

Trabajadores con elevado de poder negociación en los contratos internacionales

Andrés Carrasquero Stolk*

Resumen

La libertad de las partes de un contrato internacional para elegir tanto los tribunales que tienen jurisdicción así como el Derecho aplicable es una solución generalmente aceptada. En el contexto de los contratos de trabajo internacionales normalmente los ordenamientos jurídicos restringen la autonomía de las partes con el objetivo de proteger al trabajador como débil jurídico. Esta restricción puede ser de dos maneras: las partes no pueden elegir los tribunales y/o el Derecho aplicable o lo pueden hacer, pero con límites. En este artículo planteo que la autonomía de las partes no debería restringirse en el caso de contratos de trabajo internacionales con trabajadores con elevado poder de negociación, ya que no están en una posición débil.

Abstract

The freedom of the parties to an international contract to choose the courts having jurisdiction as well as the applicable law is a generally accepted solution. In the case of international employment contracts, party autonomy is usually restricted in order to protect the employee as the weaker party. Such restriction could be in two ways: the parties may not choose the courts and/or the applicable law or they may do it but with limits. In this article, I propose that the restriction to party autonomy should not apply to international employment contracts entered into with employees with high bargaining power, since they are not in a weaker position.

Palabras clave

Contrato de trabajo. Trabajador internacional. Trabajador con elevado poder de negociación. Autonomía de las partes.

Sumario

Introducción. I. Contratos internacionales y los problemas de jurisdicción y Derecho aplicable. A. Consideraciones generales. B. Solución general: autonomía de las partes. C. Solución especial para los contratos de trabajo internacionales: restricción de la autonomía de las partes. II. Trabajadores con elevado poder de negociación. A. Identificación de este tipo de trabajadores. B. Mismo tratamiento que los demás trabajadores en los contratos internacionales. C. Propuesta: un tratamiento diferente sin restringir la autonomía de las partes. Conclusiones.

Introducción

Existen contratos de trabajo que están vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos por diversos motivos (por ejemplo, el trabajador y el patrono tienen domicilios en países diferentes, el trabajador presta servicios en varios países). Estos son contratos de trabajo internacionales que entran dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado, con motivo de la presencia de elementos de extranjería relevantes.

Dos de los problemas que forman parte del contenido del Derecho Internacional Privado son: 1) jurisdicción: ¿qué tribunales del mundo tienen jurisdicción para conocer de una controversia derivada del contrato de trabajo internacional?; y 2) Derecho aplicable: ¿cuál es el

* Universidad Católica Andrés Bello (“UCAB”), Abogado. Universidad Central de Venezuela (“UCV”), Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado. University of Cambridge, Postgraduate Diploma in Legal Studies. Ejerce el Derecho en ESCG Abogados. Es profesor de Derecho Internacional Privado en la UCAB y en la UCV.

Derecho que rige el contrato de trabajo internacional? Sobre estos dos problemas tratará el presente trabajo.

En el Derecho Comparado generalmente se reconoce la autonomía de las partes como una de las soluciones a los problemas de jurisdicción y Derecho aplicable en el caso de los contratos internacionales. De este modo, las partes pueden acordar libremente y de mutuo acuerdo qué tribunales conocerán las controversias derivadas del contrato, así como el Derecho que regirá el contrato.

Ahora bien, en el caso de los contratos de trabajo internacionales, en el Derecho Comparado se suele restringir la autonomía de las partes para regular el problema de jurisdicción y elegir el Derecho aplicable. Esta restricción se fundamenta en el objetivo de proteger al trabajador como débil jurídico.

Este trabajo se focaliza en un caso especial de trabajadores: los trabajadores con elevado de poder negociación (*e.g.* altos directivos, personal con elevada remuneración, trabajadores con destrezas o habilidades especiales, deportistas de alto nivel por su destreza o fama). En específico, en este trabajo planteo la necesidad de una solución diferente a los problemas de jurisdicción y Derecho aplicable para este tipo de trabajadores, que básicamente consiste en no restringir la autonomía de las partes.

I. Contratos internacionales y los problemas de jurisdicción y Derecho aplicable

A. Consideraciones generales

Los contratos internacionales son aquellos que de algún modo rebasan las fronteras de un país y, por tanto, son una realidad diferente a los contratos locales, los cuales no salen de dichas fronteras. Existen dos criterios para determinar si se está o no en presencia de un contrato internacional. Por una parte, está el criterio jurídico, conforme al cual un contrato es internacional si se vincula de modo relevante con dos o más ordenamientos jurídicos a través de algunos de sus elementos (por ejemplo, domicilio de las partes, lugar de cumplimiento de las obligaciones, lugar de celebración del contrato)¹. Por otra parte, se encuentra el criterio económico, según el cual el contrato es internacional si “entraña ‘un doble movimiento de flujo y reflujo’ de un país a otro o cuando el contrato excede de la economía interna poniendo en juego los intereses del comercio internacional”² (por ejemplo, el caso *Embotelladora Caracas v Pepsi-Cola Panamericana*, en el cual las partes estaban domiciliadas en Venezuela y el contrato se ejecutaba

¹ Romero, Fabiola, Autonomía de las partes, en: T.B. de Maekelt, I. Esis Villaroel y C. Resende (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 742-743.

² Romero, Autonomía de las partes..., *ob. cit.*, p. 743.

en Venezuela, pero trataba de una marca de renombre mundial y el contrato tenía una incidencia en el comercio internacional)³.

Es importante determinar si un contrato es internacional o no, debido a que su calificación como internacional implica un tratamiento diferente en algunos aspectos jurídicos en comparación con los contratos locales. Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, este tratamiento diferente se manifiesta, entre otros, en dos problemas: jurisdicción y Derecho aplicable.

La jurisdicción es la “potestad estatal resultante de la soberanía y que consiste en el poder abstracto de componer conflictos intersubjetivos con fuerza de cosa juzgada”⁴. En el caso de los contratos locales, si surge un problema entre las partes, éstas podrán acudir a los tribunales judiciales del país donde se localiza el contrato para resolverlo, salvo que se hayan sometido válidamente a arbitraje. Si se trata de un contrato internacional, es necesario tener en cuenta las siguientes dos premisas: 1) los tribunales judiciales no tienen jurisdicción para conocer cualquier demanda que se interpone ante ellos, sino sólo cuando se cumple algún criterio atributivo de jurisdicción previsto en el Derecho del país al que pertenece el tribunal; y 2) los legisladores nacionales sólo pueden limitarse a indicar si los tribunales de sus país tienen o no tienen jurisdicción, sin poder establecer si los tribunales de otro país tienen o no tienen jurisdicción.

La primera premisa trata de la posibilidad de que los tribunales de un país declaren la falta de jurisdicción para conocer de un asunto sobre un contrato internacional. En situaciones de Derecho Internacional Privado, por lo general los legisladores sólo atribuyen jurisdicción a sus tribunales para conocer de casos que tengan un cierto vínculo con el Estado al que pertenecen los tribunales. La exigencia de que el caso internacional tenga algún vínculo con el foro tiene las siguientes finalidades: garantizar una resolución del problema lo más correcta posible; disminuir los costes de instrucción (cercanía de las pruebas con el foro), los costes de comunicación (notificaciones), los costes de implementación (ejecución y medidas cautelares) y los costes de error (conexión con otro asunto); proteger el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de demandado⁵. Si no se da ninguno de los vínculos previstos por el legislador, la consecuencia consiste en que los tribunales no pueden asumir jurisdicción y las partes deberán litigar ante las autoridades de otro país con más vínculos con el caso, que en principio tendrán más posibilidades de proporcionar una mejor administración de justicia por la mayor cercanía con los hechos.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997.

⁴ Hernández-Bretón, Eugenio, *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional venezolano*, Caracas, Editorial Sherwood, 2004, p. 27.

⁵ Virgós Soriano, Miguel y Francisco Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 46 y 56.

La segunda premisa consiste en que las normas nacionales sobre jurisdicción sólo se limitan a indicar si los tribunales de ese país tienen o no jurisdicción. Dichas normas no pueden establecer que los tribunales de otro país son los que tienen jurisdicción, porque sería una injerencia en asuntos exclusivos de la soberanía de otro Estado y violaría el Derecho Internacional Público⁶.

Luego de determinar cuáles tribunales tendrían jurisdicción para conocer una controversia derivada de un contrato internacional, es necesario conocer qué Derecho aplicarían los tribunales para resolverla. Si se tratara de un contrato local, el juez aplicaría su propio Derecho para decidir. En cambio, si se trata de un contrato internacional se da el siguiente tratamiento diferente: un tribunal puede aplicar Derecho extranjero para resolver la controversia. Como se presenta esta posibilidad en el caso de los contratos internacionales, debe entonces previamente determinarse cuál es el Derecho aplicable al contrato, que puede ser el Derecho del país al que pertenece el juez (Derecho del foro) o un Derecho extranjero.

B. Solución general: autonomía de las partes

En el Derecho Comparado se reconoce la autonomía de las partes como una posibilidad tanto para resolver el problema de la jurisdicción como para determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales. Ello implica que las partes libremente y de mutuo acuerdo puedan decidir qué tribunales tendrán jurisdicción para resolver las controversias que se deriven del contrato así como elegir el Derecho que regirá el contrato.

Las dos razones principales de esta aceptación general de la autonomía de las partes en los contratos internacionales son las siguientes: 1) Proporciona seguridad jurídica debido a que las partes conocen con antelación ante qué tribunales pueden demandar y ser demandados, y cuál es el Derecho aplicable al contrato; y 2) las partes son en principio las que mejor deberían conocer cuáles son los tribunales y Derecho que más les conviene⁷.

En el plano de la jurisdicción, la autonomía de las partes se refleja mediante la celebración de acuerdos que regulan el problema de la jurisdicción, es decir, acuerdos que indican cuáles tribunales tendrán jurisdicción para conocer cualquiera controversia relacionada con el contrato. Para comprender mejor este punto, es necesario diferenciar cuatro nociones relacionadas con los acuerdos sobre jurisdicción, a saber: sumisión, exclusión, prórroga de la

⁶ Hemández-Bretón, *Problemas...*, ob. cit., pp. 28-29.

⁷ En cuanto al problema de determinar el Derecho aplicable, ver: Gamillscheg, Franz, Rules of Public Order in Private International Labour Law, en: *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1983, Vol. 181, p. 315; Lein, Eva, The New Rome I/Rome II / Brussels I Synergy, en: *Yearbook of Private International Law*, 2008, Vol. 10, p. 180.

jurisdicción y derogatoria de la jurisdicción⁸. Las dos primeras nociones se refieren a posibles acuerdos que podrían celebrar las partes, y las dos últimas se refieren a los efectos respectivos de estos acuerdos.

La sumisión es el acuerdo mediante el cual las partes deciden someterse a la jurisdicción de los tribunales de un país, sin excluir la posibilidad de que las partes puedan litigar en otro país cuyos tribunales tengan jurisdicción. El efecto de la sumisión se conoce como prórroga de la jurisdicción, debido a que el acuerdo de las partes les confiere jurisdicción a los tribunales de un país, que de otro modo carecerían de jurisdicción.

La exclusión es el acuerdo a través del cual las partes deciden suprimir la jurisdicción que tendrían los tribunales de un país de conformidad con sus normas sobre jurisdicción. El efecto de la exclusión se conoce como derogatoria de la jurisdicción.

En la práctica, los acuerdos de jurisdicción tendrán los efectos que las partes libremente decidan. Por ejemplo, un acuerdo podría tener sólo como efecto la prórroga de la jurisdicción a un país determinado, sin implicar la derogatoria de la jurisdicción de otros países; o además de prórroga de la jurisdicción a un país, el acuerdo también podría tener como efecto la derogatoria de la jurisdicción de cualquier otro país, entre otros ejemplos.

En cuanto al problema de determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales, la autonomía de las partes es un principio generalmente aceptado en el Derecho Comparado⁹. Conforme a esta solución, el contrato se rige por el Derecho elegido por las partes, cuyas normas imperativas y dispositivas regularán el contrato. Algunos aspectos de la autonomía de las partes son generalmente regulados del siguiente modo en el Derecho Comparado: 1) las partes pueden elegir cualquier Derecho nacional, independientemente que carezca de vínculo alguno con el caso; 2) la forma de manifestar la elección del Derecho aplicable puede ser expresa o tácita. Con respecto a la elección tácita, las partes efectivamente escogen un Derecho aplicable, pero omiten manifestar su voluntad expresamente. La elección tácita se evidenciaría de los términos del contrato y de la conducta de las partes; y 3) las partes pueden acordar cambiar el Derecho aplicable después de celebrado el contrato¹⁰.

Ahora bien, esta aceptación de la autonomía de las partes en los contratos internacionales ha sido restringida en el Derecho Comparado en algunos tipos de contratos, especialmente

⁸ Para un análisis de estas nociones, ver: Rodríguez, Luis Ernesto, Inderogabilidad convencional de la jurisdicción, en: T.B. de Maekelt, I. Esis Villaroel y C. Resende (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 1043-1108.

⁹ Weintraub, Russell, Functional Developments in Choice of Law for Contracts, en: *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, Vol. 187, p. 271; Lando, Ole, The Conflict of Laws of Contracts: General Principles, en: *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, Vol. 189, p. 237.

¹⁰ Por ejemplo, ver: artículos 7 y 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; artículo 3 del Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Reglamento Roma I").

en aquellos donde los términos y condiciones del contrato no son el resultado de una negociación de las partes en condiciones de igualdad. El contrato de trabajo es uno de estos contratos especiales, como explico en la próxima sección.

C. Solución especial para los contratos de trabajo internacionales: restricción de la autonomía de las partes

En la generalidad de los casos el trabajador es la parte débil del contrato. En esa condición, se ve forzado a aceptar los términos y condiciones impuestos por el patrono. Como contrapeso al excesivo poder de negociación del patrono y proteger al débil jurídico, el Derecho material de muchos países ha restringido la libertad de las partes y ha establecido estándares mínimos de protección al trabajador que no pueden ser reducidos por acuerdo¹¹.

Este objetivo de proteger al trabajador como débil jurídico también ha ejercido influencia en la elaboración de normas especiales de jurisdicción y Derecho aplicable a los contratos de trabajo internacionales. Este objetivo se ha reflejado principalmente en la restricción de la autonomía de las partes para regular el problema de jurisdicción y elegir el Derecho aplicable al contrato.

Se ha partido de la idea de que, si las partes de un contrato de trabajo internacional pueden regular el problema de jurisdicción sin restricciones, el empleador puede imponer sobre el trabajador un foro inconveniente y costoso para este, de modo que el trabajador en la práctica no pueda demandar sus derechos en un futuro o que se le haga muy difícil.

Si las normas de conflicto –que son aquellas que indican el Derecho aplicable– para los contratos de trabajo fueran las mismas que las utilizadas para los contratos comerciales, ignorando así la protección de la parte débil, los patronos podrían evadir fácilmente las normas imperativas del Derecho normalmente aplicable, simplemente incluyendo en el contrato de trabajo una cláusula de selección de un Derecho menos favorable para el trabajador¹². Esta situación permitiría al patrono explotar su posición dominante en el contrato de trabajo en casos de Derecho Internacional Privado¹³.

En el caso del problema de jurisdicción, la restricción de la autonomía de las partes puede implicar lo siguiente: 1) no permitir de ningún modo la autonomía de las partes; 2) sólo reconocer la sumisión cuando beneficia al trabajador, debido a que le provee un foro adicional

¹¹ Morse, Christopher, *Contracts of Employment and the E.E.C. Contractual Obligations Convention*, en: *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study* (ed. por North, Peter), (Amsterdam, North-Holland, 1982, p. 144.

¹² Morse, *Contracts of Employment and...*, ob. cit., p. 149; O'Brien, John / Raymond Smith, *Conflict of Laws*, London, Cavendish, 1999, p. 367.

¹³ Briggs, Adrian, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 37.

para demandar¹⁴; 2) prohibir la derogatoria de la jurisdicción en cualquier caso¹⁵; 3) solo permitir la derogatoria de la jurisdicción cuando no se afecten los principios esenciales del ordenamiento jurídico del juez¹⁶; 4) sólo permitir la derogatoria de la jurisdicción cuando la exclusión se acuerda después de surgida la controversia entre las partes¹⁷.

La restricción de la autonomía de las partes para determinar el Derecho aplicable se puede manifestar de las siguientes maneras: 1) excluir la posibilidad de que las partes puedan escoger el Derecho aplicable en cualquier caso; 2) sólo reconocer la autonomía de las partes cuando el Derecho elegido por las partes es más beneficioso para el trabajador que el Derecho normalmente aplicable¹⁸; 3) solo reconocer la autonomía de las partes cuando el Derecho escogido no le quita al trabajador la protección que le brinda las normas imperativas del Derecho aplicable a falta de elección por la partes¹⁹. Esta restricción a la libertad de elegir el Derecho aplicable es generalmente justificada en la protección del trabajador como la parte más débil²⁰.

Ahora bien, como explico en la próxima sección, no todos los trabajadores que son parte de un contrato de trabajo internacional son realmente débiles jurídicos. En estos supuestos, no parece justificable ni apropiado restringir la autonomía de las partes.

II. Trabajadores con elevado poder de negociación

A. Identificación de este tipo de trabajadores

Normalmente los trabajadores son la parte débil del contrato y, como tales, merecen protección legal para evitar ser forzados a aceptar términos contractuales desfavorables impuestos por los patronos (*i.e.* la parte fuerte del contrato). Sin embargo, existen casos en donde los trabajadores están en capacidad de negociar en igualdad de posición frente a sus patronos, como consecuencia de su especial situación dentro de la empresa o por poseer destrezas o habilidades

¹⁴ Artículo 20.2 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ("Reglamento Bruselas I").

¹⁵ Criterio anterior de Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa en relación al artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado (criterio vigente hasta el 23 de julio de 2014). Ver: Carrasquero, Andrés, Derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en contratos de trabajo internacionales, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, Vol. 1, pp. 393-396. Disponible en: <https://bit.ly/3gDfitk>, última consulta 15 de marzo de 2021.

¹⁶ Criterio actual de Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa en relación al artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado (criterio vigente a partir del 23 de julio de 2014). Ver: Carrasquero, Derogatoria de la jurisdicción... ob. cit., pp. 396-398.

¹⁷ Artículo 21.1 del Reglamento Bruselas I.

¹⁸ La solución que reconoce la jurisprudencia venezolana para los supuestos previstos en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 2012 (antes artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997). Ver: Pró-Risquez, Juan Carlos, *Trabajadores internacionales: jurisdicción y Derecho aplicable*, Caracas, UCV (tesis doctoral), 2008, pp. 141 ss.; Carrasquero, Andrés, Relaciones de trabajo internacionales: problemas resueltos y por resolver, en: C. Madrid (ed.), *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, pp. 70 ss.

¹⁹ Artículo 8.1 del Reglamento Roma I.

²⁰ Gaudemet-Tallon, Hélène, Le Pluralisme en Droit International Privé: Richesses et Faiblesses (le Funambule et l'arc-en-ciel): Cours Général, en: *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, Vol. 312, p. 247.

especiales²¹. Estos trabajadores con elevado poder negociación usualmente tienen funciones gerenciales, de toma de decisiones de la empresa o de asesoría, o tienen un alto grado de experticia o destrezas²². Estos trabajadores suelen recibir una elevada remuneración por sus servicios y se les refiere por diferentes nombres, tales como: empleados senior²³, personal gerencial²⁴, gerentes de alto nivel²⁵, personal directivo, empleados de alto nivel de remuneración o empleados altamente calificados.

Un claro ejemplo de un trabajador con elevado poder de negociación puede verse en el caso *Chunilal v Merrill Lynch International Incorporated* decidido por un tribunal inglés²⁶. El Sr. Chunilal trabajó para compañías que pertenecían al grupo Merrill Lynch desde 1989 hasta el 2009. Fue transferido de Londres a Hong Kong en enero de 2004 en el cargo de Director de Banca de Inversión para la Región Asia Pacífico, supervisando las actividades de banca de inversión en la región. Luego fue nombrado Socio Gerente con el cargo de Vicepresidente Senior en enero de 2006. El Sr. Chunilal recibía un salario anual de USD. 200,000.00 más otros beneficios, incluyendo bonos anuales discrecionales. Él recibió bonos discrecionales por los años 2006, 2007 y 2008 por las cantidades de USD. 13,875,000.00, USD. 11,675,000.00 y USD. 2,345,000.00, respectivamente. Según estos hechos, el Sr. Chunilal fue sin duda un trabajador con elevado poder de negociación, tomando en cuenta su alta posición en la empresa, sus funciones gerenciales y de toma de decisiones, y su alta remuneración.

Otros ejemplos de trabajadores con elevado poder de negociación son deportistas profesionales de alto nivel, que cuentan con elevado poder de negociación con motivo de sus destrezas especiales y fama. Igualmente, otros ejemplos pueden darse en el área de empresas de tecnología, en las cuales trabajadores con profundo conocimiento tecnológico (e.g. inteligencia artificial) pueden negociar en igualdad de condiciones con sus empleadores ante la limitada oferta de dichos servicios especializados.

Como planteo en la próxima sección, los trabajadores con elevado poder de negociación deberían tener un tratamiento diferente al resto de los trabajadores en cuanto a la determinación

²¹ En relación a trabajadores altamente calificados, ver Pocar, Fausto, La Protection de la Partie Faible en Droit International Privé, en: *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, Vol. 188, pp. 374-375.

²² Artículo 7 del proyecto de reglamento de la Comunidad Económica Europea sobre conflicto de leyes para relaciones de trabajo de 1972.

²³ Gamillscheg, Franz, Les Principes du Droit du Travail International, en : *Revue critique de droit international privé*, 1960, Vol. 50, p. 275.

²⁴ Simon-Depitre, Marthe, Droit du Travail et Conflits de Lois Devant le Deuxième Congrès International de Droit du Travail, en: *Revue critique de droit international privé*, 1958, Vol. 47, p. 301.

²⁵ Batiffol, Henri, Observations des Membres de la Seizième Commission en Réponse à l'exposé Préliminaire et au Questionnaire de M. Etienne Szászy du 20 Juillet 1968: Observations de M. Henri Batiffol, en : *Annuaire Institut de Droit International*, 1971, Vol. 54, n° 1, p. 394.

²⁶ High Court of Justice / Queen's Bench Division / Commercial Court, caso No. 2009 folio 1354, 18/06/2010, (*Damian Ratilal Chunila v Merrill Lynch International Incorporated*), en: [2010] EWHC 1467 (Comm).

de la jurisdicción y el Derecho aplicable a sus contratos internacionales. En el caso de este tipo de trabajadores, no se debería restringir la autonomía de las partes y se debería reconocer ésta con el mismo alcance que cualquier otro contrato internacional.

Ahora bien, un tratamiento diferente a los trabajadores con elevado poder de negociación requiere que los jueces verifiquen dicho poder de negociación en cada caso concreto. En contra de este planteamiento se puede argumentar que es muy difícil identificar a trabajadores con elevado poder de negociación. Sin embargo, considero que este argumento no es lo suficientemente fuerte para rechazar la posibilidad de un tratamiento diferente a este tipo de trabajadores.

En efecto, la dificultad es relativa. Como en cualquier asunto jurídico, puede haber casos difíciles y casos fáciles. Por ejemplo, en el caso *Chunilal* los hechos apuntan de manera fácil a que se trataba de un trabajador con elevado poder de negociación. El alto nivel de sus funciones, su experiencia profesional y su importante remuneración, llevan fácilmente a concluir que el Sr. Chunilal era un trabajador con elevado poder de negociación. Un trabajador que gana anualmente varios millones de Dólares de los Estados Unidos de América sin duda no es un débil jurídico. Por tanto, la dificultad es relativa, ya que dependerá de las circunstancias de cada caso. Además, la posibilidad de que existan casos difíciles no es un argumento fuerte en contra de un tratamiento diferente para este tipo de trabajadores. En Venezuela, por ejemplo, puede haber casos donde es difícil para el juez determinar si se trata de un trabajador de dirección o un trabajador normal; esta dificultad en algunos casos no justificaría eliminar la categoría de trabajadores de dirección.

En todo caso, la jurisprudencia podría ayudar y hacer más fácil la identificación de los trabajadores con elevado poder de negociación a través de guías (de manera similar a como lo ha hecho la jurisprudencia venezolana con el test de laboralidad para identificar trabajadores dependientes en casos donde se discute la existencia o no de una relación de trabajo). Estas guías podrían consistir en presunciones de elevado poder de negociación, tales como: funciones gerenciales y de toma de decisiones, alto grado de especialización, extensa experiencia profesional, elevada remuneración, destrezas especiales.

B. Mismo tratamiento que los demás trabajadores en los contratos internacionales

En el Derecho Comparado, a efectos de la restricción de la autonomía de las partes para determinar la jurisdicción y el Derecho aplicable al contrato de trabajo, es irrelevante si el trabajador tiene o no alto poder de negociación. Se da el mismo trato a todos los trabajadores, sin importar sus diferentes niveles de poder de negociación frente al patrono. De este modo, la restricción de la autonomía de las partes aplica de igual manera para un trabajador que

realmente es un débil jurídico así como para un directivo altamente calificado y con elevada remuneración.

Lo irrelevante del nivel de poder de negociación de los trabajadores fue confirmado en el caso *SamengoTurner v J & H Marsh & McLennan (Services) Limited*²⁷ por un tribunal inglés en el contexto de un problema de jurisdicción. La Corte de Apelaciones decidió que era irrelevante que los trabajadores fueran altos ejecutivos a efectos de la aplicación de la sección 5 del Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Reglamento Bruselas I”) –que regula la jurisdicción para los contratos de trabajo. Los demandantes eran corredores de reaseguros domiciliados en Inglaterra y contratados por una compañía del grupo Marsh McLennan. Los trabajadores fueron demandados en Nueva York por otras compañías del grupo en relación a un acuerdo vinculado con sus contratos de trabajo. Estos mismos trabajadores iniciaron un juicio ante los tribunales de Inglaterra para paralizar el juicio en Nueva York. Los trabajadores alegaron que, conforme al artículo 20 del Reglamento Bruselas I, ellos sólo podían ser demandados ante los tribunales de su domicilio (*i.e.* Inglaterra). Uno de los argumentos de las compañías fue que “los demandantes no eran empleados que necesitaran protección porque ellos eran ejecutivos senior bien remunerados”. En relación con este argumento, la Corte de Apelaciones decidió que la “Sección 5 –del Reglamento Bruselas I– aplica a todos los empleados independientemente de una necesidad particular de protección”. Por tanto, conforme a la decisión *Samengo-Turner* la sección 5 del Reglamento Bruselas I aplica a cualquier trabajador, incluyendo aquellos con alto poder de negociación.

Sin embargo, considero que el caso de los trabajadores con alto poder de negociación merece un mayor análisis. La principal razón para restringir la autonomía de las partes en los contratos de trabajo es la condición de débil jurídico del trabajador. Tomando en cuenta que en algunas situaciones los trabajadores realmente no están en una posición débil, no pareciera justificado restringir la autonomía de las partes en dichos casos. En la próxima sección explico mis argumentos para un diferente tratamiento a los trabajadores con alto poder de negociación.

C. Propuesta: un tratamiento diferente sin restringir la autonomía de las partes

En mi opinión, la restricción de la autonomía de las partes no debería aplicar a trabajadores con alto poder de negociación por tres razones. Primero, aplicar tal restricción no es coherente con el principal objetivo que justifica limitar la libertad de elección de la jurisdicción y el

²⁷ Court of Appeal / Civil Division, caso No. A3/2007/1257, 12 de julio de 2007 (*Julian Samengo-Turner y otros v J & H Marsh & McLennan (Services) Limited y otros*), en: [2007] EWCA Civ 723.

Derecho aplicable: la protección del débil jurídico. Segundo, la restricción a la autonomía de las partes podría darles ventajas injustas a los trabajadores con alto poder de negociación, basadas en una supuesta posición débil que realmente no tienen. Tercero, sería mejor en la práctica que este tipo de trabajadores y sus patronos pudiesen escoger la jurisdicción y el Derecho aplicable al contrato de trabajo sin la restricción a la autonomía de las partes que se aplica al resto de los trabajadores, para así contar con mayor seguridad jurídica²⁸.

Con respecto al primer argumento, la restricción a la autonomía de las partes busca proteger a los trabajadores bajo la premisa de que están en una posición más débil. En este sentido, se restringe la autonomía de las partes para dar un contrapeso al excesivo poder de negociación del patrono²⁹. Sin embargo, esta protección es innecesaria para trabajadores con elevado poder de negociación, debido a que ellos no son débiles jurídicos y no existe desequilibrio entre las partes del contrato³⁰. Por tanto, es incoherente con el objetivo de proteger al trabajador como débil jurídico que, a pesar de que los trabajadores con elevado poder de negociación no son débiles jurídicos, ellos reciban la misma protección que los trabajadores efectivamente en una posición débil³¹.

El segundo argumento apunta a lo injusto de que los trabajadores, a pesar de no ser realmente la parte débil, obtengan ventajas por no cumplir con las cláusulas de elección de foro y Derecho aplicable del contrato que ellos mismos acordaron en su momento. Si las partes de un contrato de trabajo con igual poder de negociación acuerdan unas cláusulas de elección de foro y de Derecho aplicable, ellos deberían respetar y cumplir tales compromisos contractuales salvo que exista una causa justificada. Si el trabajador no está en una posición débil, no existe una causa que justifique la desaplicación de las cláusulas contractuales de selección de foro y del Derecho, a favor de un foro y un Derecho no escogido por las partes. La injusta ventaja se hace evidente cuando el trabajador con elevado poder de negociación recibe una compensación adicional y no prevista en el contrato con base a un Derecho diferente de aquel que habían elegido las partes. Más aún, esta ventaja injusta podría significar importantes costos no previstos para los patronos. En efecto, los reclamos monetarios de este tipo de trabajadores están basados en su paquete remunerativo, que suele ser alto (*e.g.*, en el caso *Chunilal* comentado en la sección II.A la demanda fue por varios millones Dólares de los Estados Unidos de América,

²⁸ Carrasquero, Andrés, Trabajadores con elevado poder de negociación y Derecho aplicable a sus contratos: no se justifica restricción a la autonomía de las partes, en: C. Madrid (ed.), *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019, Tomo I, p. 55.

²⁹ Sobre el método del Derecho Internacional Privado para proteger al débil jurídico, ver Pocar, *La Protection de la Partie...*, ob. cit., p. 362.

³⁰ Similar ver en Batiffol, *Observations des Membres...*, ob. cit., p. 394; Morgenstern, Felice, *International Conflicts of Labour Law: a Survey of the Law Applicable to the International Employment Relation*, Geneva, International Labour Office, 1984, p. 19; Pommier, Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventionnel*, Paris, Economica, 1992, pp. 165-166.

³¹ Carrasquero, *Trabajadores con elevado...*, ob. cit., pp. 55-56.

basado en la alta remuneración que recibía el trabajador). Un resultado contrario a la parte que cumplió con los términos contractuales (*i.e.* el patrono) no parece justo en este tipo de casos³².

El tercer argumento se basa en otro objetivo perseguido por las normas jurídicas en materia contractual: seguridad jurídica. En efecto, muchas de las situaciones de movilidad de trabajadores de un país a otro involucran a trabajadores con elevado poder de negociación³³. Tanto los patronos como los trabajadores tienen una necesidad razonable de certeza en cuanto a sus derechos y obligaciones durante toda la relación de trabajo, independientemente de los países a los cuales los trabajadores son transferidos o desplazados temporalmente. Este interés común de ambas partes ha generado una práctica en algunas empresas de estandarizar los beneficios que reciben en cualquier país los trabajadores con elevado poder de negociación³⁴. Usualmente estos beneficios contractuales son más favorables para los trabajadores, compensándoles cualquier desventaja asociada al hecho de tener que vivir y trabajar en más de un país durante la relación de trabajo. En estos casos, la mejor manera de garantizar certeza a ambas partes sobre el foro y el Derecho aplicable sería mediante unas cláusulas de selección de foro y de Derecho aplicable sin la restricción a la autonomía de las partes que se aplica al resto de los trabajadores, debido a que esta restricción afecta negativamente la seguridad jurídica³⁵.

Conclusiones

Los trabajadores con elevado poder de negociación son una realidad. Si bien no son la mayoría de los trabajadores, lo cierto es que una parte de los contratos de trabajo internacionales involucra a este tipo de trabajadores. Su característica principal es que cuentan con posibilidad de negociar en igualdad de posición frente al patrono.

En el Derecho Comparado generalmente se restringe la autonomía de las partes para regular la jurisdicción y elegir el Derecho aplicable a los contratos de trabajo internacionales. Como explico en este trabajo considero que no se debería restringir la autonomía de las partes cuando se trata de un trabajador con elevado poder de negociación, ya que: 1) no hay realmente un débil jurídico que requiera protección; 2) la restricción puede generar ventajas injustas para la parte que incumple el contrato; y 3) la no restricción es conveniente debido a que brinda seguridad jurídica a las partes, al contar con mayor certeza sobre los tribunales que tienen jurisdicción para conocer de una eventual controversia así como cuál es el Derecho que rige el contrato.

³² Carrasquero, *Trabajadores con elevado...*, ob. cit., p. 56.

³³ Morgenstem, *International...*, ob. cit., p. 28; Palao, Guillermo, *Multinational Groups of Companies and Individual Employment Contracts in Spanish and European Private International Law*, en: *Yearbook of Private International Law*, 2002, Vol. 4, pp. 326 y 330.

³⁴ Similar ver en Palao, *Multinational Groups...*, ob. cit., p. 332.

³⁵ Carrasquero, *Trabajadores con elevado...* ob. cit., pp. 56-57.