

DT

REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO
CONVENIOS COLECTIVOS • EMPLEO PÚBLICO
PROCEDIMIENTO LABORAL • JUBILACIONES
Y PENSIONES • RIESGOS DEL TRABAJO

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

Multinacionalidad, multiculturalismo y zonas de frontera. Desafíos del derecho internacional del trabajo

Juan Manuel Lezcano^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho laboral internacional.— III. Caso de multinacionalidad: “Espinosa, Gustavo Carlos c/ Marítima Maruba SA (antes Maruba SCA) y otros s/ despido” (segunda instancia).— IV. Migración, multiculturalismo y zona de frontera.— V. Análisis normativo.— VI. Análisis del art. 3° de la LCT.— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo analizaremos la normativa vigente en la materia de multinacionalidad en cuestiones laborales. Es por lo mencionado que elegimos un método descriptivo y crítico sobre un caso, para posteriormente reflexionar sobre la regulación del DIPr Laboral, la norma nacional y las Convenciones de la OIT.

Así, también intentaremos comprender el desafío que la materia plantea el multiculturalismo en la zona de frontera objetiva actual de un número muy importante casos de migrantes y las soluciones que brinda los diversos derechos para los trabajadores de zona frontera.

Nuestro objetivo con este trabajo es profundizar el estudio del elemento extranjero, proporcionando un análisis sobre las especificidades de un contrato de trabajo en particular y las soluciones que al mismo brindan los sistemas en el tráfico jurídico internacional. Desde ya advertimos de nuestra parte un espíritu analítico y crítico respecto al caso, al comparar sus soluciones con los de otros sistemas jurídicos.

“Corresponde entonces, analizar individualmente las distintas fuentes materiales presentes

en el derecho internacional del trabajo. Así, en primer lugar y como fuente específica del derecho del trabajo encontramos los Convenios adoptados en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, que constituyen —desde la creación en 1919 del organismo como parte del Tratado de Versalles— el instrumento normativo propio de la Organización Internacional del Trabajo. Dichas normas pertenecen a la categoría de tratados, pero con características propias, entre las que se destaca el hecho de que se adoptan en asambleas tripartitas y no solamente gubernamentales” (1):

Por ello, partiremos para nuestro estudio del postulado de potenciar la búsqueda de criterios de justicia y razonabilidad desde las fuentes a utilizar que se relacionarán no solo con el derecho positivo argentino, interno y convencional, sino también con fuentes extranjeras e internacionales.

II. El derecho laboral internacional

Entendemos que en la materia lo central es el tema del conflicto espacial de leyes aplicables al contrato individual del trabajo, que contiene

(1) GUIBADO, Héctor C., "Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional", DT, 2012 (julio), 1675.

(*) Abogado. Doctor en Derecho (UNL-UCSF). Profesor titular/investigador (UCSF).

elementos extra nacionales, así su estudio teórico o de “laboratorio jurídico” se caracteriza por cuestiones vinculadas a la normativa de la OIT, al Derecho Administrativo del Trabajo, al Derecho Comparado.

Es por lo antes afirmado que el análisis de la génesis, creación— aplicación, juzgamiento, etc., del derecho laboral se efectúa mediante una doble óptica superpuesta con la que es dable examinarlo esto es desde el punto de vista publicístico y desde el punto de vista privado y que resulta imposible escindir los aspectos referidos (2).

Ya en 2004 el Máximo Tribunal *in re* “Milone, Juan A. c. Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo” [23] —del 26/10/2004— consideró de aplicación el Convenio n° 17 de la OIT —ratificado por nuestro país— que versa sobre las indemnizaciones por accidentes de trabajo, con fundamento en la disposición constitucional que reconoció jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna). Explica allí que los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el art. 14 *bis* de la CN se integraron a las disposiciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, que a su vez se incorporan y complementan con el mandato establecido en el art. 75 inc. 23 de la Carta Magna en cuanto asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales.

Del mismo modo el Alto Tribunal en autos “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes SA” del 04/06/2013, reitera la posición adoptada en el precedente “Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA” [25] del 01/09/2009 en cuanto afirmó que el trabajador constituye un sujeto de “preferente tutela constitucional” y explicó que el salario se encuentra protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como —entre otros— de numerosos instrumentos de origen internacional” (3).

(2) Es por ello por lo que no hablamos de dos ópticas alternativas, sino que admitimos que en la práctica las lentes con las que se analiza al derecho del trabajo resultan superpuestas.

(3) LOREDO, María S., “Las normas internacionales en el Derecho del Trabajo argentino”. En Línea en www.saij.gob.ar/IdSAIJ/DAFC200087.

Es en virtud de lo antes mencionado que se advierte a lo largo del desarrollo de la materia, algunas intromisiones a otros campos ajenos al derecho internacional del trabajo, pero que por razones de extensión del trabajo no abordaremos.

III. Caso de multinacionalidad: “Espinosa, Gustavo Carlos c/ Marítima Maruba SA (antes Maruba SCA) y otros s/ despido” (segunda instancia), 19/04/2016, TR LALEY AR/JUR/76465/2015

El caso de Gustavo Carlos Espinosa se inicia cuando presenta su demanda afirmando que fue entrevistado por las demandadas, en mayo del año 2012, para desempeñarse en un proyecto internacional; así en su demanda afirma que para julio de ese mismo año comenzó a trabajar en tal proyecto en las oficinas de Ciudad de Buenos Aires.

En su versión de los hechos, el afirma que habría viajado en julio y agosto de 2012 a Yakarta, Indonesia, para establecer los primeros contactos, hasta que en el viaje de septiembre de este en 2012 recibió de Bagnato un correo electrónico con el contrato que habría de ser firmado por PT Concepto Polo Indonesia por el cual el quedaba a cargo del proyecto.

Asegura, quien demanda que para ese momento contrajo el dengue, que por tal razón su actividad se interrumpió por dicha enfermedad, no tuvo el alta sino en diciembre, asegurando que estuvo abandonado a su suerte y que dejaron de pagarle desde tal momento el salario pactado.

Por lo antes, mencionado el actor reclama “últimos seis meses de salarios” (USD 7000 por cada mes), más el bono anual de seis salarios que se habría acordado, asimismo reclamo también las indemnizaciones de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y el art. 275 LCT (4).

Hope Funds SA y Enrique Juan Blaksley Señorans contestan la demanda negando los hechos que el actor invoca y solicitan el rechazo de la demanda. También responden Pro Ids SA y Alberto Javier Schmidt.

(4) Pretendiendo la reparación del daño moral, la reparación del daño material vinculada con la enfermedad que contrajo en Indonesia y la entrega de certificados correspondiente en los términos de la LCT.

Trabada la litis sostiene que se acordó el pago de una remuneración de USD 7000 mensuales para un desarrollo inmobiliario en Indonesia, aunque aclara que de esa suma USD 1000 habrían sido recibidos fuera de recibo.

El Juez de la primera instancia y consideró en base a la interpretación efectuada del art. 3° de la LCT, que como el actor prestó servicios desde 1997 en Europa y se encontraba radicado en la Ciudad de Génova, Italia, así por ello el conflicto debía dirimirse conforme la ley de dicho país y procedió por tal motivo al rechazo del reclamo.

El recurrente en segunda instancia sostiene que fue contratado en Argentina con fecha 23 de noviembre de 1988 por la codemandada Marítima Maruba SA, que desde 1988 a 2011 trabajó para los demandados, desde el 23 de noviembre de 1988 hasta enero de 1997 prestó servicios exclusivamente en Argentina y que desde entonces fue enviado a Italia como representante regional de la accionada

Es por el argumento antes mencionado que la Cámara revoca la sentencia de primera instancia y hace lugar a la demanda interpuesta por Gustavo Carlos Espino contra las demandadas, a quienes condeno a abonar al actor, dentro del quinto día de notificada y mediante depósito judicial (art. 277 LCT) la suma reclamada con más los intereses establecidos en el considerando respectivo y obligando dar el cumplimiento de la condena deberá integrarse con la entrega, dentro del plazo de cinco días, de los certificados previstos en el art. 80 de la LCT, bajo apercibimiento de astreintes lo que consideramos que es un interpretación acertada del ordenamiento nacional.

El caso reseñado se evidencia la complejidad y los aspectos centrales de la multinacionalidad de los contratos de trabajo, como así también como debemos interpretar la norma laboral de una manera particular en los casos internacionales.

IV. Migración, multiculturalismo y zona de frontera

En el presente apartado comenzaremos a analizar un concepto como el de las migraciones laborales tradicionales, a aquellas que han

sido habituales en el desarrollo histórico de provincias con Misiones, que tiene su mayoría de fronteras con países limítrofes como Brasil y Paraguay.

Estas son migraciones que tienen intención de insertarse laboral o económicamente en forma temporaria o permanente en el país de recepción. Generalmente se concreta en forma individual o en grupos familiares y los migrantes pueden tener o no tener un puesto de trabajo o una actividad lucrativa asegurada en el país donde pretenden asentarse; estacionales: son las migraciones vinculadas a actividades económicas con ciclos definidos, con requerimientos de mano de obra intensivo en períodos puntuales, entre ellas las cosechas regionales, la zafra y ciertas fases de la construcción caracterizada por el valor de la mano de obra.

Los trabajadores de temporada se constituyen quizá en la expresión más acabada de la migración estacional que se pueden dar en países vecinos como los mencionados.

Las formas de inserción laboral y las modalidades de contratación son diversas: contratación individual, por contingente, en comparsa o cuadrilla, a través de contratistas o en forma directa, muchas veces fuera del mercado laboral formal.

Debemos entender que los trabajadores migrantes complementan o sustituyen mano de obra local escasa, inexistente o no disponible durante los períodos intensivos de la actividad; fronteriza.

La particularidad de esos desplazamientos puede configurar el llamado fenómeno de la "doble residencia", que determina que los trabajadores residan en un país y trabajen en el otro, un ejemplo claro es el ejemplo de las ciudades de Posadas y Encarnación.

Cuando la inserción es de tipo informal, sea como asalariado, ejerciendo la venta ambulante o como comerciantes en establecimientos precarios, los movimientos dependen de factores culturales y económicos, como por ejemplo el tipo de cambio y/o los elementos culturales de los trabajadores.

Pero, además, hay un elemento cultural del trabajador migrante que debe ser considerado, ya que su trabajo, estudios y religión son algunos aspectos esenciales a la hora de pensar en cómo integrar a las personas extranjeras que llegan al país. Su propia identidad y cultura son una cuestión por lo menos a considerar para la posible solución de futuros casos que se puedan judicializar.

Por lo antes mencionado, la OIT luego de muchos años intentando conseguir el compromiso de los miembros logro que el 1 de Julio de 2003 entrara en vigor el "Convenio Internacional sobre la Protección de Derechos de los Trabajadores Migratorios", una propuesta que no terminaba de concretarse desde que la Convención de las Naciones Unidas en 1990 donde se instó a todos los Estados a adoptar medidas específicas para proteger a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares y para crear un marco jurídico y político que conlleve a la eliminación de su tráfico, trata y explotación, así como de todo tipo de manifestación de racismo, discriminación racial y de género, xenofobia e intolerancia en su contra.

Este instrumento es una herramienta fundamental para analizar las movilizaciones masivas de personas en zona de frontera y a los problemas inherentes a la globalización e integración regional en zonas como el Mercosur.

Esta Convención busca caracterizar una compleja trama de intereses comunes a gobiernos, empresarios y sindicatos, que dificultan la regulación y el interés en tomar medidas serias contra la subcontratación, los bajos salarios, las malas e intolerables condiciones laborales de trabajadores extranjeros en puestos peligrosos y difíciles.

V. Análisis normativo

Si bien su parte final (arts. 2594 a 2671) el Cód. Civ. y Com. regula las disposiciones de derecho internacional privado. Para los que hemos estudiado abogacía durante la vigencia del Código velezano nos representa una novedad, ya que la materia está al final de la carrera y vemos como lógico que se aborde su estudio una vez que se aprende el derecho privado.

Así siempre recordamos que el DIPri reglamenta actos, hechos o situaciones que hace un sujeto en su lugar de residencia y que luego tienen efectos en un Estado diferente o que, creados o constituidos en el extranjero, tienen efectos en su domicilio. Cuando las relaciones personales se concretan en un espacio nacional y extranjero, esa "vinculación" no se analiza solo con reglas de una ley nacional, sino que se incorpora la ley extranjera.

Esas circunstancias, vinculan jurídicamente a particulares y a dos o más derechos; de allí que las situaciones jurídicas reciban un trato especial. Así el art. 2595 del Cód. Civ. y Com., en su primera parte precisa cómo se debe aplicar un derecho nacional extranjero y dispone: "Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino".

La operación jurídica que se le impone a las/ los Juezas/ces en un caso internacional, revela que, aunque las partes lo aleguen y prueben el derecho nacional extranjero, en primer orden está su obligación de estudio oficioso.

Para Werner Goldschmidt los particulares tienen la facultad para invocar y aportar el derecho extranjero, por lo que se constituye una carga, pero es un deber del juez hacer un uso jurídico del derecho extranjero competente ya que está obligado a dictar una sentencia con el máximo grado de probabilidad que dictarían los tribunales del país cuyo derecho es aplicable (5).

Cabe sostener en supuestos puntuales de trabajos que tienen lugar en distintos ámbitos territoriales y extranjeros, y un punto de conexión contractual en nuestro país (en el caso el cumplimiento de las obligaciones de la empleadora, concernientes a la remuneración y a las cargas

(5) IÑIGUEZ, Marcelo, "El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial". En Línea en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-Derecho-Internacional-Privado-en-el-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-por-I%C3%B1iguez.pdf>.

sociales, tienen lugar en la República Argentina), la flexibilidad de los alcances del art. 3 LCT, no puede ser interpretado con rigidez en casos de múltiples lugares de ejecución o de desplazamiento de trabajadores para el lucro de la empresa situada en nuestro país, por lo que consideramos resuelto por la Cámara adecuadamente en el caso antes comentado.

VI. Análisis del art. 3° de la LCT

Cabe recordar el texto del art. 3° del LCT, después de la reforma introducida por la ley 21.297, solo contempla dos situaciones:

“a) La de los contratos de trabajo celebrado en el país o en el extranjero, pero cuando uno u otro se ejecutan en el territorio de la República Argentina, caso este en que sí rige nuestra ley (6).

“b) No otra solución nos da el art. 1210 del Cód. Civil derogado en cuanto establece que los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en el que debieron ser cumplidos” (7).

En suma, el art. 3° de la LCT es una norma que determina la vigencia del orden jurídico argentino o su desplazamiento por el derecho de extranjería y erige como base normativa el principio *lex loci executionis*.

En función de las particularidades que presenta el Derecho del Trabajo Internacional y su especial vinculación con las cuestiones en relación con la dignidad de la persona y los derechos humanos personalísimos, es que consideramos que toda interpretación normativa debe considerar las características antes mencionadas.

VII. Conclusiones

Del caso y las ideas que intentamos fundamentar entendemos que los supuestos de trabajos cumplidos en territorios de distintos

(6) Ver LÓPEZ, Juan, "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. U. de Misiones, 2003, 1ª ed., t. I, p. 40.

(7) Ver FERMÉ, "Derecho Internacional Privado del Trabajo", en VÁZQUEZ VIALARD, A. (dir.), Tratado de Derecho del Trabajo, t. 2, p. 885.

ámbitos territoriales, que tienen como punto de conexión la particularidad que el contrato se ha celebrado en nuestro país no corresponde admitir una interpretación restrictiva.

Vale decir, entonces, que en casos como el referido anteriormente —en el supuesto de verificarse la veracidad de sus dichos vertidos en el escrito de inicio— corresponde compatibilizar los principios publicistas del *lex loci executionis*, teniendo en cuenta también la importancia del lugar de la celebración del contrato como punto determinante del derecho aplicable, pues la flexibilidad de los alcances del art. 3 de la LCT.

Considero que es necesario una visión socio-cultural de la migración en zona de frontera en materia laboral, donde debe primar el principio de realidad con una visión multicultural.

Por último, se debe exhortar que las juezas/jueces ante un caso internacional debe considerar que cierto es que paulatinamente otras fuentes de derecho internacional emergieron a lo largo de estos últimos 30 años que hicieron hincapié sobre la particularidad de derechos laborales de los migrantes.

VIII. Bibliografía

ALONSO OLEA, Manuel, "Derecho del Trabajo", Madrid, 1985.

ÁLVAREZ DE MAGLIANO, María Cristina, "Apuntes sobre las transferencias de personal en las empresas multinacionales", DT 1981-B, 873.

BOGGIANO, Antonio, "Contrato internacional de trabajo", LA LEY, 1987-C, 773.

BRONSTEIN, Arturo S., "La aplicación de la ley nacional y de la ley extranjera en el derecho individual del trabajo: el caso de los empleados de las empresas multinacionales", LT XXXIII-663.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho Internacional Privado de fuente interna acerca del contrato de trabajo", Juris, Rosario, 24-25/03/1975.

IÑIGUEZ, Marcelo, "El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial". En Línea en <http://www.nuevocodigocivil.com/>

wp-content/uploads/2015/08/El-Derecho-Internacional-Privado-en-el-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-por-Integración.

FERMÉ, Eduardo, GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar y FERRANTE, Gustavo, "Jurisdicción y

Ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, nro. XIX, año 2010, ps. 135/190, Lerner Editora, Enrique, "Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones", Tea, Buenos Aires, 1950, t. I.