

## Capítulo III

### LOS CONFLICTOS ESPACIALES DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

1. La importancia de los conflictos de leyes de naturaleza laboral . 73
2. Configuración de los conflictos de leyes de naturaleza laboral . 85
3. El problema de la existencia del derecho internacional del trabajo o derecho internacional privado del trabajo . . . . . 113

## CAPÍTULO III

### LOS CONFLICTOS ESPACIALES DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

*SUMARIO: 1. La importancia de los conflictos de leyes de naturaleza laboral. 2. Configuración de los conflictos de leyes de naturaleza laboral. 3. El problema de la existencia del derecho internacional del trabajo o derecho internacional privado del trabajo.*

#### I. LA IMPORTANCIA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

En el primer capítulo —aunque rápidamente— señalamos la circunstancia de que, durante largas etapas de la historia humana, los pueblos vivieron casi aislados, sin mantener contactos pacíficos de intercambio con los otros pueblos.

El extranjero fue considerado, en esa fase histórica, como adversario, o sea, como elemento nocivo y pernicioso, contra el cual todas las precauciones se volvían posibles y, más que posibles, aconsejables.

No nos interesa verificar las razones que condujeron a los pueblos a ese régimen de declarada xenofobia, ni averiguar la circunstancia de que esa animosidad contra el extranjero era, hasta cierto punto, el resultado de la dolorosa experiencia de una vida internacional reducida, prácticamente, a las guerras de conquista o de represalia. Esa tarea incumbe, sobre todo, a los historiadores y a los sociólogos.

No es posible, sin embargo, omitir la importancia que la xenofobia poseyó —como rasgo característico de toda una época— inclusive en lo que se refiere a sus reflejos en el orden jurídico y, en particular, en el problema de los conflictos espaciales de leyes.

Desde el momento en que el extranjero (como subrayamos anteriormente) era considerado con hostilidad por el legislador nacional, al punto de ser definido y tratado como enemigo, no se le podía reconocer, den-

tro de determinado Estado, una cierta condición jurídica. El extranjero representaba un constante peligro para el orden nacional y, por lo tanto, el tratamiento que se le dispensaba, simplista y rígido, era el de la negación pura y simple de cualquier derecho. En esas condiciones, no se le podía atribuir en ningún caso el privilegio de invocar en territorio nacional la aplicabilidad de la ley de su país, en detrimento de la ley del lugar.

Solamente con el andar de los años —ya lo dijimos también— es que, gracias al *comercio internacional (lato sensu)*, esas ideas contrarias al extranjero comenzaron a sufrir una radical transformación.

No podemos afirmar que esa transformación haya sido llevada, en el mundo moderno, hasta sus últimas consecuencias. Las reservas contra el papel que los intereses extranjeros juegan en el territorio nacional y el esfuerzo, a menudo ingente, casi siempre penoso, de los nuevos Estados para garantizar su autonomía en el plano de la política, de la economía y de la cultura en general, constituyen pruebas evidentes de que aún no llegamos a un sistema internacional de absoluta comprensión.

De cualquier modo, no se puede negar que traspasamos la antigua xenofobia y, desde hace mucho, el extranjero es jurídicamente considerado como un ser que merece un tratamiento compatible con su condición personal, de parte de todos los Estados.

Cuando se inició el *comercio internacional* y el extranjero, poco a poco, dejó de ser el adversario nocivo para transformarse en el colaborador útil, cada nación comenzó, paralelamente, a reconocerle derechos, de acuerdo con las leyes locales o de acuerdo con las leyes de su país de origen, creándose así la materia prima de los conflictos espaciales.

Cuando ese hecho adquiría proporciones de generalidad, había que hacer una distinción fundamental y que aquí nos interesa particularmente: el reconocimiento de derechos al extranjero —derechos que podrían ser ejercidos de conformidad con la ley local o con la ley del país de origen— no podía, sin embargo, llegar al punto de permitir que el extranjero se transformase en un elemento pernicioso para los *intereses nacionales*.

Como es propio de una evolución que se encamina hacia el polo opuesto y extremo, la xenofobia lentamente fue perdiendo su primitiva agresividad y el reconocimiento de ventajas y derechos al extranjero estuvo limitado, al principio, por innumerables y cautelosas restricciones, que ya no sólo se hacían (he aquí la *gran diferencia*) *contra* la persona del extranjero, sino *en provecho o defensa del nacional*.

Este aspecto de las relaciones entre los individuos en el plano internacional adquiere importancia para nuestro estudio, porque, aun después de iniciado con cierto grado de intensidad el *comercio internacional*, el problema del trabajador extranjero continuó siendo objeto de minuciosos estudios por parte de los legisladores, por el miedo ostensible y confesado de que la mano de obra alienígena viniese a perjudicar las condiciones del mercado de la mano de obra local.

Con la idea de que el trabajador, como ciudadano nacional, necesita protección contra los peligros que rondan su actividad profesional, los legisladores adoptaron medidas que los defendiesen también de la concurrencia originada en el ingreso desordenado al país de trabajadores extranjeros.

La primera medida o, mejor, la posición histórica y originaria, fue típicamente xenofóbica: se negaba con total sencillez y cierta brutalidad, el reconocimiento de cualquier derecho al trabajador extranjero.

Este hecho notorio fue señalado con bastante precisión, al comienzo del siglo, en la obra de Barthélemy Raynaud, uno de los precursores del estudio internacional de los problemas laborales. Como es natural, en esas condiciones no se podía pensar en la posibilidad de un conflicto entre las leyes del trabajo del país en que se encontrase el extranjero y las de su país de origen, porque ni unas ni otras le eran aplicables en el territorio nacional.

Desde temprano, sin embargo, se hizo evidente que el mundo de las relaciones del trabajo no podía permanecer inmune al fenómeno del intercambio y de la interdependencia de los Estados, incluso porque algunas naciones, típicamente de inmigración —como es el ejemplo característico de los países de América— al necesitar de la mano de obra extranjera, se vieron en la contingencia de atraer hacia su territorio a los trabajadores calificados indispensables para el progreso industrial, comercial y agrícola.

Esa fuerza es muy grande, podríamos agregar: ese tropismo es tan grande, que aun los países de Europa no escaparon a su efecto irresistible.

En Francia, por ejemplo, hasta el primer cuarto de la década de 1930 el problema de la mano de obra extranjera no constituyó motivo de grandes preocupaciones, debido, principalmente, a dos factores: en primer lugar, la migración permanente y el empleo de trabajadores extranjeros estaban subordinados a convenciones bilaterales o multilaterales que protegían a los franceses contra el peligro eventual de la concurrencia injusta en el mercado de la mano de obra. En segundo lugar,

hasta aquella época no se hacían sentir en Francia los fenómenos del desempleo.<sup>92</sup>

Cuando los primeros síntomas del desempleo se hicieron presentes en la economía del país, se esbozó, simultáneamente, un movimiento de protección al trabajador nacional.

Ese movimiento cobró tal fuerza que el legislador francés puso trabas a la inmigración en general y, sobre todo, a la inmigración obrera.<sup>93</sup> En la posguerra, sin embargo, ante la inmensa tarea de la reconstrucción nacional, las leyes francesas comenzaron nuevamente a facilitar la entrada en su territorio a los trabajadores alienígenas, procurando promover su asimilación a la vida del país y reconociéndoles los derechos que modernamente se conceden al trabajador en general.<sup>94</sup>

En España —en función de las condiciones históricas y económicas locales— el problema se desarrolló de otra manera. Hasta la década de 1930, no había en la legislación española limitaciones para el trabajador extranjero.<sup>95</sup> Al agravarse el desempleo, surgieron las primeras leyes de restricción y control de la actividad profesional del extranjero, esto es, de protección al trabajador nacional, como, verbigracia, aquellas que concedían al obrero español prioridad en la ocupación de los cargos vacantes en las empresas y la prohibición para el extranjero de desempeñar puestos directivos.

Pero, en realidad, salvo pequeñas restricciones, en el derecho español, como en todos los países modernos, el trabajador extranjero, *una vez admitido en el empleo*, queda equiparado al nacional para los fines de protección jurídica que el derecho del trabajo dispensa indistintamente a todos los trabajadores.<sup>96</sup>

No se piense, sin embargo, que es sólo *la fuerza de la necesidad* que lleva a las naciones nuevas —carentes de mano de obra, por sus propias condiciones económicas— o a las naciones antiguas —en momentos críticos— a considerar al trabajador extranjero como un elemento actuante y útil dentro de la economía del país.<sup>97</sup> Según nuestro modo de interpretar esos hechos históricos, ellos revelan que, al par que las condiciones materiales de determinado momento y de determinada nación,

<sup>92</sup> Waline, Pierre, *Le droit du travail*, París, 1937, p. 31.

<sup>93</sup> Pic, Paul y Jean Kreher, *Le nouveau droit ouvrier français*. París, 1943, p. 91.

<sup>94</sup> Durand, Paul y André Rouast, *Précis de législation industrielle*, París, 1948, p. 305.

<sup>95</sup> Gallart Folch, Alejandro, *Derecho español del trabajo*, Barcelona, 1936, p. 56.

<sup>96</sup> Pérez Botija, Eugenio, *Curso de derecho del trabajo*, Madrid, 1948, p. 133.

<sup>97</sup> Véase nuestro *A condição jurídico-trabalhista do estrangeiro*, Porto Alegre, 1953.

pesan sobre el legislador otros factores, cuando se aplica al problema del trabajador extranjero en territorio nacional: el legislador está preso, en la órbita de los hechos, por el fenómeno osmótico del comercio entre los Estados. En el mundo de los intereses, comprende que de su comportamiento dependerá el comportamiento del legislador extranjero en relación a los nacionales que emigren, pues la reciprocidad funciona en un sistema de vasos comunicantes. En la esfera de los principios, finalmente, no hay Estado que pueda escapar a la indeclinable obligación de reconocer la existencia de los otros Estados, de respetar el derecho positivo ajeno y de dar al ciudadano extranjero, trabajador o no, aquello que le es debido, no solamente por sus compromisos internacionales, sino también por los preceptos trascendentales de la más alta y pura moral humana que, al mismo tiempo, subyacen en esas relaciones.

No es éste, por cierto, el momento oportuno para estudiar en profundidad el problema de la condición jurídica del trabajador extranjero.<sup>98</sup>

Pero es la ocasión, sin duda, de decir que —salvo limitaciones, en general de naturaleza administrativa, para el ingreso del extranjero al país y a la empresa, a través del contrato individual de trabajo— nos encontramos en un régimen de franca y progresiva equiparación entre el nacional y el alienígena como empleados, ya sea en cuanto a la suma de sus deberes, ya en cuanto a sus derechos con respecto al empleador y con respecto al Estado.

Es por eso que la observación de Barthélemy Raynaud, a que aludimos, tiene para nosotros tanta significación, sobre todo si consideramos que fue hecha, con cierto sabor de novedad, en los albores del siglo xx: al régimen primitivo de protección al trabajador nacional a través de la negación de cualesquiera derechos al trabajador extranjero, sucedió un sistema completamente opuesto, en que se llega, cada vez más, a la equiparación de derechos entre los trabajadores indígenas y alienígenas. Y exactamente como ocurrió en el campo general del derecho, cuando fue superada la fase de la xenofobia y surgió el problema de los conflictos espaciales de leyes, también, cuando se fue llegando a un sistema de equiparación, se intensificaron las migraciones laborales y el problema de los conflictos espaciales de leyes del trabajo comenzó a adquirir mayor importancia, por la mayor incidencia práctica del fenómeno conflictivo.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> Cfr., *A condição . . .*, *op. cit. supra*.

<sup>99</sup> Raynaud, Barthélemy, *Droit international ouvrier*, París, 1906, pp. 139 y ss.

El problema de las migraciones laborales adquirió tanta significación en el mundo

Ese fue el punto de partida, por así decir. Poco después, nuevos factores contribuirían a la formación reiterada de los conflictos espaciales de leyes de naturaleza laboral y, entre ellos, se pueden señalar dos, con relativa precisión.

Por un lado, remarcamos la extensión internacional, cada vez más amplia, de las actividades desarrolladas por las grandes empresas, que crean sucursales, agencias y filiales en el extranjero o que envían allí a sus representantes.

De ahí resulta, naturalmente, la necesidad de regular la situación jurídica de los trabajadores extranjeros enviados al territorio nacional, así como la situación de los propios trabajadores locales que hayan sido reclutados, en territorio nacional, por la empresa extranjera.

Es indispensable ponderar, por otro lado, el desenvolvimiento de actual, que los Estados crearon servicios administrativos especializados y, en el plano internacional, funciona el *Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME)*.

Véase, para el problema de los trabajadores migratorios en las comunidades europeas, el minucioso estudio de Nicolás Valticós, "Droit international du travail", en Camerlinck, G. H., *Traité de droit du travail*, Paris, 1970, vol. 8, pp. 424 y ss. Además de eso, muchas veces los distintos países celebran convenios sobre migración laboral. Stuart Rothman informa, al respecto, sobre un acuerdo celebrado entre Estados Unidos de América del Norte y México, relativo al reclutamiento de trabajadores mexicanos por las empresas agrícolas norteamericanas, con el fin de reglamentar ese fenómeno migratorio y, al mismo tiempo, señalar soluciones objetivas y adecuadas para los conflictos de leyes resultantes (*cf.*, "Conflicts of Laws —National Report— United States of America", en *Actes du Deuxième Congrès International de Droit du Travail*, Ginebra, 1961, pp. 441-442).

Ese fenómeno ha sido asimismo estudiado, en el plano científico inclusive, por las universidades latinoamericanas, como sucedió en 1961, en Santiago, durante el seminario organizado por el Instituto de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad de Chile (*cf.*, Russomano, Mozart Victor, *Estudios de direito do trabalho*, Río de Janeiro, 1964, pp. 166 y ss).

Siendo notorio que en las regiones fronterizas la libre circulación de personas es un hecho, el decreto núm. 66 689, de 11 de junio de 1970, que aprobó el *Reglamento del Estatuto del Extranjero* (Decreto-Ley núm. 941, de 13 de octubre de 1969), permite que los nacionales de los países limítrofes con Brasil —respetados los intereses de la seguridad nacional— puedan, mediante autorización previa de la autoridad del Departamento de Policía Federal, entrar y salir, libremente, del territorio nacional, bastando para ese fin la exhibición de la prueba de identidad (artículo 37, *caput*).

Esa autorización comporta la posibilidad de que el extranjero ejerza en Brasil una actividad remunerada (artículo 37, parágrafo 1).

Tales concesiones, sin embargo, están limitadas: a) a los municipios fronterizos; b) a la exigencia, en caso de actividad remunerada, de que el extranjero traiga a Brasil cartera de trabajo y previsión social; c) de no ejercer las actividades vedadas, genérica y teminadamente, a los extranjeros en Brasil (artículo 37, *caput* y parágrafos, combinado con el artículo 145).

nuevas técnicas jurídicas sugeridas por el derecho del trabajo y que tuvieron repercusión en el terreno específico del derecho internacional privado.

Pueden registrarse dos ejemplos de esas nuevas técnicas, conforme a la observación de los especialistas. Es el caso de los llamados *seguros sociales*. Todo indica que su mecanismo, transplantado al plano internacional, exige una adaptación de las soluciones clásicas ofrecidas por nuestra disciplina, en materia de conflictos. El segundo ejemplo nos lo sugieren las *convenciones colectivas de trabajo* —como instituto jurídico original y de reciente creación— que aún no ha sido objeto de un análisis que pueda considerarse definitivo, en el ámbito de los conflictos espaciales de leyes.<sup>100</sup>

Esos factores fueron decisivos, por cierto, para que el número de leyes del trabajo creciese en la práctica, y para que éstas adquiriesen, inclusive, mayor relevancia. Pero, desde el momento en que se reconoce la posibilidad para el trabajador natural de otro Estado —mediante contrato celebrado en el país o en el extranjero— de prestar servicios, dentro del territorio nacional, en empresas que, a su vez, pueden ser nacionales o extranjeras, resulta claro que se hace necesario averiguar cuál es la ley aplicable a la relación jurídica de empleo, que se internacionaliza por la presencia en su tesitura de uno o más de un elemento extranjero: ¿la ley del país?, ¿la ley de la nacionalidad del trabajador?, ¿la ley del foro del contrato?

Estas y otras cuestiones trazan nítidamente los contornos de un conflicto espacial de leyes. Y la reiteración de las relaciones internacionales entre trabajadores y empleadores que, sumada a otros factores, determinó el aumento del número de conflictos y acentuó sus peculiaridades, consiguió por fin llamar la atención de la doctrina, de la jurisprudencia y de las legislaciones hacia los problemas de derecho internacional privado.

No podría ser de otra forma, si consideramos cómo creció la importancia de la *cuestión social*, sobre todo a partir del comienzo del siglo xx, y si evaluamos al mismo tiempo el papel que dentro de ella desempeña el derecho del trabajo, al introducir en la conciencia jurídica moderna ideas altamente nobles de protección al trabajador —como

<sup>100</sup> Véase al respecto el Relatorio General elaborado por la Organización Internacional del Trabajo para el II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, realizado en Ginebra, en 1957 (“*Les problèmes du travail et le droit international privé*”, en *op. cit.*, pp. 316 y ss).



trabajador y como ser humano— capaces de sugerir al derecho internacional privado soluciones originales y de conducirlo a los horizontes de nuevos principios doctrinarios.<sup>101</sup>

En síntesis, pues, la importancia jurídica (práctica o científica) de los conflictos espaciales de leyes del trabajo deriva del número creciente de esos conflictos, como resultado del *comercio internacional*; de la actuación internacional de las empresas, que ampliaron su campo de exploración económica; en fin, de los nuevos conceptos que, poco a poco, se fueron formando y todavía están por formarse para la solución de esos conflictos, como consecuencia de los caracteres especialísimos de las normas laborales.<sup>102</sup>

Pero, hay que reconocer que aquí, frecuentemente, el derecho presta ayuda a la política. En otras palabras: la importancia política que todos los Estados modernos atribuyen a la protección jurídica del trabajador agranda el contenido del problema —que esencialmente es sólo técnico— de la solución de los contactos en el espacio entre normas de derecho del trabajo originarias de diferentes soberanías.

Si hiciésemos con cierto cuidado un corte en extensión y en profundidad a estas últimas afirmaciones, encontraríamos la circunstancia sorprendente de que —a pesar de aquellos hechos, que marcan la conveniencia de un estudio minucioso de los conflictos de leyes del trabajo— la materia, durante muchos años, no llamó la atención de los autores especializados, ya sea de los juristas que se dedican al derecho internacional privado —y a ellos especialmente compete el examen del asunto—

<sup>101</sup> *Cfr.*, al respecto, Amílcar de Castro, *op. cit.*, vol. II, pp. 224-225.

<sup>102</sup> Ernesto Krotoschin destaca que la importancia de los conflictos de leyes del trabajo crece en virtud de dos motivos principales: a) intensa migración; b) aceptación universal del principio de la planificación económica, aunque esto constituya una meta de futuro (*Instituciones de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1947, vol. I, p. 48).

Creemos que se debe agregar a esa observación, el hecho de que se procesa en el plano económico, de modo bastante característico, una *zonificación*, que incluye, en cada área, varios Estados y que, necesariamente, facilita el libre tránsito del trabajador dentro del área común. Ese fenómeno, que se pone en evidencia en el Mercado Común Europeo y deberá ser estudiado a nivel de los responsables de la ALALC, constituye una fuente de numerosos conflictos espaciales de leyes y contribuye para que a éstos se les adjudique la importancia que, hoy en día, ya nadie les puede negar.

Nicolás Valticós estudia el problema del trabajo en el plano internacional con vistas, exclusivamente, a las normas de derecho internacional público. Sus consideraciones, sin embargo, sobre la importancia de aquel problema en el mundo actual, son válidas en cuanto al tema de nuestro estudio (*op. cit.*, en Camerlynck, *Traité . . .*, vol. VIII, pp. 113 y ss.).

ya a los juristas que se dedican al derecho del trabajo.<sup>103</sup> De ahí la observación oportuna de Wilfred Jenks, en la sesión inaugural del II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo: *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.*<sup>104</sup>

Esa doble y recíproca abstención explica la razón por la cual hasta ahora es pequeña la contribución de la cultura en lo que se refiere a los conflictos espaciales de leyes del trabajo.

Al principio, los estudios jurídicos sobre el trabajo en el plano internacional se dirigieron especialmente al derecho de gentes, en virtud del surgimiento de convenciones y recomendaciones internacionales de contenido laboral. A la par de esos ensayos —hechos en el dominio del derecho internacional público y, muchas veces, dentro de las páginas de sus tratados— la atención de los juristas se volvió lentamente hacia el conflicto en el espacio de las leyes laborales y, sólo entonces, prácticamente en nuestro siglo, se comenzó a realizar el examen sistemático de este tema en el campo propio del derecho internacional privado.

Los estudios iniciales se hicieron en el área de la infortunística. Para eso existen sobradas razones históricas: el derecho del trabajo se desenvolvió en sus primeros momentos, de modo especial, en el sector de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, porque estos acontecimientos son casi siempre los más impactantes y los de consecuencias más graves en la vida del trabajador y de su familia.

A partir del empeño de Bismarck, hacia fines del siglo pasado, en pro del desarrollo de la legislación protectora del trabajador, el derecho positivo europeo sobre accidentes de trabajo se hizo abundante. No obstante hubo una época en que existía un visible desnivel entre la amplia protección concedida al trabajador accidentado y a los que de él dependían —en algunos países— y la limitada o nula protección acordada por la ley de países vecinos.

<sup>103</sup> Ennis, Hubert, María, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1953, p. 558, nota 3, parte final; Amílcar de Castro, *op. cit.*, vol. II, p. 225; Durand, Paul y R. Jassaud, *Traité du droit du travail*, París, 1947, vol. I, p. 203.

<sup>104</sup> *Actes du Deuxième Congrès...*, ya citado, p. 505.

En general no es inapropiado decir que esta cuestión tiende a caer entre dos abismos: los abogados del Trabajo tienden a verla como una materia para los abogados del Derecho Internacional Privado y los abogados del Derecho Internacional Privado tienden a verla como una materia de los abogados del Trabajo. (Traducción del texto en inglés: n. de la t.)

La proximidad geográfica entre las naciones europeas, el *comercio internacional* que tanto contribuyó para permear las fronteras de los Estados, y la migración operaria hicieron que resaltara para el juez, el legislador y el jurista, verbigracia, el problema de saber a qué personas y en qué casos se podría aplicar la ley local con relación al trabajador extranjero.

La circunstancia de que surgieran los primeros conflictos de leyes del trabajo en el campo de la infortunística, se vinculó al hecho de que el desnivel o el atraso de las legislaciones europeas planteó el problema de si se debía dar protección eficiente o si se le negaría amparo al accidentado, según se aplicase uno u otro ordenamiento jurídico. No parece haber duda de que ello condujo a que los primeros estudios girasen en torno a esta materia.<sup>105</sup>

Mientras los internacionalistas se dedicaban preferentemente —en el terreno laboral— a los conflictos de leyes sobre infortunística, pocos, muy pocos se daban cuenta del interés que el mismo problema podía adquirir en lo relativo al contrato individual de trabajo.

Existía *algo*, de relevante naturaleza doctrinaria, que justificaba esa actitud de los internacionalistas: los principales autores partían del principio de que los conflictos espaciales de leyes relativos a los diversos tipos de contratos debían ser resueltos a través de principios uniformes, establecidos con carácter general por la teoría del derecho internacional privado.

André Rouast destacó, por eso mismo, que las diversas especies de contratos referidos por los tratadistas, surgían de sus obras a guisa de ejemplos o, si preferimos, como proyecciones fácticas de los principios teóricos y generales.<sup>106</sup>

Más tarde comenzaron a publicarse algunas monografías sobre derecho internacional privado dedicadas a conflictos de leyes relativos a ciertos tipos especiales de contratos, por las particularidades ofrecidas por ésta o aquella categoría. Casi ninguno, sin embargo, aplicó su atención a los contratos individuales de trabajo, en el mundo de los conflictos de leyes, por dos razones que consideramos principales: el incipiente desa-

<sup>105</sup> Véase al respecto: Mahain, Ernest, *Le droit international ouvrier*, París, 1906; Raynaud, Bathélemy, "Les conflits de lois en matière d'accidents du travail", París, *Clunet*, 1911, p. 1067; Loubat, *Les accidents du travail en droit international privé*, París, 1911; Perroud, "Les conflits de lois en matière d'accidents du travail", París; *Clunet*, 1912, p. 385; Rapisardi Mirabelli, *Gli infortuni su lavoro nel diritto internazionale privato*, Roma, 1915.

<sup>106</sup> "Les conflits de lois relatif au contrat de travail", en *Mélanges Antoine Pillet*, París, 1929, pp. 125 y ss.

rollo de la legislación del trabajo dentro de cada Estado y la cuestión —aparentemente ínfima pero de significación práctica— de que pocas veces los tribunales eran llamados a considerar asuntos de esta naturaleza, tanto por los escasos recursos del trabajador (poco preocupado por levantar la tesis de la ley aplicable, con las consiguientes dilaciones que ello acarrearía) como por la tendencia, ya entonces manifiesta, de aplicar simplemente la ley local a la relación de trabajo, sin hacer consideraciones especiales sobre la sutileza del conflicto.

Los estudios más significativos acerca de los conflictos entre leyes reguladoras del contrato de trabajo parecen tener como marco inicial las páginas que Jitta dedicó al contrato de trabajo, a comienzos del siglo, en su obra sobre las obligaciones en el derecho internacional privado.<sup>107</sup>

Esos estudios, al principio, encontraron en Francia sus mejores expresiones, a través de las obras —ya citadas— de Barthélemy Raynaud y, posteriormente, de Ernest Mahaim.

Después del Tratado de Versalles —que tanto impulso dio a la legislación del trabajo en el mundo entero— se volvió al tema con mayor insistencia y, sobre todo, con profundidad. Aunque los autores citen con asiduidad la exposición de Neumeyer, publicada en 1922, a propósito de los conflictos de leyes del trabajo, no se puede omitir la circunstancia de que Francia, en la misma época, contribuyó al desarrollo de ese estudio doctrinario a través del ensayo de André Rouast, titulado *Les conflits de lois relatifs au contrat de travail*, a que también aludimos anteriormente.<sup>108</sup>

Salvo la obra de Scipione Gemma, cuya primera edición data de 1912, es sólo después de la publicación del ensayo de André Rouast que la doctrina italiana examinó, con evidente cuidado, el tema del conflicto en el espacio de las leyes del trabajo.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> *La substance des obligations en droit international privé*, ya citado, vol. I, pp. 187 y ss.

<sup>108</sup> *Internationales Verwaltungsrecht*, pp. 284 y ss., 1922, *apud*, Rouast, André, *op. cit.*, *loc. cit.*

Véase también De Visscher, “Les conflits de lois en matière de contrat de travail”, en *Revue de Droit International*, París, 1939, pp. 150 y ss.; Kronheim, *Étude sur les conflits de lois en matière de contrat de travail*, París, 1938, pp. 108 y ss.; Vos Leopold, *Le problème des conflits de lois*, Bruselas, 1947, voll. II, p. 613.

<sup>109</sup> Scipione Gemma, *Il diritto internazionale del lavoro*, Roma, 1912 (2da. ed. de 1938).

Véanse también: Baldoni, Claudio, “Il contratto di lavoro nel diritto internazionale privato italiano”, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1932, pp. 346 y ss.; “La législation corporative en Italie et le droit international privé”, en *Revue Critique de*

Se pueden encontrar, naturalmente, en las obras de los internacionistas, páginas o capítulos relativos a los conflictos de leyes del trabajo.<sup>110</sup> Fueron sobre todo los juslaboristas quienes con mayor ahínco se empeñaron en el examen más o menos minucioso de las tesis surgidas a causa de aquel problema.

No es difícil comprobar, aun, la circunstancia de que los juslaboristas han ocupado una cierta vanguardia en el examen de los conflictos espaciales de leyes del trabajo, a través de ensayos y artículos publicados en las revistas especializadas,<sup>111</sup> y la prueba de ello está en la circunstancia de que el único libro publicado en América Latina sobre el llamado *derecho internacional privado del trabajo* es de la autoría de un especialista en asuntos laborales.<sup>112</sup>

En abono de este aserto, señalamos dos hechos: en los cursos promovidos por la Academia de Derecho Internacional de La Haya, los problemas laborales no han sido objeto de preocupaciones extensas y, en particular, en lo que concierne a los conflictos de leyes, todo quedó reducido a dos cursos sobre previsión social, que es una materia perteneciente al derecho administrativo, y sólo en parte vinculada al derecho del trabajo.<sup>113</sup>

Por el contrario, la contribución más importante, en el plano doctrinario, al estudio de los conflictos de leyes del trabajo, nos fue ofrecida

*Droit International*, 1938, p. 21 y ss.; Quadri, Rolando, "Problemi fondamentali del diritto internazionale del lavoro", en *Jus Gentium*, Roma, 1940, pp. 153 y ss.; Bolladore Pallieri, "Diritto internazionale del lavoro", en Borsi y Pergolesi, *Trattato di diritto del lavoro*, Padua, 1938, vol. I, pp. 513 y ss.

<sup>110</sup> Cfr., entre otros, Bartin, *Principes de droit international privé*, París, 1930, vol. II, pp. 489 y ss.; Batiffol, Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, 1938, pp. 290 y ss.; Arminjon, P., *Précis de droit international privé*, París, 1934, vol. II, p. 344 y ss.; Goldschmidt, Werner, *Sistema y filosofía...*, ya citado, vol. II, pp. 466 y ss.; Prado, Víctor Romero del, *op. cit.*, vol. II, pp. 1003 y ss.; Arce, Alberto G., *Manual de derecho internacional privado mexicano*, Guadalajara, México 1943, pp. 298 y ss.; Espinola y Espínola hijo, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. II, p. 246; Vos, Leopold de, *op. cit.*, pp. 611, 709 y 745.

<sup>111</sup> A título meramente ejemplificativo, señalamos: Deveali, Mario L., "La relación de trabajo en el derecho internacional privado", en *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, febrero de 1952, pp. 65 y ss.; Gottschalk, Egon Félix, "El contrato individual de trabajo en el derecho internacional privado", en *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, noviembre de 1946, pp. 529 y ss.; Deveali, Mario L., "Conflicto entre el convenio colectivo del lugar del contrato y el del lugar del trabajo", en *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, febrero de 1951, pp. 96 y ss.

<sup>112</sup> Lanfranchi, César, *Derecho internacional privado del Trabajo*, Buenos Aires, 1955.

<sup>113</sup> Stein, Oswald, *Le droit international des assurances*; Ianouloff, Llia, *Législation internationale du travail*; Mónaco, R., "Les assurances en droit international", en *Recueil des Cours*, vols. 19 (1927), 51 (1935), y 101 (1960).

por los juslaboralistas en el II Congreso Internacional promovido en Ginebra, en el año de 1957, y en el cual el ítem II del temario era, precisamente, el estudio de los conflictos espaciales de leyes en el campo del derecho del trabajo.<sup>114</sup>

La bibliografía bastante limitada que en los últimos años ha sido publicada por los internacionalistas sobre este tema no significa, sin embargo, que él pertenezca al derecho del trabajo. Éste está compuesto por normas de derecho sustantivo. No le compete, entonces, resolver los conflictos de leyes. Cuando mucho, transmite, por un fenómeno de reflejo jurídico o de contagio, la originalidad de sus normas a las soluciones encontradas por el sobrederecho para resolver la concurrencia de las leyes del trabajo.

¿Será ésa la razón por la cual muchos juslaboralistas se despreocupan, en su turno, de los problemas relativos a los conflictos de leyes? ¿No habrá, también, de parte de los internacionalistas, un desapego exagerado por un tema que es suyo, esencialmente suyo, y que —por la naturaleza de las normas en fricción— puede conducir a conclusiones originales y a principios nuevos?

Procuraremos encontrar la respuesta a esas preguntas en los párrafos siguientes.

## 2. CONFIGURACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES DE NATURALEZA LABORAL

De modo general, podemos decir que los conflictos de leyes del trabajo se forman, en la práctica, de la misma manera que surgen los demás conflictos espaciales, y exigen solución de parte del jurista, del legislador y del juez.

No existe ninguna particularidad en esos conflictos en sí mismos. La particularidad reside, sin embargo, en la circunstancia de que las leyes en conflicto, como normas de derecho del trabajo, son distintas —ya por su naturaleza o por su papel social— de las demás normas de derecho positivo, porque, en realidad, más que cualesquiera otras, están imbuidas por la constante preocupación de proporcionar al trabajador asistencia jurídica y protección económica.

<sup>114</sup> Consúltense las *Actes du Deuxième Congrès International de Droit du Travail*, Ginebra, 1961, pp. 311 y ss.; nos remitimos particularmente al minucioso Relatorio General del tema, presentado al referido cónclave por la Organización Internacional del Trabajo.

La naturaleza de las normas conflictuales y el fin social que las justifica, por lo tanto, atribuyen a la solución, y no al conflicto en sí, rasgos peculiares que requieren la cuidadosa atención del jurista.

Para que se pueda, en una fase posterior y más adelantada de este estudio, llegar a las soluciones ofrecidas —por la doctrina, por el derecho comparado y por el derecho positivo brasileño— para las diversas hipótesis de conflictos espaciales de leyes del trabajo, es indispensable desde ahora que se intente la configuración de esos conflictos.

### I. Conflictos relativos al contrato individual de trabajo

No es fácil —y tal vez no sea posible— en el marco de esta exposición, estudiar todas las formas de conflictos de leyes relativas al contrato individual de trabajo.

Es posible, no obstante, e incluso aconsejable, a título de ejemplo, anotar los casos más característicos y significativos en que dos o más leyes laborales convergen en la disputa de la regencia de determinada relación de trabajo.

Como demostramos en el capítulo I, los conflictos de leyes en el espacio giran siempre en torno a la presencia de uno o más elementos extranjeros en la composición de determinada relación jurídica. En nuestro caso específico es necesario decir: en la trama de la relación de trabajo. En otros términos, los elementos extranjeros que *internacionalizan* la relación jurídica de trabajo son, comúnmente, la nacionalidad del empleado, la nacionalidad del empleador, el lugar de sede de la empresa, el local de prestación de servicios y el foro de celebración del contrato.<sup>115</sup>

Si —por lo menos en principio— tomamos como referencia, en relación con los contratos individuales de trabajo, las formas más simples de conflicto, podemos señalar por lo menos cuatro modalidades esenciales:

<sup>115</sup> En el caso especial de los contratos de trabajo marítimo, se deberá sopesar asimismo, como elemento de conexión, la bandera de la nave, o sea, el lugar de matrícula de la embarcación. Otro elemento de conexión que en ciertos casos surge en los conflictos en el espacio de leyes laborales es el lugar de la residencia de los contratantes, como ocurre en la hipótesis de los trabajadores de zonas fronterizas que residen en un país y ejercen su profesión en otro.

Véase, de modo general, sobre los conflictos de leyes relativos al contrato individual de trabajo, el notable ensayo de Goldschmidt, Werner, "Derecho internacional privado del trabajo", en Deveali, Mario L., *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1966, vol. IV, pp. 467 y ss.

a) La primera hipótesis es la del *trabajador extranjero* contratado por el *empleador nacional* para prestar servicios en *territorio también nacional*.

b) En la segunda hipótesis, el *trabajador es extranjero*, el *empleador es, igualmente, extranjero*, pero la ejecución de servicio se hace en territorio nacional.

c) Podemos admitir un tercer caso, en que el *trabajador nacional* sea contratado por *empleador extranjero* para prestar servicios en *territorio extranjero*.

d) O, asimismo, habrá conflicto espacial cuando el *trabajador nacional* sea contratado por *empleador extranjero* para desempeñar servicios en *territorio nacional*.

En estas hipótesis y en otras semejantes —que son las formas elementales por excelencia del conflicto en el espacio de leyes del trabajo— la convergencia se produce por la circunstancia de poder aplicarse, en principio, indistintamente, la ley de la nacionalidad del empleado, la ley de la nacionalidad del empleador (o de la sede de la empresa) y la ley del lugar de ejecución del contrato.

Estas modalidades *celulares* de los conflictos espaciales de leyes —así llamadas porque son expresiones absolutamente simples en la concurrencia de leyes del trabajo— pueden volverse más complejas si introducimos en ellas un nuevo elemento de conexión: *el foro de la celebración del contrato*.

En cualquiera de los casos que señalamos a título de ejemplo, se puede admitir que el contrato sea celebrado en el país o en el extranjero, en el Estado del cual sean nacionales el empleado y el empleador o aun en un tercer Estado.

En estas condiciones, aparece en el conflicto un elemento (nacional o extranjero) de la misma nacionalidad, dos elementos extranjeros o, también, un elemento extranjero de nacionalidad distinta.

Es lo que ocurre cuando, verbigracia, un trabajador *argentino* es contratado por un empleador *brasileño* para prestar servicios en el territorio de *Brasil*, mediante contrato individual de trabajo celebrado en *territorio uruguayo*.

No ha sido estudiado en toda su extensión otro aspecto particular de los conflictos de leyes del trabajo: en su mayoría, los elementos que integran la relación jurídica y la pueden internacionalizar (nacionalidad del trabajador, nacionalidad del empleador o de la sede de la



empresa, foro de la ejecución del contrato) son elementos *fixos*; esto es, son elementos que no se alteran durante la vigencia del contrato.

Pero no sucede —o puede no suceder— lo mismo en cuanto a la sede en que se desempeña el trabajo.

En lo que se refiere a los primeros elementos, el conflicto es una resultante de las contingencias de la migración laboral en general; en lo relativo al local de prestación de servicios, el conflicto no depende de fenómenos migratorios de carácter permanente.

En la mayoría de los casos, el trabajador es admitido en determinada empresa para prestar servicios en locales previamente establecidos y dentro del territorio nacional. Sin embargo existen casos, aunque raros, en que por la naturaleza del trabajo desempeñado, el obrero presta servicios —sucesiva o alternativamente— en territorio nacional y en territorio extranjero.

Es asimismo sabido, que la posibilidad de transferir al trabajador de una sede a otra, dentro o fuera del territorio del Estado, según el libre arbitrio del empleador, sufre acentuadas restricciones en el derecho positivo de los países civilizados. Pero hasta hoy nadie pensó en impedir que la sede del trabajo en determinadas categorías profesionales (por la naturaleza de su oficio) pueda ser transferida por acto del empleador.<sup>116</sup>

A falta de indicaciones doctrinarias acerca de la terminología adecuada, podemos decir que ese hecho de la *modalidad* de la sede para la ejecución del contrato individual de trabajo —inherente a determinados oficios y profesiones— propicia la aparición de formas más avanzadas y complejas de conflictos entre las leyes del trabajo.

Consideramos posible adelantar, aun sin mayores precedentes doctrinarios, una distinción entre los casos en que la mudanza de la sede de prestación de servicios es meramente *eventual*, y aquellos otros casos en que el trabajador va a realizar sus tareas en territorio extranjero con carácter permanente.<sup>117</sup>

Charles Freirya, profesor de la Facultad de Derecho de Lille, al referirse al problema de los conflictos de leyes del trabajo, teniendo en cuenta el derecho positivo francés, señaló algunos ejemplos en los que se des-

<sup>116</sup> Véase al respecto lo que dispone la ley brasileña sobre la transferencia de los empleados, en el artículo 469 de la Consolidación de Leyes del Trabajo.

<sup>117</sup> La distinción entre transferencia definitiva y provisoria está consagrada en el derecho positivo brasileño, como se comprueba a través del artículo 469, ya citado, de la Consolidación de Leyes del Trabajo.

cubre con facilidad la prestación *eventual* de servicios en territorio extranjero. Es lo que ocurre cuando el empleador determina que el empleado (generalmente un especialista) vaya a realizar en otra nación determinada tarea transitoria, como la venta de máquinas a cierto cliente de la empresa o el montaje de aparatos técnicos.

En lo que concierne a la ejecución del servicio en país extranjero y con carácter *permanente*, los ejemplos se hacen aún más fáciles; basta anotar el caso de los trabajadores encargados de administrar filiales sucursales o agencias mantenidas en otros países por el empleador, y que se vuelven día a día más comunes —como ya mencionamos— por la progresiva ampliación del radio de actuación económica de las grandes empresas multinacionales y de los monopolios internacionales.

La diferencia entre las dos situaciones es clara: en la primera hipótesis, el trabajador permanece vinculado al ordenamiento jurídico del local en que normalmente presta sus servicios al empleador. En la segunda, aquél se transfiere en definitiva —al menos físicamente— de la órbita jurídica nacional a la órbita jurídica de otro Estado.<sup>118</sup>

Hay momentos, sin embargo, en que nuestra distinción entre la prestación *eventual* o *permanente* de servicios en territorio extranjero parece perder gran parte de su nitidez inicial: es lo que acontece con los trabajadores de la zona fronteriza.

Es bastante común, sobre todo en Europa, por las pequeñas distancias geográficas y por la facilidad en los medios de transporte, que el trabajador resida en un país y trabaje en el territorio de un Estado vecino.

El *trabajador fronterizo*, en ciertas regiones, como ocurre en Río Grande do Sul, plantea particularidades características en la economía local y, por ello mismo, las implicaciones naturales del fenómeno han sido objeto de estudios por parte de los economistas, políticos y sociólogos.

También deben despertar el interés de los juristas, incluso de los que se dedican al estudio de los conflictos de leyes, porque muchos de esos conflictos pueden derivar de esta forma especial de migración temporal, periódica o eventual.

Esa migración, insistimos puede ser temporal, periódica o eventual, según el trabajador retorne de la sede de prestación de servicios (territorio extranjero) al lugar de su residencia (territorio nacional) respec-

<sup>118</sup> Cfr., “Les conflits de lois —Rapport national— France.” en *Actes du Deuxième Congrès...*, ya citado.

pectivamente, al finalizar la zafra o estación, todas las semanas o al término de cada tarea ocasional. A pesar de eso, el *foro de la ejecución del contrato individual de trabajo* continúa siendo uno solo y siempre el mismo: el territorio extranjero.

En estos casos excepcionales, por consiguiente, aun cuando la migración reviste el carácter de eventual, podemos decir sin caer en antinomia que el trabajo en territorio extranjero posee carácter permanente. La experiencia demuestra que, casi siempre, el contrato de los trabajadores de la zona fronteriza se pacta con el objeto expreso de la ejecución del servicio en determinado territorio, pero su complejidad se ve aumentada porque el trabajador reside en otro país.

Existen, finalmente, ocasiones en que los conflictos de leyes relativos al contrato individual de trabajo adquieren, en función del lugar de ejecución del servicio, un mayor grado de complejidad.

Ello se produce cuando el trabajador es contratado para prestar servicios en *diversos países*.

El problema surgió inicialmente con los trabajadores marítimos, extendiéndose después, en virtud del desarrollo de otros medios de transporte, a los ferrocarriles, choferes y aeronautas, existiendo evidente analogía entre las situaciones de todos ellos.<sup>119</sup>

Los trabajadores de empresas de transportes internacionales prestan servicios al empleador en todos los países previstos en su contrato. Pero no se puede descartar la hipótesis de que se vean compelidos —por causa de fuerza mayor (defecto mecánico, mal tiempo, etcétera)— a interrumpir el viaje en lugares que no sean parte de su itinerario y en los cuales, no obstante, prestarán servicios al empleador, en virtud de necesidades urgentes e inevitables.

En las localidades previstas en la ruta, evidentemente el trabajador está en el lugar normal de ejecución de sus tareas. Cuando la ruta se interrumpe y se desvía, él pasa a prestar servicios en territorio no previsto por su contrato y, necesariamente, será considerado en tránsito.

Otras circunstancias semejantes pueden tenerse en cuenta: se equiparan a los trabajadores de las empresas de transportes internacionales, en el punto que nos interesa, los viajantes de comercio y, de manera particular, los artistas de las empresas de teatro y congéneres.

<sup>119</sup> Cfr., al respecto, Malvagni, Atilio, *Derecho laboral de la navegación*, Buenos Aires, 1949, pp. 373 y ss. Véase también el estudio de Cesarino junior, A. F., "Leyes del trabajo aplicables a los navegantes", en *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1947, pp. 425 y ss.

Éstas y otras situaciones concretas de la misma naturaleza atraen sobre el hecho la incidencia posible y simultánea de dos o más leyes originarias de soberanías distintas, creando muchas veces conflictos de difícil solución, cuando no tenemos previamente asentados los principios y estudiadas las normas que deben dirimirlos.

La colisión de normas referentes al contrato individual de trabajo, en todas sus modalidades, puede producirse en razón de las *personas*, de las *formalidades* exigibles para la celebración del contrato y del *contenido* del propio contrato.

Este esquema ha sido generalmente adoptado por los autores que estudian el problema.<sup>120</sup> El mismo nos parece perfectamente plausible, porque abarca las situaciones fundamentales y características de los diversos tipos de conflictos de leyes relativos al contrato individual de trabajo. En otros términos, la referencia doctrinaria conduce a estas inevitables interrogantes: ¿Qué ley rige el estatuto personal —desde el punto de vista estrictamente laboral— del empleado y del empleador? ¿Deben cumplirse, para la celebración del contrato, las formalidades legales previstas por éste o por aquel ordenamiento jurídico? Los derechos y los deberes de los empleados y de los empleadores, que constituyen el más íntimo y profundo contenido del contrato individual de trabajo ¿deben ser declarados, reconocidos y regulados por la ley nacional o por la ley extranjera?

## II. Conflictos de leyes en casos de accidentes de trabajo

Aún hoy se discute el encuadramiento legislativo de las normas sobre infortunística; hay autores que incluyen la legislación relativa a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales en el área de la previsión social, mientras que otros prefieren considerar esa legislación como parte integrante del derecho del trabajo.

No se puede negar que actualmente existe en la doctrina europea una tendencia manifiesta a situar las leyes de infortunística dentro del esquema de la previsión social, con visible influencia en la orientación adoptada por autores latinoamericanos.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> Lanfranchi, V., *op. cit.*, pp. 26 y ss.; asimismo, Bayón Chacón, Gaspar y Eugenio Pérez Botija, "Conflictos de normas —comunicación— España", en *Actes du Deuxième Congrès . . .*, ya citado, pp 493 y ss.

<sup>121</sup> *Cfr.*, Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, 1949, vol. II, pp. 112 y ss. Cabanellas, Guillermo, *Tratado de derecho laboral*, Buenos Aires, 1949, vol. IV, pp. 89 y ss.; Pozzo, Juan D., al contrario, dedica los cuatro tomos de su obra al estudio del derecho del trabajo, excluyendo los temas relativos a la previsión

Esta posición encontró resonancia en el estudio de los conflictos espaciales de leyes. Consecuente con ese punto de vista, Lanfranchi sistematizó su obra dividiéndola en dos partes: en la primera, se estudiaron los conflictos de leyes relativos a los *contratos de trabajo*, incluyéndose entre estos contratos —o sea bajo el mismo epígrafe— no sólo los contratos individuales, como sería de esperar, sino también las convenciones colectivas, lo que no deja de ser sorprendente; en la segunda parte, dedicada por completo a los conflictos de leyes reguladoras de los llamados *seguros sociales*, el autor incluyó los seguros de invalidez, vejez, muerte y, al lado de esas figuras típicas de la previsión social moderna, los seguros contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.<sup>122</sup>

A pesar de esa tendencia manifestada por el derecho comparado, en Brasil los juslaboralistas, que evaluaron las divergencias existentes en torno al asunto, consideraron durante mucho tiempo a la ley sobre accidentes y enfermedades profesionales como una *ley laboral*.

Ciertamente, en Brasil, la infortunística siempre constituyó objeto de una ley especial, desde 1919, siendo importante la circunstancia de que en 1943 el legislador no incluyó esa materia en el sistema de consolidación de las leyes del trabajo. Más aún, cuando en 1944 se hizo la reforma de la Ley de Accidentes de Trabajo, una vez más se mantuvo la técnica legislativa anterior, de elaborar a ese propósito una ley especial.<sup>123</sup>

También es cierto que la competencia para conocer en los litigios resultantes de accidentes o enfermedades profesionales no recae en la justicia del trabajo sino en la justicia común, por imperio de un precepto constitucional taxativo, que mantuvo la orientación de la legislación ordinaria anterior,<sup>124</sup> y abrió en la competencia de la justicia del trabajo la brecha de una importante excepción.<sup>125</sup>

Aunque la bibliografía brasileña sobre infortunística es relativamente escasa —conteniendo algunas valiosas contribuciones de los especialistas en medicina legal<sup>126</sup> y pocas obras sistemáticas de los juristas—<sup>127</sup>

social. No obstante, el tercer volumen del *Derecho del trabajo* está completamente dedicado a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales (Buenos Aires, 1949).

<sup>122</sup> *Op. cit.*, pp. 89 y ss.

<sup>123</sup> Ley núm. 3493, de 5 de marzo de 1919; Decreto núm. 24 637, de 10 de julio de 1934; Decreto-Ley núm. 7036, de 10 de noviembre de 1944.

<sup>124</sup> Consolidación de las Leyes del Trabajo, artículo 643, parágrafo 2o.

<sup>125</sup> Constitución Federal, artículo 142, parágrafo 2o.

<sup>126</sup> *Cfr.*, entre otras obras, las de Leonídio Ribeiro, Afranio Peixoto y Flaminio Favero y, más recientemente, el libro de Hilario Veiga de Carvalho.

<sup>127</sup> *Cfr.*, Russomano, Mozart Victor, *Comentários à Lei de acidentes do trabalho*,

el esfuerzo de los juslaboralistas en el sentido de incluir al accidente y a la enfermedad profesional en el campo del derecho del trabajo (*stricto sensu*) se hace visible en el *Anteproyecto de Código del Trabajo*, de la auditoría de Evaristo de Moraes Filho, que profundizó el tema en la justificación doctrinaria que acompañó la publicación del referido anteproyecto,<sup>128</sup> en el que fue incluida toda la materia referida a infortunística.

Los autores entienden que el problema de delegar la protección contra accidentes a las instituciones de previsión social podría modificar la naturaleza medular de la relación jurídica que deriva del accidente o de la enfermedad profesional, que se establece directamente entre el trabajador y el empleador, para transferirla al campo de la legislación administrativa.

La simple existencia de un seguro obligatorio, que transfiere el *onus* derivado de la legislación sobre infortunística del empleador a la entidad aseguradora, constituye —según aquellos autores— sólo una fórmula para garantizar el pago de las indemnizaciones debidas, independientemente de las condiciones económicas del empleador que es el deudor principal.

No influye para los defensores de la naturaleza de la relación jurídica el hecho de que los litigios sean competencia de la justicia común y no de la justicia espacial. Se trata solamente de la distribución de competencias judiciales y la norma que lo declara revela al intérprete, en el cuerpo de la Constitución, su carácter excepcional.

En otros términos, dentro de esa orientación las normas jurídicas sobre infortunística son normas de derecho del trabajo, que inciden normalmente sobre hechos resultantes de la relación de empleo, sin perjuicio de ciertos casos de carácter excepcional, en que sus preceptos favorecen a personas que no participan de un contrato individual de trabajo, como en la hipótesis de los presidiarios.<sup>129</sup>

En Brasil, esa orientación fue alterada por la integración del seguro contra accidentes de trabajo en el sistema general de la previsión social.

Río de Janeiro, 1955, dos vols.; Ribeiro Pontes, *Acidentes do trabalho*, Río de Janeiro, 1955. A título de información histórica, recordamos el primer libro sobre derecho del trabajo escrito en Brasil, de Evaristo de Moraes, titulado *Apontamentos de direito operario*, que contiene un capítulo especial sobre accidentes de trabajo (Río de Janeiro, 1905, pp. 39 y ss.), al cual siguió el libro *Legislação operária sobre acidentes mecânicos e proteção a infância operária*, de José Tavares Bastos (Río de Janeiro, 1910).

<sup>128</sup> Anteprojeto de Código do Trabalho, Río de Janeiro, 1963, p. 27.

<sup>129</sup> Decreto/Ley núm. 7036, de 10 de noviembre de 1944, artículo 9o, parágrafo 2o, literal e.

La materia actualmente está regulada por los artículos 163 y siguientes de la Consolidación de Leyes del Trabajo.

A pesar de que las antiguas indemnizaciones se han transformado en beneficios típicos de la previsión social, la circunstancia de que estos beneficios se hayan tratado en forma diversa y en normas autónomas dentro de la sistemática de la Consolidación, nos autoriza a seguir desarrollando el examen del tema en este libro, dentro de los moldes adoptados en la edición anterior del mismo.

Esta divergencia doctrinaria no puede ser tomada como mera investigación académica. Al contrario, tal divergencia doctrinaria —en sí misma ajena a nuestra tesis— se vuelve, sin embargo, importante para nuestro estudio por dos motivos principales:

En primer lugar, si el campo de la infortunística fuese considerado como un sector del derecho del trabajo, la consecuencia natural será aproximar la solución de los conflictos espaciales de leyes sobre infortunística a las soluciones recomendadas para los conflictos espaciales de leyes sobre el contrato individual de trabajo.

Si, al contrario, la infortunística fuese englobada dentro del sistema de la previsión social, eso sería no aconsejable.

En segundo lugar, en esta última hipótesis, las normas sobre infortunística, incluidas en el sistema de la previsión social, serían normas de derecho público y los conflictos entre ellas podrían ser colocados fuera del ámbito del derecho internacional privado y dentro del dominio del derecho administrativo internacional.<sup>130</sup>

Aun si se proclamase y reconociese la existencia o la autonomía científica del derecho administrativo internacional, nos parece que —en el estadio en que nos encontramos— el conflicto entre normas sobre infortunística originarias de soberanías diferentes puede ser un conflicto que ocurra en el plano específico de las relaciones de trabajo, de modo que la solución del mismo esté dada por el derecho internacional privado.

La solución del debate, entre tanto, no dependerá solamente de la posición doctrinaria de cada uno, sino también del sistema adoptado por el derecho positivo de los distintos Estados.

En este aspecto, la sistematización adoptada por Scipione Gemma corresponde —mejor que la de Lanfranchi, a nuestro entender— a la

<sup>130</sup> Sobre los principios generales del derecho administrativo internacional, véase Négulesco, Paul, "Principes du droit international administratif", en *Recueil des Cours*, 1935, vol. 51, pp. 583 y ss.

nueva orientación del derecho positivo brasileño, pues el autor italiano trató sucesivamente, en tres capítulos fundamentales de su obra, los conflictos relativos a los contratos de trabajo, los que se refieren a accidentes de trabajo y, por fin, los conflictos entre normas de previsión social, ubicados y discutidos como una categoría aparte.<sup>181</sup>

Adoptando, en parte, la esquematización de Gemma, también señalamos por separado, como categoría *sui generis*, los conflictos de leyes sobre infortunística.

Ya tuvimos ocasión de subrayar que los primeros estudios sobre conflictos espaciales de leyes del trabajo se hicieron en el sector de los accidentes y de las enfermedades profesionales.

Varios motivos determinaron esa preferencia inicial; entre ellos, en primer lugar, está el hecho de que la legislación sobre *infortunística* adquirió en el siglo pasado un notable impulso, mientras que las normas relativas al contrato de trabajo evolucionaron con un ritmo bastante más lento.

Además, en los accidentes o durante la enfermedad, el trabajador ve disminuida su integridad física y a menudo pierde la vida, siendo el hecho tanto más contundente cuanto más se valora la circunstancia de que el evento se produce durante el tiempo en que la víctima, por necesidad fundamental, está trabajando en provecho de otro.

Esas situaciones concretas adquieren contornos bien nítidos a los ojos del legislador y del gobernante, facilitando la elaboración de leyes de protección.

Es sabido, asimismo, que las leyes sobre *infortunística* poseen carácter preventivo (en la medida en que procuran evitar el accidente o la enfermedad) y carácter reparador (en cuanto tratan de compensar el daño sufrido, a través de los tratamientos adecuados y de las indemnizaciones o beneficios pagados a la víctima o a sus dependientes).

Para el cumplimiento de esa doble finalidad, bastante compleja, los legisladores no hallaron soluciones uniformes. La diversidad entre el derecho positivo de cada país sobre *infortunística*, la reiterada migración laboral, de carácter permanente o eventual, la posibilidad de riesgo que acompaña la realización del trabajo, hacen que en la práctica los conflictos de leyes sobre *infortunística* sean más o menos reiterados y se presenten con caracteres propios y definidos.

No es posible aquí citar todas las formas de conflictos sobre acciden-

<sup>181</sup> *Op. cit.*, pp. 17, 65 y 145.



tes y enfermedades profesionales. Entre los tipos más característicos, más simples o más complejos, podemos indicar los siguientes:

a) El trabajador natural del Estado *A*. El empleador natural del Estado *B*, radicado o domiciliado en el Estado *C*, contrata para trabajar en el Estado *C*. Pero, por necesidades del servicio, el trabajador viaja al territorio del Estado *D*, donde sufre un accidente.

En la sucesiva permutación de esos elementos que *internacionalizan* el resultado del siniestro, podríamos ir muy lejos.

Lo esencial, sin embargo, para nosotros, a esta altura de la exposición es solamente ejemplificar y al mismo tiempo anotar, dentro de las diversas formas de conflictos de leyes en el campo de la *infortunística*, los elementos de conexión que surgen en ese conflicto y que, en principio, podrían señalar la ley aplicable al caso concreto: ¿la ley de la nacionalidad del trabajador? ¿la ley de la nacionalidad del empleador? ¿la ley de sede de la empresa? ¿la ley de prestación habitual de servicios? ¿la ley del lugar en que se produjo el accidente?

### III. *Conflictos de leyes en materia de convenios colectivos de trabajo*

La esfera de los contratos individuales de trabajo es la esfera del derecho individual del trabajo, o sea, el mundo de las relaciones *individuales* (singulares o múltiples) entre trabajadores y empleadores.

Con las mismas palabras, podemos decir: la esfera de los convenios colectivos de trabajo es la del derecho colectivo del trabajo, o sea, el mundo de las relaciones *colectivas* que se establecen entre los sindicatos que representan a las categorías profesionales y económicas o entre grupos de trabajadores y de empleadores.

No es éste, por cierto, el momento oportuno para intentar un estudio del *convenio colectivo de trabajo*, porque ello escapa a los límites del derecho internacional privado.

No obstante, es indispensable recoger aquí una distinción —elemental para los juslaboralistas, pero necesaria para la comprensión del problema que vamos a examinar— entre contrato individual y convenio colectivo.

En el primero —de acuerdo a la definición de la ley brasileña—<sup>182</sup> un trabajador o grupo de trabajadores, mediante convenio celebrado con determinado empleador, se compromete a prestar servicios en la

<sup>182</sup> Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 3o.

empresa, con carácter permanente, a cambio de una remuneración y bajo dependencia jerárquica (contrato individual de trabajo singular y contrato individual de trabajo plural o en equipo).

En el convenio colectivo o acuerdo colectivo —según los artículos 611 y siguientes de la Consolidación de Leyes del Trabajo— dos sindicatos, representantes de determinada categoría profesional y de determinada categoría económica, o un sindicato obrero y una o más de una empresas, establecen mediante convenio normas relativas a las condiciones del trabajo, y a las cuales quedan sujetos los trabajadores y los empleados en la celebración de los contratos individuales.

No es difícil observar que en los contratos individuales se pacta la prestación de servicios remunerados en determinadas condiciones, que configuran la relación de trabajo. Las cláusulas de esos contratos entonces, inciden *directamente* sobre los hechos. En los convenios colectivos, por el contrario, las cláusulas no inciden sobre los hechos concretos de la prestación de servicios: inciden, de modo directo, sobre las cláusulas de otros contratos, o sea sobre los contratos individuales de trabajo.

En la celebración del contrato individual, las partes están obligadas a respetar las normas de derecho positivo en vigor que le sean aplicables. Además de las cláusulas pactadas están las normas relativas a la reglamentación del trabajo dictadas por el Estado a través de la Constitución, de las leyes ordinarias y de las normas de naturaleza reglamentaria.

Cuando existe convenio colectivo aplicable a determinada categoría profesional o económica, entre el plano de las normas contractuales (que podemos considerar el *plano jurídico inferior*) y el plano de las normas de derecho positivo (que será el *plano jurídico superior*) se interponen las normas convencionales, o sea las resultantes de los convenios colectivos de trabajo.

En cierto modo, podemos decir que las normas convencionales figuran en un *plano intermedio*, entre las normas de derecho positivo y las normas contractuales.

Se asemejan a las primeras porque, como las normas jurídicas, poseen efecto *erga omnes*, esto es, alcance típicamente normativo. Pero, al mismo tiempo, se parecen a las segundas porque —al contrario de la ley o del reglamento— no son el producto de la deliberación unilateral del Estado, sino el resultado de un convenio bilateral. Es en ese sentido que se afirma que el convenio colectivo es una especie de *centauro* o, en la célebre frase de Carnelutti, es un instituto que posee cuerpo de contrato y alma de ley.

Dentro del principio de obediencia al legislador originario, enunciado por Kelsen, y de la jerarquía de las normas jurídicas, podríamos construir esta pirámide:

Sobre el hecho de la prestación de servicios inciden las cláusulas del contrato individual de trabajo; esas cláusulas se subordinan a los convenios colectivos y éstos, a su vez, se sujetan, de abajo hacia arriba, a las normas reglamentarias, legales, constitucionales e internacionales.

Por clara y precisa que sea la doctrina laboral al hacer la distinción entre el contrato individual y el convenio colectivo, no resistimos la tentación de sugerir —quizá como contribución audaz del derecho internacional privado a los juslaboralistas— la semejanza de *posiciones* entre el *sobrederecho*, con relación al derecho sustantivo, y el convenio colectivo, con relación al contrato individual de trabajo.

El *sobrederecho*, como sabemos, está formado por normas que no inciden directamente sobre hechos concretos, y sí sobre otras normas (derecho sustantivo). El *sobrederecho* sólo llega a los hechos indirectamente, por intermedio de las normas de derecho sustantivo que él elige.

Por un proceso semejante de superposición normativa, las cláusulas de los convenios no tocan *directamente* los hechos relacionados con la prestación de servicios, que se regulan de modo inmediato por las cláusulas de los contratos individuales. El convenio colectivo se aplica *directamente* a los propios contratos individuales y, de esa forma, sólo *indirectamente*, por intermedio de las cláusulas de los contratos individuales, llega al mundo fáctico de la ejecución del trabajo.

Esa diferencia esencial entre los convenios colectivos y los contratos individuales permitirá la cabal comprensión de las peculiaridades que existen en los conflictos de leyes relativos a aquellos convenios.

La importancia de los conflictos espaciales de leyes en materia de convenios colectivos deriva de la importancia del propio instituto y de su originalidad dentro de los cuadros del derecho positivo contemporáneo. <sup>133</sup>

<sup>133</sup> Entre otras monografías sobre convenios colectivos de trabajo, pueden ser consultadas las siguientes: Capeau, Charles, *La convention collective de travail*, París, 1938; Bureau, Paul, *El contrato colectivo de trabajo*, Madrid, 1904 (trad. española); Garzón Ferreyra, Ignacio, *La convención colectiva de trabajo*, Buenos Aires, 1954; Barbagelata, Héctor Hugo, *Régimen de los convenios colectivos*, Montevideo, 1955; Cotrim Neto, A. B., *Dos contratos colectivos de trabalho*, Rio de Janeiro, 1940; Mazzoni, Giuliano, *Teoria dei limite di applicabilità dei contratti collettivi di lavoro*, Milán, 1939; Abbate, Giuseppe, *Inosservanza dei contratti collettivi di lavoro*, Milán, 1941; Carullo, Vicenzo, *La revisione delle norme collettive di lavoro*, Milán, 1942.

La originalidad de los convenios colectivos permite que se diga que ellos representan, junto con las sentencias normativas (también llamadas sentencias colectivas), la más valiosa contribución del derecho del trabajo al enriquecimiento de la teoría general del derecho.

Por otro lado, su importancia histórica —aun para aquellos países que no poseen experiencia práctica en convenios colectivos— puede resumirse en la frase de Georges Scelle, pronunciada en la Facultad de Derecho de París, en la década de 1920, y que se hizo famosa: “Al principio, fue la ley del patrón; hoy, es la ley del Estado; en el futuro, será la ley de las partes.”

Es como afirmar: al principio, el trabajador permaneció a merced de la generosidad o del despotismo del patrón. Después, el Estado le dio, a través de leyes combinadas, eficiente protección jurídica. Llegará el día, sin embargo, en que las propias partes, a través de convenios colectivos, estipularán las condiciones de prestación de servicios.

Esta observación de Scelle es válida aún hoy, en Brasil, porque nos encontramos en la segunda etapa. La mayoría de las naciones europeas y algunos países del continente americano, como los Estados Unidos de América del Norte, Canadá, México, Argentina, hacen del convenio colectivo el instrumento principal de regulación de la vida laboral.

La creciente importancia de los convenios colectivos como fuente formal de derecho del trabajo y la insistente recomendación de la doctrina —inclusive de los juristas brasileños— en el sentido de que se debe estimular la práctica de esos convenios, justifican nuestra preocupación por configurar los conflictos espaciales de leyes que a ellos se refieren.

La primera forma de conflicto de ley relativo al convenio colectivo, que salta a la vista del observador y ha sido señalado, casi siempre, por los internacionalistas y por los juslaboralistas, es el que se produce *entre dos convenios* en vigor en distintos Estados, que convergen para regular, al mismo tiempo, el mismo hecho concreto.

Leopoldo de Vos ejemplifica la hipótesis de un conflicto de esa naturaleza, de la siguiente forma: los empleados admitidos por un empleador establecido en el Estado *A* van a trabajar al país *B*, donde la empresa posee una sucursal o agencia. ¿Se aplica a los contratos individuales de esos empleados la convención colectiva en vigor en el Estado *A* o la adoptada en el Estado *B*?<sup>134</sup>

<sup>134</sup> *Op. cit.*, vol. II, p. 624.

Fue ése, asimismo, el único tipo de conflicto espacial relativo a convenios colectivos que Lanfranchi encontró, al estudiar el problema.<sup>135</sup>

Existe, no obstante, una segunda figura conflictual, que se da cuando ocurre una fricción entre *el convenio colectivo de un país y la ley de otro Estado*.

El jurista turco Ferit Saymen puso de relieve el problema, señalando un caso concreto, en los debates del II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, realizado en 1957, en Ginebra.

Los salarios de los trabajadores, en Italia, están sometidos a una escala móvil fijada a través de un convenio colectivo intersindical. En Francia, por el contrario, la escala móvil de los salarios está fijada por ley. Si el obrero italiano fuera a trabajar en territorio francés, para una empresa italiana, podríamos interrogarnos si el salario estará regulado por el convenio colectivo adoptado en Italia o por la ley vigente en Francia.

En esta hipótesis, el conflicto se establece entre el convenio del país *A* y la ley del país *B*.<sup>136</sup>

Ferit Saymen creyó poder extraer de este segundo tipo de conflicto relativo a convenios colectivos, una crítica a la terminología usualmente empleada, por la cual las concurrencias espaciales se denominan *conflictos de leyes*. Su ejemplo mostraría la hipótesis de un conflicto entre la ley y el convenio colectivo —pero no entre leyes— y que de manera más amplia debería llamarse *conflicto de normas jurídicas*.

La respuesta fue inmediata y partió, en el plenario de aquel cónclave, de Francis Wolf, representante de la Organización Internacional del Trabajo, cuando destacó que en la expresión *conflicto de leyes* el vocablo *ley* está tomado en el sentido más amplio posible, abarcando todas las normas jurídicas, sin indagar su naturaleza (constitucional, ordinaria, reglamentaria o convencional), porque lo que en realidad importa es el choque o contacto entre dos ordenamientos jurídicos distintos.<sup>137</sup>

Destacamos esta aclaración hecha con precisión por Francis Wolf, para demostrar que esos dos tipos de conflictos espaciales relativos a convenios colectivos no tienen, para el derecho internacional privado, la importancia que los autores normalmente les atribuyen.

Cuando se examina el conflicto de leyes desde el punto de vista del derecho internacional privado, no interesa al internacionalista averiguar

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 85.

<sup>136</sup> *Actes du Deuxième Congrès...*, ya citado, p. 580.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 582.

la naturaleza de las normas jurídicas en colisión, esto es, si ellas están contenidas en la constitución del país, en una ley ordinaria, en un decreto, en una orden ministerial o —en el caso en examen— en un convenio colectivo de trabajo.

Al derecho internacional privado le importa, sobre todo, observar qué normas originarias de soberanías distintas, o sea pertenecientes a ordenamientos jurídicos diferentes, están en colisión en el espacio.

El internacionalista, pues, indicará cuál de los dos ordenamientos regirá el hecho sobre el que se establece el conflicto y, dentro de ese ordenamiento, el juez descubrirá la norma aplicable, sea cual sea ésta.

Así, el conflicto entre el convenio colectivo del Estado *A* y el convenio colectivo del Estado *B*, o entre el convenio colectivo del Estado *A* y la ley del Estado *B* —ya sea en cuanto a su estructura, ya en cuanto a sus consecuencias— tiene la misma naturaleza de los otros conflictos de leyes en el espacio, pues el convenio colectivo (como vimos), por definición, es creador de normas de trabajo y produce, en muchos países como en Brasil, efectos generales.

Los conflictos de esa naturaleza tienen mucha mayor importancia en el plano del derecho interno: para saber, en el primer caso, qué convenio se aplica a determinado contrato individual de trabajo o para averiguar, en la segunda hipótesis, la validez del propio convenio.

En el plano internacional, mucho más relevante por cierto es otra especie de conflicto relativo a convenios colectivos, que no fue, a lo que sabemos, objeto hasta ahora de estudio por parte de los internacionalistas y de los juslaboralistas.

Las formas de conflicto señaladas por los autores muestran que, en aquellos casos, la fricción se produce *entre convenios colectivos o entre un convenio colectivo y una ley*.

Algo muy diferente será admitir una convergencia espacial *entre las leyes que rigen el convenio colectivo*.

Mientras que en las primeras hipótesis el conflicto se establece entre normas contenidas en convenios colectivos o entre éstos y la ley, en el segundo caso la colisión surge entre las leyes que rigen la celebración y delimitan el contenido de los propios convenios.

Cuando los convenios colectivos entran en colisión, se los considera como *fuentes formales de derecho*, al mismo título que las normas jurídicas en general. Cuando surge entre las leyes que se aplican a los convenios colectivos, éstas son consideradas como *actos jurídicos*.

Como los convenios colectivos presentan aspectos —el contractual y

el creador de normas generales— puede haber conflicto entre las leyes que los regulan o entre ellos mismos.

Son dos situaciones muy diferentes y, sin duda, la primera es más original sea por la contextura del conflicto o por la circunstancia de que los autores callan, generalmente, lo relativo a este aspecto del problema.

En síntesis, podemos anotar: siempre que se necesite saber si el convenio colectivo debe celebrarse de conformidad con la ley del Estado *A* o con la del Estado *B*, habrá un conflicto espacial, no entre convenios, sino entre las leyes que regulan los convenios colectivos de trabajo.

Si nos colocamos en el ámbito del derecho positivo brasileño, la primera cuestión consistirá en saber si existe *posibilidad práctica* de que sobrevenga un conflicto de esa naturaleza.

Resulta curioso señalar el hecho de que, aparentemente, en el sistema legal brasileño no es posible la existencia de un conflicto de este tipo. La Consolidación de Leyes del Trabajo dispone, expresamente, que los convenios colectivos sólo pueden celebrarse por sindicatos representativos de las categorías profesionales y económicas o, a falta de ellos, por las federaciones y las confederaciones sindicales sucesivamente.<sup>138</sup>

Ahora bien: si el convenio colectivo sólo puede ser celebrado, según la ley, entre entidades sindicales brasileñas cuya actuación jurídica en representación de las categorías profesionales y económicas estén adscritas al territorio nacional, es evidente que las partes, el foro del convenio y el foro de su ejecución, en principio, serán siempre nacionales, no existiendo ningún elemento extranjero que internacionalice la relación jurídica.

En consecuencia, los convenios colectivos celebrados por entidades sindicales brasileñas estarán regidos siempre, en todos sus aspectos, por la ley local.

Esa imposibilidad, sin embargo, es sólo *aparente* y vamos a demostrarlo, aun dejando de lado la hipótesis de *acuerdo colectivo*, cuando, en principio, el sindicato brasileño pudiese negociar con una empresa extranjera (ver nota 138).

<sup>138</sup> Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 611, párrafo 2o., redacción dada por el Decreto-Ley núm. 229, de 28 de febrero de 1967. El actual párrafo primero de ese precepto admite, sin embargo, la alteración de los *acuerdos colectivos* entre el sindicato obrero y una empresa o grupo de empresas, atribuyendo a esos acuerdos efectos normativos.

No es uniforme la orientación de la legislación de los distintos países en lo referente al privilegio concedido a las entidades sindicales para la celebración de convenios colectivos. Podríamos imaginar por lo menos cuatro hipótesis distintas:

a) Los convenios solamente pueden ser pactados entre entidades sindicales.

b) Los convenios pueden ser celebrados entre un sindicato de trabajadores y una empresa o grupo de empresas.

c) Los convenios son admisibles entre un sindicato patronal y un grupo de trabajadores.

d) Los convenios surgen entre un grupo de trabajadores y determinada empresa o grupo de empresas.

En las tres últimas hipótesis existe la posibilidad de conflicto espacial entre las leyes que rigen los convenios colectivos, porque nada impide que la empresa o grupo de empresas, un trabajador o grupo de trabajadores suscriptores del convenio, sean extranjeros.

Cuando esto ocurre se pueden suponer varias formas de conflictos de leyes en el espacio.

Tomemos como referencia, para ejemplificar, el derecho francés y el derecho brasileño sobre convenios colectivos.

En el derecho brasileño, como hemos visto, la regla general es que esos convenios sean celebrados entre entidades sindicales (salvo la hipótesis de meros *acuerdos colectivos*). En el derecho francés no ocurre eso: el convenio puede ser celebrado entre sindicatos, entre un sindicato de trabajadores y un grupo de empleadores o, finalmente, entre un sindicato obrero y uno o varios empleadores considerados individualmente.<sup>139</sup>

Habiendo, pues, divergencia entre las normas de derecho sustantivo que regulan la celebración de los convenios colectivos de trabajo en Francia y en Brasil, ¿será posible que cierto sindicato brasileño celebre un convenio colectivo *directamente* con una empresa radicada en Francia y que desempeñe una actividad económica en Brasil?

Si se admitiese esta posibilidad, como los convenios colectivos son

<sup>139</sup> Código del Trabajo, libro I, artículo 31, literal A; *Cfr.*, Durand, Paul y André Vitu, *Traité...*, ya citado, vol. III, pp. 400 y ss.; Werner Goldschmidt estudia el problema de los convenios colectivos de trabajo en su ensayo, ya citado, en Deveali, *Tratado...*, vol. VIII, pp. 481 y ss.



extremadamente solemnes ¿qué formalidades deberían acatarse, las de la ley brasileña o las de la ley francesa?

Por otro lado, como las cláusulas del convenio colectivo en el marco de la jerarquía de las normas quedan subordinadas a la ley, de modo que no se puede admitir un convenio normativo *contra legem*, ¿cuál será el ordenamiento jurídico que delimite el contenido del convenio?

Podría argumentarse, tal vez, que todo ello no pasa de ser mera especulación teórica, sin consecuencias prácticas.

No es así, sin embargo por la circunstancia de que la norma del artículo 611, *caput*, sufre la excepción del precepto del artículo 921 de la propia Consolidación, que permite a las empresas que no estuvieren incluidas en la nómina sindical brasileña, firmar convenios colectivos de trabajo *directamente* con los sindicatos representativos de la respectiva categoría profesional.

Además, como señalamos, la legislación de 1967 innovó el derecho anterior, en ese punto, permitiendo que —en la clasificación general de los *convenios colectivos*— figuren no sólo los convenios colectivos, que son *acuerdos intersindicales*, sino también los llamados *acuerdos colectivos* que, en verdad, son convenios en que se alteran solamente las partes y, en función de ellas, el radio de aplicación del convenio, pues sus efectos se autolimitan por el hecho de que tales acuerdos resultan de la negociación entre el sindicato de trabajadores y una empresa o varias empresas, en la forma actualmente prevista por el artículo 611, inciso 1º de la Consolidación de Leyes del Trabajo, lo que aproxima nuestra legislación al derecho francés, anteriormente citado.

En esas hipótesis, cuando la empresa fuera extranjera, todos los problemas derivados de nuestro ejemplo podrían surgir, en la práctica y, en ese momento, todos aguardarían por cierto la palabra final de los internacionalistas.

#### IV. Conflictos de leyes en materia de previsión social

Hubo una época en que se discutió mucho acerca de las vinculaciones entre el derecho del trabajo y la previsión social; se sostuvo con vehemencia la posición de que el primero comprendía a la segunda, razón por la cual algunos autores sostuvieron la denominación de *derecho social*, como la más adecuada para designar al derecho del trabajo.<sup>140</sup>

<sup>140</sup> Cfr., al respecto, García Oviedo, Carlos, *Tratado elemental de derecho social*, Madrid, 1948, pp. 1 y ss.; Cesarino Júnior, A. F., *Direito social brasileiro*, Rio de Janeiro, 1953, vol. I, p. 16.

Hoy día, según los informes de los juslaboralistas, está bien delimitada la distinción entre derecho del trabajo y la previsión social.

En realidad, el derecho del trabajo (individual o colectivo) rige las relaciones entre empleadores y empleados, o entre las entidades sindicales que los representan o, aun, entre grupos de empleados y grupos de empleadores.

De cualquier modo, en el plano individual o en el plano colectivo, el derecho del trabajo regula relaciones establecidas entre empleados y empleadores, ya sea a través de contratos directos, ya por medio de contratos indirectos, con la intermediación de las entidades que representan las categorías profesionales y económicas constituidas por unos y otros.

En el dominio de la previsión social, al contrario, las relaciones no se establecen entre empleado y empleador o entre sus sindicatos, sino entre ellos y el órgano encargado de los seguros sociales, generalmente creado y administrado por el poder público, como acontece en Brasil.

Es muy cierto que existe entre el derecho del trabajo y la previsión social un punto de conexión: ambos se preocupan por proteger al hombre incapacitado. Pero, mientras que el derecho del trabajo realiza esa protección considerándolo como *trabajador* y, más restrictivamente, como *empleado*, la ley de previsión social procura realizarla en un sentido mucho más amplio, encarando al hombre como individuo, independientemente de su condición personal.

A pesar, pues, de la idea de los que aun modernamente defienden la inclusión de la previsión social en la esfera del derecho del trabajo,<sup>141</sup> nos parece muy clara la dicotomía que existe entre ambos y que se deriva, en primer lugar, de la condición personal de aquellos a quienes el derecho del trabajo y la previsión social dispensan protección, y, en segundo lugar, de las técnicas legislativas que ambos adoptan para alcanzar ese objetivo.<sup>142</sup>

En el derecho brasileño podremos usar —subrayando la tendencia doctrinaria cada vez más acentuada en el sentido de colocar a la previsión social fuera del dominio estricto de la legislación laboral— un argumento de orden puramente legislativo, pero no por eso menos importante, porque está implícito en la propia Constitución federal.

<sup>141</sup> Pérez Botija, *op. cit.*, p. 456; Mazzoni y Grecchi, *Corso di diritto del lavoro*, Bolonia, 1948, en que la segunda parte del libro está dedicada exclusivamente a los seguros sociales.

<sup>142</sup> Krotoschin, Ernesto, *Curso de legislación del trabajo*, Buenos Aires, 1950, p. 13..

Queremos señalar el hecho de que el constituyente consideró la legislación laboral y la legislación sobre previsión social en dos niveles totalmente diversos.

El artículo 8º, inciso XVII, de la Constitución, al demarcar la competencia legislativa de la Unión, ubicó en planos *diferentes* al derecho del trabajo y a la previsión social. El primero aparece al lado del derecho civil y de otras disciplinas jurídicas; la segunda figura al lado de la protección a la salud pública y del régimen penitenciario.<sup>143</sup>

Como si no bastase esta distinción, realmente decisiva, el constituyente brasileño —cuando incluyó en el artículo 165, normas programáticas de alcance laboral— puso cuidado, más de una vez, de referirse a la legislación del trabajo y a la de la previsión social como dos materias distintas.

A nuestro modo de ver, salvadas las divergencias que aún perduran a este propósito en la teoría general del derecho y, sobre todo, del lado de los juslaboralistas, la legislación sobre previsión social, aunque tenga *válvulas de comunicación* con el derecho del trabajo, contiene normas de naturaleza administrativa y no fue por mera coincidencia que el artículo 8º de la Constitución federal la ubicó al lado de materias típicamente administrativas.

La circunstancia de que existan ostensibles vinculaciones entre las leyes de previsión y las leyes del trabajo no es suficiente para que se niegue a las primeras su carácter administrativo. Asimismo, muchas leyes administrativas inciden en el ámbito laboral, por ejemplo: las normas relativas al desempeño del trabajo y las que lo regulan.<sup>144</sup>

Siendo así, y en cuanto se admita que el derecho internacional privado rige solamente para los conflictos espaciales de leyes de naturaleza privada, habría que concluir que los conflictos entre las normas de previsión social escapan al campo específico de nuestra disciplina y se encuadran mejor en el ámbito de estudio e investigación del derecho administrativo internacional, a que aludimos anteriormente.

De cualquier modo, esos conflictos pertenecen en sentido amplio al ámbito del derecho del trabajo —por lo menos en gran parte— y por ello pueden incluirse en este libro, hechas las salvedades correspondientes.

<sup>143</sup> Literales *b*, *e*, *c*.

<sup>144</sup> *Cfr.*, Gonçalves da Motta, Omar, *Direito administrativo do trabalho*, Rio de Janeiro, 1944.

La importancia de la previsión social impediría que evitáramos el tema, y no es posible olvidar que entre la norma laboral y la norma de previsión social existe el lazo ideal de la protección al ser humano que lo necesita.

De ese anhelo común que es el principal factor de aproximación entre las dos esferas normativas, pueden sugerir eventualmente soluciones semejantes para los conflictos de leyes que surjan de las relaciones entre individuos de diferentes Estados.

No obstante, es preciso comprobar si ese problema envuelve realmente un conflicto de leyes —tal como ese fenómeno es definido y considerado por el derecho internacional privado— o si se reduce simplemente a la órbita exclusiva del derecho interno, mediante la verificación del alcance territorial de determinada ley.

La posibilidad de esta distinción fue examinada en el Relatorio General presentado por la OIT al Congreso Internacional realizado en Ginebra, en el año de 1957.<sup>145</sup>

Pero, como quedó expresamente consignado en el referido relatorio, aun cuando se admita que el problema, en el ámbito de la previsión social, se reduzca a la verificación del alcance territorial de la ley, la cuestión no se agotará con el pronunciamiento unilateral del derecho interno de cada país: será menester averiguar si la ley declarada territorial es, jurídicamente, la ley competente para regular determinado hecho. Existirá siempre, por tanto, un elemento de conexión capaz de crear dudas sobre la legislación competente.

El conflicto entre leyes de previsión social deriva también de la migración laboral, del comercio internacional (*lato sensu*) y puede adquirir acentuada complejidad por la circunstancia de que el derecho comparado muestra la extraordinaria multiplicidad de sistemas adoptados por los diferentes países.

El sistema de previsión social no resulta sólo de la preferencia doctrinaria o de la experiencia práctica del legislador: resulta de una suma compleja de diversos factores, porque, en último análisis la elección dependerá del progreso económico y del nivel cultural de cada Estado.

Esas diferencias legislativas son profundas y numerosas.

En cuanto a la persona de los beneficiarios, por ejemplo, al principio

<sup>145</sup> *Op. cit.*, p. 385.

sólo ciertos trabajadores (y no los trabajadores en general) participaban del régimen de prestaciones.<sup>146</sup>

Otros Estados de legislación más avanzada abandonaron el criterio de la calificación de los oficios y extendieron la previsión social a todos aquellos que hubiesen celebrado un contrato individual de trabajo.<sup>147</sup>

Modernamente, en fin, se abrieron nuevos rumbos en el campo de la previsión social, ya sea en el sentido de acoger bajo la protección de su construcción jurídico-laboral a todos los que trabajan, aun cuando no hayan celebrado contrato individual,<sup>148</sup> ya en el sentido de la adopción del *seguro total*, que garantice protección a todas las personas que necesiten ayuda por falta de recursos propios.<sup>149</sup>

La legislación sobre previsión social, *grosso modo*, se inclina, por tanto, en el sentido de ampliar su radio de acción, englobando al mayor número posible de beneficiarios.

Pero, para llegar a ese fin, no se tomaron medidas extremas en la mayoría de los países modernos. Se puede decir que el principio general es el de la obligatoriedad de la participación de los trabajadores en el sistema de la previsión social, pero se admite que ciertas personas (por la particular naturaleza de su profesión) decidan libremente sobre la conveniencia o inconveniencia de su inscripción en los órganos competentes.<sup>150</sup>

La propia naturaleza de la entidad administrativa puede variar de país a país. La historia del derecho europeo lo demuestra, revelando que, en ese punto, la previsión social recorrió una gran parábola, que comienza con el llamado *sistema de la libre elección* —en que los órganos que administran la previsión social son entidades privadas— hasta el *sistema del seguro obligatorio*, en el que la creación de órganos de admi-

<sup>146</sup> Luxemburgo, Ley del 30 de junio de 1901; Rumania, Ley del 25 de enero de 1912; Grecia, Ley del 8 de diciembre de 1923; Esa técnica legislativa fue adoptada en Brasil, especialmente durante la década de 1920, con la creación de las extintas Cajas de Jubilaciones y Pensiones.

<sup>147</sup> Polonia, Ley del 19 de mayo de 1920; Yugoslavia, Ley del 14 de mayo de 1922; Unión Soviética, Ley del 15 de noviembre de 1923.

<sup>148</sup> Cfr., Ley Orgánica de la Previsión Social (Ley núm. 3807, de 26 de agosto de 1960), artículo 5º, inciso IV, y los artículos 5º y siguientes de la Consolidación de Leyes de Previsión Social, de 1976.

<sup>149</sup> Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

<sup>150</sup> Ley Orgánica de la Previsión Social, artículos 3º, inciso II, y 161 para los empleados domésticos, definidos como asegurados facultativos de la previsión social brasileña, hoy en día, no obstante, asegurados obligatorios. Cfr., Consolidación de Leyes de Previsión Social, artículo 12, en cuanto a los ministros de confesiones religiosas.

nistración pública para el cumplimiento de los programas de la previsión social es consecuencia natural de la afiliación obligatoria del trabajador.<sup>151</sup>

Además el régimen financiero, que es el sustento de cualquier sistema de seguridad social, no es igual en todas las legislaciones.

Se nota, en los últimos años, el desarrollo de la idea de que las contribuciones deben recaer simultáneamente sobre el trabajador, el empleador y el Estado. Este régimen de contribución triple no puede, sin embargo, ser considerado universal ni definitivo, en virtud de la tesis de que el mismo público debe participar en esas contribuciones. Aun cuando no fuese así, surgirían inevitables divergencias en cuanto al cálculo de la contribución o en lo relativo al sistema de recaudación.

Más relevante, al menos desde el punto de vista de la protección al trabajador, es la circunstancia de que, dentro de cada sistema —de conformidad con las condiciones locales y los recursos disponibles— los Estados adopten criterios diferentes para la concesión de las ventajas previstas en los diversos tipos de seguro social.

Algunos seguros fueron adoptados por la generalidad de los Estados en los casos de enfermedad, invalidez, vejez o muerte; sin embargo, aparecen profundas diferencias legislativas en cuanto al monto del beneficio, a los plazos de carencia y a muchos otros aspectos del criterio técnico utilizado por el legislador para la concesión del mismo.

Además de los mencionados, existen ciertas figuras típicas del seguro social, ya consagradas por el derecho positivo de algunos países, pero hasta ahora desconocidas o casi desconocidas por las leyes de otros Estados.

Es lo que ocurre, verbigracia, con el *seguro de desempleo*, al cual se refiere Gemma con cierta insistencia desde principios de este siglo, este autor comprendió la profundidad del problema y previó las dificultades prácticas que surgirían para la adopción de medidas eficientes en este terreno.<sup>152</sup>

Podemos utilizar aquí un ejemplo del derecho comparado latinoamericano: en Uruguay existe un seguro de desempleo (“seguro de paro”) que garantiza al trabajador un pago mensual a cargo de la institución de previsión social, en los casos de cese temporario de actividades profesionales, como ocurre en el lapso entre las zafras. En Brasil, por el

<sup>151</sup> Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, p. 169.

contrario, el legislador aún no ha tomado medidas concretas y positivas para la adopción del seguro de desempleo.<sup>153</sup>

Ante esta variedad legislativa, resulta fácil comprender cómo pueden surgir —y surgen en la práctica— problemas de conflictos entre leyes del orden de la previsión social, que nos fuerzan a buscar la ley aplicable.

Si a título de ejemplo quisiéramos señalar algunas hipótesis en las que esos conflictos se hacen posibles, la tarea, por cierto, no sería difícil.

El caso más común es el del trabajador que presta servicios en la misma empresa, en dos países que adoptan sistemas distintos de previsión social.<sup>154</sup>

Si en esa hipótesis, en función de su contrato individual de trabajo, el empleado desenvuelve su actividad profesional en territorio brasileño y en territorio uruguayo ¿deberá inscribirse en el sistema de previsión uruguayo o brasileño? De ello dependerá, inclusive, el reconocimiento o no de su derecho a las ventajas del seguro de desempleo.

Se nos ocurre aun una segunda hipótesis: el derecho positivo de Gran Bretaña establece que todo trabajador asalariado que preste servicios en el territorio del Reino Unido quedará sometido al régimen nacional de previsión.<sup>155</sup> La ley noruega, a su vez, no sólo se aplica a los trabajadores que actúan en Noruega, sino también a los trabajadores noruegos que permanecen en el extranjero por un plazo igual o inferior a tres meses.<sup>156</sup>

Así, si el trabajador noruego fuese a prestar servicios a Inglaterra por un plazo igual o inferior a tres meses, entraría en la órbita de la legislación británica, según la ley del Reino Unido, y, al mismo tiempo, en la órbita de la previsión social noruega, según la ley noruega. El conflicto estará creado.

Otro caso concreto fue expuesto por Ferit Saymen, en relación con los trabajadores extranjeros que prestan servicios en territorio turco.

El Roberts College contrata habitualmente profesores de nacionali-

<sup>153</sup> La Ley Orgánica de la Previsión Social, por primera vez, admitió en Brasil la adopción del seguro de desempleo, en situaciones excepcionales y en un régimen especial de financiación (artículo 167). Cfr., Russomano, Mozart Victor, *Comentários a Lei Orgânica da Providência Social*, Río de Janeiro, 1962, vol. II; Véase en el mismo sentido, el artículo 104 de la Consolidación de Leyes de Previsión Social.

<sup>154</sup> Ennis, Humberto Maria, *op.cit.*, p. 555.

<sup>155</sup> Act to Consolidate the Enactement Relating to National Health Insurance, de 7 de agosto de 1924.

<sup>156</sup> Ley de 6 de agosto de 1915, modificada por la Ley de 10 de diciembre de 1920, artículos 19, 29 y 39

dad estadounidense, turca, suiza, francesa, italiana y alemana. Esos profesores van a enseñar a Turquía, mediante contratos de trabajo por plazo determinado. Después de cierto número de meses o de años, vuelven a sus países. Como los seguros sociales —por su naturaleza— funcionan a largo plazo, no podrían ellos jamás aspirar al beneficio del seguro de vejez, según la legislación turca.

Por tanto, los profesores de aquel colegio se verían en la contingencia de seguir pagando contribución a los órganos de previsión social de sus países de origen, para no quedar en el futuro desamparados de toda protección.<sup>157</sup>

Ante eso, el derecho de Turquía volvió *falcutativa* la inscripción de los trabajadores extranjeros en el sistema local de los seguros sociales, creyendo haber resuelto de esa forma los problemas de conflictos de leyes en la materia.<sup>158</sup>

Sin embargo, esa solución sólo es definitiva desde el punto de vista del derecho turco. Las situaciones concretas pueden perdurar e, inclusive, de ahí pueden resultar casos de *doble contribución* o de *ninguna contribución*.

Si el extranjero, aun trabajando en Turquía, continúa vinculado a la previsión social de su país de origen y realizó su afiliación, como asegurado facultativo, a los órganos de la previsión social turca, quedará simultáneamente ligado, por fuerza de la ley y de su declaración de voluntad, a dos sistemas diferentes de seguro social.

Por otro lado, si el trabajador extranjero por el hecho de ir a trabajar a otro país pierde su condición de asegurado según la ley de su Estado, y en Turquía prefiere no afiliarse al órgano local de previsión, permanecerá ajeno a todo y a cualquier sistema de protección social.

Es por eso que, con cierta sutileza, se ha notado que existe alguna semejanza entre los conflictos en el campo de la previsión social y los *conflictos de nacionalidad*, en el conflicto del derecho de gentes. Esa similitud no reside solamente en el criterio de solución generalmente adoptado, sino también en la configuración de esos conflictos.

Tanto los conflictos de leyes sobre previsión social como los de nacionalidad pueden asumir la forma de *conflictos negativos* o *positivos*. Así como el ciudadano puede tener doble nacionalidad o no tener ninguna, el trabajador puede verse en la circunstancia de contribuir dos veces

<sup>157</sup> *Actes du Deuxième Congrès...*, citado, p. 581.

<sup>158</sup> Ley del 19 de marzo de 1957.



para sistemas de previsión social o de permanecer apartado de cualquiera de esos sistemas.<sup>159</sup>

### V. Conflictos de jurisdicción en materia laboral

Ya nos referimos, aunque rápidamente, a los conflictos de jurisdicción dentro del derecho internacional privado.

Aquí, sin querer volver al examen del problema, debemos anotar que esos conflictos también ocurren en el plano laboral y, por eso mismo, nos exigen un momento de atención.

El conflicto de jurisdicción crea un problema previo, de simple fijación de la competencia del juez para conocer y juzgar determinada acción. Ese problema es previo en el sentido de que, una vez producido el conflicto, solamente después de fijada la competencia del juez se pasará a resolver el conflicto de leyes propiamente dicho y a indicarse qué ley —nacional o extranjera— será aplicada *por el juez competente*.

En el plano laboral, ese problema puede adquirir ciertos rasgos peculiares, porque hoy en día se reconoce la existencia autónoma del derecho judicial del trabajo —ya sea desde el punto de vista científico o del legislativo— y ese derecho judicial del trabajo crea principios y normas *sui generis*, a propósito de la competencia del juez, en los procesos en que son partes los empleados y los empleadores.

Creemos que la configuración de los conflictos de jurisdicción laboral puede hacerse a través de un caso concreto, conocido por la justicia del trabajo de Rio Grande do Sul, en el cual se podrá observar con toda nitidez el carácter previo del conflicto jurisdiccional en relación con el conflicto de leyes *stricto sensu*.

Determinada empresa (con sede en Argentina), que se dedica a la explotación del servicio de salvamento de embarcaciones, contrató en Buenos Aires a trabajadores de diferentes nacionalidades (inclusive chilenos y paraguayos), para desencallar un navío argentino en aguas territoriales brasileñas.

Durante la realización de ese servicio, surgió un grave desacuerdo entre los trabajadores y sus superiores jerárquicos, derivado del hecho de que no les fue pagada la remuneración contratada. Los trabajadores, ante esto, declararon la rescisión de sus contratos e interpusieron una

<sup>159</sup> "Les problèmes du travail et le droit international privé", en *Actes...*, pp. 385-386.



teóricos y de las normas del derecho internacional privado, con autonomía científica, que tenga por objeto la solución de aquellos conflictos?

Éste es el problema de la existencia del llamado *derecho internacional del trabajo*, más corrientemente llamado ahora *derecho internacional privado del trabajo*.<sup>161</sup>

Desde nuestro punto de vista, la existencia de un derecho internacional del trabajo, en el presente, es una cuestión aún abierta y por lo que parece así quedará por algún tiempo.

No se puede pretender englobar en una sola disciplina jurídica al derecho internacional público y al derecho internacional privado; ni siquiera se puede considerarlos como subdivisiones de un mismo tronco. El derecho internacional público, o derecho de gentes, está constituido por las normas derivadas de las relaciones entre los Estados. El derecho internacional privado, por normas de derecho interno.

No solamente la naturaleza de las normas internacionales públicas y privadas es diferente: el objeto de las dos disciplinas es asimismo distinto. El derecho de gentes regula las relaciones entre las personas internacionales y el derecho internacional privado resuelve conflictos de leyes.

<sup>161</sup> Oscar Tenório se refiere al *Derecho internacional laboral* (*op. cit.*, pp. 331 y ss.) y Ennis al *Derecho internacional obrero* (*op. cit.*, p. 556). Lanfranchi, según vimos, denomina a su libro *Derecho internacional privado del trabajo*, y esa denominación nos parece particularmente defectuosa, pese a lo cual la adoptamos en el título de este libro, por ser de uso corriente; en rigor, el llamado "derecho internacional privado del trabajo" abarca sólo los conflictos de leyes privadas y, en ese caso, cabe todo él dentro del objeto del derecho internacional privado; o, al contrario, comprende los conflictos de las leyes laborales públicas y privadas y, en ese caso, la expresión usada por el jurista argentino es contradictoria en sí misma. Gemma alude, de modo más preciso, al *Derecho internacional del trabajo* (*op. cit.*), pudiendo aclararse aquí nuestro pensamiento por medio de la distinción hecha por Guillermo Cabanellas: Cuando el derecho del trabajo se sitúa en el plano internacional, manifestándose a través de tratados y convenciones, se puede hablar de *derecho del trabajo internacional*; cuando, en cambio, se estudia el problema de la solución de los conflictos espaciales de leyes de naturaleza laboral, se deberá hablar de *derecho internacional del trabajo* (*Cfr.*, *Introducción al derecho laboral*, Buenos Aires, 1960, vol. II, p. 292). *Cfr.*, finalmente la posición, rigurosamente correcta, adoptada por Werner Goldschmidt cuando delimita el objeto del llamado "Derecho internacional privado del trabajo". Por un lado, con precisión, se refiere al hecho de que éste es, en último análisis, el punto o momento de incidencia del derecho internacional privado y del derecho del trabajo; por otro lado, excluye del concepto al derecho intencional público del trabajo, al derecho sindical, a la previsión social como servicio público, a la inspección del trabajo y los servicios de extranjeros, integrantes del derecho administrativo del trabajo (*Cfr.*, "Derecho internacional privado del trabajo", en Deveali, *Tratado . . .*, vol. VIII, pp. 453, 455, 456 y 457).

No podemos, pues, admitir, al contrario de lo que recientemente ha afirmado la doctrina latinoamericana, que el derecho internacional se subdivide en derecho internacional público y derecho internacional privado. Por la misma razón, constituye un grave equívoco sostener, en el ámbito, de nuestro estudio, que el derecho internacional del trabajo se escinda en derecho internacional público del trabajo y derecho internacional privado del trabajo.<sup>162</sup>

Es cierto que existen tratados y convenciones internacionales que poseen contenido laboral. En ese sentido, las complicaciones de la OIT demuestran como esos actos internacionales, además de abundantes, son minuciosos.

La existencia de la OIT y su actividad en el plano internacional no nos parecen, sin embargo, suficientes para que se proclame la existencia de un derecho internacional público del trabajo, independiente del derecho de gentes, porque —en último análisis— su objeto y su técnica estarían comprendidos en el objeto y en la técnica del propio derecho de gentes.

De la misma manera, no se puede dejar de reconocer el hecho concreto de que se establecen conflictos espaciales de leyes de naturaleza laboral —y nosotros ya lo demostramos.

Ese mero hecho fue considerado en la doctrina jurídica brasileña, quizá con excesiva simplicidad, como capaz de autorizar la afirmación de la existencia del derecho internacional del trabajo.<sup>163</sup>

A nuestro modo de ver, sin embargo, más importante que la existencia de conflictos de leyes laborales es saber si ellos se resuelven de conformidad con reglas particulares de esos conflictos en sí mismos o, al contrario, se les aplican las reglas generales del derecho internacional privado.

Es exacto también que, aun entre los internacionalistas, se sustentó en más de una oportunidad la autonomía del derecho internacional del trabajo. Cabe aquí traer a colación la posición de Argentina en el debate del *Proyecto del Código Bustamante*. El delegado argentino, Carlos Alberto Alcorta, cuando la Junta Internacional de Jurisconsultos Americanos debatió el artículo 195 del *Proyecto* (que se transformaría en el actual artículo 198 del *Código Bustamante*) se abstuvo de votar y justificó su actitud declarando entender que el estudio de la aludida

<sup>162</sup> No obstante, esa posición fue adoptada por Guillermo Camacho Henríquez, *Derecho del trabajo*, Bogotá, 1961, vol. 1, p. 181.

<sup>163</sup> Cesarino Júnior, A. F., *op. cit.*, vol. 1, p. 110.

norma no estaba incluido en la competencia de aquella comisión, por no tratarse de una disposición de derecho internacional privado, sino de derecho internacional obrero.<sup>164</sup>

Pese, no obstante, a la originalidad *morfológica* de ciertos conflictos de leyes laborales, y aun cuando se pueda admitir que el espíritu del derecho del trabajo inspire soluciones originales para esos conflictos, es cierto que, en la casi totalidad de los casos, el derecho positivo de los Estados modernos continúa solucionando aquellos conflictos a través de los principios y las reglas del derecho internacional privado.

Ese hecho no pasa inadvertido a los laboristas más calificados que, por eso mismo, albergan dudas en cuanto a la existencia —en esta fase del desarrollo histórico— de un derecho internacional del trabajo como ciencia jurídica particular.<sup>165</sup>

Si admitimos la existencia del derecho internacional del trabajo, tendremos ante nosotros, además, el problema de averiguar cuál es su contenido y cuál su alcance.

Conocemos el debate que existe en el campo del derecho internacional privado, acerca de la naturaleza de las leyes que participan de los conflictos que constituyen el objeto principal de nuestra disciplina.

Mientras que, para algunos autores, el derecho internacional privado aprecia y resuelve todos los conflictos espaciales de leyes —sean éstas de naturaleza privada o de naturaleza pública otros sostienen que el objeto propio del derecho internacional privado está formado por los conflictos de leyes privadas.

El problema cobró cierta actualidad, en lo que se refiere al derecho del trabajo, por la circunstancia de que éste está formado por normas de derecho privado que coexisten con normas de derecho público.<sup>166</sup>

En primer lugar, podemos encontrar en las leyes laborales normas de naturaleza administrativa, y por tanto típicas de derecho público, como es el caso de las reglas sobre fiscalización del trabajo, organización de los servicios de migración obrera o de agencias de empleo, etcétera.<sup>167</sup>

En segundo lugar, fuera de la órbita administrativa conexas con el derecho del trabajo, encontramos otras normas de derecho público, como

<sup>164</sup> *Cfr.*, Romero del Prado, Victor, *op. cit.*, vol. I, p. 1010.

<sup>165</sup> Krotoschin, Ernesto, *Curso . . .*, p. 351.

<sup>166</sup> *Cfr.*, Despontin, Luis A., *Derecho privado y público del trabajo*, Córdoba, 1961; Gottschalk, Egon Felix, *Norma pública y privada en el derecho del trabajo*, São Paulo, 1944.

<sup>167</sup> Amílcar de Castro, *op. cit.*, vol. II, p. 223.

aquéllas que disponen sobre la organización de las profesiones, el funcionamiento de los sindicatos o las que rigen las relaciones colectivas entre empleados y empleadores.

Pero, en tercer lugar, no se puede negar —incluso por la constante intervención del Estado en la regulación de los contratos individuales— que la *relación de trabajo* es esencialmente una figura de derecho privado, y que de derecho privado (aunque casi siempre de orden público) son las leyes que le atañen.

Ésta es la razón por la cual Mario de la Cueva, después de estudiar las doctrinas que discuten la naturaleza jurídica de las normas de derecho del trabajo, concluye con cierta ironía:

Si ahora, después de esta discusión, nos preguntamos cuál es la naturaleza del derecho del trabajo, encontramos que no sabemos ni más ni menos que antes. Y es que no son los caracteres formales de las normas jurídicas los que nos pueden indicar la naturaleza de un estatuto, sino su origen, su fundamento, su contenido, su finalidad y su propósito.<sup>168</sup>

Si coexisten en el derecho del trabajo normas públicas y privadas, estamos obligados a reconocer que pueden existir conflictos de leyes del trabajo de naturaleza pública o de naturaleza privada.

Si admitimos que el derecho internacional privado abarca todos los conflictos de leyes (públicas o privadas), podemos, naturalmente, aceptar que todo problema laboral radique en nuestra disciplina.

Si al contrario pensáramos —como nosotros pensamos— que el derecho internacional privado decide solamente los conflictos de leyes privadas, el problema debería experimentar esta secuencia:

a) El conflicto de leyes privadas de naturaleza laboral integra el objeto del derecho internacional privado.

b) El conflicto de leyes administrativas relativas al trabajo forma parte del objeto del derecho internacional administrativo.

c) Pero el conflicto de leyes públicas, particulares del derecho colectivo del trabajo, ¿dónde quedaría encuadrado?

Esa pequeña área “conflictiva” —en que concurren normas públicas exclusivamente laborales— da base para que se admita la posibilidad de un derecho internacional del trabajo.<sup>169</sup>

<sup>168</sup> *Derecho mexicano del trabajo*, México, 1943, vol. I, p. 200.

<sup>169</sup> Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. II, p. 246.

En dos sentidos creemos entrever, entre las brumas de la discusión actual, la posibilidad de la formación de un derecho internacional del trabajo y del reconocimiento de su autonomía científica.

En primer lugar, se advierte en el derecho del trabajo el fenómeno de su *publicidad*, con la progresiva restricción a la autonomía de la voluntad, hasta el punto de decirse que, en el futuro, el contrato individual de trabajo se transformará en un contrato-patrón, estatutario, ofrecido a las partes por el propio Estado o a través de convenios colectivos, para que ellas, pura y simplemente, lo acepten o rechacen.

Ahora, para aquellos que como nosotros restringen el objeto del derecho internacional privado a los conflictos de leyes privadas, resulta claro que la *publicidad* de las normas de derecho del trabajo, a medida que se define y amplía, hace que los conflictos existentes entre ellas se transfieran de la órbita del derecho internacional privado para otro campo, aún desconocido, pero que podría llegar a ser el área particular del derecho internacional del trabajo.

En segundo lugar, el derecho internacional privado, en la solución de los conflictos espaciales de leyes, revela la consideración respetuosa que dispensa a la ley extranjera competente, y sólo deja de lado esta consideración en los casos excepcionales en que la ley privada es de orden público.

El derecho del trabajo, al contrario, aun en lo que se refiere a sus normas típicamente privadas, casi todo él es de orden público y por eso la aplicación de sus reglas se realiza dentro de criterios más o menos estrechos de territorialidad.

Todo esto revela que se ha formado o, mejor dicho, que se está formando un ámbito especial de investigación y de reglamentación normativa, ocupada por el objeto del derecho internacional del trabajo y demarcada por la particularidad de sus conflictos de leyes y de las soluciones recomendadas o adoptadas para esos conflictos.

Si bien es cierto que para que exista una ciencia particular debe contar con terreno propio y ofrecer una apreciable extensión fenomenológica, no es menos cierto que, a medida que las normas de derecho del trabajo se hacen públicas, los conflictos entre ellas trascienden la esfera del derecho internacional privado<sup>170</sup> y, así, van a ampliar el

<sup>170</sup> Cfr., sobre la *publicidad* del contrato individual de trabajo, en particular Niboyet, J. P., *Cours de droit international privé français*, París, 1949, p. 592.

Abdul Sayol de Sá Peixoto acepta la inclusión del derecho internacional del trabajo dentro del derecho internacional privado ("Direito internacional do trabalho", en *Revista da Faculdade de Direito do Amazonas*, 1960, núm. 7, pp. 170-171.

**objeto de una nueva ciencia jurídica autónoma, problemática en el presente, pero posible en el futuro, que podrá llegar a ser el derecho internacional del trabajo.**