

Controversias laborales con elementos extranjeros en el derecho colombiano

Labour dispute with foreign elements in Colombian law

Autor: Nancy Rocío Ordóñez Penagos

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.906>

CONTROVERSIAS LABORALES CON ELEMENTOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO COLOMBIANO*

LABOUR DISPUTE WITH FOREIGN ELEMENTS IN COLOMBIAN LAW

DERECHO COLOMBIANO CONTROVÉRSIAS DE TRABALHO COM ELEMENTOS ESTRANGEIROS NO DIREITO DA COLÔMBIA

Nancy Rocío Ordóñez Penagos^a
nancyordonezpenagos@gmail.com

Fecha de recepción: 26 de mayo de 2017
Fecha de revisión: 11 de agosto de 2017
Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2018

RESUMEN

Teniendo en cuenta la ausencia de normas específicas que regulen todas las controversias originadas en contratos de trabajo con elementos extranjeros, el objetivo principal de la investigación es proporcionar herramientas de interpretación a los operadores jurídicos.

Durante el desarrollo del proyecto se analizaron cuáles son los conflictos originados en los contratos de trabajo, el ámbito de aplicación y las soluciones brindadas por el Derecho internacional privado colombiano a la luz de los principios constitucionales; así como de la doctrina y la jurisprudencia en la materia.

Como resultado, se establecieron los casos enmarcados en la materia, cuándo se presenta el denominado conflicto de leyes, las reglas para determinar el derecho aplicable, la jurisdicción internacional y la importancia que revisten en la materia el domicilio del empleado y del empleador, así como el lugar de celebración, el lugar de prestación del servicio y la autonomía de la voluntad de las partes.

En conclusión, se estableció como regla general que el contrato de trabajo se regirá por la ley elegida por las partes, sumada a la

* Artículo de reflexión presentado en marco del curso "Derecho del Trabajo Internacional" de la maestría en Derecho Internacional Privado a cargo de los Dres. Fermé Eduardo y González Pereira Oscar, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2012. Actualizado a febrero de 2018.

a. Docente e investigadora de Derecho internacional privado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad Católica de La Plata. Coord. en la materia Contratos y finanzas internacionales, Maestría en Derecho empresario, Universidad Austral. Maestranda en Derecho Internacional Privado en la UBA. Abogada: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Título convalidado por la Universidad Nacional de La Matanza (Argentina).

aplicación del principio de la regla más favorable; o en ausencia de elección, se aplicará el derecho señalado por la norma de conflicto, es decir, la ley del lugar de prestación del servicio de conformidad con el principio de primacía de la realidad.

Finalmente, los principales criterios atributivos de jurisdicción son: el lugar de cumplimiento y del domicilio del demandado.

PALABRAS CLAVES

Derecho internacional privado; Derecho del Trabajo; derecho aplicable; jurisdicción; Principio de la regla más favorable.

ABSTRACT

Taking into account the absence of specific rules regulating disputes arising from labour contracts with foreign elements, the main objective of the investigation is to provide interpretation tools to juridical operators.

During the course of the investigation were analyzed the disputes arising from labour contracts, the scope of application and general provisions of the Colombian International Private Law sources, in light of the Constitutional principles, as well as the doctrine and jurisprudence in the subject.

As a result, it was established that the cases framed in the matter, when the so-called conflict of laws is presented, which is the process for determining choice of law issues, the rules for determining international jurisdiction and the importance of the domicile of the employee and the employer, place of celebration of the contract, place of fulfillment and the parties autonomy.

In conclusion, as a general rule, the labour contract shall be governed by the law chosen by the parties, in addition to the application of the principle of the most favourable rule; or, in absence of this, shall be governed by the law indicated by the law in conflict, that is, the law of the place of fulfillment, following the principle of the primacy of reality.

Finally, the main attributives criteria of jurisdiction are the place of fulfillment in addition to the domicile of the defendant.

KEY WORDS

Private International Law; Labour Law; Conflict of laws, Jurisdiction; Principle of the most favourable rule.

RESUMO

Tendo em vista a ausência de regras específicas que regulam todos os litígios emergentes de contratos de trabalho com elementos estrangeiros, o principal objetivo da investigação é fornecer ferramentas de interpretação aos operadores legais.

Durante o desenvolvimento do projeto, os conflitos decorrentes dos contratos de trabalho, o âmbito de aplicação e as soluções fornecidas pelo direito internacional privado colombiano foram analisados à luz dos princípios constitucionais; bem como a doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

Como resultado, os casos enquadrados no assunto foram estabelecidos, quando o chamado conflito de leis, como regras para determinar a lei aplicável, jurisdição internacional e a importância que decorre sobre o tema surge a partir do endereço do empregado e do empregador, bem como o lugar de celebração, o lugar de prestação do serviço e a autonomia da vontade das partes.

Em conclusão, se estabelece como regra geral, que o contrato de trabalho será regido pela lei elegida pelas partes, somada à aplicação do princípio da regra mais favorável; ou na ausência de escolha, o direito indicado pela norma do conflito, isto é, a lei do lugar de prestação de serviço de acordo com o princípio da primazia da realidade, será aplicável.

Por fim, os principais critérios de atribuição de competência são: o local de cumprimento e o domicílio do réu.

PALAVRAS-CHAVE

Direito internacional privado; Direito do Trabalho; lei aplicável; jurisdição; Princípio da regra mais favorável.

INTRODUCCIÓN

A partir de la revolución industrial y la globalización, fenómenos propios de la vida moderna, las relaciones laborales han dejado atrás

el clásico concepto de contrato de trabajo y se han introducido en la esfera del Derecho internacional privado (DIPr), pues han pasado de estar sujetas al derecho de un único Estado a vincularse a través de sus elementos constitutivos con el derecho de varios países, originándose así el denominado conflicto de leyes. Algunos de los factores que han incidido en este cambio de paradigma son la migración, la transformación de las estructuras de las empresas, el surgimiento de grupos empresarios multinacionales y la introducción del teletrabajo, entre otros.

De otro lado, y contrario a lo que sucede con otros institutos del DIPr, en materia laboral han sido pocos los avances que se han dado en la unificación de normas aplicables a los contratos y de criterios atributivos de jurisdicción. Fundamentalmente por la contraposición de intereses de los Estados, quienes por un lado, tienen la necesidad de proteger sus mercados, fomentar la inversión extranjera y el trabajo; y por otro, se encuentran obligados a desarrollar su función social a través de la protección del trabajo humano y el reconocimiento y acatamiento de los derechos mínimos de los trabajadores. Lo anterior, aunado a la dicotomía entre territorialismo absoluto y el “respeto del elemento extranjero”¹, conflictos propios de la materia al momento de determinar la fuente aplicable a los casos *iusprivatistas* internacionales.

Es por ello que se requiere determinar claramente, cuáles son los elementos que internacionalizan la relación laboral y que la vinculan a una pluralidad de Estados, tales como la nacionalidad y el domicilio del trabajador y del empleador, el lugar de la sede de la empresa, el lugar de la prestación de servicios y el lugar de celebración del contrato. Así como, cuáles son los considerados relevantes en la esfera del DIPr colombiano, además de establecer la validez y el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable y el principio de la regla más favorable.

Del mismo modo, al verificar las fuentes convencionales del DIPr colombiano aplicables, se encuentra que no existen marcos normativos claros ni unificados. Pues solo se cuenta con dos fuentes convencionales vigentes, de las cuales solo el Tratado sobre Derecho internacional privado celebrado entre la República de Colombia y el Ecuador, en

Quito el 18 de junio de 1903² (Tratado colombo-ecuatoriano) regula específicamente los contratos laborales; mientras el Tratado el sobre Derecho Civil del Congreso Nacional Suramericano de Montevideo del 12 de febrero de 1889³ (TDCM 1889), no regula el instituto por lo que deben ser aplicadas las reglas correspondientes a los contratos en general, sin considerar la asimetría contractual manifiesta.

Así mismo, al analizar los trabajos realizados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se observa que estos tampoco resuelven el denominado conflicto de leyes pues integran el derecho de fondo.

Así pues, el reconocer que las relaciones laborales requieren un tratamiento particular y que el trabajador internacional presenta un grado de vulnerabilidad que puede ser aún mayor que el del trabajador interno, las ha llevado a su exclusión de importantes instrumentos de armonización del derecho, tales como los principios de UNIDROIT⁴ sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, 2004, 2010 y 2016 y la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre los contratos internacionales (CIDIP V) de México D.F., 1994 que, pese a no encontrarse vigente es un referente en la región, entre otros.

Tampoco se evidencia un marco normativo claro en la fuente de DIPr interna, por lo que se busca establecer si pese a la escasez de normas específicas que regulen el contrato de trabajo internacional, el ordenamiento jurídico colombiano brinda un adecuado marco protectorio al trabajador en su carácter de débil contractual.

Para ello se presenta una síntesis de la forma en la que se concibe el derecho al trabajo a la luz de los convenios internacionales y la Constitución Política de Colombia (CP); se presenta una calificación del contrato de trabajo con elementos extranjeros, así como de las diversas modalidades contractuales que se pueden presentar; y una exposición de las soluciones brindadas por las fuentes convencionales de DIPr que vinculan a Colombia, así como las soluciones dadas por la fuente interna.

1. GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 7ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1990. p. 3

2. Aprobado en Colombia mediante la Ley 13 del 08/04/1905 y vigente a partir del 31/07/1907.

3. Aprobado en Colombia mediante la Ley 33 del 30/12/1992 y vigente a partir del 25/10/1934.

4. Elaborados por el Institut International Pour L'unification du Droit Prive (en inglés: International Institute for the Unification of Private Law).

METODOLOGÍA

El estudio sobre los contratos de trabajo internacionales desde la perspectiva del derecho colombiano es realizado mediante la consulta de material bibliográfico, doctrinario y jurisprudencial, tal como se explica seguidamente.

Al pretender conocer la forma en que el derecho colombiano regula diversos institutos en materia laboral, el punto de partida siempre será la CP, ya que desde su última reforma en 1991, esta introdujo el concepto de *Estado Social de Derecho* y elevó a la categoría de fundamental el derecho al trabajo, razón por la cual en la actualidad goza de especial protección, incluso a través de la acción de tutela. Al tiempo que introdujo las normas y principios del derecho laboral que, aún sin aparecer formalmente en su articulado, conforman el denominado bloque constitucional enriquecido por los tratados de derechos humanos.

Ello es así además porque es la CP la que brinda un primer punto de partida para diferenciar el derecho aplicable a las relaciones de trabajo que vinculan a trabajadores migrantes de aquellas con elementos de extranjería. Seguidamente se verifica el contenido del Código Sustantivo del Trabajo (CST), por ser el derecho de fondo aplicable a los contratos de trabajo celebrados con empleados

migrantes y a los contratos internacionales cuando, en ejercicio válido de la autonomía de la voluntad de las partes o por remisión de las normas de DIPr, resulta aplicable el colombiano.

De igual manera, se analizan las fuentes convencionales que conforman el DIPr colombiano a los efectos de identificar si se tienen normas materiales o de conflicto uniformes que permitan establecer cuál será el derecho aplicable. Y dado que estas pueden no resultar aplicables al caso concreto, es menester analizar las soluciones dadas por las fuentes internas de DIPr; es decir, el art. 2º CST, las disposiciones en materia civil, las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional (C.Const.) y de la Corte Suprema de Justicia (CSJ); además de los aportes realizados por la doctrina especializada en la materia.

Finalmente, se verifican los criterios atributivos de jurisdicción tanto en fuentes convencionales como internas.

Es así como, partiendo de los resultados obtenidos y la comparación entre las soluciones brindadas por las diferentes fuentes, se establece claramente cuáles son las normas que regulan los contratos de trabajo con elementos extranjeros y el marco de protección brindado a los trabajadores.

Fuentes de DIPr colombiano aplicables a las relaciones de trabajo internacional.	
Convencional	<ul style="list-style-type: none"> - Tratado sobre Derecho internacional privado entre las República de Colombia y el Ecuador, de 1903, Tratado colombo-ecuatoriano. Arts. 1-6, 24 -30. - Tratado de Derecho Civil de Montevideo (TDCM) de 1889. arts. 32-37, 56.
Interna	<ul style="list-style-type: none"> - Código Sustantivo del Trabajo, CST. Art. 2. - Código Civil, C.Civ. Arts. 19-21 y demás normas concordantes. - Código de Comercio, C.Cio. Art. 869.

1. CONTROVERSIAS LABORALES CON ELEMENTOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO COLOMBIANO

Relaciones de trabajo en el derecho de fondo colombiano. Contratos celebrados con trabajadores migrantes, necesidad de su exclusión del ámbito del DIPr

Para empezar corresponde aclarar que si bien es cierto la migración puede darse a un país o una región, a los efectos del presente sólo será tenida en cuenta el primer tipo de migración y teniendo como Estado receptor Colombia. De otro lado, es una realidad que el principal objetivo de la migración suele ser la búsqueda de una vida mejor, pues comúnmente el desplazamiento está asociado a motivos culturales, bélicos, persecuciones políticas, cuestiones familiares y/o condiciones socio-económicas desfavorables.

Un caso migratorio que llama la atención actualmente, es el éxodo de venezolanos hacia distintos países, principalmente de la región y en un número muy elevado hacia Colombia, pues es claro que la ubicación geográfica, el compartir la lengua, algunas tradiciones y nexos familiares, así como estar vinculados por la historia y por diversos instrumentos jurídicos convencionales multilaterales, regionales y bilaterales, facilitan la movilidad.

Ahora, establecer cuál es el impacto que tal migración internacional tiene sobre la sociedad receptora y, principalmente, sobre su mercado laboral, deriva en una de las grandes preocupaciones de los Estados pues, como se ha señalado, estos se ven obligados a proteger sus mercados de trabajo y a los trabajadores nacionales, más aún cuando la tasa de desempleo es elevada⁵; sin embargo, no se puede ignorar que, tal como se concluyó en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶, estos desplazamientos también contribuyen al enriquecimiento y desarrollo de los Estados receptores pues conocimientos, técnicas, capital humano y memoria institucional son transmitidos de un Estado a otro a través de sus migrantes.

Por tanto corresponde, analizar la forma en que el derecho al trabajo y principalmente el vinculado a los migrantes es concebido en el ordenamiento jurídico colombiano pues, su protección hace al cumplimiento de la función social del Estado.

En primer lugar, se encuentra la CP, pues esta en su carácter de ley fundamental del país establece desde el preámbulo⁷ y su primer⁸ artículo (art.),

5. En Colombia para el año 2017 la tasa calculada fue del 9.4%, según el reporte oficial del Departamento Nacional de Estadística. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>. Fecha de consulta: 27/02/2018.

6. Naciones Unidas, Asamblea General de las Naciones Unidas, Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo, 14-15 de septiembre de 2006, <http://www.un.org/spanish/News/migration/index.html>. Fecha de consulta: 27/02/2018.

7. CN. Preámbulo. "El Pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA."

8. CN. Art. 1. "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la

como valor supremo y propósito del Estado la protección del *derecho al trabajo*, seguido por otros que lo desarrollan y amplían sus efectos dando lugar a derechos conexos⁹. También establece que el trabajo (art. 25) es un "derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Estas disposiciones se encuentran en concordancia con los tratados de derechos humanos que vinculan a Colombia y que le han elevado a su vez a tal categoría, entre los que se pueden destacar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo¹⁰, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969¹¹.

Tales convenciones, además, integran el *bloque de constitucionalidad*, es decir, forman parte del ordenamiento jurídico colombiano con rango constitucional y obligatoriedad por el "solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo"¹². Son normas supraleales y principales.

Así mismo se debe tener en cuenta que cualquier norma que contravenga las disposiciones constitucionales o las convenciones internacionales integradoras del bloque, será sometida a revisión por parte de la C.Const., que obra como guardiana de las mismas y de ser pertinente, procederá a su declaración de inexecutable.

Por otra parte, se tienen los convenios OIT que regulan específicamente los derechos laborales,

prevalencia del interés general."

9. La libertad de escoger profesión u oficio (art. 26), el derecho de asociación sindical (art. 39), el derecho a la seguridad social (art. 48), los derechos mínimos fundamentales del trabajo (art. 53), el derecho a la capacitación laboral (art. 54), el derecho a la negociación colectiva y la conciliación de los conflictos laborales, el derecho a la huelga (art. 56), la protección a los trabajadores agrarios (art. 64).

10. Aprobado en Colombia mediante la Ley 74 del 26/12/1968 y vigente a partir del 23/03/1976.

11. Aprobado en Colombia mediante la Ley 16 del 30/12/1972 y vigente a partir del 18/07/1978.

12. Const. C-401/05. 14/04/2005. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

buscan la universalidad y uniformación del denominado Derecho Internacional del Trabajo y se constituyen en su principal fuente.

Las especiales características de los convenios OIT le diferencian de los tratados de derechos humanos y de otros de su género, ya que son: abiertos, obligatorios por el mero hecho de ser adoptados, aún sin haber sido ratificados; cuentan con un mínimo de formalidades, no admiten reservas, dejan a los legisladores nacionales la labor de regular cuestiones particulares de cada tema y en caso que un Estado se retire de la OIT, continúa obligado por los convenios que ratificó.

Por tanto se plantea un interrogante acerca de la naturaleza de los mismos, centrándose el debate en establecer si deben ser considerados como tratados o como un código de trabajo, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que tienen naturaleza contractual y “no obstante la presencia de los delegados de los empleadores y de los trabajadores en la Conferencia Internacional del Trabajo adoptándolos no altera su naturaleza contractual, sino por el contrario. En varios aspectos son acuerdos colectivos tripartitos concluidos internacionalmente” (sic)¹³.

De otro lado, se tiene que su ámbito de aplicación material es, específicamente, regular las relaciones laborales, de modo tal que el énfasis del contenido de sus normas internacionales, está puesto en lo que tiene que ver con el trabajo y empleo, la libertad sindical y seguridad social, **formando parte del derecho de fondo de los Estados que los incorporan.**

Así mismo, es importante resaltar los estudios que se han adelantado en el seno de la OIT¹⁴, centrados en la categoría “trabajador migrante” a la que pertenecen quienes por motivos de índole social, económico, político y, fundamentalmente, por la búsqueda de suplir necesidades básicas propias o de sus familias se desplazan al territorio de otro Estado y en él fijan domicilio, celebran y ejecutan contratos laborales. En dichos trabajos concluyen, además que **esta relación laboral en virtud del**

principio de territorialismo, se regirá en su totalidad por el derecho del país al que el migrante se ha desplazado.

Como resultado de dichos trabajos se han celebrado convenciones, tales como: la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias¹⁵, el Convenio OIT No. 97 sobre los trabajadores migrantes y la Recomendación No. 86, adoptados en 1949; las disposiciones complementarias del Convenio OIT No. 143 y la Recomendación No. 151 de 1975 y la Recomendación No. 100; además de los relativos a seguridad social y previsual que establecen en términos generales que los trabajadores migrantes deben ser empleados en los países receptores en igualdad de oportunidades y trato y de condiciones de trabajo que los trabajadores nacionales por lo que, su análisis está excluido de la categoría de los contratos de trabajo internacionales.

En consecuencia, si bien es cierto la creación en el marco de la OIT de “reglas sustanciales... tiene(n) cierta incidencia en nuestra disciplina”¹⁶, sus disposiciones no contemplan casos vinculados a contratos de trabajo con elementos extranjeros, ni brindan soluciones al conflicto de jurisdicciones internacionales o de leyes originado en los mismos, por lo que estas no están llamadas a integrar las fuentes del DIPr. Así mismo, se debe tener en cuenta que al ser considerados como derecho de fondo aplicable a la controversia en caso de presentarse un conflicto de leyes entre un convenio de la OIT y normas propias del DIPr corresponderá al operador jurídico establecer a través de los ámbitos de aplicación de los tratados (material, espacial y temporal) cuál de ellos debería ser aplicado o proceder a adaptarlos, siempre con miras a obtener una solución razonable y justa del caso *iusprivatista* internacional.

De otro lado, la Constitución también consagra como valor supremo de la sociedad, la igualdad y prohíbe la discriminación “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (art. 13); reconoce los derechos inalienables de la persona (art.

13. SERVAIS, Jean-Michel. *Derecho Internacional del trabajo*. Buenos Aires, Heliasta SRL, 2011. p. 26

14. También se puede ver la *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias*, adoptada en 1990.

15. *Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.*

16. SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 49.

5) y se establece que *los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que los nacionales*¹⁷ (art. 100)¹⁸, configurándose de esta manera otra de las razones por las que la nacionalidad no va a ser un elemento determinante de los términos y condiciones en que se den las relaciones laborales en Colombia y en consecuencia, tampoco lo será al momento de determinar quién será el juez competente y el cuál el derecho aplicable¹⁹.

En el caso particular de los inmigrantes venezolanos o de cualquier otra nacionalidad, una vez hayan fijado en Colombia su domicilio o residencia habitual, serán considerados a todos los efectos como trabajadores nacionales, con independencia de las políticas migratorias propuestas por los gobiernos.

Realizadas estas precisiones se tiene que el derecho de fondo aplicable a los contratos de trabajo en el país está conformado por los convenios OIT, por el CST y demás normas concordantes, las cuales sólo revisten relevancia en la esfera internacional si contienen normas que resuelvan los conflictos de jurisdicción o derecho aplicable; o, si por remisión de las fuentes propias del DIPr es señalado como el derecho de fondo llamado a resolverlos.

Pese a lo expuesto, es preciso señalar que en el CST el contrato de trabajo es definido como, “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” (art. 22).

17. Importante es, también, señalar que Colombia aprobó mediante la Ley 146 del 13 de julio de 1994 la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, comprometiéndose así a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos establecidos en esa Convención.

18. CN. Art.100. “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley...”

19. En cualquier caso se debe tener en cuenta todas aquellas regulaciones y estipulaciones de carácter migratorio a que deben someterse los extranjeros al momento de ingreso y durante su estadía en el país, que no pueden ser obviadas por los empleadores al momento de iniciar una relación laboral con un extranjero.

De la definición anterior y de lo señalado por el art. 23 CST se deduce que, para que exista un contrato de trabajo en Colombia deben concurrir tres elementos esenciales: 1) la prestación personal del trabajador (Nacional o extranjero²⁰), 2) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y 3) un salario o remuneración.

El primer elemento no presenta mayores dificultades, no así el segundo, pues la subordinación ha dado lugar a diversos pronunciamientos jurisprudenciales, siendo los más relevantes los hechos por la C.Const. al analizar la exequibilidad del art. 23 CST y, particularmente, la expresión que hace referencia a las facultades del empleador de fijar las condiciones en que ha de ejecutarse la labor sin que se afecten los derechos mínimos del trabajador durante la vigencia de la relación laboral.

Concretamente en el pronunciamiento de fecha 5 de abril de 2000 la Corte señaló que, “el literal b) del artículo 23 del C.S.T. no puede entenderse como una norma aislada ni del ordenamiento jurídico superior, ni del conformado por los tratados y convenios humanos del trabajo, ni de las demás disposiciones pertenecientes al régimen legal contenido en el referido código que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo, de las cuales pueden derivarse derechos para el trabajador que deben ser respetados por el empleador. Por consiguiente, sin perjuicio del respeto de los derechos mínimos mencionados, cuando el empleador ejercite los poderes propios de la subordinación laboral está obligado a acatar los derechos de los trabajadores que se encuentran reconocidos tanto en la Constitución, como en las demás fuentes formales del derecho del trabajo”²¹.

Así mismo, en el num. 2 del art. 23 se señala que, una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, “se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre

20. En concordancia con los postulados Constitucionales referidos y con el art. 20. del mismo código, que señala: “Aplicación Territorial. El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad.” y, con el art. 10º: “Igualdad de los trabajadores. Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas, protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley.”

21. C.Cons. C-386/2000. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel.

que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”²². Es decir, se consagra el **principio de primacía de la realidad** sobre las formalidades que se pudieran llegar a establecer por las partes al momento de iniciar o ejecutar la relación laboral.

También es oportuno señalar que, el contrato de trabajo puede ser verbal²³ o escrito, sin que se exija una forma especial, salvo disposición expresa en contrario (art. 37 CST, en consonancia con los Convenios OIT).

A este respecto, la CSJ - Sala Laboral al verificar la presunción contenida en el art. 254²⁴ del CST estableció que, “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo” y al no contener “...excepción respecto de ningún tipo de acto, debe entenderse que, independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio (que es en realidad a lo que se refiere la norma cuando alude a la relación de trabajo personal), efectiva prueba de esa actividad laboral dará lugar a que surja la presunción legal”²⁵.

Señaló además que, conforme el principio de la primacía de la realidad, los contratos de trabajo verbales se presumen como tal, si se configuran los elementos mínimos ya señalados. Sin embargo, en el mismo pronunciamiento la Corte concluyó que,

“(…) con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, *iuris tantum*, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral. De

22. En desarrollo del art. 53 de la Constitución Política que señala como principio mínimo del trabajador, entre otros, la “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales...”

23. CST. Art 38. “Contrato verbal. Cuando el contrato sea verbal, el {empleador} y el trabajador deben ponerse de acuerdo, al menos acerca de los siguientes puntos: 1. La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse; 2. La cuantía y forma de la remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra ejecutada, por tarea, a destajo u otra cualquiera, y los períodos que regulen su pago; 3. La duración del contrato.”

24. Art. 254. Prohibición de pagos parciales. Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaran perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.

25. CSJ. Sala Laboral. Sentencia de Casación del 01/07/2009. M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. Norman Ramírez Yusti contra Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas.

tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, desvirtuar dicha subordinación o dependencia (...) En tratándose de la presunción del contrato de trabajo, es claro que, de los elementos necesarios para la configuración de ese contrato, el artículo 24 presume, en realidad y como quedó dicho, la existencia de la subordinación laboral, lo que trae como consecuencia que se libera o dispensa de esa carga a quien alegue su calidad de trabajador”²⁶.

Por último, al hacer referencia al elemento salario o remuneración por la labor realizada, se tiene que “todo trabajo debe ser remunerado” (art. 27 CST), puede estar integrado por dinero o especie²⁷ y ser pactado libremente por el empleador y el trabajador siempre que no se encuentre por debajo del “salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”²⁸. De esta forma, se pone de manifiesto el **principio de la irrenunciabilidad de derechos mínimos y ciertos**, que tienen todos los trabajadores en Colombia.

Adicionalmente, el art. 135 del CST establece que, “cuando el salario se estipula en moneda o divisas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que debe efectuarse el pago”.

A este respecto, la CSJ²⁹ ha señalado que, las partes son libres de estipular el salario y su forma de pago, es decir, se permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad y aclara que, la “opción de pago en moneda nacional o extranjera corresponde exclusivamente al trabajador, sin que pueda el empleador o, aún el juez, arrogársela...”. En esta instancia conviene aclarar que, si el salario ha de ser pagado en moneda extranjera, este hecho tampoco internacionaliza la relación laboral, pues no es un elemento relevante en la esfera del DIPr.

26. *Ibidem*

27. CST. Art. 127. “Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

28. CST. Art. 132. Num. 1º. Formas y libertad de estipulación.

29. CSJ. S. Cas. Lab.. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. 01/03/2011. Manuel Antonio Martínez Robat contra Fondo Latinoamericano de Reservas – FLAR (antes Fondo Andino de Reservas).

En definitiva, las especiales características de los principios que regulan las relaciones de trabajo conforman el denominado Orden público laboral, el cual en algunos casos también puede tener el carácter de Orden Público Internacional (OPI), y convertirse en la “salvaguarda que le permite al juez dejar de aplicar la ley extranjera cuando pugna con los principios esenciales del Estado”³⁰; o ser una “excepción a la aplicación del derecho extranjero que resulta competente en virtud de la norma indirecta del juez”³¹; o un límite a la autonomía de la voluntad y al reconocimiento de las sentencias extranjeras.

Lo anterior, sin perder de vista que su aplicación debe darse en forma excepcional y fundada para no convertirse en regla general. Y, como acertadamente concluyera la CSJ³², “Tocante con el respeto a las normas de orden público interno, es importante señalar que este requisito no traduce que la decisión proferida por el tribunal extranjero, deba ser respetuosa de todas las normas imperativas que hagan parte del derecho material colombiano, como lo sugiere la parte opositora, pues ello equivaldría a decir que, por lo menos en parte, la decisión de aquel tuvo que proferirse al amparo del derecho nativo, argumento que contraría la esencia misma del exequátur, como procedimiento necesario para otorgar fuerza en Colombia a sentencias pronunciadas en un país extranjero, desde luego que al amparo del derecho que rige a la respectiva nación en la que se desarrolló el litigio”.

2. RELACIONES DE TRABAJO CON ELEMENTOS EXTRANJEROS. EL CASO *IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL*

Para empezar corresponde recordar que, el objeto del DIPr son las situaciones privadas internacionales o los denominados casos *jus privatistas internacionales*, en otras palabras, debe tratarse de una situación de carácter privado e

internacional. Respecto de la internacionalidad de la situación privada, se tiene que esta se da cuando el caso cuenta con un elemento extranjero pudiendo ser personal, real o conductista³³; y será el sistema de DIPr de cada Estado el que determine cuál o cuáles de los elementos presentes en dicho caso que van a ser relevantes en la esfera internacional.

Conforme lo anterior, se podría definir la relación de trabajo internacional como, aquella por la cual una persona natural domiciliada en el territorio de un Estado se obliga a prestar un servicio personal, en el territorio de otro Estado, a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Para que sea internacional dicha relación debe encontrarse conectada en virtud de la autonomía de la voluntad, del lugar de celebración, del domicilio del trabajador o del empleador o del lugar de prestación del servicio, como mínimo con el derecho colombiano y el de otro Estado.

Por tanto, una vez enmarcada la situación jurídica en el ámbito del DIPr; el siguiente paso es consultar las soluciones dadas por las fuentes normativas para la establecer qué elementos son considerados relevantes en la esfera internacional y las soluciones dadas para la determinación del juez competente, el derecho aplicable y la cooperación jurisdiccional internacional. Es por ello que a continuación se realizará un análisis de las fuentes del DIPr colombiano que regulan las primeras cuestiones, es decir, la jurisdicción y el derecho aplicable. La cooperación no ha sido objeto de la investigación.

2.1. Derecho aplicable

A los efectos de determinar el derecho de fondo aplicable a las relaciones de trabajo internacionales, es necesario consultar el sistema de DIPr de los Estados involucrados. Dicho sistema es desarrollado en primer lugar por los legisladores, quienes al momento de crear las normas se ven abocados a analizar la cuestión teniendo en cuenta, no sólo las disposiciones previas, sino también la naturaleza de la relación, la constante preocupación económica de las partes y el fin social que desarrollan, pudiendo seguir uno de los tres criterios de interpretación que a continuación se exponen.

30. ROLDAN PRADO, Juan Felipe. “El Estado del Arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado y el arbitraje internacional”. En: *Revista de Derecho Privado* No. 44, Julio - Diciembre de 2010, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, p. 16.

31. FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Aspectos generales del sector del derecho aplicable*. EN: FERNANDEZ ARROYO, Diego P, coordinador. *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires, Zalavía, 2003, p. 295.

32. CSJ. S. Cas. Civ. 06/08/2004. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

33. GOLDSCHMIDT, *op.cit.* p. 5

Conforme el primero, o criterio rígido, el Estado no permite la aplicación de ningún derecho extranjero en su territorio y consecuentemente, se abstiene de celebrar acuerdo o tratado internacional alguno; acorde al segundo, se acepta y recepta sin límites la aplicación de derechos extranjeros en diversas áreas; y, finalmente, en virtud del tercero, de carácter mixto o ecléctico, se combinan los criterios anteriores, se acepta y recepta derechos foráneos a través de tratados o convenios internacionales en ciertos casos y en otros, se reserva la aplicación exclusiva del derecho nacional.

El tercer criterio es el adoptado por el Estado colombiano, es decir, si la norma de conflicto señala al operador, segundo interviniente en el desarrollo del sistema, que debe aplicar un derecho foráneo a la controversia, este está obligado a hacerlo, salvo que sus normas imperativas (o de policía) y/o los principios de OPI, excluyan su aplicación.

La dificultad que presenta el sistema actual es que posee escasas fuentes convencionales e internas que regulen los contratos y las relaciones de trabajo internacionales, razón por la cual, es menester realizar una breve síntesis de las soluciones brindadas por dichas fuentes, así como los métodos a aplicar cuando se presentan vacíos.

2.1.1. Fuente convencional

A) Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889

Mediante la Ley 33 de 1992, Colombia incorporó el Tratado sobre Derecho Civil del Congreso Nacional Suramericano de Montevideo del 12 de febrero de 1889 o, también llamado, Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (TDCM), el cual es uno de los más importantes tratados suscritos por Colombia en la materia, pues regula los principales institutos de derecho civil internacional a través de normas indirectas con puntos de conexión rígidos. Sin embargo, a causa de la “ausencia de normas especiales para las relaciones laborales, en la órbita de los Tratados de Montevideo, hay que atenerse a lo dispuesto para los contratos en general...”³⁴, cuyo tratamiento es el siguiente:

34. FERMÉ, Eduardo Leopoldo, GONZALEZ PEREIRA, Demetrio Oscar y FERRANTE, C. Gustavo. *Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias e la seguridad social. Ponencia. En: Anuario AADI*

• El tratado no hace mención alguna sobre la admisión de la autonomía de la voluntad de las partes, pero la doctrina mayoritaria ha interpretado que no debe ser admitida.

• Señala como punto de conexión principal, el lugar de ejecución – *lex loci executionis*, el cual rige su forma³⁵ (art. 32), existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias, ejecución y “todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea” (art. 33).

• Así mismo, en los términos del num. c) del art. 34, establece los parámetros para calificar el lugar de cumplimiento, entendido como el domicilio del deudor de la prestación característica al tiempo de la celebración del contrato, es decir, el domicilio del trabajador; o el de la empresa, por ser el lugar especial con el cual se relaciona la eficacia de los servicios (num. b)); o, si recae sobre cosas, la del lugar de su situación al tiempo de la celebración,³⁶ siendo esta la menos acogida, más aún si las cosas se hallan situadas en un lugar diferente del lugar de celebración o ejecución.

El TDCM se encuentra vigente y vincula a Colombia con Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Sin embargo, no se debe obviar el hecho que Colombia no ratificó el TDCM de 1940, ni su protocolo adicional que en su art. 5o establece la posibilidad de admitir la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual, siempre y cuando la ley que deba ser aplicada en virtud de la norma de conflicto, así lo permita.

B) Tratado sobre Derecho internacional privado entre la República de Colombia y la República de Ecuador

El tratado bilateral colombo – ecuatoriano, celebrado en Quito el 18 de junio de 1903³⁷, tiene un ámbito de aplicación más amplio que el del mencionado TDCM, ya que sus postulados se

XIX 2010. XIX Congreso Argentino de Derecho Internacional “Argentina y su proyección Latinoamericana”. Sección de Derecho Internacional Privado. Rosario. P. 140.

35. Colombia tal como se refirió en el apartado correspondiente al derecho interno admite contratos verbales y escritos, estableciendo los requisitos para cada uno de ellos.

36. FERMÉ y GONZALEZ PEREIRA, op. cit., p. 141.

37. Aprobado en Colombia mediante la Ley 13 del 08/04/1905 y vigente a partir del 31/07/1907.

aplican a cuestiones vinculadas a materias civiles, comerciales, laborales y penales.

En lo que concierne al derecho aplicable a los contratos internacionales y concretamente a los contratos laborales (arts. 1-6), mediante normas de conflicto establece:

- Admite la autonomía de la voluntad conflictual derivada de la elección del lugar de ejecución, es decir, que si las partes eligen como lugar de ejecución Colombia o Ecuador será la ley de ese país la que se aplique.
- Los contratos celebrados en otro país contratante serán juzgados en cuanto a su validez y efectos jurídicos de sus estipulaciones por la ley del lugar de su ejecución.
- Las formalidades externas que deben tener cualquiera de los contratos o actos jurídicos, serán regidas por la ley del lugar de celebración.
- El requisito de la legalización se cumplirá de acuerdo con las leyes del país donde se pretenda hacer valer.

De otro lado, también señala como límite a la aplicación del derecho en materia de contratos y actos jurídicos producidos en el extranjero, el OPI y las buenas costumbres. (Art. 53).

2.1.2. Proyectos de armonización y unificación del DIPr en los que ha trabajado Colombia

En primer lugar, corresponde resaltar el trabajo realizado en el Código de Derecho internacional privado, Código de Bustamante (CB). Pues, se trata de un tratado celebrado en el marco de la Organización de Estado Americanos (OEA), que recibió el nombre de su promotor Antonio Sánchez de Bustamante. Dicho tratado fue firmado por Colombia³⁸, con reservas, el 20 de febrero de 1928 y dado que nunca fue ratificado, ni depositado, no entró en vigencia para el país.

En tal instrumento no se regulan en forma específica los contratos individuales de trabajo, sin embargo, la única mención en materia laboral está dada en el art. 198, al establecer que “también es

territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y protección social del trabajador”; con lo cual para todas las otras cuestiones, es necesario remitirse a las normas relativas a los contratos en general.

El sistema normativo del CB en materia contractual, a través del método conflictual reconoce la autonomía de la voluntad de las partes pese a los distintos límites que se plantean en él. Los fundamentos esenciales acerca de dicha admisión, son³⁹: “en primer lugar, tres de los artículos del CB relativos a contratos son indicios de que la autonomía sería admitida: el artículo 184 alude al supuesto en que se discute cuál es la ley del contrato y esta deba resultar de la voluntad tácita de las partes⁴⁰, el artículo 185 sobre contratos de adhesión se refiere a la voluntad expresa o tácita acerca de la ley,⁴¹ y el artículo 186 establece el derecho aplicable incluso «para el caso previsto en el artículo anterior»⁴². En segundo lugar, considerando que sus artículos 318⁴³ y siguientes acogen bajo ciertas condiciones el pacto de prórroga de jurisdicción o sumisión por las partes a un juez determinado, y que el contexto jurisdiccional incide en la determinación de la ley aplicable al caso *iusprivatista* multinacional, es posible interpretar que —indirectamente— se autorizaría una elección del derecho aplicable”⁴⁴.

39. BOGGIANO, Antonio. 1995 *Contratos internacionales*. 2a ed. Buenos Aires, Ed. De Palma, 1995. p. 16.

40. (27) Artículo 184: “La interpretación de los contratos debe efectuarse como regla general, de acuerdo con la ley que los rija. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad”.

41. (28) Artículo 185: “Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”.

42. (29) Artículo 186: “En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración”. José Alfredo Giral Pimentel, refiriéndose al régimen venezolano anterior a la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, estima que “el predominio de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado relativo a contratos era sustentable en los artículos 185 y 186 del CB para los casos en los cuales el CB era aplicable como tratado internacional”, Giral Pimentel, José Alfredo, *op. cit.*, nota 26, p. 42.

43. (30) Artículo 318, primer párrafo: “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos, por lo menos, sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario”.

44. ALBORNOZ, María Mercedes. “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR”. EN:

38. Estado de firmas y ratificaciones en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A31_Codigo_Bustamante_firmas.asp. Fecha de consulta: 16/05/2017

Y en caso de ausencia de elección de las partes, los contratos en general se regirán por la ley común de las partes o bien por la ley donde se celebre el contrato (art. 186) y, si se trata de un contrato de adhesión se regirá por la ley del oferente (art. 185).

En segundo lugar, se encuentra la Comisión Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que en su quinto encuentro llevado a cabo en México en el año 1994 trabajó en una Convención en materia contractual - CIDIP V, la que en su ámbito de aplicación hace referencia a los contratos en general sin hacer distinción entre los comerciales y los que no lo son, por tanto se puede considerar como aplicable a los contratos laborales. Estos tampoco se encuentran enunciados en el art. 5º correspondiente a las materias exceptuadas.

Esta convención utilizando el método conflictual consagra como principal punto de conexión, la autonomía de la voluntad expresa o que se derive de la conducta de las partes o cláusulas contractuales, en forma total o parcial (art. 7º); y subsidiariamente, incorpora el principio de proximidad o teoría de “los vínculos más estrechos” (art. 9), salvo que se deba dar aplicación al derecho del foro que tenga un carácter imperativo (art. 11) o cuando sea “manifiestamente contrario al orden público del foro” (art. 18). En consecuencia, siempre que no haya ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, el operador jurídico debería interpretar cuáles son los elementos subjetivos y objetivos, que le permitan inferir la conexión más estrecha.

Pese a los esfuerzos realizados, esta Convención no ha tenido suficiente acogida y solo ha sido ratificada por México y Venezuela⁴⁵ por lo que no se encuentra vigente. Conviene subrayar que, las convenciones internacionales son el clásico instrumento de *hard law* utilizado en la esfera internacional, sin embargo, como se sabe su incorporación a los sistemas jurídicos internos de cada Estado⁴⁶ resultan complejos, llegando a tardar años en entrar en vigencia y dada su poca

flexibilidad, las diferencias que se presentan respecto de ciertos conceptos e interpretaciones puede conducir a los signatarios a la excesiva formulación de reservas que desvirtúan el instrumento o, a su no ratificación, como ocurrió en Colombia con el CB y de la CIDIP V.

Esta es una de las razones por las cuales se ha trabajado en un tercer instrumento, de *soft law*, el anteproyecto de Ley modelo relativa al Derecho internacional privado que se está desarrollando en el ámbito de Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC)⁴⁷, en la que participan representantes de: Anguila, Antiguas y Barbuda, Las Antillas Neerlandesas (Bonaire, San Eustache, Saba), Aruba, Las Bahamas, Las Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Cuba, Curasao, Departamentos Franceses de las Américas (Guadalupe, Guyana, Martinica), Dominica, La República Dominicana, Granada, Guyana, Haití, Honduras, Las Islas Caimán, Las Islas Vírgenes Americanas, Islas Vírgenes Británicas, Jamaica, México, Montserrat, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, Santo Bathélémy, Saint-Christophe-et-Niévés, San Martín, Saint Maarten, Santa Lucía, Saint-Vincent-et-Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Turcos y Caïques y Venezuela.

El principal objetivo de dicho instrumento es lograr una armonización de las soluciones en DIPr dadas por los diferentes sistemas involucrados, permitiendo a cada Estado al momento de incorporar la ley modelo realizar las adaptaciones a su sistema jurídico y realidad social, pues carece de la vinculabilidad propia de los tratados.

El Anteproyecto de ley modelo sí regula en forma específica los contratos de trabajo internacionales en los términos del art. 47, al señalar:

“CONTRATOS DE TRABAJO. 1. La ley aplicable al contrato individual de trabajo será la elegida por las partes de conformidad con el art. 45, que sólo se aplicará en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajo previsto en la ley aplicable establecida de conformidad con el apartado siguiente. 2. Los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. 3. Cuando no pueda determinarse

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM IX:35-68, 2009, México, Universidad Nacional de México. p. 639.

45. OEA. Departamento de Derecho Internacional. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html> Consulta realizada el 16/05/2017

46. Ver: Convención de Viena sobre derecho de los tratados, Viena, 23/05/1969. Aprobada mediante Ley 32 del 29/01/1985. Vigente a partir del 10/05/1985.

47. Información disponible en: <http://www.ohadac.com/accueil.html>. Consultado el: 29/04/2017.

el lugar donde habitualmente se realiza la prestación laboral, la ley aplicable será la del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato”.

Como se pone de manifiesto, se trata pues de una norma de conflicto que contiene tres puntos de conexión: 1) principal, autonomía de la voluntad limitada por el principio de favorabilidad o favor operarii; 2) subsidiario, el principio de proximidad o teoría de los vínculos más estrechos y, 3) en defecto de los anteriores, el lugar de cumplimiento.

Así pues, se puede observar la tendencia de los recientes procesos de unificación del DIPr a admitir la autonomía de la voluntad e incorporar la teoría del “vínculo más estrecho” o principio de proximidad como punto de conexión, el cual no se encuentra receptado aún en el sistema de DIPr colombiano.

En consecuencia, pese a que ninguno de los mencionados instrumentos de armonización del DIPr ha sido incorporado al ordenamiento jurídico colombiano, se convierten en un marco de trabajo para futuras propuestas y quizá como criterio de interpretación para el legislador nacional o los operadores jurídicos.

2.1.3. Fuente interna

Como consecuencia de la escasez de fuentes convencionales aplicables a las relaciones laborales con elementos extranjeros, se tiene que la mayoría de los casos se regularan por la fuente interna.

La principal fuente normativa aplicable a los contratos de trabajo es el CST, el cual sólo tiene una norma de DIPr, el art. 2^o48 que señala que a todos los contratos celebrados y ejecutados en el país se les aplica el derecho de fondo colombiano. En consecuencia, el CST recepta el *principio de territorialidad absoluta* y omite dar solución a aquellos casos que contienen diversos elementos extranjeros y cuyo lugar de ejecución no está dado en la República o aquellos que se ejecutan en múltiples lugares, razón por la cual se debe dar aplicación al presupuesto contenido en el art. 19 del mismo código, que señala:

“cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen

48. “El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”.

casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios o recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del trabajo en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad”.

La expresión “cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido” y la remisión a la aplicación los convenios internacionales, entre ellos los de la OIT, motivó una demanda de inconstitucionalidad por la que la C.Const.⁴⁹, al analizar la citada norma concluyó que, si el contenido de los tratados reconoce o regula derechos humanos en el ámbito laboral formarán parte del bloque de constitucionalidad, pues se constituyen en un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y lograr su efectiva protección. En consecuencia, no tendrán el carácter de supletorio sino de derecho de fondo, principal y obligatorio. Por lo que, una vez más se confirma que los convenios OIT no son los llamados a los efectos de determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales de trabajo.

Hechas estas precisiones se tiene que, al no existir una norma de DIPr interna que regule la totalidad de contratos individuales de trabajo internacionales, deben ser aplicadas las normas que regulan los contratos internacionales en general.

Serán entonces las disposiciones del C.Civ. las llamadas a resolver el conflicto de leyes. Al verificar dicha ley se tiene por un lado que, esta es de carácter de obligatoria y conforme los preceptuado por la CP se aplica sin distinción para los nacionales y extranjeros que residan en el territorio del país, siguiendo el principio de la *lex domicilii* (art. 18); y por otro, fija como regla general que, la *locus regit actum* – ley del lugar de celebración, rige la capacidad⁵⁰ para celebrar

49. Aparte subrayado declarado condicionalmente exequible por la C.Const., C-401-05 según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 14 de abril de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, “en el entendido de que no exista convenio directamente aplicable como fuente principal o prevalente al caso controvertido y el convenio que se aplique supletoriamente, esté debidamente ratificado por Colombia”.

50. CCiv. Art. 19. “Extraterritorialidad de la ley. Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:1o)

contratos, la forma, la naturaleza, validez y efectos, salvo que el contrato vaya a producir efectos jurídicos en Colombia (art. 20 C.Civ.), caso en el cual será la ley colombiana la que resulte aplicable conforme el principio de la *lex loci executionis*.

En consecuencia, conforme lo preceptuado y analizándolo conjuntamente con lo dispuesto por el art. 2 CST (lugar de cumplimiento), por el art. 20⁵¹ (lugar de cumplimiento) y 22 (lugar de ejecución) C.Civ.; y por principio adoptado por el art. 869 (lugar de ejecución) del Código de Comercio (CCio)⁵², se tiene que por regla general los contratos se rigen por la *lex loci executionis*.

Partiendo de estas consideraciones previas, además de establecido como punto de conexión principal el lugar de ejecución, que trasladado a los contratos laborales es el “lugar de la prestación de servicios”, seguidamente se analizarán las diversas relaciones laborales con elementos extranjeros que pueden vincularse con el derecho colombiano a los efectos de establecer si dicho punto de conexión resulta suficiente o, si por el contrario, se debe hallar otra solución a los efectos de determinar el derecho aplicable.

A. Contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en el extranjero y Contratos celebrados en el extranjero a ejecutarse en el país.

Teniendo en cuenta que los contratos son celebrados en el extranjero, la capacidad de las partes para celebrarlo, su forma, naturaleza y validez se rige por la ley del lugar de celebración (art. 20 C.Civ.).

Mientras sus efectos, en virtud del principio de territorialidad absoluta (art. 2 CST) se rigen por

En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión...

51. CCiv. Art. 20. “Aplicabilidad de la ley en materia de bienes. Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión.”

52. CCcio. Art. 869. “Ejecución de contratos celebrados en el exterior con cumplimiento en Colombia. La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”.

el derecho de fondo de Colombia si allí han de ser ejecutados. En cambio, todos aquellos celebrados en el extranjero para cumplirse en el extranjero se regirán por la ley del país o países donde dichos actos se ejecuten. A esta conclusión también se arriba por la aplicación analógica de los puntos de conexión señalados en el CCiv y del Ccio - lugar ejecución de los contratos y lugar celebración.

En el mismo sentido ha sido interpretado por la CSJ en varios pronunciamientos, originados a partir de demandas en que los actores nacionales han solicitado la aplicación del derecho colombiano a contratos no ejecutados en el territorio.

A modo de ejemplo se puede citar el caso: “Ángela Isabel Arango Mesa c. Bancoldex y Fiducoldex”⁵³. La actora residente en New York, fue contratada en dicha ciudad el 26/05/1980 por Proexpo (actualmente, Bancoldex), para prestar allí sus servicios y posteriormente, el 22/12/1998 el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente por la demandada dando origen a la controversia analizada. La actora solicitaba la aplicación del derecho colombiano, más favorable a sus intereses, con fundamento en su nacionalidad y en que la demandada era una empresa de economía mixta que al asumir los derechos y obligaciones del Fondo de Promoción de Exportaciones tenía su sede social en Colombia. Por su parte, las demandadas solicitaron la aplicación del derecho de EEUU, con fundamento en el art. 2º del CST, dado que el domicilio de la demandante, el lugar de celebración y ejecución del contrato estaban allí.

La Corte, concluyó que⁵⁴ “resulta que no fue desacertado su entendimiento (de los demandados), por cuanto, la jurisprudencia ha sostenido con base en el principio de la “*lex loci solutionis*” que su carácter no es absoluto, por cuanto en especiales circunstancias en que el contrato es realizado en el país, entre nacionales y bajo las leyes colombianas, pero ejecutado en el exterior, cabe su solución dentro de nuestra legislación laboral; situación que no corresponde a la aquí analizada, por cuanto de acuerdo a los hechos establecidos e inmutables dentro de la vía seleccionada para formular el cargo, la demandante

53. CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. Rad. No. 31301. 10/02/2009.

54. Ver también: CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Isaura Vargas Díaz. Rad. No. 24464. 14/09/2005.

fue contratada en la ciudad de Nueva York y fue allí donde se ejecutó el contrato de trabajo”.

B. Contratos celebrados en el país a ejecutarse en el extranjero

Tal como concluyera la CSJ en el caso “Ángela Isabel Arango Mesa c. Bancoldex y Fiducoldex”, sólo en especiales circunstancias a un contrato celebrado en el país, conforme al derecho colombiano (lugar de celebración), puede aplicársele el derecho de otro estado. Por tanto, es necesario establecer los casos que pueden presentarse cuando durante la vigencia de un contrato laboral celebrado en Colombia, el trabajador se traslada al extranjero, bien sea en virtud de la misma relación o de otra, así como la forma de solucionar el conflicto de leyes.

- Comisión

Bajo esta figura el trabajador se traslada a un territorio extranjero por un período corto bajo la subordinación del empleador nacional, por lo que se mantiene vigente el contrato laboral en Colombia. Se pactan auxilios, viáticos, beneficios y otra serie de ayudas que permiten al trabajador desempeñar la actividad en el territorio extranjero. Teniendo en cuenta el carácter ocasional y transitorio, usualmente estos factores no constituyen salario, lo que no impide que por acuerdo de las partes así sea.

Bajo este supuesto se tiene, además, que la ley aplicable será la legislación colombiana de conformidad con el art. 2º del CST, principio de territorialidad. Por su parte la CSJ ha precisado que sólo de forma excepcional se aparta del principio de territorialidad absoluta, analizando las circunstancias particulares, las que en cada caso determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario, se encuentra excluido del mismo por hallarse íntimamente vinculadas a la normativa del país⁵⁵.

En referencia a las que podrían ser consideradas como excepciones a la aplicación de la regla general del lugar de ejecución, la Corte⁵⁶

55. CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Luis Gonzalo Toro Correa. Rad. No. 11243. 28/10/1999. Jorge Hernán Osorio Isaza contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

56. CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. Rad. No. 31301. 10/02/2009.

ha señalado que, en los casos en que el lugar de celebración y de ejecución inicial se haya dado en Colombia y, posteriormente, el trabajador haya sido trasladado fuera del territorio con la intención de continuar ejecutando el contrato de trabajo, en las mismas condiciones y subordinación bajo las que fuere contratado, será aplicable la ley colombiana.

Ahora si se produjera una variación de los señalados elementos y no se tratara de una comisión, sino de una suspensión o coexistencia de contratos, se tendría, de un lado, un contrato celebrado y a ejecutar en Colombia regido por el derecho interno; y otro, si el contrato es celebrado en Colombia a ejecutar en el extranjero, cuya validez, eficacia y capacidad de las partes se debería regir por el derecho colombiano, por imperio de la *locus regit actus* y respecto del derecho aplicable a su ejecución, se aplica el principio *lex loci executionis* o del lugar de la ejecución⁵⁷.

- Suspensión del contrato de trabajo

Se origina cuando durante un período el trabajador celebra un contrato de trabajo con una persona natural o jurídica extranjera debiendo ejecutarlo fuera del territorio nacional y el trabajador y empleador en Colombia acuerdan que la relación laboral continúe vigente, pero suspendida durante este tiempo. Así mismo las partes de común acuerdo pactan la reactivación del contrato y si el tiempo de la suspensión será tenido en cuenta o no, a efectos de computar la antigüedad del trabajador⁵⁸.

Por lo tanto, se aplicará al contrato celebrado en Colombia, en virtud del principio de la territorialidad, el derecho colombiano; y al contrato extranjero el del país del lugar de la prestación del servicio.

57. Así mismo, se debe tener en cuenta el principio de reciprocidad consagrado la CN en el “Art. 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”.

58. Si bien es cierto en el presente trabajo no se analizan las obligaciones prestacionales del empleador que nacen de los contratos de trabajo, es válido en esta instancia aclarar que mientras la comisión o la suspensión se encuentren vigentes es deber del empleador colombiano continuar realizando los aportes al sistema de seguridad social del trabajador; de conformidad con el art. 157 numeral 1º de la Ley 110 y del art. 71 del Decreto 806 de 1998.

- Coexistencia plena de los contratos

Este caso se presenta cuando no se produce la terminación, ni la suspensión del contrato y estos coexisten con aquiescencia del empleador, razón por la cual este se verá obligado a cumplir con todas las obligaciones derivadas de él, de conformidad con el derecho colombiano. Mientras, el contrato nuevo se registrará conforme al derecho del lugar de su ejecución.

-Terminación del Contrato

El art. 61 del CST establece los postulados bajo los cuales se puede terminar un contrato de trabajo, por lo que en aplicación de cualquiera de ellos el trabajador se encontrará en absoluta libertad de suscribir un nuevo contrato de trabajo, en este caso en el extranjero. Lo interesante de esta modalidad es que se brinda la opción a las partes de establecer en virtud de una cláusula que, una vez finalizada la ejecución de la relación laboral extranjera el trabajador sea recontratado por la empresa colombiana bajo un nuevo contrato.

En este último caso se debe prestar especial atención, porque puede suceder que en abuso del derecho el empleador termine el contrato y haga que el trabajador suscriba uno nuevo a ejecutarse en el extranjero pero bajo su subordinación, es decir, sin disolución de continuidad. En estos casos la CSJ ha señalado que en virtud del principio de primacía de la realidad el empleador está obligado a reconocer todas las prestaciones dejadas de percibir durante la vigencia del contrato simulado, aplicando el derecho colombiano.

Un caso que permite ilustrar esta situación, es el que dio origen a una demanda iniciada por la señora Myriam Teresa Domínguez Vargas contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia⁵⁹. La actora suscribió un primer contrato laboral con la Federación el 26 de enero de 1.970 en la ciudad de Bogotá, prestando sus servicios en el país. Posteriormente, se procedió a la terminación y liquidación del contrato y a la suscripción de uno nuevo a los efectos de ser designada como Directora Financiera de la Oficina de Nueva York (E.E.U.U.), cargo que desempeñó hasta el momento de su despido el 30 de junio de 1.987.

59. CSJ. S. Cas. Lab.. Rad. No. 5896. M.P. Dr. Hugo Suescun Pujols. 23/07/1.993.

La demandada pretendía que se reconociera la existencia de dos relaciones laborales independientes, aplicándose a la primera el derecho colombiano y la segunda el derecho de EEUU. Sin embargo, dado que el nombramiento y traslado de la trabajadora a la ciudad de New York era consecuencia de la ejecución del primer contrato la CSJ, una vez examinados los hechos y pruebas del caso, consideró que no había disolución de continuidad en la ejecución y que en todo momento se encontró presente el elemento subordinación de la trabajadora frente a la Federación. Razón por la cual, concluyó que las partes tuvieron una relación única, declaró ineficaz la supuesta liquidación y pago final realizado, sometió en su totalidad del contrato al derecho local y ordenó trasladar a la trabajadora al territorio nacional⁶⁰.

Finalmente, los casos referidos también llaman la atención respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes al establecer el derecho aplicable a la relación laboral –el cual se verificará posteriormente–.

C. Contratos con diversos lugares de ejecución

El primer supuesto a señalar es que se trate de un contrato celebrado en Colombia y que ha de ejecutarse en el territorio de diversos Estados. La regla general del *lex loci executionis*, en principio conllevaría obligatoriamente a la determinación precisa de los lugares y períodos en los que efectivamente se prestó el servicio, además de aplicar tantos derechos como lugares de prestación del servicio haya. Esta solución conlleva dificultades al momento de aplicar los distintos derechos por parte de los operadores, más aún cuando se presentan contradicciones entre las soluciones brindadas por uno u otro ordenamiento.

Frente a estos casos la CSJ⁶¹ ha señalado que, si se trata de un contrato celebrado en Colombia cuya ejecución se realiza en forma accidental y por períodos “más o menos extensos” en el territorio de otros Estados, manteniendo el domicilio en la República, puede llegar a ser aplicado el derecho colombiano y el de los lugares de cumplimiento,

60. Ver también: CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. 05/05/1995. Rad. No. 6857.

61. CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez. Rad. No. 10461. 22/11/1998. Roberto Rueda Rico contra Aerovías Nacionales de Colombia S.A “AVIANCA”.

interpretando que dichas condiciones hacen nacer un vínculo que da lugar al respeto y aplicación del derecho extranjero que resulta aplicable.

Por el contrario, si se trata de un traslado por un período corto – segundo supuesto-, se dará aplicación en forma exclusiva del derecho colombiano, ya que el mero traslado no implica la exclusión de la aplicación del derecho local.

En conclusión, el factor determinante siempre será el tiempo que tarde la ejecución de la labor en el exterior, sin llegar al extremo de entender que el sólo traslado implica la exclusión automática de la aplicación del derecho colombiano y en caso de aplicarse varios derechos a la relación laboral, siendo menester del juez adaptarlos y armonizarlos a los efectos de lograr una solución razonable y justa.

D. Algunos casos especiales

Para verificar la existencia, validez y derecho aplicable a un contrato de trabajo que carece de ciertas formalidades, un punto de partida puede ser tomar como referente la calificación que hace el CST del contrato de trabajo y los elementos que le conforman. Es así como, los casos y las soluciones que se pueden plantear son:

-Contrato con lugar de celebración y sin lugar de ejecución. Contrato entre ausentes

En este caso la validez del contrato se verificará conforme al lugar de celebración y el derecho aplicable, independientemente de la forma que revista el contrato y conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se regirá por la ley el lugar de ejecución, es decir, aquél donde efectivamente se prestó el servicio.

Cuando se presente alguna dificultad bien en la determinación de la internacionalidad del contrato y particularmente en la determinación del lugar la prestación del servicio, a los efectos de interpretarlo, cobra especial relevancia lo expresado por las partes durante su celebración y ejecución, tal como ocurriera en el caso Roberto Rueda Rico contra Aerovías Nacionales de Colombia S.A “AVIANCA”⁶², en que el demandado

fue inicialmente contratado por Avianca Colombia y prestó sus servicios en el país hasta que mediante conciliación este fue terminado. Posteriormente, fue contratado primero por Avianca New York y, una vez finalizado dicho nexo, por Avianca Puerto Rico para prestar sus servicios en tales países.

Por un lado, la parte actora pedía dar un tratamiento de unidad de empresa a la matriz de Avianca situada en Colombia y al de sus agencias en el exterior; en consecuencia al declararse una única relación sólo debía ser aplicado el derecho colombiano. Por otro lado, argumentaba la demandada que la labor desempeñada por el actor en EEUU y en Puerto Rico, obedecían a contratos celebrados con sociedades extranjeras y ejecutados en el exterior; con lo cual no correspondía aplicarles del derecho colombiano sino el de los respectivos lugares de ejecución.

La Corte por su parte, tuvo en cuenta en primer lugar que, efectivamente el trabajador aceptó el desplazamiento desde Colombia a los otros países donde finalmente celebró y ejecutó los contratos laborales, al punto que una vez finalizado el vínculo continuó residiendo en Puerto Rico; en segundo lugar, que una vez finalizado el vínculo laboral con Avianca Colombia, se llevó a cabo una conciliación que dio por extinto cualquier vínculo con la demandada. En consecuencia, el actuar de las partes permite inferir que no corresponde aplicar el derecho colombiano a los contratos celebrados y ejecutados fuera de la república.

En igual forma, si se trata de un contrato entre ausentes - modalidad que tampoco se encuentra contenida en el CST -, debe recordarse que en materia civil y comercial este tiene plena validez siempre que se cumplan los presupuestos contractuales fijados acorde con el mismo. En el caso especial del contrato de trabajo la aceptación posterior puede ser expresa o tácita, como cuando el trabajador inicia la ejecución de las labores encomendadas y el empleador consiente su realización y ejerce el derecho de subordinación. Una vez más atendiendo al principio de primacía

pertinente reconocer que la expresión de los sujetos contractuales puede resultar decisiva en la dilucidación de los casos dudosos, verbigracia para la hipótesis de que no quede clara la verdadera morada del trabajador o la sede de la actividad empresarial en la cual este debe aportar su fuerza de trabajo o cualquier otra circunstancia de hecho definitiva de la ley aplicable.”

62.CS.J. S. Cas. Lab.. M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez. Rad. No. 10461. 22/11/1998. Roberto Rueda Rico contra Aerovías Nacionales de Colombia S.A “AVIANCA”. “Sin embargo, así mismo es

de la realidad sobre las formalidades, en estos casos rige el derecho del lugar de ejecución.

-Contrato sin lugar de celebración y con lugar de ejecución

La ausencia del lugar de celebración no vicia la existencia y validez del contrato, ya que el derecho aplicable a la relación laboral será el lugar de la ejecución y, si lo que se controvierte es la existencia del mismo, sin que pueda inferirse del contrato el lugar de celebración esta se verificará conforme al derecho del país, como si se tratara de un contrato nacional (art. 2 CST).

- Contrato sin lugar de celebración y sin lugar de ejecución

Para el derecho colombiano la ausencia de este tipo de formalidades no anula el contrato, por lo que se reconocerá su validez y existencia si se ha iniciado su ejecución, pues conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, siempre que se configuren los elementos esenciales del mismo se presume su existencia. Como consecuencia de lo anterior será aplicable el derecho del lugar de prestación efectiva del servicio.

E. El rol de la autonomía de la voluntad

El CST prevé la autonomía de la voluntad de las partes para establecer todos aquellos términos y condiciones bajo los cuales se va a regir la relación laboral –casos internos-, siempre que no vulneren los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores. También es receptada la autonomía de la voluntad contractual en materia civil y comercial.

Por su parte, en materia de DIPr pese a no existir una norma expresa que la recepte tampoco se encuentra prohibida, con lo cual debería ser aceptada, más aún cuando Colombia ha adoptado importantes instrumentos de uniformación del derecho que la recepta como es el caso de los principios UNIDROIT, la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980⁶³, en cuya jerarquía normativa prima el ejercicio de la autonomía de la voluntad; y como se hubiere mencionado, recientemente

63. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, aprobada por Ley 518 de 4 de agosto de 1999. La fecha de adhesión es de 10 de julio de 2001, y entró en vigor el 1 de agosto de 2002. No hay reservas ni declaraciones por parte de Colombia.

ha trabajado en el anteproyecto de Ley modelo OHADAC⁶⁴ relativa al Derecho internacional Privado que expresamente consagra como principal punto de conexión, la autonomía de la voluntad en contratos de trabajo (art. 47). Es decir, se evidencia claramente la tendencia del sistema jurídico colombiano a aceptarla.

De otro lado, se tiene que el límite a la autonomía será entonces el OPI⁶⁵, del cual forman parte los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Adicionalmente, la CSJ ha señalado que si bien es cierto prima el principio de territorialidad absoluta, no desconoce que en algunos casos sea válida la autonomía de la voluntad si 1) “la expresión de la voluntad de los sujetos contractuales puede resultar decisiva en la dilucidación de los casos dudosos”⁶⁶; 2) el derecho colombiano no deba ser aplicado, pero las partes disponen que así sea y se ha ejecutado parcialmente en el territorio⁶⁷; 3) no se presenta una contradicción o transgresión de las normas vigentes, principios o preceptos propios del país⁶⁸; 4) se acuerde de buena fe y, 5) mejoren las condiciones de los trabajadores, conforme el principio de favorabilidad.

En conclusión, aunque se admite la autonomía de la voluntad, todas aquellas cláusulas que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezca el derecho aplicable al mismo será desestimada y considerada como una cláusula ineficaz.⁶⁹

64. Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe. Disponible en: <http://www.ohadac.com/accueil.html>. Consultado el: 29/04/2017.

65. CST. Art. 14. Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

66. CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez. Rad. No. 10461. 22/11/1998. Roberto Rueda Rico contra Aerovías Nacionales de Colombia S.A “AVIANCA”.

67. CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara. Ref: Exp, No. 15468. 28/06/2001.

68. CSJ. S. Cas. Lab.. M.P. Dr. Germán G. Valdés Sánchez. Rad. No. 10661. 28/05/1998. Ennis Stephen Allen contra Digicon Geophysical Corporation.

69. Igual solución se da a los casos internos conforme lo señalado en el art. 43 CST.

2.2. Juez competente en las controversias derivadas de contratos de trabajo internacionales

Siguiendo el esquema desarrollado en relación al derecho aplicable, se analizarán en primer lugar los criterios atributivos de jurisdicción dados por las normas de fuente convencional y, luego, los receptados por el sistema de DIPr de fuente interna.

En primer lugar, el TDCM de 1889, en su art. 56 señala como criterios atributivos de jurisdicción en materia de contratos en general: a) Teoría del paralelismo. Al señalar que “es juez competente el del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio”. Es decir, será competente el juez del lugar de cumplimiento del contrato, por ser el punto de conexión elegido por la norma de conflicto del TDCM (arts. 32 a 34). Es decir, será competente el juez del lugar de la prestación del servicio; b) domicilio del demandado que “funciona como foro concurrente a favor de ambas partes involucradas en el conflicto”⁷⁰.

En segundo lugar, el Tratado bilateral colombo-ecuatoriano establece como criterios para determinar la competencia:

- a. Domicilio del demandado. Cuando se trate del cumplimiento de un contrato celebrado en otro país se puede demandar en el domicilio del demandado si este está ubicado en la República (Art. XXIV). La norma además aclara que el domicilio a que se hace referencia es el constituido, por cuanto confiere competencia estando el demandado “presente o ausente”.
- b. Lugar de celebración y domicilio de una de las partes. Cuando se ha celebrado en el país un contrato en que una o las dos partes sean extranjeros, si una de las partes se halla domiciliada en la república (Art. XXV).
- c. Lugar de cumplimiento - lugar de prestación del servicio. Cuando se demande el cumplimiento de una obligación contraída o a ejecutar en la República por parte de un extranjero, sin importar si se encuentra o no ausente. (Art. XXVI).
- d. Prórroga de jurisdicción. El extranjero podrá ser demandado en el país si se hubiere

estipulado que el Poder Judicial de la República decida las controversias relativas a obligaciones contraídas en el otro país (Art. XXVI).

En tercer lugar, corresponde analizar la fuente interna empezando por el Código Procesal del Trabajo -CPT- que en su art. 5º establece que “la competencia se determina por el último lugar donde se haya prestado el servicio, o por el domicilio del demandado, a elección del demandante”. Esta norma no hace referencia a los contratos individuales de trabajo con elementos extranjeros por lo que en virtud de lo establecido por el art. 145 deben ser aplicadas en forma analógica las disposiciones que rigen en materia procesal civil.

Sin embargo, el Código General del Proceso (CGP) tampoco tiene una disposición referida a la materia, por lo que una posible solución a la que ha arribado la doctrina⁷¹ es considerar como criterio atributivo aplicable a los contratos en general, el domicilio del demandado y el lugar de cumplimiento de la obligación, interpretando lo señalado por el art. 28:

“1. En los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado. Si son varios los demandados o el demandado tiene varios domicilios, el de cualquiera de ellos a elección del demandante. Cuando el demandado carezca de domicilio en el país, será competente el juez de su residencia. Cuando tampoco tenga residencia en el país o esta se desconozca, será competente el juez del domicilio o de la residencia del demandante (...) En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones. La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita (...) 5. En los procesos contra una persona jurídica es competente el juez de su domicilio principal. Sin embargo, cuando se trate de asuntos vinculados a una sucursal o agencia serán competentes, a prevención, el juez de aquél y el de esta”.

70. DREYZIN DE KLOR, Adriana, URIONDO DE MARTINOLI, Amalia y NOODT TAQUELA, María Blanca. *Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños*. EN: FERNANDEZ ARROYO, Diego P., coordinador, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zalavía, 2003. p. 169.

71. Ver: MARÍN FUENTES, José Luis. *La competencia judicial en Colombia, una mirada desde el derecho internacional privado*. EN: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Revista de derecho privado*, UNAM V, N° 9, enero-junio, México, 2016, pp. 195-239.

Armonizado por lo dispuesto en el art. 56 de la Ley 33 de 1992, el cual indica claramente que: “Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado”.

En conclusión, dado que no existe una norma expresa que establezca los criterios atributivos de jurisdicción de los contratos individuales de trabajo internacionales y tampoco, en materia de contratos internacionales en general, pero dada la coincidencia de criterios en las soluciones dadas en los tratados internacionales y la dada a los casos internos, se entiende que los criterios atributivos serían en forma concurrente, el domicilio del demandado y el lugar de prestación del servicio.

CONCLUSIONES

1. En Colombia el derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental, de conformidad con los postulados constitucionales y los tratados internacionales que versan sobre la materia, bien sea que formen parte del bloque de constitucionalidad o integren el ordenamiento jurídico con rango legal.

2. Los procesos migratorios generan un especial impacto en el ámbito laboral, sin embargo a todos los efectos los trabajadores migrantes, deben ser considerados como un trabajador nacional. En consecuencia, las relaciones de trabajo celebradas en Colombia y a ejecutarse allí por trabajadores migrantes se encuentran excluidas del ámbito del DIPr y la nacionalidad no es relevante en la esfera internacional, por lo que no es un criterio atributivo de jurisdicción, ni punto de conexión utilizado para determinar el derecho.

3. Cuando se verifican las fuentes convencionales del DIPr colombiano se observa que sólo el Tratado bilateral colombo – ecuatoriano regula los contratos de trabajo internacionales en forma particular; al tiempo que en el TDCM de 1889 deben ser aplicadas las disposiciones de los contratos en general; pese a ello, ambos establecen

como punto de conexión el lugar de prestación del servicio. No obstante, sólo el primero admite la autonomía de la voluntad limitada.

4. Por otra parte, la fuente de DIPr interno está conformada por el art. 2 del CST, que sólo regula los contratos a ejecutarse en el país y recepta el principio de territorialidad absoluta, y por las disposiciones en materia civil y comercial que regulan los contratos internacionales en general, interpretándose que establecen como el punto de conexión rígido de la norma de conflicto, el lugar de prestación del servicio.

5. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han reconociendo como punto de conexión principal la autonomía de la voluntad de las partes siempre que sea más favorable al trabajador, que aquella que resultare aplicable por remisión de la norma de conflicto y, en subsidio, se aplicará la ley del lugar de prestación del servicio en virtud de lo dispuesto por las partes o del principio de primacía de la realidad.

6. En relación con los criterios atributivos de jurisdicción, todas las fuentes consultadas receptan concurrentemente el domicilio del demandado y el lugar de prestación del servicio, salvo los particulares criterios señalados en el Tratado bilateral colombo – ecuatoriano que incluyen la prórroga de jurisdicción y el lugar de celebración siempre que coincida con el domicilio de una de las partes.

7. Finalmente, no se debe dejar de lado la tendencia actual de diversos instrumentos de armonización del DIPr, que adoptan como punto de conexión subsidiario a la autonomía de la voluntad, el principio de proximidad por considerar que al tener un mayor grado de flexibilidad que el lugar de prestación del servicio, permite al operador jurídico examinar todas aquellas las circunstancias especiales que rodean las relaciones de trabajo, principalmente la asimetría contractual que se presenta y poder aplicar el principio de la regla más favorable o *favor operarii*, logrando una solución más razonable y justa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes. “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR”. EN: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM IX:35-68, 2009, México, Universidad Nacional de México.
- ARENAS MONSALVE, Gerardo. “El trabajo y la seguridad social en la Constitución de 1991”. EN: Revista de Derecho Privado, No. 10. Mayo de 1992, Bogotá D.C. Universidad de Los Andes.
- BOGGIANO, Antonio. Contratos internacionales. 2a ed. Buenos Aires, Ed. De Palma, 1995.
- BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado, 4ª. ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3 vol, 2000-2001.
- CORRÊA MEYER RUSSOMANO, Gilda. Derecho internacional privado del trabajo. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- DE VEDIA, Gabriel. El régimen de los expatriados. Perspectivas en los derechos laboral, de la seguridad social y fiscal. AR/DOC/3346/2011 /7. Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 1-9
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, URIONDO DE MARTINOLI, Amalia y NOODT TAQUELA, María Blanca. Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños. EN: FERNANDEZ ARROYO, Diego P., coordinador, Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Buenos Aires, Zalavía, 2003.
- FERMÉ, Eduardo Leopoldo, GONZALEZ PEREIRA, Demetrio Oscar y FERRANTE, C. Gustavo. Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias e la seguridad social. Ponencia. EN: Anuario AADI XIX 2010. XIX Congreso Argentino de Derecho Internacional “Argentina y su proyección Latinoamericana”. Sección de Derecho Internacional Privado. Rosario.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., (coordinador) Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Aspectos generales del sector del derecho aplicable. EN: FERNANDEZ ARROYO, Diego P., coordinador. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Buenos Aires, Zalavía, 2003, pp.
- GODOY, Carlos Hernán. Ponente en el XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social realizado del 12 al 15 de mayo de 2003.
- GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 7ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1990.
- MARÍN FUENTES, José Luis. El contrato de compraventa internacional de mercaderías en el marco regulatorio colombiano. EN: Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVII. N° 149, Junio 2010, Medellín.
- MARÍN FUENTES, José Luis. La competencia judicial en Colombia, una mirada desde el derecho internacional privado. EN: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Revista de derecho privado, UNAM V, N° 9, enero-junio, México, 2016, pp. 195-239.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Tratado de derecho internacional privado, 6a. ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2006.
- OREJUELO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. EN: Anuario Español de Derecho internacional privado, t. XIII, 2013, pp. 681-697. <http://eprints.ucm.es/27862/1/DIPr%20Colombia.pdf>. Fecha de consulta: 20/04/2017.
- OVIEDO ALBAN, Jorge 2012 ‘La ley aplicable a los contratos internacionales (Spanish)’, The law applicable to international contracts. (English) EN: Revista Colombiana de Derecho Internacional. julio – diciembre 2012, 21:117-157, Bogotá.

- PARDO, Alberto J. Derecho internacional privado. Parte general, 5ª. ed., Buenos Aires, Ghersi, 1988.
 - ROLDAN PRADO, Juan Felipe. “El Estado del Arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado y el arbitraje internacional”. EN: Revista de Derecho Privado No. 44, Julio - Diciembre de 2010, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, p. 1-30.
 - SCOTTI, Luciana B. Manual de Derecho Internacional Privado. Buenos Aires, La Ley, 2017.
 - SERVAIS, Jean-Michel, Derecho Internacional del trabajo, Buenos Aires, Heliasta SRL, 2011.
 - VEYTIA, Hernary. “La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”. EN: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. No. 25. Agosto 1995 – II.
- Jurisprudencia**
- CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Hugo Suescun Pujols. 23/07/1993. Rad. No. 5896.
 - CSJ. S. Cas. Lab.. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. 05/05/1995. Rad. No. 6857.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Germán G. Valdés Sánchez. 28/05/1998. Rad. No. 10661. Ennis Stephen Allen contra Digicon Geophysical Corporation.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez. 22/11/1998. Rad. No. 10461. Roberto Rueda Rico contra Aerovías Nacionales de Colombia S.A “AVIANCA”.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Luis Gonzalo Toro Correa. 28/10/1999. Rad. No. 11243. Jorge Hernán Osorio Isaza contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
 - C.Const. C-386/2000. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara. 28/06/ 2001. Rad. No. 15468.
 - CSJ. S. Cas. Civ. M.P.: Dr. Edgardo Villamil Portilla.06/08/2004.
 - C.Const. C-177/05. M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 01/03/2005.
 - C.Const. C-401/05. 14/04/2005. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz. 14/09/2005. Rad. No. 24464.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz. 14/09/2005. Rad. No. 24464. Liliana Gómez Molina contra Banco de Comercio Exterior S.A. “BANCOLDEX” y la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. “FIDUCOLDEX”.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. 10/02/2009. Rad. No. 31301.
 - CSJ. S. Cas. Lab. M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. 01/07/2009. Norman Ramírez Yusti contra Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas.
 - CSJ. SS. Cas. Lab. M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez. 01/03/2011. Manuel Antonio Martínez Robat contra Fondo Latinoamericano de Reservas – FLAR (antes Fondo Andino de Reservas).
 - C.Const. C-470/11. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. 13/06/2011. Rad. D-8303.
- Organismos consultados**
- CANCELLERÍA. República de Colombia. Biblioteca virtual. <http://www.cancilleria.gov.co>
 - CONFERENCIA DE LA HAYA. <https://www.hcch.net/>
 - CORTE CONSTITUCIONAL. República de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co>.
 - OEA. Organización de Estados Americanos. <http://www.oas.org>.
 - OHADAC. Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe. <http://www.ohadac.com>
 - OIT. Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org>.
 - RAMA JUDICIAL. República de Colombia. <Http://www.ramajudicial.gov.co>
 - SECRETARIA DEL SENADO. República de Colombia. <www.secretariadelsenado.gov.co>
 - UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law. <http://www.unidroit.org>.