

Para ser presentado en la Sección de DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
“JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE RELACIONES
LABORALES TRANSFRONTERIZAS Y SUS IMPLICANCIAS EN LA
SEGURIDAD SOCIAL”.

Título: *Orden Publico Internacional y Orden Publico de la Seguridad*
Social internacional

Autor: *Paola Brandolini y Juan Carlos Carretero*

Procedencia: *Universidad Nacional de La Matanza*

Introducción:

El tema del contrato de trabajo transfronterizo, tiene relación con varias situaciones, que consisten en las diversas posibilidades de contratación laboral que pueden generar eventuales conflictos de leyes en el espacio, por la presencia de algún elemento extranjero¹, capaz de producir dudas en cuanto a la aplicabilidad de una o mas legislaciones nacionales. Se trataría de problemas típicos de Derecho Internacional Privado del Trabajo.-

Los elementos extranjeros que permiten internacionalizar la relación de trabajo son la nacionalidad o el domicilio del trabajador, el domicilio del empleador, el lugar de sede de la empresa, el lugar de prestación de los servicios y el lugar de celebración del contrato.-

A tal efecto podría decirse que se presentan cuatro modalidades esenciales de conflicto²: a) Un trabajador extranjero contratado por un empleador nacional para

¹ MEYER RUSSOMANO, Gilda Maciel . Direito Internacional Privado do Trabalho

² MEYER RUSSOMANO, Gilda Maciel . Direito Internacional Privado do Trabalho Pág. 93

prestar servicios en el territorio nacional; b) Un trabajador extranjero contratado por un empleador extranjero para trabajar en el territorio nacional; c) Un trabajador nacional contratado por un empleador extranjero para prestar servicios en el extranjero; d) Un trabajador nacional contratado por un empleador extranjero para prestar servicios en el territorio nacional.

El derecho laboral argentino, en cuanto a derecho aplicable al contrato de trabajo establece que se aplicará el derecho del país donde deba ejecutarse el contrato³. Y analizando la estructura de la norma indirecta, en su característica negativa de la consecuencia jurídica, se ubica el límite de aplicación del derecho extranjero -el orden público internacional argentino-, con una característica particular, tanto la de la relación laboral en sí misma entre empleado y empleador, como la relación jurídica previsional es decir aquello que tiene que ver con la seguridad social.-

Esto nos indica que hay dos temas que merecen ser analizados en particular:

***Orden público Internacional en el contrato de trabajo**

***Orden público en la Seguridad Social Internacional**

Orden público internacional en el contrato de trabajo

El derecho del trabajo posee una serie de disposiciones de carácter imperativo que las partes del contrato de trabajo no pueden dejar sin efecto en la celebración o no respetar en la ejecución de las respectivas prestaciones.

Estas normas funcionan plenamente con respecto al contrato de trabajo interno y al contrato internacional que se ejecuta en la República.

Sin embargo es necesario plantearse si cuando el contrato es ejecutado en el extranjero tales disposiciones pueden ser desplazadas.

Según nuestro entender la respuesta es sí. Analizando estas disposiciones “imperativas”; podemos inferir que se trata de “disposiciones” de orden público interno, que difiere por

³ Véase Ley 20744 art3.

definición del orden público internacional argentino, que como sabemos es el conjunto de principios que tiene la sociedad en un momento determinado y que no esta dispuesto a resignar. Si el derecho internacional privado es el derecho de la tolerancia a la incorporación del derecho extranjero en la solución de nuestros conflictos, el orden público internacional viene a ser el limite a esta incorporación.-

Por eso en el ámbito del contrato de trabajo existe un serie muy grande de principios de orden público internacional que gobiernan tal relación. Cuestiones tales como salario mínimo, descanso periódico (semanal y anual), horario limitado de la jornada laboral, limitaciones cuantitativas y cualitativas al trabajo del menor y de la mujer, respeto a los ciclos vitales de la mujer.

No se identifican en sí mismos como principios de orden público pero obviamente se inspiran en ellos.-⁴Resumiendo los conceptos antes vertidos el derecho extranjero no se aplicará cuando esta viole dichos principios.

Al lado de estos principios de orden público internacional funcionan una serie de “normas imperativas”, algunas de las cuales también tienen trascendencia internacional. Analizando en forma más minuciosa el contenido de estas normas imperativas, se pueden distinguir dos tipos de disposiciones:

- a) Normas de Dirección: que operan en forma de unilateral y que no son intercambiables con la de otro país en la regulación de un caso concreto. El juez esta obligado a aplicar la norma de Dirección del foro en aquellos contratos en que se aplique el derecho local y aún en los casos en que su norma indirecta indica como aplicable el derecho extranjero pero por alguna cuestión especial la solución del conflicto debe darse en la República.
- b) Normas que se dirigen a la protección laboral y que tienen como objetivo un resguardo mínimo del trabajador. Dichas normas funcionan como un “piso” que

⁴ MENICOCCI Alejandro Aldo, El contrato Individual de Trabajo : Calificación, ley aplicable, orden publico y jurisdicción . pág. 11

no pueden ser disminuido por los términos del contrato o por la ley extranjera y en tal carácter podríamos entender que son principios de orden público internacional y no normas imperativas. No funcionan unilateralmente ya que el sistema jurídico extranjero puede asegurar esta protección mínima o “piso” a través de otros institutos, tan respetables como los dispuestos en el Derecho Argentino. En definitiva no será necesario tener en cuenta el derecho del foro cuando al contrato de trabajo se aplica el derecho extranjero y este asegura un marco de respeto al dicha protección

Dentro del análisis de estas normas conviene hacer una salvedad respecto de la normas de dirección, de no confundirlas con las normas de policía.

Las normas de policía son especiales en el sistema normativo del Derecho Internacional Privado. Desplazan por ello a las normas de conflicto generales y, por lo tanto, excluyen absolutamente la posibilidad de la aplicación del derecho extranjero en el aspecto que rigen. Son normas excluyentes de toda otra regulación.⁵

La norma de policía presenta una estructura de una norma de conflicto unilateral e inderogable, que remite al Derecho propio exclusivamente. No hay lugar para el derecho extranjero ni para la autonomía de las partes⁶

Muchas veces se confunden las normas de dirección con normas de policía. La doble indemnización en caso de distracto laboral, que persigue mitigar temporariamente el desempleo circunstancial ante cambios estructurales del orden económico es un caso típico de norma de dirección. No se dirige a la protección del trabajador en sí mismo sino al orden social en general.

Es este tipo de norma que tiene que ver mas con la realidad política, social o económica de un estado en un momento determinado.

⁵ BOGGIANO Antonio. Derecho Internacional Privado Tª 1 pág. 526

⁶ Véase Art 604 Ley 20.094

Hasta aquí las cosas una vez analizados los distintos tipos de normas, habiendo diferenciado las normas de policía y de orden público, podemos ensayar una definición de Orden Publico Internacional Argentino en cuestiones del contrato de trabajo basándonos en definiciones generales como la del Dr Zuccherino “ ... *Conjunto de principios, expresamente determinados por un ordenamiento jurídico, que limitan la voluntad de sus nacionales y domiciliados, sino que además impiden la aplicación de la legislaciones extranjeras que no se compadezcan con tales principios...*”⁷ o la del Dr Boggiano “,, *Los principios del derecho argentino actúan como clausula de reserva frente a las soluciones del derecho extranjero...*”⁸ , que se dirige fundamentalmente a asegurar la dignidad en los aspectos sociales, culturales y económicos del trabajador en parte por la inferioridad de condiciones que se encuentra en el contrato de trabajo, cuestión esta que va mas allá de los intereses de los Estados .-

En este sentido se podemos citar las normas que así lo contemplan:

En el orden interno

- Art. 14 bis de la Constitución Nacional
- Art. 75 inc 22) de la Constitución Nacional (Los tratados de Derechos Humanos con jerarquía Constitucional)
- Art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo

En el orden Internacional

- Art. 6 de la Convención Americana de los Derechos Humanos
- Art. 6 de la parte III del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales
- Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo.

Orden publico en la Previsión Social Internacional

⁷ ZUCCHERINO Ricardo Miguel, Derecho Internacional Privado Pág. 150

⁸ BOGGIANO Antonio Óp. Pág. 502

Hay casos en los que las leyes no resuelven todas las relaciones que puedan existir en cuanto a la Seguridad Social internacional por lo que deben crearse normas internacionales para regular las situaciones de ciudadanos con un país extranjero. Así surgen los tratados internacionales en materia de Seguridad Social y aparecen dos tipos: Los de coordinación, que intentan evitar conflictos entre las leyes de los diferentes países y los de armonización que tratan de establecer modelos de aplicación; de ambos tipos integrativos surgen una serie de textos internacionales.

Como para citar algunos ejemplos a través de la historia:

- En 1942 la Carta del Atlántico entre Roosevelt y Churchill; comenzaron a negociar sobre la necesidad de normas para llegar a un estado de bienestar de todos los países. Se habla ya de promover la Seguridad Social como símbolo de progreso económico de los distintos estados. Se convierte en tratado en el año siguiente, en 1942.
- En 1944 se produce la Declaración de Philadelphia, en el seno de la OIT, es una de sus conferencias. Se dice que deben darse medidas de protección gestionadas por el estado para todos los ciudadanos que comprenden todas las contingencias que dañen al ciudadano, que le provoquen situación de necesidad.
- En 1952, el Convenio 102 de la OIT “Relativo a la norma mínima sobre Seguridad Social”. Este sirve de modelo a futuros tratados de la legislación europea y de los diferentes países. Regula ya las distintas prestaciones que debe recoger un sistema de la Seguridad Social. Es coordinadora, establece criterios para resolver conflictos de leyes entre varios países y también es armonizadora porque fija modelos a seguir por los países firmantes.
- En 1948, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU en el art. 22 dice que toda persona en cuanto que es miembro de una sociedad tiene derecho a la Seguridad Social y en su art. 25 desarrolla quien tiene derecho a la Seguridad Social “ *Es el derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su*

salud, su bienestar y el de su familia especialmente de alimentación, vestido, vivienda, cuidados médicos y servicios sociales necesarios, tiene derecho a la seguridad social en caso de accidente, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y en cualquier otro caso de pérdida de los medios de subsistencia a causa de circunstancias independientes a su voluntad.”

- En 1953, el Acuerdo Provisional Europeo con exclusión de los regímenes de vejez, invalidez y supervivencia. Hecho en el Consejo de Europa, es una norma coordinadora porque fija bases para resolver conflictos de leyes generados por el desplazamiento de ciudadanos por diferentes países. Los nacionales de cualquiera de los estados firmantes se benefician de todos aquellos tratados que firmen por su parte dos países que también hayan firmado este.
- En 1961 con la Carta Social Europea, también en el seno del Consejo Europeo; es armonizadora. Ya prevé dos niveles de prevención, uno asistencial y otro contributivo, diferencia entre prestaciones para todos los ciudadanos y otras solo para los que aporten.
- En 1964 el Código Europeo de la Seguridad Social, también en el Consejo Europeo y también armonizadora que tiene por objeto perfeccionar el Convenio 102 de la OIT.
- En 1972 el Convenio Europeo de la Seguridad Social para aclarar un artículo de la norma anterior, el art. 73, quedando como norma coordinadora porque busca la igualdad de trato con los que provienen de otros países.
- En 1972 la Declaración de Buenos Aires, se celebra en la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social con sede en Madrid para la coordinar los organismos administrativos de la Seguridad Social de los países miembros para poner en común experiencias e intentar armonizar legislaciones.

En nuestro país en materia de convenios bilaterales por las contingencias a la vejez e invalidez podemos citar.

- Convenio del MERCOSUR: Los trabajadores que habiendo prestado servicio en dos estados integrantes del bloque y no tuvieran reunido el derecho a las prestaciones, podrán computar los servicios prestados en otro Estado que hubiera celebrado convenio bilaterales o multilaterales de seguridad social con cualquiera de los estados partes.
- Convenios bilaterales con clausula de reciprocidad celebrados con España , Chile, Brasil, Uruguay, Italia, Grecia, Portugal y Colombia.-

Estos convenios bilaterales o multilaterales organizan la armonización y coordinación de la seguridad social en el ámbito internacional.-

Justificando la coordinación de manera tal que los ciudadanos puede desplazarse laboralmente por los diferentes países, y una vez que sale de su país, la legislación de este país no la va a ser aplicable porque entabla relaciones con otras legislaciones de otros países, con lo que entran en conflictos varias normas, en este caso de Seguridad Social.

La solución a ese conflicto debe ser un acuerdo bi- o multilateral entre los estados implicados, ese acuerdo constituye un tratado internacional:

Lo primero que se hace es determinar cuál es el derecho aplicable, la de que lugar, por medio de un punto de conexión (que puede ser el último lugar en el que ha aportado, o en el que más ha aportado, etc,) según lo que para cada tratado se establezca.

La armonización es cuando se establecen modelos comunes en Seguridad Social para que los estados firmantes lo sigan y tengan así en ellos un modelo básico para fijarse y por el que regirse.

Existe una serie de principios reconocidos por el derecho internacional que son fundamentales porque están admitidos por todos o casi todos los países:⁹¹⁰¹¹

⁹ OIT convenio N°102 .Instrumentos relativos a la Seguridad Social

¹⁰ OIT Convenio N° 168 Normas mínimas de Seguridad Social

¹¹ OIT Recomendaciones N° 67 y 69 Sobre seguridad en los medios de vida y asistencia medica

El principio de igualdad de trato que se refiere a que no debe darse diferentes prestaciones ni establecer diferentes requisitos para ciudadanos de distintos países.(discriminación)

El principio de unicidad de la legislación aplicable que establece que en todos los tratados internacionales se establezcan los criterios para determinar cual es el derecho que se debe aplicar al entrar en conflicto y será siempre solo una de ellos.

El principio de los derechos adquiridos o vías de adquisición establece que un ciudadano tiene derecho a que en un país sean mantenidos sus derechos adquiridos en otro país distinto.

El principio de supresión de cláusula de residencia que establece que para tener derecho al percibo de prestaciones; que cuando una persona es beneficiaria de la prestación en un país, no lo pueden obligar a residir en uno determinado, a no ser que la residencia sea un requisito necesario para tener derecho a la prestación por formar parte de la prestación laboral.

Entonces cuando se plantea esta situación que implica la intervención del orden jurídico en materia de seguridad social de distintos países, la solución es acudir a un tratado internacional que implique a los países en cuestión, tras esto, se examina y especifica la ley competente de todas las que entran en conflicto y para determinar esto se acude al punto de conexión que para cada caso dirá cuál es ese derecho aplicable. También, este derecho nos dirá el órgano al que tendremos que ir a solicitar la prestación, determinando los requisitos y condiciones para acceder a ella y además la cuantía.¹²

Cuando se trate de prestaciones económicas derivadas de las contingencias vejez o invalidez; o las derivadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional hay que tener en cuenta dos reglas,

¹² Véase art 17 ley 24.241.-

Totalización de los periodos aportados: Cualquiera que sea el país cuya legislación haya sido declarado competente, debe computar todos los años que haya aportado en los diferentes estados.

Prorrata Temporis: Una vez que un Estado haya sido declarado competente, el pago de la prestación lo abona ese Estado, pero el Estado que no ha sido declarado competente deberá abonar al país la parte proporcional por los años aportados en su estado por esa persona.-

Para desarrollar el tema nos imaginamos un caso:

“Que pasaría si un argentino, con domicilio en la República Argentina, celebra un contrato de trabajo con una empresa multinacional para realizar tareas en un estado no integrante de la Organización Internacional del Trabajo que no tiene convenios celebrados con nuestro país con respecto a las contingencias vejez e invalidez., contrato a través del cual la empresa le abona un importe adicional compensatorio, destinado a conformar los aportes para la seguridad social, que el trabajador se compromete a realizar en el país que resulte mas conveniente a sus intereses, entre el de la celebración y el de la ejecución del contrato.-

El caso planteado no contraría el Orden Publico Internacional Argentino en materia laboral, toda vez que se tutela la dignidad del trabajador; en aspectos como la extensión de la jornada laboral, los descansos diarios, semanales y anuales.

En el caso de existir un conflicto en materia de Seguridad Social entre estados donde no exista convenio tal como se da en el ejemplo: Cuál es el Estado donde debe aportarse?

En el Estado donde se ejecuta el contrato (extranjero) o en Estado donde se celebró el contrato (República Argentina); o en ambos?,. Y en este ultimo caso el doble aporte no violaría el valor de lo justo,¹³ y lo Justo no es un principio buscado por el derecho en toda su amplitud contextual?

¹³ GOLDSMITH, Derecho Internacional Privado , Dimensión Dikelogica. Defnición-

