio de la autonomía de la voluntad por el hecho de que la legislación interna laboral es de derecho público.

²²³ *Op. cit.*, vol. II, pp. 156-157.

Hemos visto que en verdad ello no ocurre, y en la trama jurídica del derecho del trabajo, a la par que las leyes públicas, rigen las leyes privadas.

De cualquier modo, no se puede minimizar el hecho de que esas leyes privadas (relativas en especial a los contratos individuales de trabajo) son, en gran número y a veces en su totalidad, consideradas y definidas, inclusive por el legislador, como normas de orden público.²²⁴

No obstante, aun los autores franceses son los primeros en acentuar la circunstancia notoria de que el principio de la autonomía de la voluntad pierde su eficacia siempre que choca con el orden público.²²⁵

Estos son los principales argumentos adoptados por los juristas para justificar el abandono o —si preferimos— la superación del principio de la autonomía de la voluntad en la solución de los conflictos de leyes que regulan el contenido del contrato individual de trabajo, argumentos que sugieren, asimismo, la formulación de un nuevo criterio.

Para este último criterio el elemento de conexión no es aquel que, subjetivamente, las partes quisieran sino, objetivamente, el *lugar de ejecución del trabajo*.

El estudio de la territorialidad de las leyes laborales parte de la observación —hecha anteriormente— de que en su contexto se encuentran al mismo tiempo normas de derecho público y normas de derecho privado.

Las primeras, por su naturaleza jurídica, son territoriales; ésta puede ser considerada la regla general, como también ocurre con las leyes fiscales. Mientras que para las segundas, el reconocimiento de su territorialidad ofrece mayores dificultades doctrinarias.

Son diversos los argumentos utilizados para destacar la conveniencia de este criterio, en lo tocante a las leyes laborales de naturaleza privada que inciden, en gran número, sobre los contratos individuales.

Entre tales argumentos colocamos en primer término la circunstancia de que se procura, de esa manera, para los conflictos de leyes relativas al contenido de los contratos de trabajo una solución objetiva, sin considerar aquello que los contratantes puedan haber deseado, o la condición personal de los mismos.

Dentro de una solución objetiva y adecuada (según los defensores

²²⁴ Sobre la disminución progresiva de la teoría de la autonomía de la voluntad en la solución de los conflictos de leyes laborales, *cfr.*, las intervenciones de Madame Simon-Depitre y Otto Dahn Freund en el Congreso Internacional de Derecho del Trabajo de 1957 (en *Actas...*, pp. 556 y ss. y 573 y ss., respectivamente).

²²⁵ Durand y Jaussaud, *op. cit.*, vol. I, p. 213.

de la territorialidad) no se puede tomar en cuenta la sede de la empresa: de allí podrían sobrevenir ventajas para el empleador en detrimento de las prerrogativas atribuidas al empleado por el derecho del trabajo. El lugar de prestación del servicio, además de ser *campo común* de los intereses del empleado y del empleador —como también ocurre con el criterio del lugar de celebración del contrato—, es el escenario en que se desenvuelve la vida profesional del trabajador y allí nacen o crecen los problemas que resultan de la ejecución del contrato.

Resolver el conflicto mediante la aplicación de la ley del lugar de prestación del servicio puede ser, en principio, una forma de salvaguardar el interés del trabajador, dado que generalmente el local de ejecución del trabajo es su *habitat*; o sea, no solamente el medio físico sino sobre todo, el medio social (en el sentido amplio de la expresión) en que el obrero está insertado y al cual se vincula por lazos de coexistencia.

Hay, por otro lado, razones de orden práctico que deben ser ponderadas por el derecho internacional privado, en relación con el derecho del trabajo, como también se hace, verbigracia, cuando se estudia la territorialidad de las leyes penales: el lugar de ejecución del servicio, como elemento de conexión decisivo en los conflictos sobre la sustancia del contrato individual, simplifica el esclarecimiento *directo* de los hechos y el conocimiento previo por todos, en especial por el trabajador, del contenido de la ley aplicable, porque normalmente el derecho positivo local es mejor conocido por el pueblo que el derecho extranjero. Esto facilita la acción judicial correspondiente llegado el caso y, por extensión, inclusive su juzgamiento —que debe ser rápido, so pena de no ser integralmente justo.

En este orden de consideraciones, podemos recordar que hay una fuerte corriente en el derecho del trabajo que impide que los trabajadores en idénticas condiciones jurídicas sean tratados desigualmente por el empleador.

Ese régimen, igualitario es la piedra angular del moderno derecho del trabajo y, sin duda, la territorialidad de sus leyes contribuye para que sea mantenido en la práctica.

Así, si en la misma empresa y en el mismo local trabajan al mismo tiempo obreros de diferentes nacionalidades, contratados en diferentes lugares, no se puede admitir que el régimen salarial de los mismos sea regido por el derecho de éste o de aquel Estado: la orientación de los diversos ordenamientos jurídicos nacionales crearía situaciones de

desigualdad y desnivel entre los trabajadores con idéntica función e igual productividad, lo que está vedado por el derecho interno de los países contemporáneos, como sucede en el Brasil.²²⁶

Además de todo esto, en su gran mayoría los autores proclaman la aplicación territorial de las leyes laborales de naturaleza privada, invocando la circunstancia de que esas leyes (aun cuando no sean de derecho público) son, en elevado número o en su casi totalidad, *leyes de orden público* y, en ese caso, el principio del orden público al levantar un obstáculo a la aplicación de la ley extranjera y constituir un llamamiento a la ley nacional demarca y consagra la aplicabilidad de la norma de lugar de ejecución del trabajo.

En la doctrina italiana, en la cual el problema de la territorialidad de las leyes laborales ha sido estudiado con mucha atención, Balladore Palieri se opone a la invocación del principio del orden público para justificar la territorialidad de las leyes del trabajo de naturaleza privada.

Nótese que la orientación del jurista italiano no se confunde con el punto de vista según el cual la territorialidad de las leyes laborales resulta de que son dichas leyes, en su totalidad, *de derecho público*. Balladore Palieri distingue, naturalmente, en el derecho del trabajo normas públicas y normas privadas, y reconoce que las primeras son territoriales por su naturaleza y que las segundas también lo son, no por su naturaleza ni por ser de orden público, sino por un argumento nuevo: aunque las normas públicas y privadas de derecho del trabajo puedan ser distinguidas y, aun mismo, señaladas una a una por el jurista, con la precisión posible en ese terreno incierto de distinción entre el derecho público y el derecho privado, no se niega la existencia de una estrecha vinculación entre ellas, inclusive por la coincidencia de su objetivo.

Partiendo de la necesidad de que todos los conflictos de leyes del trabajo sean solucionados a través de un único principio de derecho internacional privado llega Balladore Palieri a la aceptación del principio de la territorialidad de las leyes laborales en general. El resultado sería inevitable, según él: en primer lugar, por la territorialidad normal de las reglas de derecho público; en segundo lugar, por las mismas razones sociales y políticas que hacen que los derechos reales sean regulados por la ley del lugar donde está situada la cosa y que

²²⁶ Constitución Federal, artículo 165, inciso III; Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 461 y párrafos.

las obligaciones *ex delicto* sean regidas, a su vez, por la ley del lugar en que el acto ilícito ha sido cometido.²²⁷

Aplicarfase —para el jurista italiano— el principio de la ley del lugar de prestación del trabajo en la solución de los conflictos sobre el contenido del contrato individual, en la forma expuesta, independientemente de cualquier consideración del principio del orden público.

No es ésta, sin embargo, la orientación generalmente adoptada por los autores, tanto internacionalistas como jusbolalistas.²²⁸

No hay duda de que, como se ha señalado en el terreno específico del derecho del trabajo, las leyes laborales de naturaleza privada son, en general, leyes de orden público, pues resultan del intervencionismo del Estado y procuran establecer —éste es el punto medular de la cuestión— un régimen de efectiva protección al trabajador, en nombre del supremo interés nacional y de la humanidad, no pudiendo abdicar de su carácter imperativo.

Ese constituye, según la opinión de los especialistas, uno de los rasgos característicos del derecho del trabajo, siendo evidente la preocupación de los mismos por revelarlo con toda nitidez.²²⁹

Los internacionalistas, naturalmente, se percataron de ese hecho y lo usaron como brújula en la solución de los conflictos referentes al contenido del contrato de trabajo.²³⁰

Werner Goldschmidt escribe con exactitud, al respecto:

Sobre todo hay que destacar que el orden público se desenvuelve en la faceta privada del derecho laboral con toda normalidad. Como

²²⁷ En Borsi y Pergolesi, *op. cit.*, vol. IV, pp. 513 y ss.

²²⁸ Cfr., al respecto Kaskel-Dersch, *Arbeitsrecht*, Berlín, 1932, p. 17.

²²⁹ Gama Cerqueira, João da, *Sistema de direito do trabalho*, vol. I, São Paulo, 1961, p. 278; Sussekind, Arnaldo, Lacerda, Dorva, y Viana, Segadas, *Direito brasileiro do trabalho*, vol. I, Río de Janeiro, 1943, p. 76; Camacho Henríquez, *op. cit.*, p. 91. El legislador colombiano declara en el artículo 1º del Código del Trabajo que *todas* las normas en él contenidas son de orden público, extrayendo de ese aserto, de inmediato, la territorialidad de las leyes laborales (artículo 2º). En el Perú, el artículo 46 del Reglamento del 22 de junio de 1928, de la Ley núm. 4916, establece la aplicación de la ley de lugar de trabajo, independientemente de la nacionalidad de las partes o del lugar de celebración del contrato.

²³⁰ Espínola y Espínola hijo, *Tratado...*, *cit.*, vol. C, p. 1510; Tenorio, Óscar, *Derecho Internacional Privado*, Río, 1942, p. 512; Gottschalk, Egon Félix, "El contrato individual", en *Derecho del trabajo*, *cit.*, p. 536; Bustamante y Sirvén, *op. cit.*, vol. II, p. 268; Romero del Prado, *op. cit.*, vol. II, p. 1011; Graulich, Paul, *Principes de droit international privé*, París, 1961, p. 64.

siempre no descarta de antemano el derecho internacional privado y el derecho extranjero, declarando como de orden público el articulado nacional, sino que no entra en función sino después de haberse determinado y examinado el derecho extranjero que sigue enhiesto, con tal que no conculque los principios subyacentes al articulado nacional.²³¹

En síntesis, pues, la solución de los conflictos de leyes relativas al contenido del contrato individual de trabajo se obtiene a través de la aplicación de la norma en vigor en el lugar de ejecución del trabajo, por todas las razones expuestas, dado que el trabajo es el objeto del contrato y el lugar de su ejecución aparece como elemento relevante. Pero el principio del orden público refuerza esa conclusión porque —aunque funcione caso por caso, por así decir, *a posteriori*— la mayoría, la casi totalidad de las leyes laborales de derecho privado que regulan el contrato individual de trabajo, son leyes de orden público.

Todo esto conduce a la territorialidad o, mejor dicho, a la aplicación territorial de las leyes laborales, a la solución del conflicto por la indicación de la ley del lugar en que el trabajo se realiza, sin que eso constituya, sin embargo, un retorno o retroceso a la época primitiva en que la aplicación del derecho local derivaba de la negación del derecho extranjero y de su desconocimiento por el Estado.

Al contrario, a pesar de la aplicación territorial, las leyes que rigen el contenido del contrato individual de trabajo no ignoran al derecho extranjero y se hacen aplicables a los hechos relativos a la ejecución del servicio en territorio nacional, por su propia naturaleza jurídica, luego de la consideración respetuosa de ese derecho extranjero.

No se puede, sin embargo, considerar *absoluto* este criterio, en virtud de ciertas consideraciones especiales.

La primera excepción ocurre cuando el trabajador se encuentra en determinado territorio a título *transitorio* o *eventual*, siendo otro el lugar *habitual* y *permanente* de la ejecución del servicio.

Dentro del criterio de que el contrato individual de trabajo debe regirse por la ley del lugar de su ejecución, porque ése es el *habitat* del trabajador y el escenario de los intereses de los contratantes, la solución, en aquel caso, será excepcional: no se aplicará la ley de ejecución *efectiva* del trabajo, sino la ley del lugar en que el servicio *normalmente* se realiza.

²³¹ *Op. cit.*, vol. 2º, pp. 469 y 470.

Krotoschin en ese punto —siguiendo el criterio de Kaskel y Dersch, cuya obra citamos anteriormente— entiende que esa determinación se refiere sólo a los casos en que el trabajo se realiza con *carácter permanente* (aun cuando la ley determina la aplicabilidad del derecho positivo nacional a todos los contratos ejecutados en el territorio del Estado), aplicándose el derecho extranjero cuando el empleado se encuentra en el país a título precario, provisario u ocasional.²³²

Una segunda excepción se produce cuando el trabajo se ejecuta *sucesivamente* en varios Estados, como acontece con los ferroviarios y los artistas en general.

Aquí se oponen dos corrientes: la primera es sustentada por Balladore Palieri²³³ y Krotoschin.²³⁴ Para esos autores, como en el caso no existe un lugar en que el trabajo se realice habitualmente, o sea, con carácter de permanencia, la solución encontrada será la aplicación de la ley del lugar en que el trabajo estuvo siendo realizado *en cierto momento*.

En el caso de los ferrocarrileros, la empresa extiende su actividad sobre el territorio de varios Estados y el trabajador *circula* por esos territorios. En el ejemplo de los artistas en general (circos, teatros y actividades congéneres), la empresa, ella misma, es *ambulante*. En las dos situaciones, sin embargo, la situación es la misma: el trabajador quedará sucesivamente bajo la protección de ordenamientos jurídicos distintos, a medida que pase del territorio de un Estado hacia el de otro Estado.

La segunda corriente doctrinaria sostiene la inconveniencia práctica de esa solución y destaca la necesidad de que la prestación del trabajo, aun en esos casos, sea considerada *como un todo* y que, a consecuencia de esa unidad, el contenido del contrato sea regido por un único ordenamiento jurídico.²³⁵

Esta solución, totalmente distinta, conduce a otro criterio: siempre que no se pueda establecer el local de la actividad *principal* del trabajador se aplicará, por ejemplo, la ley del lugar de la celebración del contrato, por presumirse que ahí esté la sede de los *intereses principales* de ambos contratantes.

²³² *Instituciones...*, ya citado, vol. I, p. 51.

²³³ En Borsi y Pergolesi, *op. cit.*, vol. IV, p. 532.

²³⁴ *Op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁵ Battifol Henri, *op. cit.*, p. 264; Amilcar de Castro, *op. cit.*, vol. II, p. 229; Sussekind, Arnaldo, Maranhão, Delio, y Viana, Segadas, *Instituições de direito do trabalho*, vol. I, Rio de Janeiro, 1957, pp. 192-194.

Otro caso especial, semejante al anterior, nos es ofrecido por el trabajo de los marinos y de los aeronautas.

También aquí se opera una excepción al principio de la aplicación sumaria de la ley del lugar de prestación del servicio y se adopta la regla tradicional de la *ley del pabellón*.²³⁶

Se trata de una vieja construcción jurídica, de carácter consuetudinario, que nos viene del derecho comercial marítimo y del derecho internacional público y, no obstante la aparente simplicidad de este principio, en la práctica pueden resultar de él ciertas dificultades.

Lo primero ocurre cuando el navío o la aeronave *muda de pabellón*, conservando la misma tripulación. Junto con el problema del derecho adquirido por el trabajador (como en el caso de estabilidad absoluta) existe aquí el problema de saber si esa transferencia altera el criterio de elección de la ley aplicable.

La doctrina se orienta en el sentido de considerar aplicable la ley del *pabellón definitivo*. Así, si la transferencia del navío o de la aeronave se hace con carácter provisorio o temporario se aplica a la tripulación la ley del pabellón anterior; pero si la transferencia fuere definitiva se aplicará la ley del país de la bandera, excepto, los derechos adquiridos, que la ciencia jurídica siempre pone a salvo.

Hay un importante precedente al respecto en la vida jurídica internacional: cuando los barcos alemanes se entregaron mediante convenio (en 1919) a los Aliados, a título precario —para facilitar el abastecimiento de los países europeos— aunque pasaron a ostentar el pabellón de los Aliados, se continuó aplicando a los tripulantes alemanes el derecho positivo de Alemania.²³⁷

La regla no es, por otra parte, de aplicación absoluta y, si lo fuese, eventualmente podría ocasionar graves injusticias. El criterio de la ley de la bandera, usado sin límite o discriminación, facilitaría, por ejemplo, la matriculación o inscripción del navío en un país de leyes poco avanzadas, de modo que el pabellón de ese Estado *cubriese* el fraude contra los derechos y las prerrogativas inalienables del trabajador.²³⁸

En esas situaciones, algunos autores admiten, verbigracia, la aplicación de la *lex loci contractus*, y hasta la invocación del principio del orden público *contra la ley del pabellón*, por haberse usado ésta a título

²³⁶ Malvagni, Atilio, *op. cit.*, p. 387; Lanfranchi, *op. cit.*, p. 185; Scerni, M., *Diritto internazionale privato marittimo ed aeronautico*, Padua, 1936, pp. 11 y ss.

²³⁷ Goldschmidt, Werner, *op. cit.*, vol. II, p. 179, nota 1.

²³⁸ Kahn Freund, Otto, en *Actas...*, p. 576.

fraudulento para herir los intereses generales de la comunidad y los intereses particulares del empleado.²³⁹

Una cuarta y última excepción al principio de la ley del lugar de ejecución del trabajo puede señalarse, a título de ejemplo: en ciertos casos, la aplicación de la ley nacional del trabajador extranjero está condicionada a la existencia de un *régimen de reciprocidad de tratamiento* por parte del Estado extranjero, en provecho del trabajador nacional que ejerza oficio en su territorio.

El origen del criterio de reciprocidad está en la raíz de la OIT, pues se encuentra en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Washington en el año de 1919, cuando se reconoció la necesidad de dispensar igual trato al trabajador nacional y al trabajador extranjero, pero en régimen de reciprocidad entre los Estados.

Los autores españoles han profundizado el examen del problema, por el hecho de que en España la exigencia de reciprocidad algunas veces ha sido usada con cierta latitud, por la preocupación de impedir que la protección dispensada al extranjero coloque al país protector en situación económica desfavorable en relación al Estado a que pertenece el trabajador favorecido.²⁴⁰

También la doctrina española reconoce que la adopción del sistema de reciprocidad debe quedar restringida a casos especiales.²⁴¹

En realidad, la tendencia generalizada en el derecho contemporáneo (como hicimos destacar anteriormente) es la equiparación del trabajador extranjero al trabajador nacional, teniendo en cuenta, el interés público de cada país, sin celo excesivo para la exigencia de reciprocidad, ya que en materia laboral lo principal es considerar al trabajador como hombre y darle la protección debida a todos los hombres, dentro de los recursos de cada nación y dentro de la idea de defensa de la dignidad de cada individuo.

En este cuadro, en cierta forma enmarañado por el debate doctrinario y por la divergencia entre las orientaciones adoptadas ¿cuál es la solución que encontramos en el derecho internacional privado brasileño

²³⁹ Cfr., Malvagni, *op. cit.*, p. 390, y el *Tratado sobre navegação comercial internacional de Montevideu de 1940*, artículos 20 y 21.

²⁴⁰ García Oviedo, Carlos, *op. cit.*, p. 68; Aguinaga Tellería, Antonio de, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1952, pp. 115 y ss.; Alonso Olea, Manuel, *Introducción al derecho del trabajo*, Madrid, 1962, p. 106.

²⁴¹ Hernainz Márquez, Miguel, *Tratado elemental de derecho del trabajo*, Madrid, 1949, pp. 755 y ss.

para los conflictos de leyes relativas al contenido del contrato individual de trabajo?

Egon Felix Gottschalk, en un artículo publicado en Argentina sobre el contrato individual de trabajo dentro del derecho internacional privado, al exponer la legislación brasileña, se atuvo sólo a lo dispuesto por el artículo 9º y sus párrafos, de la Ley de Introducción al Código Civil²⁴² y, más recientemente, se volvió a afirmar entre nosotros que el fondo del contrato individual de trabajo se regula “por la ley del lugar de su conclusión o constitución, no importando el lugar de la ejecución del trabajo contratado”, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Introducción.²⁴³

Si se examina el problema *solamente* a través del artículo 9º de la Ley de Introducción al Código Civil se podrá llegar, con simpleza, a la conclusión indicada por los referidos autores, o sea, que la regla en relación con el contenido de los contratos individuales de trabajo es, asimismo, la regla general que incide sobre todos los demás tipos de contratos: “Para regir y calificar las obligaciones, se aplicará la ley del país en que se constituyeron.”

Y cuando el contrato se concluya mediante correspondencia —como ocurre muchas veces en la esfera laboral, a través del *Comité Intergubernamental de Migraciones Europeas*— se aplicará, según este criterio, la norma del párrafo 2º del referido artículo 9º, teniéndose como constituida la obligación *en el lugar en que reside el proponente*.

Consideramos indispensable, sin embargo, preguntar cuál es el papel desempeñado por el principio del orden público, desde este punto de vista. La respuesta es evidente: el papel desempeñado por el orden público, cuando se invoque ese principio, sería *a posteriori* y a título *excepcional*, como ya se dijo en otra parte, el de descartar los efectos de la ley extranjera, volviéndose aplicable —en nombre del orden público, caso a caso— la ley nacional.

Pero en lo tocante a las leyes laborales esa afirmación sufre una modificación: si la mayoría de las leyes que rigen el contenido del contrato individual de trabajo (como sabemos) son leyes privadas de orden público, igualmente, en la mayoría de los conflictos entre ellas el orden público se invocará y, en la práctica, la excepción se transformará en regla y la regla quedará reducida a la condición de excepción.

²⁴² En *Derecho del trabajo*, ya citado, pp. 539 y ss.

²⁴³ Amílcar de Castro, *op. cit.*, vol. II, p. 226. *Cfr.*, en el mismo sentido, Abdul Sayol de Sá Peixoto, *op. cit.*, p. 182.

En el caso que estudiamos, además, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 198 del Código Bustamante —que fue omitido en la argumentación de los autores brasileños más arriba citados—, el que establece expresamente la territorialidad de las leyes de protección al trabajo.

Las leyes que atañen al contenido del contrato individual de trabajo —por origen histórico y destino social— son leyes de protección al trabajo y, por lo tanto, sufren la incidencia del artículo 198 del Código Bustamante, ratificado por Brasil e incorporado así al derecho brasileño.

El conflicto entre la norma del artículo 9º de la Ley de Introducción y el artículo 198 del Código Bustamante es sólo aparente, pues el artículo 9º está ostensiblemente vinculado, en este caso, al artículo 17, el que consagra el principio del orden público e *inmoviliza* a la ley extranjera invocada por la parte.

La territorialidad de las leyes laborales brasileñas ha sido consagrada por la jurisprudencia de nuestros tribunales y, en virtud de lo expuesto, puede considerarse aceptada por el ordenamiento jurídico nacional.²⁴⁴

En cuanto a las posibles excepciones al principio de aplicación de la ley del lugar de ejecución del trabajo —a que aludimos, citando el pronunciamiento de la doctrina internacional y la orientación de los tribunales de algunos países— no trata de ellas, de modo expreso y sistemático, el derecho positivo de Brasil, y sólo se puede pensar a su respecto en términos de doctrina jurídica o, quizás, como construcción interpretativa de los órganos del Poder Judicial.

II. Solución de los conflictos de leyes relativas a accidentes de trabajo

En la doctrina aún se encuentran las resonancias de los antiguos debates en torno al problema de la solución de los conflictos de leyes relativas a accidentes de trabajo.

²⁴⁴ Acuerdos del Supremo Tribunal Federal, del 2 de diciembre de 1947, Relator, ministro Hahnemann Guimarães, del Tribunal Superior del Trabajo, en *Diário de Justiça*, de 24/4/1951, p. 978, y de 29 de junio de 1953, en *Revista do T. S. T.*, Río de Janeiro, núms. 3-4/1954, mayo-agosto, p. 75. En cuanto a la aplicabilidad del artículo 9º de la Ley de Introducción al Código Civil, a los conflictos de leyes sobre contratos individuales de trabajo, *cfr.*, Rocha, Osiris, *Curso de direito internacional privado*, Río de Janeiro, 1969, p. 219 y 220. De forma muy especial merece consultarse la obra de Valladão, Haroldo, *Direito internacional privado*, Río de Janeiro, 1978, vol. III, pp. 98 y ss.

Para los países que atribuyen la responsabilidad por el accidente a los organismos públicos encargados de la previsión social, el problema naturalmente se transfiere a otra esfera, que es la esfera de los conflictos de leyes de la previsión social, que estudiaremos más adelante.

Pero para las naciones que continúan atribuyendo al empleador la responsabilidad por las reparaciones debidas, en virtud del accidente o de la enfermedad profesional, la materia debe ser estudiada por separado no tanto por conducir a conclusiones originales como por admitir la idea de conclusiones diferentes de aquellas a que se llega, con mayor facilidad, en el terreno de la previsión social.

No fue otra la razón por la que —mostrando la multiplicidad de criterios que podrían invocarse para solucionar el conflicto espacial de leyes sobre infortunística— Arminjon destacó que ese tema ha servido para interesantes controversias, con profundas repercusiones sobre una jurisprudencia, que oscila entre rumbos aún no fijados definitivamente.

En el momento en que aquel jurista detuvo su atención en el estudio de ese problema, cinco soluciones surgían a su apreciación: *a)* la ley del foro competente para conocer la acción judicial; *b)* la ley personal de la víctima del accidente; *c)* la ley que rige los efectos del contrato individual de trabajo; *d)* la ley que rige en el lugar del establecimiento principal del empleador; *e)* la ley del lugar en que ocurre el accidente.²⁴⁵

Los tres primeros criterios muy pronto fueron abandonados por la doctrina internacional; el primero, porque inducía a confusión entre la competencia jurisdiccional del órgano judicial apto para conocer la acción, con la competencia legislativa de determinado Estado para regular la situación jurídica; el segundo, porque las disposiciones legales sobre infortunística son ajenas al estatuto personal del accidentado y porque la relación jurídica que resulta del siniestro tiene su origen y fundamento en hechos objetivos; el tercero, por el concepto de que la responsabilidad del empleador por la reparación de daños sufridos por la víctima del accidente o la enfermedad no resulta del contrato de trabajo, sino de otros principios de mayor alcance como, verbigracia, el *principio del riesgo profesional*.

Arminjon hace la crítica detallada del cuarto criterio, mostrando las dificultades prácticas que surgen cuando el empleador posee varios establecimientos en distintos países, para concluir afirmando que —por

²⁴⁵ Arminjon, *Précis . . .*, ya citado, p. 344.

un proceso semejante a aquel por el cual se aplica la *lex loci* a los casos de quasi delitos se deberá asimismo aplicar a los accidentes de trabajo la ley del local en que se registra el evento, pues ahí se encuentran en vigor las tarifas que establecen la remuneración a la víctima, ahí funcionan las instituciones de previsión social a que debe estar afiliado el trabajador y ahí, en fin, se podrán obtener con más facilidad las aclaraciones eventualmente necesarias.²⁴⁶

No obstante, Niboyet²⁴⁷ y Pillet²⁴⁸ ofrecen a nuestro estudio tres hipótesis distintas:

a) El trabajador puede ser contratado en Francia, por empresa francesa, sufriendo el accidente en territorio extranjero.

b) El trabajador puede ser contratado en Francia, por una empresa francesa, para ejecutar el servicio en el extranjero, donde se produce el siniestro.

c) El trabajador es contratado en territorio francés, pero por empresa extranjera, para trabajar en Francia y ahí sufre el accidente.

En cualesquiera de esas hipótesis, la regla aplicable, para los citados autores, sería la ley francesa, porque Francia es el *foro en el cual fue celebrado el contrato individual de trabajo*.

El pensamiento de Armijon, sin embargo, es el que mejor se afilia a las líneas maestras de las convenciones internacionales a propósito del tema y es aceptado por la mayoría de la doctrina. Actualmente, por las razones que Arminjon esgrimió al sustentar su punto de vista,²⁴⁹ sobre todo a partir de la Convención número 19 de la OIT, hay una tendencia manifiesta a inclinarse por considerar aplicable la *ley del lugar del accidente*.²⁵⁰

Esa Convención posteriormente obtuvo la ratificación de diversos países²⁵¹ y coincidió, inclusive, con la línea adoptada en 1928 por la Conferencia de La Habana, cuando fue aprobado el Código Bustamante, que proclama la territorialidad de la legislación sobre accidentes de trabajo.²⁵²

²⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 346-347.

²⁴⁷ *Principios...*, ya citado, p. 471.

²⁴⁸ *Manuel de droit international privé*, París, 1924, p. 607.

²⁴⁹ *Op. cit.*, loc. cit.

²⁵⁰ Convención núm. 19, de 1925, artículo 29. Véase, en especial, Valladão, Haroldo, *Direito internacional privado*, vol. III, p. 105.

²⁵¹ Arce, Alberto, *Manual de derecho internacional privado mexicano*, p. 301.

²⁵² Artículo 198.

En la legislación brasileña anterior a la incorporación del seguro contra accidentes de trabajo en el régimen de la previsión social, no encontramos ninguna norma de sobrederecho que indique el criterio a seguirse para resolver el conflicto espacial entre las leyes nacionales y las leyes extranjeras.²⁵³ Ni sería, en rigor, necesario, por la incorporación del artículo 198 del Código Bustamante al derecho interno de Brasil; no existen dudas en este país en cuanto a la regla de que la ley competente, en los casos de accidentes de trabajo (o de enfermedad profesional, que se equipara a aquél para todos los fines), fue siempre la ley del lugar en que ocurrió el hecho.²⁵⁴

Las principales excepciones a esta regla pueden señalarse, sumariamente, de la siguiente manera:

a) Cuando el empleado trabaja con carácter *intermitente* en el territorio de determinado país, para una empresa radicada en otro Estado, en los términos del artículo 2o. de la Convención número 19 —antes citada—, las partes contratantes, por acuerdo celebrado entre ellas, pueden establecer que se aplique la ley de la sede de la empresa.

b) De la misma forma, diversas convenciones internacionales establecen que cuando el trabajador presta servicios en el extranjero con carácter *temporal* o *eventual*, por un plazo corto (generalmente hasta seis meses), el accidente será regido también por la ley de la sede de la empresa.²⁵⁵

c) En cuanto a los beneficiarios del accidentado, en caso de muerte, algunas legislaciones exigen que los mismos *residan* en el territorio nacional para que tengan derecho a percibir los beneficios concedidos por la ley, a no ser que exista entre el Estado en que ocurrió el accidente y el Estado en que residen o se domicilian los beneficiarios, un régimen de reciprocidad al respecto.²⁵⁶

Si las dos primeras excepciones pueden ser discutibles, según el pensamiento de Arminjon, desde el punto de vista doctrinario se reconoce que apuntan a dar cierta seguridad al trabajador en las alteraciones momentáneas de su lugar habitual de trabajo.²⁵⁷ Pero en lo que se

²⁵³ Decreto-Ley núm. 7036, de 10 de noviembre de 1944.

²⁵⁴ Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. II, pp. 178-179.

²⁵⁵ Tratado Franco-Belga, de 21 de febrero de 1906. *Cfr.*, también Amílcar de Castro, *op. cit.*, vol. II, p. 237.

²⁵⁶ Es el caso de Argentina, Ennis, V., *op. cit.*, pp. 563-564; Romero del Prado, *op. cit.*, vol. II, p. 1004; Ley núm. 9688, de 29 de septiembre de 1935.

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 347.

refiere a la tercera solución, a nuestro modo de ver, está totalmente en desacuerdo con el espíritu de la legislación sobre accidentes de trabajo y constituye, muchas veces, una medida despiadada inspirada en un excesivo territorialismo que felizmente no fue reconocida por el derecho nacional.²⁵⁸

Desde el punto de vista del derecho latinoamericano se debe hacer destacar, finalmente, que la territorialidad de las leyes sobre infortunística —en los términos del artículo 198 del Código Bustamante, salvo las convenciones internacionales en sentido contrario— es de *amplio espectro* y no prevé expresamente las excepciones arriba mencionadas.

III. Solución de los conflictos de leyes relativas a los convenios colectivos de trabajo

Como ya aclaramos, la mayoría de los autores considera en forma excesivamente estrecha el problema de los conflictos de leyes sobre convenios colectivos.

Para ellos, el conflicto se formaliza solamente cuando dos convenios en vigor en países distintos pueden aplicarse a determinado contrato individual de trabajo, o cuando concurren un convenio y una ley, pertenecientes a los sistemas jurídicos de dos países diferentes.

A este último caso corresponde el ejemplo proporcionado por Kurt Kronheim:²⁵⁹ la estación suiza de la ciudad de Bâle integraba la red ferroviaria alemana. Surgió el problema de saber si los ferrocarrileros alemanes destacados en la referida estación suiza podrían invocar, para el cobro de horas extraordinarias de servicio, la ley suiza o el convenio colectivo que regía a ese respecto en Alemania, y que les era más favorable.

La interpretación de los tribunales alemanes partió del entendido de que el convenio colectivo no puede colidir con las leyes imperativas, y llegó al resultado de que, por tal motivo, el convenio colectivo alemán debía ceder ante la ley imperativa suiza.

El error de la decisión fue señalado por el referido autor y, entre nosotros, esa crítica mereció el aplauso de Amílcar de Castro.²⁶⁰

Nosotros sustentamos idéntica opinión, pues, como aclaramos, el pro-

²⁵⁸ Ley de Accidentes de Trabajo, de 1944 (ya derogada), artículo 11.

²⁵⁹ *Les conflits de lois en matière de contrat de travail*, París, 1928, p. 123.

²⁶⁰ *Op. cit.*, vol. II, p. 232.

blema en la órbita del derecho internacional privado no está en discutir la *validez* del convenio colectivo de un país frente a la ley de otro país que dispone en sentido contrario, ni tampoco la *primacía* de esa ley sobre el convenio colectivo extranjero.

El derecho internacional privado indica el ordenamiento jurídico competente: si se entendiese, en el ejemplo citado que el ordenamiento jurídico competente para el cálculo de las horas extras de los ferrocarrileros alemanes que trabajan en Bâle era el de Suiza, se debería aplicar la ley suiza; si, al contrario, fuese competente el ordenamiento jurídico alemán, debería ser de aplicación el convenio colectivo alemán, pues sus cláusulas integraban ese ordenamiento.

Esta conclusión es particularmente válida para Brasil, porque los convenios colectivos, como dijimos, en este país, teniendo amplios efectos normativos *erga omnes*, constituyen fuente relevante de derecho del trabajo.

La segunda forma de conflicto surge entre leyes nacionales y extranjeras que rigen la celebración del convenio.

En este caso se deberá verificar cuál es la ley que rige la formación, la eficacia, la validez, en fin, todos los aspectos de determinado convenio.

Siendo el convenio colectivo un acto jurídico, aunque pueda tener efectos normativos amplios que comprendan las categorías económicas y profesionales contratantes, podemos distinguir, como ocurre en relación a los contratos individuales de trabajo, el problema de la capacidad de las partes de las formalidades inherentes a la celebración del convenio y de su contenido.

No encontramos, en doctrina ni en jurisprudencia, orientación adecuada para resolver los conflictos, en ninguno de esos aspectos.

Como los convenios colectivos tienen *estructura* de contrato (aunque sus efectos sean diferentes de aquellos que fluyen de los contratos en general) podríase pensar, *prima facie*, en aplicar pura y simplemente a esos convenios las reglas adoptadas para elegir la ley que rige la capacidad de las partes, las formalidades y el contenido de acto, en lo tocante a los conflictos relativos a los contratos individuales.

Esa analogía no puede ser fácilmente sustentada, por la circunstancia de que las normas pertinentes a los contratos individuales son normas de derecho privado por excelencia, y las normas concernientes a los convenios colectivos —cuando tienen efectos *ergo omnes* y dependen, como ocurría anteriormente en Brasil, de la homologación de la autoridad

pública para que produzcan efectos— pueden considerarse normas de derecho público.

Así, cuando eso puede reconocerse en determinado ordenamiento jurídico, no será difícil optar por la manifiesta *territorialidad* de las leyes sobre convenios colectivos de trabajo.

Tales convenios celebrados en el territorio nacional o en el extranjero, sólo producirán efectos en Brasil cuando fueran satisfechos todos los requisitos indicados y exigidos por la propia ley brasileña, ya sea en cuanto a la capacidad de las partes, en cuanto a las formalidades que revista el convenio colectivo, o en cuanto al contenido del mismo,²⁶¹ en el que no es raro encontrar cláusulas obligatorias, como en el caso del derecho brasileño.²⁶²

IV. Solución de los conflictos de leyes sobre previsión social

La naturaleza pública de las leyes sobre previsión social, según nuestro modo de delimitar el objeto del derecho internacional privado, excluye el conflicto espacial entre ellas del dominio de nuestra disciplina; pero, como ya expresamos, si queremos estudiar esos conflictos *en el plano de las relaciones laborales* no podemos dejar de aludir a su configuración y, aun, a las soluciones que la doctrina y la ley apuntan para los mismos.

Como las modernas leyes de previsión social son leyes administrativas, de derecho público —y ése es el sistema jurídico nacional—, el problema de la solución de los conflictos espaciales que surjan entre ellas serán resueltos con cierta facilidad, una vez más, dentro del criterio de la *territorialidad*, tanto más rígido cuanto más *obligatorio* y *genérico* se vuelva en cada país el seguro social.

André Rouast, hace varias décadas, se percató de esa circunstancia y registró, con loable precisión, el *acentuado* carácter territorial de las leyes de previsión social, señalando que las mismas deben aplicarse según el lugar del domicilio o de la residencia habitual del trabajador.²⁶³

²⁶¹ *Cfr.*, Rouast, André, *op. cit.*, pp. 207-208; Leopold de Vos, *op. cit.*, vol. II, p. 624; Relatorio general de la OIT, en *Actas...*, p. 361.

²⁶² Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 613. *Cfr.*, también, Lyon Caen, G., *Droit social international et européen*, París, 1976, pp. 102-103.

²⁶³ *Op. cit.*, p. 221.

Por ese mismo motivo ya se hizo la comparación, y hasta la aproximación, entre los conflictos de leyes sobre previsión social y los *conflictos de nacionalidad*, porque en ambos la tendencia es la aplicación de la ley nacional, sin que el Estado que la aplica tenga en consideración a la ley extranjera.

Este punto fue estudiado en el capítulo anterior: aquí solamente señalamos el criterio de solución del conflicto, que se resuelve por la aplicación del principio de la territorialidad estricta, excluidas sólo las hipótesis en que el Estado haya adherido a convenciones internacionales, de manera que se pueda preguntar si esos conflictos, por la solución que se les da, podrían, en rigor, equipararse a los conflictos de leyes en general, como los considera el derecho internacional privado.²⁶⁴

Colocándonos en posición de observadores de la historia, notamos que en las convenciones internacionales celebradas en Europa antes de 1945, era más o menos común la adopción del criterio llamado "personal", para la aplicación de las leyes de previsión.²⁶⁵ A partir de esa época, no obstante, en la mayoría de los tratados se pasó a consagrar la territorialidad rígida que, en la actualidad, casi universalmente es aceptada por los Estados.

En cuanto al derecho interno, en Alemania, por ejemplo, el artículo 153 del Código de Seguros partía de la territorialidad del sistema nacional de previsión, pero admitía como excepción que continuase perteneciendo a ese sistema el trabajador alemán que fuese a ejercer en el extranjero servicios de carácter transitorio o eventual.

La ley yugoslava de 1922, igualmente, contenía cierto elemento de personalidad en sus dispositivos acerca del problema: establecía que las leyes sobre seguro de enfermedad serían aplicables a todos los trabajadores nacionales, aunque prestasen servicios en el extranjero. Pero, para que esa regla rigiese se exigían dos condiciones que la restringían de modo evidente: *a*) que el trabajador estuviese contratado por empresa nacional; *b*) que no estuviese vinculado, en la forma prescrita por el derecho extranjero, al régimen de previsión social del Estado en que estuviese trabajando.

Esas antiguas leyes europeas —generalmente citadas a título de ejemplo— contenían excepciones al principio de la territorialidad, que envolvían restricciones muy tímidas a ese principio.

²⁶⁴ *Cfr.*, *Actas...*, ya citado, p. 385 (Relatorio General de la OIT) y p. 563, intervención de Madame Simon-Depitre.

²⁶⁵ Relatorio General de la OIT, en *Actas...*, p. 387.

Tales restricciones, hoy en día, prácticamente se reducen a los casos en que el trabajador se aleja del territorio nacional a título precario, continuando de hecho vinculado al sistema de previsión social del país que constituye su *habitat* profesional, esto es, el lugar en que habitualmente desempeña su oficio.

Las normas de derecho de gentes que —sobre todo en las áreas de mayor integración económica— procuran establecer una estrecha conexión entre los sistemas de previsión social adoptados por las diferentes naciones, incluso aprovechando el periodo de trabajo o de contribución que el obrero cuente a su favor por servicios realizados en otro país,²⁶⁶ no contrarían —antes bien, confirman— el criterio de la territorialidad, al establecer un régimen de *comunicación* entre los sistemas de previsión establecidos en Estados diferentes.

En el derecho brasileño, los eventuales conflictos de leyes sobre previsión social van a ser resueltos por el artículo 50., de la Ley Orgánica de la Previsión Social, reproducido en el artículo 50. de la Consolidación de Leyes de Previsión Social que, de modo hasta cierto punto sorprendente, ante las grandes tendencias reveladas por el derecho comparado, quiebra aunque sólo en parte, el principio de la territorialidad.

En efecto, el artículo 50, inciso I, de la Consolidación de Leyes de Previsión Social establece la territorialidad del derecho positivo brasileño, al declarar que son asegurados obligatorios todos los que trabajan como empleados en el territorio nacional.

Pero, poco después, en el inciso II, la ley se arma de extraterritorialidad, cuando consigna allí que también serán asegurados obligatorios de nuestro régimen de previsión social los trabajadores brasileños o extranjeros con domicilio en el territorio nacional, que hayan sido *contratados en Brasil, por empresas nacionales*, para trabajar en sucursales o agencias situadas *en territorio extranjero*.

Anotamos esa excepción, expresa y coercitivamente adoptada por el derecho positivo brasileño, destacando que ella se encuadra en aquellas hipótesis en que se admite la violación del principio de la territorialidad estricta, cuando de la discontinuidad del seguro social puedan resultar perjuicios para el trabajador.²⁶⁷

Observamos, además, que donde se ensancha la brecha abierta por el

²⁶⁶ Carta Social Europea, artículo 12.

²⁶⁷ OIT, Convención núm. 1, artículo 13; Convención núm. 2, artículo 14; Convención núm. 3, artículo 16.

legislador nacional al principio de la territorialidad rígida de las leyes de previsión, es únicamente en lo tocante a los trabajadores contratados por las representaciones diplomáticas extranjeras y por los organismos oficiales extranjeros o internacionales que funcionen en el territorio brasileño.

Es más o menos tradicional, en el derecho moderno, admitir que en ese caso la territorialidad de la ley nacional no sea absoluta. Desde el punto de vista particular de Brasil, ésa fue precisamente la solución adoptada. La Consolidación de Leyes de Previsión Social hace, implícitamente, una distinción: si el trabajador permanece sujeto a un régimen propio de previsión social al ser admitido en el empleo, se aplicará la ley vigente en el país de la representación. Si esto no ocurre será equiparado al trabajador autónomo, definido como asegurado obligatorio por el artículo 5o, inciso IV, parte final de la propia Consolidación.²⁶⁸

El derecho brasileño, por lo tanto, asegura con cierta felicidad —en la medida de lo posible— la continuidad del seguro social en el territorio del país: o bien permitiendo que el empleado de la representación diplomática o del organismo internacional, aun trabajando en Brasil, se encuadre en el sistema de previsión social peculiar al país representado o a la entidad internacional, o haciendo como que él participa, como asegurado obligatorio, del régimen de previsión social brasileño, en las condiciones de un trabajador autónomo, o sea, pagando contribuciones *solamente* sobre su remuneración, ante la imposibilidad práctica de exigir el pago de contribuciones a las representaciones diplomáticas o a aquellos organismos.

V. Solución de los conflictos de jurisdicción de naturaleza laboral

Si examinamos, aun superficialmente, las principales convenciones internacionales de trabajo en vigor en el mundo actual comprobaremos el hecho de que pocas contienen normas relativas a la solución de los conflictos entre las autoridades judiciales de dos o más países.²⁶⁹

Por el contrario, es más o menos común en esas convenciones internacionales la estipulación de normas respecto a la competencia de las

²⁶⁸ Consolidación de Leyes de la Previsión Social, artículo 5, parágrafo 1.

²⁶⁹ OIT, Convención núm. 22, artículo 4 (contrato de trabajo de los marítimos) y convenciones núms. 35 y 36, artículo 12 (previsión social).

autoridades *administrativas*, respecto a la práctica de actos que tienen que ver con determinadas profesiones.²⁷⁰

¿Cuáles son los motivos de este hecho, que con tanta facilidad se puede verificar en el plano de las convenciones internacionales de trabajo, en relación con los conflictos de jurisdicción?

Nos parece que una primera explicación está consignada en el Relatorio General de la OIT al Congreso de Ginebra de 1957, al que hicimos mención varias veces: las convenciones internacionales tienen como objetivo principal la elaboración de un derecho del trabajo uniforme o, por lo menos, de normas unificadas para la solución de los conflictos de leyes. Dentro de esa idea, es posible considerar como de *importancia secundaria* la cuestión de saber cuál es el tribunal competente para aplicar la ley, una vez que las leyes en concurrencia sean idénticas o semejantes.

En segundo lugar —siempre dentro de este orden de ideas tal observación no es válida solamente en el plano de las convenciones internacionales sino, igualmente, en el terreno específico del derecho internacional privado: establecer cuál es el tribunal competente para aplicar la ley, constituye una cuestión previa y, por lo tanto, menos importante que la elección de la ley competente para ser aplicada al hecho. Ése es el resultado final a que llega el derecho internacional privado y “*le choix du tribunal n'étant qu'un moyen d'atteindre ce résultat*”.²⁷¹

A esos argumentos, no obstante, nos parece indispensable agregar otras razones por las cuales el problema del conflicto de jurisdicción laboral no ofrece un interés más acendrado: tratándose —como se trata— de un problema ínsito en la esfera del derecho público, esto es, del derecho procesal, las soluciones que comporta derivan, en esencia y principalmente, del principio de que las leyes procesales, inclusive las del trabajo, son *leyes de aplicación territorial*, salvo, naturalmente, lo dispuesto en sentido contrario por las convenciones internacionales.²⁷²

Ese principio está consagrado de modo expreso en el artículo 314 del

²⁷⁰ OIT, Convención núm. 93, artículo 23 (trabajo a bordo); Convención núm. 53, artículo 5 (habilitación de oficiales de a bordo); Convención núm. 64, artículo 19 (sobre contrato de trabajo de los indígenas).

²⁷¹ En *Actas...*, p. 341. No siendo la elección del tribunal más que un medio para conseguir ese resultado (traducción del texto francés. N. de la T.).

²⁷² Tenório, Oscar, *A lei de Introduçao...*, pp. 379 y ss.; Espínola y Espínola hijo, *A lei de Introduçao...*, vol. III, pp. 261 y ss.; Serpa Lopes, *Comentário teórico-prático...*, vol. III, pp. 200 y ss. Cfr., también Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, París, 1930, vol. I, p. 304, y Goldschmidt, Werner, “Derecho internacional privado del trabajo”, en Deveali, *Tratado...*, vol. VIII, pp. 483-484.

Código Bustamante, que declara: “La ley de cada Estado contratante determina *la competencia de los tribunales*, así como su organización, las formas del proceso y la ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones.”

De esta norma internacional, incorporada al derecho interno brasileño, deriva lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Introducción al Código Civil, que ya fue examinado y establece la competencia de la autoridad judicial brasileña para juzgar todas las acciones en que el demandado esté domiciliado en el territorio nacional, o *cuando la obligación deba cumplirse en el Brasil*.

Siempre que se plantee ante el juez la cuestión de un conflicto internacional de jurisdicción, partiendo de lo dispuesto en el Código Bustamante y llegando al precepto expreso del artículo 12 de la Ley de Introducción, el magistrado brasileño considerará sólo la norma en vigor en su propio país y se declarará competente o incompetente, sin considerar el derecho extranjero, pues esa regla es una *regla de colisión unilateral*.

En lo referente a los conflictos internacionales de jurisdicción de naturaleza laboral, la posición del juez o del tribunal es absolutamente la misma: realizar la indispensable consulta al derecho interno, sin preocuparse por lo dispuesto por el derecho extranjero, excepto, si fuese el caso, las normas contenidas en convenciones internacionales.

Únicamente hay que considerar que, en la esfera del derecho judicial del trabajo, existen normas especiales sobre la competencia del juez, que demuestran que el legislador no manifestó especial interés por el *domicilio del demandado*, cosa que llamó la atención de los participantes del Tratado de Montevideo de 1889²⁷³ y del legislador brasileño, cuando elaboró la disposición, antes citada, de la Ley de Introducción al Código Civil.

En el plano laboral y desde el punto de vista del juez brasileño las soluciones, en síntesis, son éstas:

a) La competencia de la justicia del trabajo se determina *por el lugar de prestación de servicios*, o sea, por el foro de la ejecución del contrato.²⁷⁴

b) No existe ninguna consideración de parte del legislador para con el domicilio del demandado o para con el foro de celebración del con-

²⁷³ Artículo 56, parte final.

²⁷⁴ Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 651.

trato. Al contrario, la competencia se establece en la forma señalada, o sea, según el lugar de ejecución del servicio, como aclara el referido artículo 651, aunque el trabajador *haya sido contratado en el extranjero*.

c) Como excepción a ese principio, sin embargo, el legislador del trabajo establece que, cuando el litigio entre empleado y empleador ocurre en el extranjero, en *agencias o sucursales*, la competencia pertenece a la justicia del trabajo brasileña, cuando el empleado sea *ciudadano nacional* y cuando no exista *convención internacional que disponga en contrario*.²⁷⁵

d) El parágrafo 3º del artículo 651, finalmente, dispone que, cuando el empleador promueve la realización de una actividad fuera del lugar de celebración del contrato, se asegurará al trabajador la prerrogativa de interponer la acción en el foro del contrato o en el foro de la prestación de servicios. Esta excepción, a primera vista, podría indicar que el legislador —al concebirla y adoptarla— pensaba exclusivamente en los casos en que el foro de celebración del contrato y el foro de ejecución del trabajo estuviesen dentro del territorio nacional. Pero, si el artículo 651, *caput*, parte de la regla de que es competente la justicia del trabajo brasileña cuando el empleado ejecuta allí el servicio, aun cuando hubiese sido tratado en el extranjero, y si el parágrafo 3º —en las hipótesis que enuncia— faculta al trabajador a *optar* entre el foro del contrato y el foro del trabajo, se podrá igualmente entender que ese derecho de opción perdura en el plano internacional, o sea, cuando el trabajador hubiera sido contratado en Brasil para prestar servicios en territorio extranjero (o viceversa), en los casos excepcionales en que el empleador desarrolle actividades económicas fuera del lugar de la celebración del contrato individual de trabajo.²⁷⁶

²⁷⁵ Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 651, parágrafo 2.

²⁷⁶ Según el artículo 81, parágrafo 4º, del *Anteproyecto de Código de Procedimiento del Trabajo*, “salvo disposición expresa en contrario consignada en tratado o convención internacional, siempre que el empleador no tenga establecimiento situado en Brasil, el foro competente será el del domicilio del empleado”. La tendencia dominante en derecho comparado, en materia de competencia del juez para conocer en la acción laboral, es la de tomar en cuenta el *domicilio del trabajador* y no, generalmente, el domicilio del demandado. Por otro lado, casi siempre el legislador indica más de un criterio de fijación de la competencia y confía la elección a la deliberación del trabajador, en atención a sus conveniencias y necesidades. En ese sentido: Código del Trabajo de Viet Nam, 1956, artículo 249; Código del Trabajo de Malgache, 1960, artículo 119; Código del Trabajo de Panamá, 1947, artículo 382, núm. 1; Código Procesal del Trabajo de Colombia, 1948, artículo 5º; *cfr.*, Russomano, Mozart Victor, *Código de Processo do Trabalho, Anteproyecto anotado*, Río de Janeiro, 1963, pp. 112 y ss.

VI. *El principio de la ley más favorable al trabajador*

En el balance final de todas las soluciones indicadas para los conflictos en el espacio de leyes de naturaleza laboral —relativas al contrato individual, a los accidentes de trabajo, al convenio colectivo, a la previsión social y a la competencia judicial— se aprecia la reiterada adopción de un criterio que cada vez más se generaliza en esos tipos de concurrencia de normas oriundas de soberanías diferentes: de modo amplio, con la especial salvedad de las excepciones estudiadas, se advierte en el derecho internacional privado, en lo que concierne a los conflictos de leyes del trabajo, la tendencia a solucionar los mismos por la aplicación, no indiscriminada pero sí generalizada, *del criterio de la territorialidad de la norma*.

Al mismo tiempo que registramos ese hecho, como orientación consagrada efectivamente por el jurista y por el legislador, creemos entrever una nueva construcción doctrinaria, a propósito de la solución de los conflictos de leyes laborales, y es la recomendación del uso, siempre que sea posible y necesario, del *principio de la ley más favorable al trabajador*.

En último análisis, por ese principio se deberá considerar aplicable a la relación jurídica sobre la cual convergen dos o más leyes oriundas de soberanías distintas a aquella que mayores beneficios otorgue al trabajador.

Esta idea —que no puede considerarse enteramente nueva y tiene paralelo histórico en el derecho penal internacional— ha sido objeto de algunas referencias doctrinarias, en los últimos años.

Werner Goldschmidt, por ejemplo, escribió:

Cabe pensar en establecer, en analogía al *favor matrimonii*, *favor testamenti* y *favor negotii*, un *favor locationis conductio-*nis operarum**, basado, en España, en los artículos 24 y 28 del Fuenro de los Españoles y en la Argentina en el artículo 37, I, Constitución Federal. Con arreglo a este *favor* habría de aplicarse a los derechos del empleado obligatoriamente el derecho más favorable entre los diversos derechos interesados.²⁷⁷

En el mismo sentido, tratando del problema de las concurrencias de leyes en materia de convenios colectivos de trabajo, Leopold de Vos invoca, para solucionar el caso concreto que examina, el criterio de aplicación de la norma que sea más provechosa para el trabajador.²⁷⁸

²⁷⁷ *Op. cit.*, vol. II, pp. 471-472.

²⁷⁸ *Op. cit.*, vol. II, p. 624.

Como no podría dejar de ser, esa tesis resonó fuertemente en el ámbito de la doctrina laboralista, pues es innegable que el *principio de la ley más favorable* corresponde al espíritu del derecho del trabajo: si éste, regulando las relaciones individuales y colectivas entre empleados y empleadores o las entidades que los representan, tiene por meta la protección jurídica del trabajador, es perfectamente natural que a esa finalidad última del legislador laboralista se vincule el *principio de la ley más favorable*.

En otras palabras: cuando concurren dos o más leyes, en principio aplicables al mismo hecho, siendo esas leyes laborales, es razonable que se piense en señalar la ley competente dentro del espíritu que las anima, o sea, dentro del designio de proteger al trabajador. Entonces, la ley menos favorable, en nombre de los fines que procura alcanzar, retrocede ante la ley más favorable, porque ésta consigue mejor que aquélla sus altos objetivos de protección al trabajador.

Rafael Caldera aludió esquemáticamente a esta idea, pero lo hizo de modo muy claro, para expresar su pensamiento: según él, el principal problema de los conflictos de leyes del trabajo se plantea cuando se invoca la ley extranjera en el territorio nacional, en virtud de que ella concede mayores ventajas al trabajador. En este caso —según el jurista venezolano— el juez difícilmente podrá recusarla.²⁷⁹

Un poco más lejos va en su opinión Guillermo Cabanellas, para quien, tanto en lo que concierne a la celebración del contrato individual de trabajo como a su contenido y a su ejecución, el conflicto de leyes debe resolverse teniendo en cuenta la probable diferencia entre las legislaciones en confrontación, en forma de aplicar aquella que sea más favorable al trabajador.

Este razonamiento, naturalmente, conduciría a dos situaciones diferentes: llevaría a la aplicación de la ley nacional, siempre que la ley extranjera fuera menos avanzada; o a la aplicación de la ley extranjera cuando, al contrario, concediese ésta mayores ventajas y derechos al trabajador.²⁸⁰

El problema, sin embargo, no es tan simple como pudiera parecer a primera vista.

Dentro del ordenamiento jurídico *nacional*, se admite con cierta facilidad, en el derecho del trabajo —tanto en el examen de la prueba

²⁷⁹ *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1960, vol. I, p. 200; *cfr.*, el examen del tema por Valladão, Haroldo, *op. cit.*, vol. III, p. 100.

²⁸⁰ *Introducción* . . ., ya citado, vol. II, pp. 296-297.

como en la interpretación de la ley— la regla *in dubio pro operario* que, en el fondo, no es más que uno de los aspectos, adscritos al derecho sustantivo, del principio de la ley más favorable al trabajador.

En el orden *internacional*, la primera dificultad radica en que, cuando se soluciona el conflicto de leyes, se señala cuál es el ordenamiento jurídico aplicable —del país *A* o del país *B*— y no siempre se podrá establecer con precisión cuál de los dos ordenamientos, *en su conjunto*, es en realidad más favorable al trabajador. Puede ocurrir, por ejemplo, que, en el conjunto de sus disposiciones, la legislación del Estado *A* sea más favorable al trabajador que la del Estado *B*; pero, en el punto particular en que el conflicto se establece, suceda lo contrario. Entonces paradójicamente, si se aplicase la *legislación* más favorable, se aplicaría en verdad la *norma* de menor contenido protector.

Ese argumento pone en duda la viabilidad práctica de la adopción del principio.²⁸¹ Para superarlo, será preciso admitir que la ley extranjera sólo puede invocarse en la medida en que perfeccione, mejore o amplíe el derecho local en provecho del trabajador.²⁸² La salvedad satisface, desde el punto de vista teórico, y las dificultades prácticas podrán ser sobrepasadas por la argucia y por el prudente arbitrio del juez.

En Brasil, como ocurre en la doctrina internacional, el *principio de la ley más favorable* como criterio de solución de los conflictos de leyes de naturaleza laboral no ha sido estudiado en profundidad, reduciéndose a las proporciones de recomendación doctrinaria o indicación de *iure constituendo*. Pero, sin duda, ahí se encuentra un nuevo rumbo para la solución de esos conflictos, porque nadie ha de negar que aquel principio —colocado hasta hoy en un plano puramente científico— mantiene una innegable y estrecha conexión con los fines últimos del derecho del trabajo.

No obstante, aun en el campo de los juslaboralistas, surgen las primeras resistencias a su adopción, como se ha visto a través del pensamiento de Krotoschin.

Los internacionalistas, en ese caso, podrían repetir las palabras —en cierta forma irónicas— que Georg Breitzke expresó ante un congreso de especialistas de derecho del trabajo: en el derecho internacional privado existen soluciones que se pueden volver anticuadas y los jusla-

²⁸¹ Krotoschin, Ernesto, *Instituciones* . . ., vol. I, pp. 52-53; cfr., asimismo, Sussekind, Maranhão y Viana, *op. cit.*, vol. I, pp. 193-194.

²⁸² Cueva, Mario de la, *op. cit.*, vol. I, p. 340.

boralistas deben estar dispuestos a romper, si es preciso, la vinculación ostensible que existe entre las tesis centrales de nuestra disciplina y las ideas nuevas que forman el núcleo del derecho del trabajo. Si así lo hiciesen, permanecerían fieles y serían útiles a su especialidad y, además, estarían contribuyendo al progreso del derecho internacional privado.²⁸³

En poesía, es obra de “ingenio y de arte” hacer frases nuevas en torno a ideas viejas. En ciencia, al contrario, el creador, a través de las antiguas frases de su oficio, construye ideas nuevas.

Eso le da el espíritu de un argonauta. Y gracias a ello, recorre todos los cuadrantes del gran horizonte.

²⁸³ En *Actas . . . , ya citado*, p. 569.