

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL
CONTRATO
INDIVIDUAL DE TRABAJO EN EL MERCOSUR.
VALOR JUSTICIA E INTEGRACION**

Por MARTIN JOSE CASELLI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. - II. TRASCENDENCIA DEL TEMA. - III. EL ACTUAL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO - PRINCIPIO ADOPTADO Y PROBLEMÁTICA QUE ENCIERRA. -IV. ANALISIS DE LOS SISTEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS PAISES MIEMBROS DEL MERCOSUR. - V. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE, LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO. - VI. LA CUESTIÓN DE RECONOCER POTESTAD AL DERECHO LABORAL PARA DICTAR NORMAS PROPIAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSECUENCIAS PRACTICAS EN EL MERCOSUR. - VII. POSIBILIDAD DE ACUDIR A LOS SISTEMAS DE ARMONIA Y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA EN EL AMBITO COMUNITARIO. - VIII. VALOR JUSTICIA E INTEGRACIÓN FAVOR INTEGRATIO COMUNITATIS. - IX CONCLUSIÓN.

**I
INTRODUCCION**

A la luz de un posible proceso integracional eficaz se analizará, en las siguientes páginas el sistema de Derecho Internacional Privado aplicable al contrato individual de trabajo, analizando su función inserta en la realidad de un incipiente derecho comunitario.

Se examinarán las cuestiones que suscita la especial naturaleza del contrato laboral, señalando posibles soluciones a los problemas que puedan originarse debido a la existencia de asimetrías importantes entre las legislaciones laborales de los países integrantes del Mercosur¹, como también a las consideraciones desiguales sobre la naturaleza jurídica de

¹ El subgrupo de trabajo N° 11 - Com. 1, perteneciente al Grupo Mercosur, presentó en febrero de 1994 un análisis comparativo de las legislaciones laborales de los países miembros anexando al mismo un cuadro con las principales asimetrías existentes.

determinados institutos o a la falta de declaración expresa de algunas legislaciones acerca de ciertos temas de nuestra materia. Por último, se procurará propiciar un criterio justo de valoración que el Derecho Internacional

De acuerdo con lo expresado, nuestro título *Derecho Internacional Privado y el Contrato de Trabajo en el Mercosur* debe leerse juntamente con *Rol del Valor Justicia y la Integración*, porque ambos resumen el pensamiento que nos llevó a elaborar el presente trabajo.

Abordando el tema del conflicto espacial de leyes aplicables al contrato individual del trabajo con elementos extranacionales^{2,3}, se dejará de lado, con respecto a su estudio teórico o de "laboratorio jurídico", las cuestiones vinculadas a la existencia y actividad de la OIT, al Derecho Administrativo del Trabajo, al Derecho comparado y a la Unificación Internacional del Derecho Material del Trabajo.

Aun así, es preciso afirmar que el análisis de la génesis, creación- aplicación, juzgamiento, etc., del derecho laboral se efectúa mediante una doble óptica superpuesta con la que es dable examinarlo esto es desde el punto de vista publicístico y desde el punto de vista privado y que en innumerables situaciones fácticas resulta imposible escindir los aspectos referidos. Es por ello que no hablamos de dos ópticas alternativas, sino que admitimos que en la práctica las lentes con las que se analiza al derecho del trabajo resultan superpuestas. Es en virtud de lo antedicho que el lector advertirá, a lo largo del presente, algunas intromisiones a otros campos ajenos al derecho internacional privado del trabajo, pero que por razones de claridad resulta necesario recurrir.

² Pese a que no abordaremos las cuestiones referentes al conflicto de jurisdicciones y al reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, advertimos sobre la necesidad de analizar el estudio propuesto de un modo integral y vinculado con esos temas señalados.

³ BERTA KALLER DE ORCHANSKY niega la posibilidad de que las leyes laborales entren en conflicto, y si lo admite lo hace señalando que eso es excepcional, dado que -según la autora- prima en esta materia el criterio de la territorialidad. *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, p. 22.

II TRASCENDENCIA DEL 'TEMA

Obreros, empleadores, estudiantes, juristas, etc., estamos presenciando la posibilidad del alumbramiento de una criatura hasta antes desconocida en América Latina –al menos con las expectativas de realidad tangible con la que contamos a partir del Tratado de Asunción del 26/3/ 91–; esto es el derecho comunitario que Vendrá de la mano del Mercosur y cuya penetración en la vida cotidiana de todos los integrantes de los países miembros será – de desarrollarse sanamente⁴ de alcances profundos⁵, con fuerte incidencia sobre la vida jurídica de los estados y sus habitantes.

Existe ya una "criatura" en plena evolución: la comunidad europea, que nos otorga un encomiable aporte mostrándonos grandes logros, al tiempo que nos advierte sobre problemas que, indefectiblemente, se suscitarán también en nuestro ámbito⁶

"Las hombres y los pueblos civilizados necesitan muchas cosas y, cuanto más necesitan, se ven mas fuertemente compelidos al contacto – en el país o en el extranjero– con las fuentes productoras de los bienes indispensables para su felicidad y su seguridad. En esa recíproca dependencia que existe entre los individuos de las sociedades nacionales reside la base más profunda de los regímenes de la conciencia solidaria. De la misma forma,, en el plano de la comunidad de las naciones, esa cooperación, ...

⁴ ERNESTO O'FARREL, *La armonización del Derecho en los países del Mercosur*, LL, 1993-C-1076: *...si el Mercosur se desarrolla favorablemente en el futuro, el establecimiento de un derecho comunitario será una consecuencia necesaria que se derivará de su buen funcionamiento... Por mi parte pienso que existe al respecto demasiada incertidumbre para asegurar desde ya que el Mercosur será un éxito. Pienso, también que es bueno que el proceso de integración, si llegamos a ese estado, se vaya haciendo por etapas sucesivas, y que el éxito de cada una de esas etapas sea el fundamento de la siguiente".*

⁵ *No se trata de un tratado internacional más, sino de uno cuyo objetivo final sería el nacimiento de una entidad supranacional"* MANUEL ALVAREZ TRONGE, *Aspectos Jurídicos del Mercosur*, LL, 1992-B-813.

⁶ *El Mercosur en cambio, – al decir de TRONGE, LL, 1992-B-812 – es sí el resultado de una asociación de Estados con claros objetivos económicos pero que no se ha decidido aún a fijar las pautas precisas de una entidad supranacional ni ha establecido, en consecuencia autoridades propias que se deban a sus intereses.*

*se va tornando indispensable... y ha de ser, por cierto, en el futuro, el soporte concreto de formas justas de convivencia armónica entre los Estados*⁷

Esta afirmación, hoy en día, no reviste el carácter de anuncio, ya que se torna en realidad irreversible de nuestros tiempos.

La inminencia del Mercosur resulta de gran importancia histórica y de enorme profundidad social, que en el devenir irá develando sus aristas más sutiles. Existe la convicción de que ya no median los impedimentos para que el individuo de cualquier punto de la tierra se vea inmerso en relaciones jurídicas con elementos extranacionales, abriendo, de este modo, la puerta para que actúe y se desarrolle en todos sus aspectos el derecho internacional privado.

En nuestro específico campo de estudio observamos que: "...en todo tiempo el contrato de trabajo o la simple relación laboral han sido pasibles de introducirse en la esfera de conflicto con otros sistemas legislativos internacionales, por la intervención de una o varias conexiones extranjeras en aquellos"⁸. La tesis expuesta aparece notablemente acentuada debido a la efectiva y creciente facilidad de las comunicaciones y el desplazamiento entre los puntos geográficos más distantes de los países en general, y, en particular, más acentuada aún entre los países integrantes del Mercosur.

La acentuación de intervenciones de elementos extranjeros entre estos países americanos se debe, en primer lugar, a la proximidad espacial entre los mismos y a la existencia de aspectos culturales comunes, rasgos sociopolíticos compartidos, grado de desarrollo similares, y aún de sistemas jurídicos con raíces comunes, etc., (elementos *de facto*). A esta realidad ya existente que justificaba ampliamente la intervención del DIPr⁹. – se le suma un elemento nuevo, *de iure*, que marca un rumbo a seguir, señalado por el compromiso asumido por los Estados firmantes del Tratado de Asunción (TA) de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el *fortalecimiento del proceso de integración* (art.

⁷GILDA MACIEL CORREA MEYER RUSSOMANO, *Derecho Internacional Privado del Trabajo* – Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 17, 1988.

⁸ MALBRAN, MANUEL, *El Derecho Internacional Privado en la ley de Contrato de Trabajo*, ED, 62-699.

⁹ Derecho Internacional Privado.

1). A partir de esta declaración de voluntad, en el ámbito del trabajo intercomunitario, aparecerá con renovada importancia el derecho internacional privado laboral a aportar sus valiosos instrumentos.

III

EL ACTUAL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA IEY DE CONTRATO DE TRABAJO -PRINCIPIO ADOPTADO Y PROBLEMÁTICA QUE ENCIERRA

Hacemos referencia al sistema del DIPr. que adopta nuestra LCT (art. 3, ley 21.297 [ED, 66-8761] en miras al aporte que el mismo pueda realizar en la constitución de un incipiente derecho comunitario. Para ello graficaremos acerca de cómo estaba concebida la anterior norma de conflicto (art. 3, ley 20.744 [ED, 56-875]) y enunciaremos brevemente las cuestiones que no resuelve la ley 21.297.

Un minucioso trabajo de la doctrina dilucidó gran parte de los problemas que la modificación al primogénito art. 3 trajo aparejada (v.gr.) en cuanto a la admisión de la *lex favoritatis*, en cuanto a la autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable, etc.¹⁰, empero, remarcamos que es deseable que al comenzar una nueva etapa de la que pueda surgir un "derecho comunitario", en lo sucesivo contemos con normas claras que eviten la suplencia de otras de dificultosa interpretación que requieren de "grandes elaboraciones jurídicas" para dilucidar lo que la norma pudo haber dicho con mayor sencillez¹¹.

Analizando el art. 3 de la ley 20.744 encontramos que éste contemplaba las siguientes situaciones:

- Contrato de trabajo celebrado en nuestro país para su cumplimiento en territorio nacional.
- Contrato de trabajo celebrado en país

¹⁰ Ver, entre otros, ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ed. Astrea, p. 895 y SS., ANTONIO BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo-Perrot, pS. 724/727.

¹¹ Aun así remarcamos la opinión del doctor ALBERTO JUAN PARDO (*Derecho Internacional Privado*, Ed. Abaco, p. 147): "La doctrina de los autores es la fuente internacional que más contribuye al progreso de esta disciplina y forma paralelamente al derecho positivo, una ciencia del derecho internacional privado, que queda registrada en forma de reglas jurídicas".

extranjero para ser ejecutado en territorio nacional.

- Contrato de trabajo celebrado en el país para su cumplimiento en territorio extranjero.

A estas hipótesis, el antiguo art. 3 suministraba soluciones precisas en cuanto la ley aplicable a cada una. Instituyó el principio *lex executionis* y agregaba como elemento nuevo la aplicación *aún de oficio* de la ley extranjera en medida que ella resultara más favorable al trabajador^{12 13}.

La ley 21.297 produjo un cercenamiento del originario art. 3 de la LCT¹⁴ derogando la disposición que expresamente consideraba intrascendente la nacionalidad de las partes -no por esa derogación podemos decir que actualmente sea considerada un elemento relevante-, la aplicación del principio *lex executionis*, y la del principio *lex favoritatis*. La doctrina considera que la *lex favoritatis* quedó excluida sólo en cuanto a su aplicación de oficio. Dejó sin resolver el supuesto del Contrato celebrado en el país para su cumplimiento en territorio extranjero y también omite solucionar los conflictos que pueden ocurrir respecto de: contrato celebrado en el país que *de hecho* se ejecute en el extranjero; contrato celebrado en el extranjero para ser ejecutado en nuestro país, pero *de hecho* no ejecutado; así como el caso de contrato celebrado en el país o en el extranjero

¹² Art. 3, ley 20.744: "Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio, cualquiera sea la nacionalidad de las partes. La ley extranjera podrá ser aplicada aun de oficio por Los jueces, en la medida que resulte mas favorable al trabajador".

"Los contratos de trabajo celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los contratantes, se regirá por las leyes del país en el que se cumplan, salvo lo que resulte por la aplicación del régimen más favorable al trabajador".

¹³ Aun reconociendo el mérito de la incorporación de este principio, su aplicación traía aparejada dificultades prácticas a fin de establecer que es lo más favorable, dificultad práctica que no empaña el mérito de haberlo incorporado. La 20.744 no contempló el caso de los contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en el extranjero, los contratos sin lugar de celebración, o sin lugar de ejecución y los que carecen de ambos, cfr. VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit.

¹⁴ Art. 3, ley 21.297: Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio.

que deba ejecutarse o *de hecho* se haya ejecutado en varios países, uno de los cuales sea la República Argentina.

El texto actual dificulta la solución de las cuestiones *sub studio*¹⁵ y poco coopera a la idea-fuerza. "Fortalecimiento del proceso de integración". Es necesario contar con normas más precisas que la reseñada, para poder insertarnos con mayor facilidad en la comunidad internacional. La meta más próxima es la comunidad interamericana.

Quisiéramos saber si, con la incorporación de la 21.297, hemos retrocedido en materia de derecho aplicable al contrato de trabajo.

Como consecuencia de la reducción del ámbito de aplicación de la norma de conflicto contenida en la LCT, en los casos no previstos por ella, debe recurrirse al sistema general que en materia de derecho aplicable a los contratos rige en el derecho internacional privado argentino. Esto ya ocurría antes de la promulgación de la 20.744. Pero, *no es posible recurrir sin más al régimen del Derecho Común*¹⁶.

La incorporación del principio *favor operarii*, se atribuyó en gran medida al pensamiento de GOLDSCHMIDT¹⁷. Su inserción, categorizada como original y valiosa, fue considerada un avance en el tema, y un elemento coadjutor a la realización del valor *justicia*.

Pero este avance duró poco tiempo.

Solamente resaltaremos dos de las consecuencias primarias que aparejó la sanción de la ley 21.297, a los efectos de nuestro estudio, dejando de lado las restantes.

- Si se considera que la incorporación de la

¹⁵ No resultaría pertinente en este ensayo plantear y desarrollar todas las críticas y defensas que los autores prodigaron a la ley 21.297 ni el modo en que se arribó doctrinalmente a la solución de ciertos conflictos. Remitimos, entre otros, a las obras del doctor ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD (*Tratado del Trabajo y la Seguridad Social*, Ed. Astrea, 1981) Y ANTONIO BOGGIANO (*Tratado de Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot).

¹⁶ Cfr. OCTAVIO CARLOS RACCIATTI, *Conflicto de Leyes y Jurisdicciones en materia laboral*, El Derecho Laboral, N° 467, 1992, p. 607/630 Montevideo-Uruguay).

¹⁷ *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, T. II, p. 471.

lex favoritatis ayudaba a alcanzar el valor *justicia*, y aún más, el de la *equidad*, ya no contamos con la misma al menos de un modo explícito^{18,19}. Podría considerarse un retroceso.

- Otro efecto de importancia se relaciona con la cuestión del reconocimiento de autonomía legislativa conflictual propia del derecho del trabajo. Esto es la posibilidad de atribuirle al Derecho laboral potestad de regular autónomamente su sistema de DIPr. Del texto de la 20.744 surgía claramente que el derecho del trabajo era merecedor de contar con normas propias, autónomas y originales de Derecho Internacional Privado. Hoy, esta afirmación no se desprende con igual fuerza, tanto del análisis de nuestro sistema de DIPr. de fuente interna como internacional.

En relación al efecto práctico de resolver este interrogante en el ámbito del Mercosur, ver *mfra* cap. VI *in fine*.

IV

ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

Introducción:

JACQUES TISSIER afirmó que "...Entre las consecuencias jurídicas que naturalmente fluyen de los 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"²⁰.

Se espera que el nacimiento de un mercado común intensifique el desenvolvimiento de trabajos con elementos extranacionales. Advertimos que esos elementos más que

¹⁸ La doctrina considera vigente este principio, aunque con algunos límites.

¹⁹ El doctor RACCIATTI, ob. cit., opina: *Las mismas razones que justifican el principio protector del cual la regla de la norma más favorable es una de sus dimensiones- en los casos absolutamente nacionales están presentes en los que tienen uno o más factores extranacionales relevantes* .

²⁰ *Préoccupations des syndicalistes français*, París, setiembre de 1958, p. 300, citado por RUSSOMANO en pág. 131, ob. cit.

extranacionales podrán ser comunitarios y afirmamos que en este ámbito debe evitarse la existencia de grandes asimetrías entre las legislaciones laborales de los diversos países, su existencia dificultaría la integración.

Se hace necesario, al pensar en un derecho de la integración, la necesidad de contar con una "aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes"²¹. Cuando se habla de aproximación de las legislaciones nacionales entendemos que bien puede incluirse la aproximación de sistemas de derecho internacional privado. En tanto ello se consigue, resulta de utilidad realizar un somero análisis de los sistemas de derecho internacional privado que hoy rigen, respecto al contenido del contrato individual de trabajo en Uruguay, Paraguay y Brasil.

Si, como es sabido, "...las legislaciones laborales vigentes importan fundamentalmente porque expresan el modo como es tratado el trabajo en cada uno de los países de la región..."²², las normas de derecho internacional privado aplicables al contrato laboral importan fundamentalmente, porque expresan el modo susceptible de ser tratado el trabajo como consecuencia de una aplicación de ley extranjera.

El Principio protectorio es un elemento común entre las legislaciones obreras de los países miembros del Mercosur. Pero a poco que se lo analiza nos enfrentamos a que el contenido concreto que ese principio encierra difiere –a veces en mucho– en cada país. Además, en algunos países no existen leyes que regulen en un solo plexo y autónomamente al contrato individual de trabajo, sin perjuicio de que se aplican los principios generales que en materia contractual regula cada legislación.

Sistemas adoptados:

A) Argentina:

Remitimos a lo reseñado en el cap. III.

B) Uruguay:

El contrato de trabajo se encuentra regulado en

²¹ Art. 3 del Acuerdo de Integración Subregional Andino: "Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo, se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: a) ... la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes".

²² RODOLFO CAPON FILAS, Armonización de la legislación laboral en los países del Mercosur, en El Mercosur, aspectos institucionales y económicos, Ed. Platense, 1993, p. 126.

las leyes 5350, 7318, 10.489, 14.320, 11.577, 14.977, 12.590, 10.449 y 12.840. El empleo, en las leyes 384/979, 14.312/974. Este país no cuenta con una norma de remisión de fuente interna dentro de las leyes que regulan el contrato de trabajo. Se acude a los principios de DIPr. que en materia de contratos civiles adopta²³. El Derecho Internacional Privado Uruguayo contiene disposiciones sobre conflicto de leyes en materia de contratos (en general), en el apéndice del Código Civil (ley 10.084 del 3/12/41). Este apéndice no admite la autonomía de la voluntad²⁴ en cuanto a la posibilidad de elección de ley o jurisdicción aplicable a un caso objetivamente internacional.

En un fallo dictado el 31/3/92 por el Juzgado del Trabajo de 1er. Turno de Montevideo, publicado en *El Derecho del Trabajo* N° 467; julio-setiembre 1992; Montevideo: " *...Nuestro derecho positivo interno no contiene una solución específica para regular las relaciones laborales extranacionales, por consiguiente debe acudir a 105 principios generales y las situaciones análogas y doctrinarias más recibidas (art. 16, C.C.)...*"

" ...En el caso, la ley del lugar de ejecución es inaplicable debido a la imposibilidad de determinar un único lugar de prestación del trabajo, razón por la cual, es de aplicación el principio protector de la norma más favorable al trabajador..."

" ... Las cláusulas que estipularon la sujeción a las normas panameñas (ley del pabellón) respecto a los rubros salariales, resultan nulas y sin ningún valor jurídico por que se trata de derechos irrenunciables e indisponibles amparados con normas legales de orden público que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes..." .

En lo que respecta a fuente internacional de DIPr. este país tiene ratificados los tratados de Derecho Civil de Montevideo 1889, 1940 y el protocolo adicional de 1940. Asimismo, el 15/5/1980 ratificó la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II)

²³ El artículo 2399 del Código Civil Uruguayo indica que los actos jurídicos se rigen en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los arts. 34 al 38 del Tratado de Derecho Civil de 1889.

²⁴ RACCIATTI, ob. cit.

En el cap. VI analizará la Posibilidad E aplicar los mencionados tratados y convenciones en materia del derecho laboral y su caso, las cuestiones que se plantean.

C) Paraguay:

Es el único país de los miembros del Mercosur que adopta el sistema de código en materia laboral. Ley 213/93.

Tampoco aquí encontramos una norma remisión de fuente interna. Pero resulta interesante destacar que el art. 4 del Código de Trabajo de la República del Paraguay regula el punto referente al pacto de condiciones menos favorables al trabajador sancionándolos con nulidad²⁵ de un modo análogo al adoptado por el art. 7 de la LCT argentina²⁶. Otra analogía encontramos entre los arts. 5 y 7 del Código de Trabajo paraguayo y el art. 9 de la LCT argentina por la que se establece el principio *in dubio pro operario*²⁷. En la doctrina nacional,

conjugando los Art. 7 y Art. 9 de la LCT se aceptó tanto la posibilidad de convenir la aplicación de un derecho extranjero como la vigencia del principio *favor operarii* en los contratos internacionales. Realizando un razonamiento

²⁵ Art. 4: “ *Los reglamentos de fábricas o talleres, contratos individuales y colectivos de trabajo que establezcan derechos o beneficios en favor de los trabajadores, inferiores a los acordados por la ley, no producirán ningún efecto, entendiéndose sustituidos por los que, en su caso, establece aquella*” .

²⁶ LCT. art. 7: “*Las partes en ningún caso pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley*” .

²⁷ Art. 5, Cód. trab. Paraguay: “ Las disposiciones de este código contienen el mínimo de garantías y derechos en beneficio de los trabajadores. Ese mínimo no podrá alterarse...Las prestaciones ya reconocidas espontáneamente o mediante convenio por los empleadores y que fuesen más favorables a los trabajadores, prevalecerán sobre las que esta ley establece” .

Art. 7 Cód. cit.: “*Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas del trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador*”

Art. 9 LCT: “*En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo*”

análogo al aludido, con respecto a las normas paraguayas transcritas, concluimos que resultaría válido admitir que la ley paraguaya autoriza la posibilidad de elección del derecho aplicable y el principio *favor operarii* en los contratos de trabajo con elementos extranacionales, esto condicionado a una elección previa de las partes y, lógicamente, a la existencia de elementos jurídicos relevantes que importen un contacto razonable.

En lo que respecta a normas de Derecho Internacional Privado Paraguayo de fuente internacional, este país ratificó los mismos tratados y convenciones que Uruguay y Argentina.

D) Brasil:

Las normas que regulan las relaciones laborales en la República Federativa del Brasil se encuentran insertas en una “ Consolidación de Leyes del Trabajo” N° 5452. Presenta la particularidad de contemplar, además del contrato individual de trabajo, otros institutos como condiciones de trabajo de ciertas actividades; trabajo de mujeres y menores, las organizaciones sindicales e incluso la organización de la Justicia del trabajo y el procedimiento ante ese fuero.

En la doctrina Brasileña se sostuvo que el contrato individual de trabajo se regula por la ley del lugar de su conclusión o constitución, no importando el lugar de ejecución del trabajo contratado²⁸.

GILDA RUSSOMANO indica que a esa conclusión se arriba como fruto de un examen simplista del art. 9º de la Ley de Introducción al Código Civil²⁹. Agrega la autora:

– “ *Si la mayoría de las leyes que rigen el 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. En el caso que estudiamos, además, debe considerarse lo dispuesto en el art. 198 del Código de Bustamante el que establece expresamente la territorialidad de las leyes de protección al trabajo*” . Y concluye sosteniendo que “*el principio de orden público inmoviliza a la*

²⁸ EGON FÉLIX GOTTSCHALK, AMILCAR DE CASTRO, citados por RUSSOMANO, ob. cit., p. 162.

²⁹ Art. 9, ref.: “*Para regir y calificar las obligaciones, se aplicará la ley del país en que se constituyeron*”.

ley extranjera invocada por la parte y que 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 nacional³⁰.

Pero precisamos: a) Que no siempre, aun cuando se modifiquen en virtud de ley extranjera, aspectos eminentemente privados (sin tocar el *mínimum* o incluso mejorándolo) aparecerá el Orden Público a inmovilizar a la ley extranjera. b) De la lectura del art. 198 del Código de Bustamante ratificado por ese país³¹ surge que el mencionado artículo manda adoptar el criterio de la territorialidad sólo en lo que respecta a las legislaciones sobre accidentes de trabajo y protección social del trabajador. Cabe preguntarse, entonces, si existen disposiciones en la legislación del trabajo de carácter privatista. Si Bustamante se hubiese inclinado por la negativa habría utilizado los términos u otros análogos como: todo tipo de legislación atinente al contrato de trabajo³².

En la doctrina brasileña comparten la aplicación de la regla de la norma más favorable, entre otros, HAROLDO VALLADAO (*Direito Internacional Privado*; Río; 1978; vol. III; p. 100) y ROMITA, ARION SAYAO (*Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*, Sao Paulo; 1991; p. 381-386).

En cuanto al sistema de DIPr. de fuente internacional, como dijéramos, Brasil ratificó el Código de Bustamante, que en materia de obligaciones y contratos establece, entre otras disposiciones:

- art. 65: Las obligaciones derivadas de la ley se rigen por el derecho que las haya establecido.

- art. 186: En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración.

- art. 198: También es territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y

³⁰ RUSSOMANO, ob. cit., p. 162.

³¹ Art. 198, Cód. BUSTAMANTE: "También es territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y protección social del trabajador".

³² Desde ya aclaramos que consideramos a la legislación laboral esencial y mayoritariamente (no absolutamente) protectora, y que en virtud de esa protección justamente se dictaron.

protección social del trabajador.

V

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCION DEL DERECHO APLICABLE, LOS TRATADOS INTERNACIONALES y EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

A) El art. 5 del *Protocolo adicional al Tratado de Montevideo* de 1940³³ generó posiciones encontradas acerca del papel que juega la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable. Una interpretación sustenta la proscripción de la misma, mientras que otra la admite de manera oblicua, en la medida que lo autorice la ley declarada como aplicable³⁴. Importante resulta la valoración que respecto a este tema efectúa el doctor ANTONIO BOGGIANO (cita al pie)³⁵.

Según se adopte una u otra postura se reconocerá o no a las partes celebrantes de un contrato de trabajo con elementos extranjeros jurídicamente relevantes la facultad para elegir la ley aplicable. Nos inclinamos por la posición afirmativa a esa posibilidad. Claro que esto queda sujeto a saber si el referido protocolo comprende a los contratos laborales, y, si es así con qué alcances.

³³ Art. 5 del Protocolo Adicional, de 1940: "La jurisdicción y la ley aplicable según 105 respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley".

³⁴ ORCHANSKY, ob. cit.

³⁵ ANTONIO BOGGIANO expresa: "Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, especialmente por la influencia de interpretaciones muy restrictivas, fueron considerados contrarios a la elección de los jueces y de la ley por las partes de un contrato. Se consideró que esa era función del legislador, no de las partes. En algunas decisiones se ha permitido elección de la propia Lex fori.

Pero la práctica contractual internacional ha evolucionado hacia la admisión de la autonomía de las partes. La situación varía de país en país.

En síntesis podría decirse que parece haber una tendencia favorable al principio en la práctica de la contratación internacional (...).

La interesante es que la práctica contractual parece exigir cada vez más el reconocimiento claro del principio en las leyes y la jurisprudencia", La Conferencia de la Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica, LL, 1993-31/32.

Supra quedó dicho que la doctrina argentina acepta la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable al contrato de trabajo en cuanto la ley "importada" resulte más favorable al trabajador. –

Naturalmente, quien se enrole en la negativa, en relación con el papel que juega la autonomía de la voluntad en el protocolo de Montevideo o en derecho internacional privado en general, descarta de plano cualquier posibilidad de su aplicación en lo respecta al contrato laboral. Pero esta exclusión parecería sin necesidad de analizar si las normas del tratado de Montevideo, y su protocolo adicional, se aplican en materia laboral.

Importa advertir que el *proyecto de la Convención Interamericana sobre ley aplicable en materia de contratación internacional* admite expresamente la posibilidad de elección de ley aplicable³⁶, pero excluye de su ámbito de aplicación, también expresamente, a los contratos laborales³⁷.

Creemos que la exclusión aludida encuentra su principal causa en que en el mencionado proyecto la autonomía de la voluntad es *principio rector y dominante*, seguido supletoriamente por el de la aplicación de la Ley del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos (art. 6, proy. cit.). No por ello podemos afirmar que de acuerdo con las más modernas tendencias resulte manifiestamente obvia la improcedencia en toda circunstancia de atribuir a las partes de un contrato laboral con elementos extranacionales la facultad de elegir la ley aplicable. Cabe aceptarla, con limitaciones.

Pero, asimismo, nos preguntamos hasta qué punto resultaría habitual que el trabajador pueda establecer demasiadas condiciones –entre ellas aplicación de ley extranjera más favorable– al celebrar un contrato de trabajo. Ahora bien, no

³⁶ Art. 5: "El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso, o excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta' de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podría referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña la elección de la ley aplicable".

³⁷ Art. 4: "Las normas de esta Convención tampoco se aplicarán a contratos que tengan una regulación específica, entre otros, el transporte internacional de mercancías, los contratos concluidos por consumidores, los contratos relacionados con derechos inmobiliarios y los contratos laborales".

por ello creemos que se pueda negar tal posibilidad, sobre todo teniendo en cuenta cierta categoría de profesionales-trabajadores.

B) La *Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, CIDIP II – 1), no contempla expresamente la problemática de la autonomía de la voluntad, pero en su art. 1 hace referencia a que la determinación de la norma jurídica aplicable se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás Convenciones suscritas o que se suscriban en el futuro por los Estados Partes.³⁸

Interesa, sobremanera, destacar otras disposiciones de la convención citada. Esta obliga a los jueces de los Estados Partes a aplicar el derecho extranjero *tal como lo harían los jueces cuyo derecho resulte aplicable* (art. 2³⁹; y en el caso en que resulten competentes diversas leyes para regular aspectos de una misma relación jurídica procurar realizar las *finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones* recurriendo a la *equidad* en el caso concreto para resolver las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea (art. 9)⁴⁰.

Si se considerara aplicable esta convención también a los conflictos de leyes laborales, el juez de un Estado Parte deberá aplicar la ley extranjera tal como lo harían los jueces cuyo derecho se aplica.

El término "tal como lo harían" ¿se refiere sólo al principio de la oficiosidad en la aplicación del derecho foráneo o también a las modalidades y criterios contenidos en esa ley para su aplicación? Resulta importante su dilucidación,

³⁸ Art. 1, cit.: "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculada con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás Convenciones Internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes"

³⁹ Art. 2, CIDIP II: "Las jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada"

⁴⁰ Art. 9: "Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto".

dado que en materia del trabajo existe, entre otros el *in dubio pro operario* por lo que el juez *fori* estaría compelido a adoptarlo aun cuando no esté obligado por su legislación. Pero el art. 3 de la Convención determina que cuando la ley de un Estado parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado parte, éste *podrá* negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos. Destacamos el término *podrá*, diverso, como es obvio, al término *deberá*.

Es importante rescatar la equidad incorporada en la convención cit. como criterio orientador. Por lo expuesto, dado que tanto la Argentina como Uruguay y Paraguay ratificaron los convenios referidos, se hace indispensable determinar si estos comprenden también la materia laboral.

Para finalizar:

Once the choice of law clause has been incorporated into the contract by valid consent on the part of both parties, ..., the question may arise as to whether or not the said clause is materially por essentially valid⁴¹.

Creemos que a la luz del criterio de indagación acerca de la validez material o esencial de determinadas cláusulas contractuales se disiparían algunos interrogantes, pudiéndose arribar a una visión más integral y a una aplicación más equitativa del derecho.

VI

LA CUESTION DE RECONOCER POTESTAD AL DERECHO LABORAL PARA DICTAR NORMAS PROPIAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSECUENCIAS PRACTICAS EN EL MERCOSUR

En el Cap. III, se hizo referencia a la incorporación en nuestra LCT del principio *lex favoritatis* aplicable en los conflictos de leyes, como un elemento nuevo y valioso. También se mencionó el aporte que distinguida doctrina realizó tendiente a admitir tal principio como

esencialmente justo. Con la introducción de una norma expresa en la legislación laboral se reconoció al derecho del trabajo la potestad de contener normas indirectas propias. Esto respondía a una especial naturaleza del contrato de trabajo, en cuya virtud se incorporaban principios especiales en sus normas regulatorias. Por tal motivo, la sanción de la 20.744 marcó un hito en el DIPr. argentino.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado argentino de fuente internacional la Argentina comparte esa fuente con Uruguay y Paraguay.

En los Tratados de Montevideo aplicables a los contratos civiles, no se hace referencia a que la normativa regule también el contrato de trabajo. Esta situación puede conducir a diversas interpretaciones:

- a) Que eso sea así porque se considera evidente a todas luces la equiparación de los contratos laborales (en su faz privada) a los civiles.
- b) Que eso sea así porque se considera una obviedad que- los mismos quedan excluidos.

Y en tales casos: * ¿Significa que se recomienda un tratamiento especial, reconociendo potestad a la materia para regular sus propias normas de DIPr.? -

* ¿Significa que se le niega la mencionada potestad?

* ¿Significa que se estima que el reconocimiento de la autonomía legislativa resulta intrascendente porque aplicando -los principios generales se llegaría al mismo resultado?

Por de pronto advertimos una consecuencia importante que trae consigo el reconocimiento o no de autonomía legislativa de derecho internacional privado en materia laboral en el ámbito del Mercosur: Si se entiende que el contrato de trabajo queda excluido de los tratados internacionales ratificados por los tres países referidos, estos no verían obstáculo para dictar normas de DIPr. laborales (de reconocerse esa potestad a la materia).

En cambio, si se estima que en los Tratados se encuentran comprendidos también lo contratos laborales, los países ratificantes integrantes del Mercosur que pretendan dictar conjuntamente normas de DIPr. laboral de fuente internacional, hallarían un obstáculo, permaneciendo vinculados en los términos y condiciones fijados en el art. 67 del Tratado de Derecho Civil de

⁴¹ Cfr: ANTONIO BOGGIANO, *International Standard Contracts, the price of Fairness*, p. 99/100; Graham & Trotman/Martinus Nijhoff; The Netherlands, 1991. En rigor, la frase citada corresponde al tema referente a los contratos internacionales Standard.

Montevideo 1940⁴², y en su caso, por los términos y condiciones del art. 16 de la CIDIP II⁴³.

Quedaría por indagar sobre si la salvaguarda establecida por el art. 67 Trat. cit. y por el art. 16 Conv. cit. aparece en función de la "Comunidad de hecho", conformada por todos los Estados ratificantes, o si sería admisible que antes que transcurra el tiempo mínimo que los convenios fijan, la Argentina, Uruguay y Paraguay puedan celebrar y aplicar entre sí un tratado de DIPr en materia laboral común a ellos de contenido diverso.

Concluimos afirmando que continúa incólume una inclinación a esquivar el tema vinculado con el contrato de trabajo en DIPr, o eventualmente a emitir una declaración expresa de las distintas convenciones sobre contratos civiles, acerca de su inclusión o descarte. Hacemos la salvedad en cuanto concierne al art. 4 del proyecto de Convención Internacional que, como dijimos, excluye a los contratos laborales.

WILFRED JONKS⁴⁴ observó atinadamente:

In general it is not unfair to say that question tends to fall between two stools, the labour Lawyers tend to regard it as a matter for the private international Lawyers and the private international Lawyers tend to regard it as being a matter for the labour lawyers.

Resultaría de gran utilidad aprovechar la formidable ocasión de la constitución del Mercosur para tratar esta problemática o bien para que los Estados se expresen categóricamente por la negativa, reconociendo v. gr., que el derecho laboral es insusceptible de contar con normas de conflicto o que esa rama *in totum* reviste el carácter de legislación de policía. Si se hiciera eso, por un lado se disiparía cualquier duda, pero por el otro no contaríamos en materia laboral en el ámbito comunitario con normas de

⁴² Art. 67, Trat. Cit.: "Si alguno de los Estados signatarios creyera conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a los demás pero no quedará desligado sino dos años después de la denuncia, término en el que se procurará llegar a un nuevo acuerdo".

⁴³ Art 16 CIDIP II "...Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados"

⁴⁴ Refiriéndose a la solución de conflictos de leyes en materia laboral citado por RUSSOMÁNO, ob. cit, p. 81, en la sesión inaugural del II Congreso Internacional de Trabajo, Ginebra, 1957.

remisión en virtud de las cuales se puedan establecer conexiones equitativas y beneficiosas que no por el solo hecho de existir signifiquen desproteger al trabajador, sino que incluso puede ocurrir todo lo contrario.

VII

POSIBILIDAD DE ACUDIR A LOS SISTEMAS DE ARMONIA y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

A) Uniformidad de normas conflictuales en materia laboral:

Supra se señaló la posibilidad de adoptar criterios de "aproximación" de las legislaciones como un medio capaz de fortalecer el proceso de integración. Creemos que es dable uniformar ciertas normas indirectas de DIPr del trabajo entre los países del Mercosur.

Asimismo compartimos la opinión del doctor BOGGIANO en cuanto manifiesta: "*Es lenta la doctrina y la jurisprudencia para advertir que estas (las) rígidas normas de conflicto son meras ilusiones.*

Se hace necesaria una revisión crítica de las conflicts rules".

*Fundamentalmente se hace necesario introducir un razonable grado de flexibilidad en las normas de conflicto*⁴⁵.

En el tema atinente al derecho laboral nos encontramos frente a un contrato de especial naturaleza, lo cual no obsta que se puedan fijar algunos principios básicos y ensayar primarias soluciones⁴⁶.

Al tiempo que avizoramos tal posibilidad e indicamos algunos casos primarios, reconocemos que se corre el riesgo advertido por ROY JENKIS (presidente de la Comisión de la Comunidad Europea 1977-1981) citado por RODOLFO BARRA⁴⁷, en cuanto expresó con

⁴⁵ Autor cit., *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privada en Latinoamérica*, LL, 1993-33/34.

⁴⁶ Ver *Proyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado argentino de 1974*, en especial art. 50.

⁴⁷ RODOLFO BARRA: *El Rol de la Justicia en el proceso de integración*, LL, 1992-B-85.

necesario realismo, fruto de la experiencia: "La Comunidad Europea es un extremadamente complicado mecanismo, a pesar de que las ideas de Jean Monnet y de los restantes creadores de la Comunidad eran muy simples y directas".

Dicho esto, veamos algunos temas fundamentales de DIPr. que serían dables uniformar, aun cuando como consecuencia de un profundo estudio llegado el caso, pueda resultar que se arribe a las mismas soluciones que las fijadas para los contratos civiles v.gr. en cuanto al sistema aplicable a la capacidad y validez extrínseca del contrato de trabajo.

Con la adopción de principios propios en materia laboral se reconocería, de un modo indubitable, la potestad del derecho del trabajo para contenerlos. Algunas implicancias prácticas fueron indicadas en el Cap. VI.

Se promueve la adopción de normas de DIPr. en materia laboral aplicables:

- Al contenido del contrato de trabajo.
- Al rol de la *lex favoritatis*. Elemento diferenciador y asimétrico, propio del derecho laboral e incorporado una vez a nuestra legislación como principio valioso.
- Al papel que juega la Autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable al Contrato de Trabajo.
- Contemplación de casos especiales, a saber:
 - * Contrato de trabajo en el que un obrero presta servicios en territorio extranjero a título eventual o transitorio.
 - * Trabajo que se ejecuta sucesivamente en varios países.
 - * Contrato de trabajo celebrado en un país para su ejecución en territorio extranjero pero de hecho no ejecutado.
 - * Contrato de trabajo en empresas multinacionales⁴⁸.
 - * Contrato de ajuste y de trabajo y de trabajo de aeronautas, poniendo especial atención en el problema de la adopción de "banderas de conveniencia"⁴⁹.

⁴⁸ Ver ARTURO S. BRONSTEIN, *La aplicación de la ley nacional y de la ley extranjera en el derecho individual de trabajo: el caso de los empleados de empresas multinacionales*, LT, xxxIII-B-663/677.

⁴⁹ Ver fallo del Juzgado Ldo. Uruguayo de 1er. turno, en El Derecho Laboral, Montevideo T., N° 467, PS. 606/630.

Creemos fundamental que a través de la adopción de un sistema claro y uniforme se evite al jurista "comunitario" verse obligado a coser un cúmulo de parcialidades dispersas.

B) Uniformidad de normas laborales materiales:

Existe otro método, ajeno al Derecho Internacional Privado, que puede cooperar al proceso de integración y está constituido por la uniformidad legislativa. Coincidimos con Malbrán⁵⁰ en sostener que, según autorizada opinión, el tema de la unificación de derecho material del trabajo es propio del Derecho Internacional Público y con BOGGIANO en señalar que "Sólo una ingenua concepción del derecho material unificado podría considerarlo autosuficiente y hermético"⁵¹.

Nos limitamos a señalar que propiciamos la unificación de *algunas* normas materiales de derecho laboral como un modo de cooperar a la integración. V. gr. en cuanto al régimen de vacaciones y licencias, recordamos que la doctrina no es pacífica en establecer si las normas que las regulan se caracterizan como de derecho privado o si se está en presencia de una institución de derecho público, por lo que consideramos conveniente una declaración comunitaria al respecto. V.gr. en lo atinente a la infortunística laboral, también resultaría oportuno una definición acerca de su ubicación, si como accesorio al contrato de trabajo o si perteneciente al derecho de la seguridad social. La doctrina argentina es casi pacífica en este tema. Empero, observamos que en Brasil los accidentes de trabajo se encuentran contemplados en el Régimen General de Previsión Social⁵².

Según JITTA (*Método del Derecho Internacional Privado*, Madrid, pág. 236), la ley uniforme puede ser efecto de la identidad de la convicción jurídica de dos o más países, resultado, a su vez, de la similitud de las costumbres y de los factores económicos, sociales y políticos que inciden sobre la vida de los pueblos y

⁵⁰ El Derecho Internacional Privado en la Ley de Contrato de Trabajo, ED, 62-701. MALBRÁN, MANUEL, ob. y pág. cit.

⁵¹ ANTONIO BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica*, LL, 58-1993.

⁵² Ver sobre este tema: *La Ley de Accidentes de Trabajo en el Brasil (su análisis en vista al Mercosur)*, por JORGE J. J. DE LA MARIA MARTINEZ DE HOZ, LL, 1992-B-1018/1020.

determinan para estos un mismo nivel de civilización. Respecto de la convicción jurídica aludida destacamos que *el Derecho Romano es un molde en el cual se ha vaciado la legislación del Mercosur. "Se trata de un fondo común comunitario"*⁵³.

Creemos que en el ámbito del Mercosur se podrían reglar con carácter uniforme algunos principios que constituyan un *mínimum* de protección al trabajador, sin que por ello se pretenda *"pasar sobre el mundo jurídico un rodillo nivelador de una absoluta uniformidad legislativa"*⁵⁴.

Lo dicho, sin perjuicio de poder contar en un futuro con normas que dimanen de órganos comunitarios y cuya aplicación y cumplimiento resulte directo e inmediato en la jurisdicción interna del Estado-Parte y sobre sus habitantes, v. gr. el proyecto de reglamento (CEE) relativo a las disposiciones concernientes a los conflictos de leyes en materia de relaciones de trabajo en el interior de la Comunidad⁵⁵, presentado por la Comisión al Consejo el 23/3/72; la directiva 80/987 de la CE tendiente a asegurar a los trabajadores un *mínimum* de protección comunitaria en caso de insolvencia del trabajador⁵⁶.

No olvidemos que si los Estados acogieran ciertas recomendaciones dictadas por la OIT encontraríamos en las legislaciones laborales de los países una cantidad de principios uniformados que reducirían cuantitativa. mente la incidencia práctica de los conflictos de leyes y que, indudablemente, ayudarían al proceso integracional. Lo dicho no significa propiciar la uniformación totalizadora del derecho del trabajo ni requerir que los Estados renuncien a su

⁵³ ATILIO ANIBAL ALTERINI, *La contratación en el Mercosur*, LL, 1992-D-743.

⁵⁴ ORCHANSKY, ob. cit., p~ 35,

⁵⁵ En rigor, este proyecto concierne al tema de la uniformidad de normas indirectas.

⁵⁶ Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo), noviembre 19-1991, ED, 148-483, con comentario del doctor BIDART CAMPOS: *"Cuando un Estado se integra a una entidad típicamente comunitaria que tiene sus órganos propios, y que a través de ellos emana decisiones, directivas, resoluciones y hasta sentencias, el derecho comunitario formado por ese plexo normativo se vuelve de aplicación y cumplimiento directo e inmediato en la jurisdicción interna del Estado-Parte y sobre cuantos componen su población"*

soberanía ni a la potestad de reglar los delicados aspectos que encierra el derecho obrero. Pero nos animamos a asegurar que no siempre las recomendaciones dejan de ser adoptadas en virtud de resultar incompatibles con el espíritu rector que en esta materia impera en los países. A veces se observa cierta desidia en la incorporación de algunas recomendaciones.

Celebramos la visión incisiva y práctica del doctor GERMÁN BIDART CAMPOS, en cuanto expresa que: *"Europa avanza en la tonificación del Derecho Comunitario. Entre tanto, nuestros atrasos siguen entre teniéndose para discutir si el Derecho de réplica del Pacto de San José de Costa Rica es contrario a la Constitución, o si la norma que lo contiene es operativa, o si es inexorable una ley interna, y tantas cosas más. No sabemos cómo pretendemos integrarnos al Mercosur con tantas resistencias. Parece que de tanto mirar a Europa cuando crecíamos hoy nos hemos vuelto miopes"*⁵⁷.

VIII

VALOR JUSTICIA E INTEGRACION: FAVOR INTEGRATIO COMUNITATIS

La Justicia... es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación *a otro*.

"Etica Nicomaquea", libro Y, Cap. L

- A) La existencia de asimetrías importantes entre las legislaciones laborales de los países aspirantes a conformar una Comunidad dificulta la integración, debido a que podríamos enfrentarnos a situaciones provocadoras de desarrollos "desarmónicos" de alguna región en especial a costa de otra, como consecuencia de ciertas desigualdades de peso entre las legislaciones, característica discordante con el espíritu de una Comunidad, porque *si no existe justicia sino con relación a otro*, ese otro también comprende a los individuos que no comparten el ámbito espacial de un solo Estado. En relación con este punto entran también en juego cuestiones de política económica y social de fuerte incidencia, pero ajenas a nuestro estudio⁵⁸.

⁵⁷

⁵⁸ Desde una materia diversa el doctor O'FARREL expresa: *"Entre las asimetrías se encuentran también los costos laborales lo que posiblemente requiera algún tipo de armonización para que los puestos de*

Si se acogiera la adopción *efectiva* de algunas disposiciones comunes que establezcan mínimos inderogables de protección en materia de relaciones de trabajo entre los países miembros del Mercosur, estaríamos avizorando la instalación de un *Orden Público Comunitario Laboral* con cierto carácter uniforme. Para Bustamante Alsina el Tratado que da nacimiento al Mercosur propone la armonización legislativa a fin de crear un Orden Jurídico comunitario⁵⁹.

Creemos que el trabajador, ante todo persona humana, merece un tratamiento similar en cualquier punto de la tierra. Si ello todavía no sucede, esta situación resulta inaceptable aun más entre países que pretenden conformar una comunidad.

El Bien común está formado por dos series de elementos: los bienes materiales y los bienes del espíritu, uno de cuyos integrantes es el Orden Público que sirve para defender el orden social. Cuando el Legislador considera que una norma o conjunto de ellos resulta dirigida a sostener ese orden social y representa o refleja contenidos espirituales del Bien Común, establece que se trata de "Normas de Orden Público"⁶⁰. Como se dijo, consideramos que se puede ir estableciendo la existencia de un Orden Público Comunitario.

Si "en el ámbito interno aparece el Estado... a realizar el Bien Común colmando las necesidades que quedaron insatisfechas a largo de la pirámide social"⁶¹ esperamos que también la "Comunidad", sin que por ello se le atribuya ingenuamente el rol de Estado, aparezca a coadyuvar a lograr ese objetivo.

B) *La integración es la nueva meta del Bien Común*⁶². Participamos de este postulado y creemos que en nuestra materia todavía se hace necesario sortear ciertos obstáculos, algunos ya

trabajo no se trasladen masivamente a los países de bajo costo de mano de obra, fenómeno propio de nuestra época y que afecta negativamente aún a los países ricos" pág. 1076, ob. cit.

⁵⁹ Citado por O'FARREL, ob. cit., 1076. JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Aproximación de la legislación interna entre estados que integran una comunidad regional. El Mercosur y la Comunidad Europea*, 11, 1992-C-1158/1170.

⁶⁰ RODRÍGUEZ MANZINI (Director), *Curso del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Astrea, págs. 89 y 90.

⁶¹ RODOLFO BARRA, ob. cit.

⁶² RODOLFO BARRA, ob. cit.

enunciados en el desarrollo de los capítulos precedentes. Resumiéndolos apretadamente:

a) Problemas que suscitan ciertas normas indirectas, imprecisas o parciales en su redacción. b) Dificultades que acarrea la consideración respecto de aplicar o no las normas de los Tratados de DIPr. sobre contratos en general, también a los contratos de trabajo. c) Problemas que surgen según se admita o rechace la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable al contrato laboral. d) Cuestiones prácticas relativas a la admisión o no de autonomía legislativa conflictual propia en derecho del trabajo. Tendencia en algunos Estados a interpretaciones extremadamente restrictivas sobre la materia en cuestión. O Asimetrías existentes en cuanto a la consideración de la naturaleza jurídica de algunos institutos laborales: v.gr. Accidentes de trabajo, vacaciones; etc

Estos pueden salvarse en cierta medida a la luz de criterios de aplicación de las leyes extranjeras que encierren valores supremos como lo son la *Justicia* y la *Equidad*. ¿Es posible que en DIPr. se arribe a contar con un principio que facilite la meta referida *supra*?

A lo largo de la historia del Derecho en general, y en Derecho Internacional Privado en particular, asistimos al nacimiento de principios tales como *favor operarii*, *favor negotii*, *favor matrimonii*, etc., que fueron insertos en DIPr. por entender que constituían un medio idóneo destinado a asegurar la eficacia en la búsqueda de "*Lo Justo*".

El Constitucionalismo Social nació como reacción a un signo imperante de esos tiempos constituido por la injusticia.

Así la Iglesia Católica⁶³ y el Constitucionalismo Social, en una época de desigualdad para los trabajadores, realizaron encomiables aportes para una paulatina inserción de nuevos postulados en las constituciones políticas de los Estados, tendientes al respeto de la calidad de vida y dignidad de los obreros. En el Cap. II se abordó el tema vinculado con las particularidades de la materia del trabajo que propiciaron la introducción de criterios propios del Derecho Internacional Laboral. De este modo se fue esbozando la tesis del *favor operarii* también en el ámbito del conflicto de leyes. Goldschmidt sostuvo que cabía pensar en

⁶³ Entre otras encíclicas: *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*; *Populorum Progressio*, *Octogésima Adveniens*, *Laborem Exercens*, *Centecimus Anno*.

analogía a la existencia de un *favor matrimonii*, *favor testamentii*, *favor negotii*, en un *favor locationis conductionis operarum*, con arreglo al cual habría de aplicarse el derecho más favorable entre los diversos derechos interesados en la relación laboral.⁶⁴

En otro orden, el *favor negotii* receptado por nuestro sistema de DIPr. tanto de fuente interna como internacional, tiende a asegurar la validez de los actos con el propósito de evitar ciertas situaciones *esencialmente* injustas que pudieran suscitarse como consecuencia de la aplicación de ley foránea, asegurando de ese modo eficacia al fin del DIPr.

"El fin del Derecho Internacional Privado es realizar las soluciones justas en los casos jusprivatistas multinacionales⁶⁵. Para alcanzar el valor justicia se requiere del principio de efectividad que asegure su eficacia.

De un modo que corre el riesgo de parecer simplificar la problemática fruto de años de estudio y praxis, que dio origen a los postulados de principios fundamentales de Derecho Internacional Privado, graficamos:

- ¿Valorizó como *justo* el Legislador (ley 20.744) otorgar *primacía* de la ley más favorable al trabajador en la relación laboral con proyección extraterritorial? Por la afirmativa: *favor Operarii (lex favoritatis)*.

- ¿Valorizó como *justo* el Legislador (art. 159, Cód. Civ.) otorgar *primacía* a las condiciones de validez del lugar de celebración del matrimonio por sobre la ley domiciliaria preservando de ese modo una institución fundamental de la sociedad? Por la afirmativa: *favor matrimonii* (aun sujeto a excepciones).

- ¿Valorizó como *justo* el Legislador (art.14, inc. 4, Cód. Civ.) otorgar *primacía* a la validez de actos que entren en colisión con la aplicación de ley extranjera? Por la afirmativa: *favor negotii*.

-¿Se valoriza *como justo* en estos tiempos adoptar un criterio de DIPr sobre aplicación de ley extranjera tendiente a favorecer la

⁶⁴ VAZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 889. En sentido similar el doctor SMITH: "*Se ha considerado como principio rector de las soluciones adoptadas, el de la primacía de la ley más favorable al trabajador, por ser el que atiende con un criterio mas justo las posibilidades económicas de las partes ligadas por la relación laboral, cuando esta tiene proyección extraterritorial y se ha transformado en litigiosa*".

⁶⁵ ANTONIO BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, p. 25.

integración por sobre algunos obstáculos que aun hoy existen entre los países aspirantes a conformar una Comunidad? ¡¿...?! Recordemos que *la Justicia es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino en relación a otro*.

En el ámbito Comunitario Sudamericano, cuyo eventual nacimiento es de esperar no responda a meras razones pragmáticas o comerciales, existe un valor que debe protegerse: *La Integratio Comunitatis*. Es por ello que propiciamos un minucioso estudio sobre una eventual incorporación del *favor integratio comunitatis*.

Somos absolutamente conscientes de que todavía hay que recorrer buen trecho de camino comunitario para considerar la inserción de este Principio y precisar su contenido. Antes se deberá analizar cuidadosamente la forma que adopte el proceso integracional en marcha. Lejos se está de enunciar un paradigma carente de sustento o irrealista.

La auténtica dimensión de este principio la irá suministrando el andar de esta nueva realidad, a punto tal de que con el fortalecimiento, o no, de un orden jurídico comunitario se llegue a vigorizar o a descartar su vigencia. Nos adherimos con fervor a la siguiente advertencia: "*Las leyes duraderas, que casi siempre son las leyes que se adaptan a las necesidades de la sociedad, no suelen nacer en las mentes de brillantes intelectuales, sino que están basadas en una profunda y acertada visión de la realidad*".⁶⁶ Tenemos un magnifico desafío por delante.

Por último, en materia laboral estimamos que la aplicación del esbozado *favor integratio comunitatis*, de aplicarse, deberá hacerse en perfecta armonía con el *favor operarii*, dado que los dos encierran valores merecedores de resguardar. Quedan enunciadas las bases que pueden conducir a una aplicación dinámica del *Derecho Internacional Privado Laboral en el Ambito del Mercosur*.

IX

CONCLUSIÓN

A lo largo de la historia del Derecho Internacional Privado y del Derecho del Trabajo hemos constatado que en todo tiempo se han considerado cuestiones, se formularon criticas o se adoptaron principios que responden a la necesidad de alcanzar el fin " lo justo " , el " *sumo bien* " ,etc.

⁶⁶ ERNESTO O'FARREL. ob. cit., pág. 1070.

También hemos verificado que en ocasiones se objeta, se formulan reservas y se interponen barreras que no siempre necesariamente ayudan a alcanzar el valor indicado

Se hace imperioso, por ende, no perder de vista cual es el fin que se persigue con la elaboración de principios y criterios en materia "Sub studio". Para ello se puede recurrir al filtro constituido por los valores Justicia y Equidad para separar lo puro del sedimento.

En los primeros capítulos se abordan temas considerados y mejor expuestos en grandes obras a las que sólo hacemos referencia y que remitimos al lector para riguroso análisis. Empero, nos sirvió su revival para concluir con la defensa de un principio. La praxis del Mercosur develará el principio enunciado atraviesa el filtro aludido o queda en el lienzo por constituir tan sólo una impureza más.