

De Broadway a la Av. de Mayo.  
*I Love New York!*

Ejercicio abusivo de *ius variandi*. Repatriación y régimen de expatriados. Una indemnización exagerada de \$2.064.887,86.  
Análisis del caso *Banco Nación*.



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director académico

---

## De Broadway a la Av. de Mayo. *I Love New York!*

Ejercicio abusivo de *ius variandi*. Repatriación y régimen de expatriados. Una indemnización exagerada de \$2.064.887,86. Análisis del caso *Banco Nación*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el <b>CEDEF Law &amp; Finance</b> .
--

### **Abstract.**

El caso BNA que estamos analizando debe llamarnos la atención pues trata sobre una modalidad muy particular de contratación de personal en relación de dependencia: *los empleados expatriados*.

Se trata de una relación laboral de más de 20 años de antigüedad correspondiente al área de banca internacional donde un empleado contratado por el BNA cumplió funciones en diferentes oficinas comerciales de esta entidad financiera. El empleado desempeñó cargos en las oficinas de Londres, Miami y Nueva York siendo éste su último destino.

La particularidad de la relación contractual motivó la firma de un contrato laboral ad hoc entre empleado y empleador como así también un régimen administrativo interno específico pues la contratación, destino, movilidad y despido de este personal “calificado” se decidía a nivel de directorio del BNA.

Unos meses previos a la fecha de vencimiento del contrato laboral bajo régimen de expatriados el empleador notificó al empleado el despido con causa fundada en abandono de tareas. El empleado se habría ausentado de su puesto acusando cierta enfermedad.

Vale la pena recordar que previo al distracto el BNA había informado al empleado la decisión de repatriarlo a las oficinas de Buenos Aires. Aquel alegó imposibilidad de cumplir con la repatriación precisamente por la enfermedad que estaba padeciendo. Ante la negativa a regresar a la Argentina y el abandono injustificado del puesto laboral el empleador optó por la rescisión con causa del contrato laboral.

El caso resulta muy interesante pues presenta un voto en disidencia. A nuestro modo de ver el voto más ilustrado y sensato en términos jurídicos.

El caso trata y analiza el ejercicio del derecho del *ius variandi*. La mayoría entendió que aquel derecho había sido ejercido en forma abusiva por el BNA. El costo transaccional de la decisión de repatriar y rescindir el vínculo fue de \$2.084.887,86.

Un costo de salida demasiado elevado como para no prestar atención a este caso.

Esperamos sea de utilidad. A continuación nuestra explicación del caso:

## **I. El caso Banco Nación (CNT. 9 de abril 2010)**

### **A. Los hechos:**

Una breve descripción gráfica de los hechos con sus respectivas notas aclaratorias para una mejor comprensión.



1. Hasta 1978 se desempeñó en la sucursal La Plata hasta cubrir el cargo de Gerente de Comercio Exterior.
2. 1978 - 1980 adscripto a la gerencia de la sucursal de Londres.
3. 1980 – 1985 se lo traslada a NY.
4. 1985 – 1995 se lo traslada a Miami.
5. 1995 se lo traslada a la sucursal NY.
6. 2003 el BNA decide repatriarlo.

BNA comunicada al empleado la decisión del traslado. El empleado notificó que se encontraba imposibilitado de cumplir tareas en virtud de su estado de salud. Se sometió al control médico efectuado por el BNA en NY. BNA cursa la siguiente intimación “intimamos plazo de 7 días ocupe puesto en su nuevo destino (Bs As), bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo (CD 5/5/04). El empleado expresamente la rechazó en estos términos: “el traslado dispuesto en forma unilateral, implica un ejercicio abusivo del *ius variandi*. Solicito se rectifique la medida tomada bajo apercibimiento de considerarme despedido vuestra exclusiva culpa”

13.01.2005: Se produce el distracto laboral.

Contrato de trabajo (2003).

Se estableció como fecha de vencimiento el 4 de junio de 2006.

Art. 66 LCT: Los cambios impuestos por el empleador no pueden importar un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alterar modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material o moral al trabajador

A. Reclamo de Rey: Indemnización por despido sin causa.

## II. Criterio de la sala.

### Voto del Dr. Zas.

1. Ejercicio abusivo del *ius variandi*: El BNA no adujo causales de la modificación implementada y no produjo prueba alguna al respecto. Esta circunstancia sella la suerte del reclamo.

2. Perjuicios para el empleado: Resultan claros los perjuicios morales y materiales que el traslado le irroga al empleado. No sólo dejaba de percibir el “complemento por ubicación geográfica” sino que, además, dado el estado de salud que ostentaba y aún cuando efectivamente pudiera continuar con atención médica en la Argentina, lo cierto es que necesariamente debía dejar de atenderse con su médico de cabecera y en los lugares donde solía recibir atención médica sin que la empleadora hubiera invocado una razón objetiva para repatriarlo.

### Voto de la Dra. García Margalejo.

1. Movilidad y traslados como elemento esencial del vínculo laboral: El empleado ocupó funciones y cargos en diferentes sucursales del BNA durante más de 20 años sin que dichos traslados hayan causado alteraciones o perjuicios al empleado. Esta modalidad contractual fue consentida por ambas partes. Esta modalidad operativa es propia de la función de “banca internacional” que obliga a sus empleados a traslados y rotaciones. Esta característica hace a la naturaleza del vínculo.

2. Resolución del directorio del BNA (24.07.02): “... el personal argentino destacado a cumplir funciones transitorias en filiales ubicadas en el exterior por un período superior a los sesenta (60) días, el plazo máximo de permanencia en dicho destino será de hasta cinco (5) años (...) el Banco sin expresar causal alguna y con

anterioridad al cumplimiento del plazo precedentemente estipulado podrá, cuando así lo estime conveniente, disponer el retorno de cualquier funcionario comunicándole tal decisión con sesenta (60) días de anticipación (...) “la temporalidad de la designación es consecuencia de la actividad de banca internacional y que obliga al personal a rotaciones o traslados de su lugar de trabajo, circunstancia ésta que define la naturaleza jurídica del presente instrumento.

3. Contrato entre BNA y empleado: “El cambio de destino que pudiera operarse en el futuro como consecuencia de lo convenido en las cláusulas uno (1) y tres (3) de este contrato y siempre teniendo presente el plazo máximo de permanencia en el exterior conforme lo dispuesto por Resolución del H. Directorio del BNA de fecha 24/07/02, no podrá ser considerado como causal de despido indirecto”

4. Ius variandi: En este caso se está ante un tipo de contrato con características propias en que los empleados dejan de prestar servicios en la sede central de su empleador, para pasar a hacerlo en diversas partes del mundo sujetos a rotaciones y cambios de destino por distintas causas propias del servicio. Contrariamente a lo que sucede en la generalidad de los casos la rotación de destinos es propia y esencial a la vinculación.

5. El contrato. La relación laboral y la naturaleza del vínculo: En atención a las particularidades de la prestación de servicios del personal expatriado y lo expresamente pactado por las partes en los contratos considero que el traslado resulta ser un elemento insito a la vinculación que fue expresamente aceptado por el actor reiteradamente a lo largo de la vigencia del contrato. Frente a la notificación de que debía regresar al país, no se opuso en forma oportuna ni invocó que la empleadora hubiera efectuado un ejercicio abusivo del *ius variandi*. Recién introdujo esta causal cinco meses después de la comunicación del traslado, es decir en forma extemporánea.

Centró su negativa a retornar debido a su estado de salud. A su entender el traslado implicaba un riesgo cierto para dicho estado ya que se vería imposibilitado de continuar con el tratamiento médico que estaba llevando a cabo en USA. El único certificado médico que adjuntó resulta impreciso ya que no indica concretamente cuál era el tratamiento médico al que estaba siendo sometido ni menos aún que éste no pudiera continuarse en nuestro país.

SENTENCIA: Corresponde revocar la sentencia de grado y condenar al BNA a abonar al actor la suma de \$ 2.064.887,86 resultante de la siguiente liquidación:

1) Indem.por antigüedad (41 p.)-----	\$ 1.079.708,35
2) Indem. Sust. De preaviso con incidencia del SAC-----	\$ 85.160,83
3) Integ.mes desp. Y salario enero 2005-----	\$ 36.252,00
4) Indem. Art. 4 ley 25972-----	\$ 863.766,68

### III. Nuestro comentario.

#### A. De Broadway a la Avda. Corrientes. I Love New York!

Quien durante más de 20 años se desempeñó como empleado jerárquico ocupando funciones en las sucursales de Londres, New York, Miami y New York bajo un régimen contractual especial y específico, pasando de unas oficinas a otras sin mayores complicaciones, trastornos, ni tropiezos respetando el *ius variandi* ejercido por su empleados no vio con agrado su regreso a Buenos Aires. Regreso que es produciría en el año 2003 o sea en una época traumática pos crisis financiera y salida de la convertibilidad. Una repatriación en semejantes condiciones le podría generar stress a cualquiera. Más de 20 años en el primer mundo y de pronto llegó la hora de volver: *I Love New York!*

#### B. El contrato de trabajo. El *ius variandi* y el régimen de expatriados.

Todos sabemos –hasta el hartazgo – de que la balanza siempre se inclina inexorablemente a favor de los descamisados de Evita cuando se produce un distracto laboral. En estos tiempos (de una fuerte corriente tuitiva de la masa laboral) son raros los casos donde las empresas salen airoas. En el fuero del trabajo parece que la suerte esta echada: *la empresa siempre pierde.*

El caso que estamos analizando es en cierta medida paradigmático pues nos encontramos parados antes un vínculo laboral de más del 20 años de antigüedad celebrado expresamente entre un empleado jerárquico y su empelado bajo el régimen especial de expatriados. Este solo dato debe llevarnos a un tratamiento especial del

tema y mirar la relación contractual y su dinámica desde una perspectiva más equilibrada. Estamos hablando de empleados jerarquizados, capacitados, con habilidades especiales, con conocimientos específicos y con responsabilidades trascendentes: *desempeñar funciones en el exterior*.

Incluso podemos estar hablando de empleados que han sido merecedores de esta especial vinculación contractual. Convengamos que esta clase de empleados pertenece a un sector específico de la masa laboral tanto dentro de la empresa como a nivel nacional. Podríamos decir que son una clase especial de empleados. No todos tienen las habilidades personales y profesionales para ocupar puestos en el exterior. La sola idea de mudarse a otros países y otras culturas impone una habilidad única y que no todos los empleados están en condiciones de tenerla.

Estamos hablando de profesionales, de personal jerárquico dispuesto a tomar el riesgo de la expatriación y su posterior repatriación. Personas dispuestas a no generar vínculos duraderos y hasta incluso dispuestas a resignar aspectos familiares y afectivos a cambio del desafío de la expatriación.

Quienes deciden expatriarse saben y conocen las reglas de juego. Saben y conocen que pueden ser repatriados cuando el empleador así lo disponga según lo aconseje sus intereses organizativos y de explotación. Estos empleados saben de antemano que pueden ser repatriados como asignados a otras oficinas en otras jurisdicciones en cualquier momento y con una razonable preaviso. El caso que anotamos es muestra de ello. Entre los años 1978 al 2003 el empleado pasó por las oficinas de Londres, New York, Miami y New York. Durante todos estos años el BNA ejerció su legítimo derecho al *ius variandi* y por lo visto no hubo de parte del empleado mayores quejas o reclamos respecto de estos nuevos destinos. La Big Ben Tower, Buckingham Palace, South Beach, Bal Harbour, Central Park y Time Square pueden agradar más que Bartolomé Mitre y 25 de Mayo.

Lo cierto y real es que entre el empleado y su empleador existió con contrato que expresamente decía lo siguiente: *El cambio de destino que pudiera operarse en el futuro como consecuencia de lo convenido en las cláusulas uno (1) y tres (3) de este contrato y siempre teniendo presente el plazo máximo de permanencia en el exterior conforme lo dispuesto por Resolución del H. Directorio del BNA de fecha 24/07/02, no podrá ser considerado como causal de despido*.

La Resolución del directorio del BNA había dispuesto lo siguiente: *“el personal argentino destacado a cumplir funciones transitorias en filiales ubicadas en el exterior por un período superior a los sesenta (60) días, el plazo máximo de permanencia en dicho destino será de hasta cinco (5) años (...) el Banco sin expresar causal alguna y con anterioridad al cumplimiento del plazo precedentemente estipulado podrá, cuando así lo estime conveniente, disponer el retorno de cualquier funcionario comunicándole tal decisión con sesenta (60) días de anticipación (...) “la temporalidad de la designación es consecuencia de la actividad de banca internacional y que obliga al personal a rotaciones o traslados de su lugar de trabajo, circunstancia ésta que define la naturaleza jurídica del presente instrumento”*.

O sea las partes se sometieron a lo pactado pudiendo el empleador ejercer su derecho de variación tal como se había acordado. El contrato de empleo expresamente disponía sobre el manejo de ese derecho al que el empleado optó por someterse ejerciendo su derecho de opción en forma plena y libre y sin haber acreditado vicio del consentimiento o coacción.

Nos encontramos ante un caso donde el empleador cumplió con los aspectos administrativos y formales necesarios para la reglamentación de este tipo de relaciones laborales especiales y suscripto un contrato de trabajo con el empleador. Nos encontramos ante un caso donde el empleador decide ejercer su derecho de variación conforme lo pactado. A pesar de todo ello el Tribunal optó por darle la razón a un empleado jerárquico expatriado condenando al empleador a pagar una cifra millonaria en concepto de indemnización, cifra que le permitirá al empleado vencedor afianzar aún más su futuro en los Estados Unidos de Norteamérica: *I Love New York!*

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen