



Aspectos laborales relevantes del derecho migratorio

Nahuel N. Espinillo

Abogado (UCA). Maestrando en Derecho del Trabajo (UCES) y en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Univ. Austral). Diplomado en compliance y derecho penal (Univ. Austral). Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de San Isidro. Profesor invitado en la Maestría en Derecho del Trabajo (UCES) y en programa de actualización en “Asesoramiento Legal de Empresas” (UBA). Se desempeña como abogado en el Departamento de Derecho del Trabajo & Seguridad Social del estudio Bruchou, Fernández Madero & Lombardi.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Prestación de tareas por parte de trabajadores en situación migratoria irregular. Consecuencias prácticas de la prohibición.— III. Una situación cada vez más frecuente: las prestaciones transnacionales y los nómades digitales, desde el punto de vista laboral y migratorio.— IV. Los casos de migración corporativa. Aspectos prácticos.— V. Conclusión.

I. Introducción

El objeto del presente es analizar algunos aspectos laborales relevantes del derecho migratorio, en virtud de la íntima vinculación entre ambas ramas.

II. Prestación de tareas por parte de trabajadores en situación migratoria irregular. Consecuencias prácticas de la prohibición.

Existen diversas normas que establecen prohibiciones respecto a la prestación de tareas por parte de trabajadores que tengan una situación migratoria irregular.

Entre ellas cabe destacar que el art. 53 de la ley 25.871 dispone que: “Los extranjeros que residan irregularmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia”.

Asimismo, el art. 55 del mismo plexo normativo establece que: “ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente”.

En la misma inteligencia, el art. 1 de la ley 24.493, denominada “mano de obra nacional”, determina que: “La realización de trabajos en todo el territorio de la República Argentina, así como en las aeronaves, los buques y artefactos navales que enarbolan el pabellón nacional, será reservada exclusivamente a los ciudadanos argentinos nativos o nacionalizados y a los extranjeros habilitados por la Ley General de Migraciones para desempeñar tareas remuneradas, en adelante denominados “mano de obra nacional”.

No caben dudas de que la primera es una prohibición de tipo general y las últimas dos se encuentran dirigidas al empleador. Ahora bien, sin perjuicio de dicha distinción, la realidad es que la LCT regula este tipo de prohibiciones

en el art. 40, que establece que: “se considerará prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones. La prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador”.

De hecho, y no obstante lo afirmado en otros artículos, la propia Ley de Migraciones dispone, en un criterio idéntico que: “La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria” (1).

Es decir, la propia Ley de Migraciones dispone que la prohibición de tareas por parte de trabajadores en una situación migratoria irregular no releva al empleador de la obligación de cumplir con toda la normativa laboral y previsional. Ahora bien, ¿es posible que un empleador cumpla con estos requisitos? La respuesta es que no, puesto que resulta materialmente imposible registrar a trabajadores sin la correspondiente habilitación migratoria.

Recientemente, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendió que: “Si bien desde otro ámbito puede resultar reprochable el hecho de que la actora no haya regularizado su situación migratoria, lo cierto es que la misma demandada había tolerado la situación precaria de la trabajadora, ya que es ella misma quien articula como defensa el hecho de que se la contrató bajo la figura de una locación de servicios porque carecía de documentación de identidad de este país, por lo que no podía darle el alta como personal dependiente” (2).

Al respecto, cabe mencionar que, antes de la vigencia de la LCT, la situación

era distinta, en tanto el plenario 193 (3) concluyó que: “no es válido el contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero que reside en el país en infracción a la ley 17.294, sin perjuicio de su derecho a percibir la retribución por el trabajo cumplido”. Si bien el plenario no hacía referencia a las indemnizaciones de ley, va de suyo que al haber reconocido únicamente el derecho a percibir “la retribución por el trabajo cumplido”, estas no correspondían.

Como afirmé, actualmente no caben dudas de que la prohibición antes mencionada se encuentra dirigida al empleador (como lo dice la propia ley), por lo que esta situación “no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo” (4).

En efecto, la jurisprudencia es pacífica (5) al entender que la situación migratoria de un trabajador es irrelevante a los efectos de perseguir el cobro de las indemnizaciones legales correspondientes, dejando de lado el supuesto de dolo del trabajador. Algunos autores ponen como ejemplo el caso de que el trabajador falsifique sus documentos para engañar al empleador al momento de la contratación (6). No comparto el ejemplo, por cuanto dicho supuesto no conllevaría la declaración de nulidad de un contrato, sino que debería realizarse un despido con causa (7), por lo que sus efectos no serían “hacia el pasado” (8). Ello, sin perjuicio de las demás medidas de oficio que debería tomar el tribunal interviniente (9).

III. Una situación cada vez más frecuente: las prestaciones transnacionales y los nómades digitales, desde el punto de vista laboral y migratorio

No caben dudas de que la tecnología impactó fuertemente en la forma en que las personas prestan tareas, permitiendo que los efectos de un contrato

de trabajo se produzcan en un país distinto del que se encuentra el trabajador que los produce.

Esta nueva realidad, impensada al momento de la entrada en vigencia de la LCT, y su posterior modificación mediante el decreto 390/76, crea una serie de inconvenientes desde el punto de vista migratorio y laboral. Desde lo migratorio, cabe mencionar que personas, que pueden ingresar a un país con una visa de turista, mientras estén conectadas a internet, pueden estar trabajando y, en consecuencia, incumpliendo con el permiso de ingreso al país.

Desde la perspectiva laboral la cuestión (compleja, por cierto) se da respecto a la registración del eventual contrato de trabajo y el derecho aplicable a la relación. Sobre este último punto, el único artículo que la LCT le dedica al derecho internacional privado es el 3º, que dispone la aplicación del derecho argentino en la medida en que el contrato se “ejecute” en el territorio nacional.

La jurisprudencia, motivada por las nuevas realidades, fue actualizando la interpretación del concepto de “ejecución” (10), aplicando el derecho nacional a casos donde el trabajador prestaba tareas desde el extranjero (11), en la medida en que se cumplan ciertos requisitos, cuyo análisis escapa al presente.

Sobre la registración de contratos de trabajo cabe mencionar que la ley 24.241, que regula el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones [SIJP (12)], dispone la “incorporación obligatoria” a este de “Las personas que en cualquier lugar del territorio del país presten en forma permanente, transitoria o eventual, servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada” (13) y de “Las personas que en virtud de un contrato de trabajo celebrado o relación laboral iniciada en la República, o de un traslado o comisión dispuestos por el empleador, presten en el extranjero servicios de la natu-

raleza prevista en el apartado anterior, siempre que dichas personas tuvieran domicilio real en el país al tiempo de celebrarse el contrato, iniciarse la relación laboral o disponerse el traslado o comisión" (14).

Esto quiere decir que, independientemente del tipo de trabajo o la forma en la que el trabajador ingresó a Argentina, si este se encuentra físicamente en el país o comenzó su relación aquí para luego ser enviado al exterior, debe estar incluido en el SIJP (15).

De esta manera, la situación de los conocidos "nómades digitales" plantea un fuerte problema, por cuanto, con el régimen actual, no caben dudas de que este tipo de prestación de tareas sería trabajo no registrado por parte de la sociedad extranjera, a todos sus efectos (16).

En el supuesto contrario, es decir, la persona que presta servicios para una sociedad local desde el extranjero, paradójicamente (17) (o no tanto, si se analiza el régimen laboral argentino en su conjunto), la solución sería idéntica (18), puesto que la situación encuadraría en el art. 17 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, que regula las denominadas "prestaciones transnacionales" (19).

En conclusión, si el trabajador se encuentra en el país, es indiferente dónde se producen los efectos de su contrato de trabajo; y se aplica el régimen nacional. Por el contrario, si lo hace desde el extranjero para una sociedad local, para gran parte de la jurisprudencia también se aplica el régimen nacional, en virtud de una interpretación "amplia" del concepto de "ejecución" del mencionado art. 3 de la LCT. Desde la entrada en vigencia del RLCT, la solución está prevista expresamente en la ley; y se aplica el derecho nacional, salvo que el derecho del país donde se ejecuten las tareas sea más favorable (20).

IV. Los casos de migración corporativa. Aspectos prácticos.

Un caso cada vez más común es el de trabajadores que son enviados por la casa matriz de una sociedad multinacional, o con presencia en distintos países, a prestar tareas a alguna subsidiaria. Esto puede despertar algunas dudas respecto a la antigüedad, la irrenunciabilidad de los beneficios devengados con anterioridad al inicio de la relación en el país y la correcta registración del contrato.

Respecto al último punto, cabe destacar la diferencia entre la registración de la fecha de ingreso en los libros contables de la sociedad y el reconocimiento de la antigüedad devengada anteriormente, a todos sus efectos (eventuales indemnizaciones y prestaciones).

En efecto, en casos de cesión del contrato (21) o establecimiento (22), la doctrina y jurisprudencia (23) son pacíficas en entender que el empleador debe "reconocer al dependiente el tiempo de servicio anterior, a los efectos de todos los derechos o beneficios que la ley o el convenio colectivo gradúan en razón de la antigüedad; pero ello no significa que deba registrar el contrato desde una fecha previa a aquella en la que se hizo cargo del establecimiento.

Entendemos, entonces, que el adquirente cumple su carga registral si inscribe al dependiente en el libro especial desde la fecha en que empezó a trabajar para él, ya que no existe ninguna norma que obligue a anotarla con la fecha ficta, lo que importaría falsedad de los asientos, susceptible de ser sancionada" (24).

Si bien los casos de expatriados no son tan frecuentes como los anteriormente mencionados, la solución es idéntica, en tanto se entiende que la sociedad local no debe informar a la AFIP remuneraciones que no abonó (25) y tampoco registrar períodos en los que el trabajador no prestó tareas para ella (26). Esto, claro está, descartada la configuración de un supuesto de fraude (27) y sin perjuicio de la consideración de estos parámetros (antigüedad y remuneración), a los efectos del cálculo de las eventuales indemnizaciones por despido (28).

Otra cuestión a tener en cuenta, y que tiene soluciones contradictorias en la jurisprudencia, ocurre en los supuestos en que un trabajador argentino se vaya a prestar tareas a otra subsidiaria del mismo grupo económico. Digo que tiene soluciones disímiles, porque algunos tribunales entienden que el trabajador resulta ser empleado del grupo económico (29), por lo que se trataría todo de un único contrato de trabajo; mientras que otros entienden que se trata de relaciones distintas (30) y, por lo tanto, independientes entre sí.

Lo importante de esto, que en definitiva dependerá de las particularidades del caso concreto, es entender que el hecho de que un trabajador que prestó tareas en el país se vaya a vivir y trabajar al exterior no obsta a que con posterioridad (incluso después de muchos años) realice un reclamo y pretenda ser indemnizado de conformidad con el derecho argentino por un despido decidido por su empleador extranjero (31).

V. Conclusión

La irrupción de la tecnología y los cambios en la forma de vida de las nuevas generaciones requieren de la modernización de la normativa laboral y migratoria. En caso de continuar aplicando normas dictadas para responder a otra realidad, se corre el riesgo de que el país pierda im-

portantes oportunidades de crecimiento, al haberse quedado desactualizado respecto a la realidad negocial.

Lo grave de la situación es que esta desventaja comparativa no será ya respecto a países de la Unión Europea, sino incluso con los propios vecinos. Independiente de la valoración que le merezca a cada uno, Brasil ha ido actualizando su normativa laboral durante los últimos años (incluso regulando la situación de los nómades digitales, con la idea de atraer talento a sus fronteras), con el fin de modernizar sus relaciones de trabajo, al igual que lo han hecho otros países de la región, como Chile, que el 11 de marzo pasado dictó la ley 21.431 que regula el "contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicio" (reitero, independientemente de las consideraciones que a cada uno le merezca la regulación en particular).

Pareciera indudable que debemos generar trabajo genuino, sin desproteger a las personas que ya tienen trabajo (32). Serán los legisladores los que deberán encontrar la mejor manera de hacerlo.

Esperemos, por el bien del país, que lo hagan antes de que la ventaja comparativa que ya nos sacaron los países vecinos sea irrecuperable.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1066/2022

(1) Artículo 56, ley 25.871. (2) CNTrab., Sala VI, "Rivas, Vera Gilda c/ Laboratorios Beautemps S.A. y otro s/ Despido", 07/10/2014. En idéntico sentido: CNTrab., Sala IV, "Sánchez Almada, Eva Griselda c/ Montaña Valdés, María Natalia s/ Despido", 26/06/2013. (3) CNTrab., en pleno, "Nauroth y Echeagaray, Ricardo Hans y Otra c/ D'Onofrio, Nicolás O.", 07/09/1973, TR LALEY AR/JUR/1973. (4) Artículo 42, LCT. (5) Entre muchos otros, se pueden ver: CNTrab., Sala IX, "Wallace, Jennifer Christine c/ Diago Argentina S.A. s/ Despido", 23/06/2016; CNTrab., Sala VI, "Rivas, Vera Gilda c/ Laboratorios Beautemps S.A. y otro s/ Despido", 07/10/2014; CNTrab., Sala IV, "Sánchez Almada, Eva Griselda c/ Montaña Valdés, María Natalia s/ Despido", 26/06/2013; CNTrab., Sala V, "Valdivia Pomar, Ihosmany c/ Prodeva S.A. s/ Despido", 13/10/2011; CNTrab., Sala II, "Benítez Zarza, Ramón Alejandro c/ Casas, Jorge Antonio s/ Despido", 22/09/2011; CNTrab., Sala II, "Ortiz Ramírez, Eugenio c/ Céspedes, Alan Joel s/ Despido", 12/10/2010. (6) OTERO, Ana María, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", Ed. La Ley, 2013, 2ª ed., p. 521. (7) CNTrab., Sala IV, "Barrios Báez, Joel c/ Distribuidora Cuenca S.R.L. s/ Despido", 10/06/2013, respecto a un despido por vencimiento de la residencia precaria. (8) En tal sentido, se puede ver: CNTrab., Sala IV, "Sánchez Almada, Eva Griselda c/ Montaña Valdés, María Natalia s/ Despido", 26/06/2013. (9) Al respecto, se recomienda: CNTrab., Sala II "Angulo, Calixto Marco Antonio c/ Ruiz Díaz, Julio Ramón y Otro s/ Despido", 16/08/2018, donde se resolvió un incidente de nulidad interpuesto por uno de los demandados, quien sostuvo que el trabajador que inició una demanda en su contra había falsificado su documentación personal, por cuanto al momento de presentarse al cobro del giro judicial correspondiente presentó una distinta a la que había presentado al momento de iniciar la demanda, por lo que además puso en duda que se trate de la misma persona. Sin perjuicio de rechazar el incidente de nulidad al concluir que la persona que inició el expediente era la misma que se había presentado al cobro del giro judicial, el juez de primera instancia (en un decisorio confirmado por la Cámara) resolvió correrle vista a la Justicia penal, a fin de que investigue la comisión de un delito por parte del trabajador. (10) Sobre el particular, se puede ver: ESPINILLO, Nahuel "Interpretación del artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo en la jurisprudencia actual", DT 2019 (mayo), 1057, TR LA LEY AR/DOC/498/2019; SIRIMARCO, Sebastián "Fraude a la ley laboral argentina en el contrato internacional de trabajo", DT 2021 (septiembre), 138.

TR LALEY AR/DOC/2470/2021 y; BETEMPS, Enrique, A. "Contratación Laboral Internacional", LA LEY 05/08/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2207/2021. (11) Entre muchos otros, se recomienda: CNTrab., Sala VIII, "Morales Pérez Dumas, Leonardo c/ LS4 Radio Continental SA s/ Despido", 13/03/2015. (12) Denominado "Sistema Integrado de Previsional Argentino" ("SIPA") por la ley 26.425. (13) Art. 2, inc. 5. (14) Art. 2, inc. 6. (15) A idéntica conclusión se arriba en BETEMPS, Enrique, A. "Contratación Laboral Internacional", LA LEY 05/08/2021, 1, TR LA LEY AR/DOC/2207/2021. (16) Ello, sin perjuicio de reconocer las dificultades para la notificación de la demanda (aunque podría realizarse en el domicilio de una subsidiaria local o de un representante legal de la sociedad extranjera, según el caso) y su eventual ejecución en el extranjero, en el supuesto de que no haya bienes en el país. (17) Este fue uno de los puntos más criticados de régimen del contrato de teletrabajo por parte de la doctrina, por ejemplo ver: FUNES DE RIOJA, Ignacio, "Régimen legal de Teletrabajo", LA LEY 14/04/2021, TR LALEY AR/DOC/882/2021; PICO, Jorge - DILLON, Nicole, "Comentarios preliminares a la regulación del teletrabajo", DT 2021 (enero), 53, TR LA LEY AR/DOC/3644/2020 y FOGLIA, Ricardo "Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo", punto XI, LA LEY, 2020-E, 464, TR LA LEY AR/DOC/2928/2020; DE DIEGO, Julián Arturo, "Régimen legal del teletrabajo para trabajadores dependientes", Erreius, 2020, 1ª ed., p. 280. (18) En mi opinión, antes de la sanción del RLCT, la solución era idéntica, y así lo expusimos en: AQUINO, Claudio - ESPINILLO, Nahuel "El teletrabajo en Argentina. Comentarios sobre la ley 27.555, un fenómeno de visos tecnológicos con alcance jurídico y contractual", TR LALEY AR/DOC/892/2021. (19) Al respecto, se recomienda: BETEMPS, Enrique, A. "Contratación Laboral Internacional", LA LEY 05/08/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2207/2021 y; KELLY, Diego S. - GUA- LA, Martín E. "Prestaciones transnacionales y teletrabajo", TR LALEY AR/DOC/896/2021. (20) Art. 17, ley 27.555. (21) Art. 229, LCT. (22) Art. 225, LCT. (23) Entre muchos otros: CNTrab., Sala VIII, "Castro, Andrea Viviana c/ Citibank N.A. s/ Cert. Trabajo Art. 80 LCT", 30/09/2021. (24) GUISADO, Héctor César, "La transferencia del contrato de trabajo", Erreius, 2020, 1ª ed., ps. 82/3. (25) Conforme: CNTrab., Sala II, "Bardessono, Guillermo Marcelo c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ Despido", 23/03/2017. (26) Conforme: CNTrab., Sala IX, "Blair, Gordon Andrew c/ Novartis Pharmaceutical Corporation y Otro s/ Despido" 27/12/2021. (27) Conforme: CNTrab., Sala V, "Cristóbal, Guillermo Adrián c/ AB Mauri Hispanoamérica S.A. s/ Despido", 14/10/2021; CNTrab., Sala VII, "Espinosa, Gustavo Carlos c/ Marítima Maruba S.A. (antes Maruba SCA) y Otros s/ Despido", 22/12/2015; CNTrab., Sala VIII, "Bressan, Bruno c/ EMC Computer Systems Argentina S.A. y Otros s/ Despido", 22/05/2012 y; Dictamen del Fiscal General ante la CNTrab., Dr. Eduardo Álvarez, transcripción en PGN, "Federación Argentina Sindical del Petróleo y Gas Privados y Otro c/ Total Austral Sociedad Anónima y Otro", 30/03/2000. (28) Al respecto, se recomienda, entre muchas otras: CS, "Parra, José María c/ Nestlé Argentina S.A. s/ Despido", 26/08/2017 y las sentencias dictadas por la CNTrab., Salas I (11/06/2014) y IV (29/06/2018); CNTrab., Sala II, "Chababo, Patricio Jaime c/ Shell C.A.P.S.A s/ Otros Reclamos - Gratificación", 12/06/2019; CNTrab., Sala IX, "Gil Bueno, José María c/ Synapsis Argentina S.R.L. y Otros s/ Despido", 09/11/2017; CNTrab., Sala VIII, "Torres, Gustavo David c/ Ibermática Software Factory S.A. y Otros s/ Diferencia de Salarios", 30/12/2015; CNTrab., Sala VII, "Argento, Sergio Hugo c/ YPF S.A. s/ Despido", 16/12/2015 y; CNTrab., Sala VIII, "Bressan, Bruno c/ EMC Computer Systems Argentina S.A. y Otros s/ Despido", 22/05/2015. (29) Entre muchas otras: CNTrab., Sala VI, "Müller, Klaus c/ Casa Denk Aceros Boehlerit S.A.C.E.I s/ Despido", 30/09/1985; CNTrab., Sala VIII, "De Nevares, Alejandro c/ Citibank NA s/ Despido", 14/05/2021; CNTrab., Sala I, "Gómez Pereira, Wilson Orosman c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Despido", 20/11/2020; CNTrab., Sala VII, CNTrab., Sala IX, "Gil Bueno, José María c/ Synapsis Argentina S.R.L. y Otros s/ Despido", 09/11/2017; CNTrab., Sala X, "Guevara, Daniel Alberto c/ Degremont S.A. y Otros s/ Despido", 15/03/2017; "Argento, Sergio Hugo c/ YPF S.A. s/ Despido", 16/12/2015 y; CNTrab., Sala VIII, "Bressan, Bruno c/ EMC Computer Systems Argentina S.A. y Otros s/ Despido", 22/05/2015; CNTrab., Sala I, "Parra, José María c/ Nestlé Argentina S.A. s/ Despido", 11/06/2014. (30) Entre otras: TTrab. Nro. 6, San Isidro, "García Maglione, Martín Oscar c/ Nestlé Argentina S.A. s/ Despido", 16/09/2014, confirmada el 28/06/2017 por la SC Buenos Aires; CNTrab., Sala IV, "Brooke, Michael David c/ BSI Inspectorate de Argentina S.A. y Otros s/ Despido", 27/04/2012; CNTrab., Sala II, "Krautmann de Portaro, Berta c/ Instituto Goethe Buenos Aires s/ Despido", 20/06/2001. (31) Entre muchas otras: CNTrab., Sala VIII, "De Nevares, Alejandro c/ Citibank NA s/ Despido", 14/05/2021; CNTrab., Sala VII, "Espinosa, Gustavo Carlos c/ Marítima Maruba S.A. (antes Maruba SCA) y Otros s/ Despido", 22/12/2015; CNTrab., Sala V, "Carrillo, Ricardo César c/ Inversora de Eventos SA y Otros s/ Despido", 28/05/2010. (32) Sobre esta cuestión, se recomienda: FUNES DE RIOJA, Daniel, "El tope por despidos y sus diversos impactos", Sup. Especial LA LEY 2004 (septiembre), 16/09/2004, TR LALEY AR/DOC/2133/2004.