

TRABAJO FIN DE GRADO
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: Julio 2020

**EL TRABAJO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y OTROS FACTORES DE
INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL Y SU
REGULACIÓN LEGAL.**

The work of foreigners in Spain and other factors related to the internationalization of
labour relations and their legal regulation

Realizado por la alumna D^a Yolanda Campos Domínguez

Tutorizado por la Profesora D^a Olga María Morales Delgado

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado

ABSTRACT

The work regime of foreigners in Spain is dual, there are two different regulations, the one applied to EU workers, assimilated or one of their non-EU family members, and the other one applied to non-EU workers; in both cases when labour relations are initiating we come across international employment contracts. It is precisely the presence of foreign workers besides other factors, such as multinational businesses, free movement of people, creating companies and services, have contributed to the current range of international labor relations.

International Private Law regulates international employment contracts and is “communitized” as there are rules to determine the international judicial jurisdiction and the applicable labor law, between the ones related to such international employment relation.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El régimen del trabajo de extranjeros en España es dual, existiendo dos regulaciones diferenciadas, la aplicable a los nacionales comunitarios, asimilados y determinados familiares extracomunitarios de estos, y la aplicable a los nacionales extracomunitarios; en ambos casos cuando entablan relaciones laborales nos encontramos ante contratos de trabajo internacionales. Es precisamente la presencia de trabajadores extranjeros junto con otros factores como las empresas multinacionales, la libre circulación de personas, establecimiento de empresas y prestación de servicios, los factores que han contribuido al volumen actual de relaciones laborales internacionales.

El Derecho Internacional Privado regula los contratos de trabajo internacionales y se encuentra “comunitarizado” al existir reglas uniformes para determinar la competencia judicial internacional y el derecho laboral aplicable, de entre los vinculados a esa relación laboral internacional.

INDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	5
2. TRABAJO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA	7
2.1 Coexistencia de regímenes jurídicos diferenciados	7
2.2 Libre circulación y derechos de los extranjeros	8
2.3 Trabajador comunitario y asimilado	9
2.4 Trabajo extranjero extracomunitario	12
2.5 Situación de la extranjería laboral al momento actual	17
3. LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES.	19
4. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO	20
4.1 Objeto del Derecho Internacional Privado	21
4.2 Contenido del DIPR	23
4.3 Concepto y presupuestos del DIPR	26
5. EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	27
6. LA OIT Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO A NIVEL INTERNACIONAL	30
7. OTROS ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA EN LAS RELACIONES LABORALES	32
7.1 Empresa extranjera	33
7.2 Prestación habitual de servicios en el extranjero	35
8. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL	37
8.1 La Competencia Judicial Internacional	37
8.2 Características de la Competencia Judicial Internacional	38
8.3 Foros de Competencia Judicial Internacional	40
8.4 Primacía del Reglamento N°1215/2012 (BRUSELAS I BIS)	42
8.4.1 Estructura del Reglamento BRUSELAS I BIS	44
8.4.2 Ámbitos de aplicación y foros de competencia	44
8.4.3 Ley interna española: LOPJ	51
9. LEY APLICABLE: REGLAMENTO ROMA I	54
9.1 Ámbitos de aplicación	54
9.2 Autonomía de las partes en la elección de ley aplicable en contratación internacional	55
9.3 Determinación de la ley aplicable en contrato individual de trabajo	57
10. DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES A ESPAÑA	61
11. CONCLUSIONES	64
12. BIBLIOGRAFÍA Y ANEXOS	66

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente Trabajo de Fin de Grado es analizar la regulación legal de las relaciones laborales internacionales, que presentan un gran volumen debido principalmente a los distintos factores y elementos de extranjería presentes en las relaciones de trabajo actuales, nos encontramos con los movimientos migratorios y la libre circulación, y por lo tanto el trabajo de extranjeros, al igual que el libre establecimiento y prestación de servicios en cuanto a las empresas y la dimensión multinacional de muchas de ellas, es decir, la empresa extranjera. Si a esto unimos los efectos de la globalización, la prestación de servicios en países extranjeros y los desplazamientos temporales, nos encontramos ante una situación actual, en la que la generalización de contratos de trabajo internacionales disponen de una regulación propia y diferenciada de los contratos de trabajo internos, mediante normas de Derecho Internacional Privado.

Esta disciplina, el Derecho Internacional Privado, se va a ocupar de todas aquellas situaciones “privadas”, las cuales analizaremos posteriormente, profundizando en las de naturaleza laboral, que además son “internacionales” por la presencia de algún elemento extranjero, bien en los sujetos de la relación, empresa y/o trabajador, o bien en el lugar de prestación de servicios.

Se trata de una rama más del Ordenamiento Jurídico español, encargada de estas situaciones privadas internacionales que, por su propia configuración, trascienden del alcance de nuestro Ordenamiento por la presencia de esos elementos extranjeros, de tal manera que puede determinarse que los tribunales estatales son competentes para conocer los conflictos laborales en cuestión, y que el derecho laboral de los vinculados, es el que debe aplicarse para regular el fondo de ese asunto, ya que cada Estado tiene sus propios tribunales y derecho, lo que explica que a nivel mundial nos encontremos con contenidos materiales distintos.

En este sentido, la doctrina señala que *“Significativamente, estos conjuntos de relaciones tienen lugar en un mundo que, si bien desde una perspectiva económica aparece más integrado que nunca, desde un punto de vista jurídico mantiene un elevado grado de fraccionamiento. Este hecho afecta directamente a la continuidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los particulares y, por lo tanto, a las expectativas*

de todo tipo de éstos, y se encuentra en la base misma de la existencia del Derecho internacional privado.”¹

El DIPr se ha manifestado con relevancia en el ámbito comunitario, la Unión Europea ha desarrollado las normas de contratación internacional, fundamentalmente, además de otras materias. El legislador comunitario a través de los Convenios entre Estados Miembros ha contribuido a una homogeneización del DIPr a nivel de todos los EEMM de la Unión Europea.

La evolución de la regulación comunitaria en materia de DIPr se observa ya desde el nacimiento del Convenio de Bruselas de 1968, que fue la base de un ordenamiento común bajo las mismas pautas para todos. A partir de este momento, su crecimiento es absoluto y también la evolución en su formulación, dando respuestas acorde a la realidad de las situaciones, flexibles y diferenciadas a las resoluciones de otro tipo de relaciones laborales vinculadas al mismo Ordenamiento Jurídico en su integridad.

Para regular estas relaciones jurídicas que surgen vinculadas a varios ordenamientos jurídicos estatales, el DIPr sistematizará de manera homogénea sus soluciones en el ámbito comunitario y serán las mismas reglas las que determinen el tribunal estatal concreto aplicable y qué derecho laboral empleará para resolver el asunto.

En este trabajo nos centraremos en la materia laboral, profundamente “*comunitarizada*” o “*européizada*”, ya que son los reglamentos comunitarios los que sustancialmente van a regular el contrato de trabajo internacional. Son criterios del legislador comunitario, la búsqueda de Tribunales vinculados o el derecho más conectado al asunto y la protección de la parte débil del contrato, incorporando seguridad y protección en los contratos de trabajo, así como la posibilidad de las partes de elegir la ley aplicable a esos contratos y la limitación material en cuanto a esa elección de ley, que no va a ser absoluta.

Al tratarse la presencia de un trabajador extranjero de un importante factor en orden al volumen de estos contratos de trabajo internacionales, comenzaremos por analizar el régimen del trabajo de los extranjeros en nuestro país.

¹ ESPLUGUES MOTA C.: en AA.VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) “*Derecho internacional privado*”, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 87

2. TRABAJO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA

2.1 Coexistencia de regímenes jurídicos diferenciados

Con carácter general, hay dos tipos de previsiones, que se sustentan en dos regímenes diferenciados en orden a la regulación legal del trabajo de extranjeros en España, por un lado, el aplicable a aquellos nacionales comunitarios residentes por numerosas razones en otro Estado miembro de la UE, así como sus cónyuges, parejas registradas, hijos y ascendientes aun siendo extracomunitarios, y, por otro lado, el régimen aplicable al trabajo de los ciudadanos extranjeros procedentes de países extracomunitarios que residan en territorio de la UE y en concreto en nuestro país.

La coexistencia de estos dos regímenes jurídicos diferenciados en orden a la regulación del trabajo en España, de los extranjeros pertenecientes bien al régimen comunitario o bien al régimen general, va a determinar el alcance y los requisitos que regulan la prestación de servicios laborales en nuestro país, y, en consecuencia, la posibilidad de entablar relaciones laborales internacionales en nuestro territorio.

La normativa actual que regula la libre circulación de trabajadores entre países europeos permite el derecho a residencia y el acceso al empleo a cualquier sujeto y familiares, en concreto se regula por RD 240/2007² sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, un régimen especial bajo la directiva comunitaria aplicable a los ciudadanos comunitarios, asimilados y familiares extracomunitarios que posteriormente ha sido introducido en el Reglamento de la legislación de extranjería.

En este sentido se va a establecer un marco jurídico y las herramientas para garantizar a la ciudadanía comunitaria derechos y deberes, en términos de igualdad con los residentes de origen, también se determinan líneas básicas sobre la acción protectora en aquellas situaciones en las que sea necesaria. Se les reconoce a los ciudadanos comunitarios ciertas ventajas bajo algunas condiciones, que permite disfrutar de libertad para residir y trabajar cuando se cumplen los trámites administrativos correspondientes, como la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario

² Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE n° 51 de 28/02/2007

que puede ser expedida por cualquiera de los Estados miembros y de otros Estados que formen parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el disfrute de esta tarjeta exime a estos familiares de la obligación de la obtención de un visado de entrada y con la presentación de dicha tarjeta no se requiere el sello de entrada o salida en el pasaporte, ya que se permite la entrada en territorio comunitario presentando simplemente el pasaporte o el documento de identidad válido y en vigor, donde conste la nacionalidad del titular. La expedición de los visados será gratuita y dicha tramitación será de carácter preferente cuando acompañen o se reúnan con el ciudadano de la UE.

Así será significativa, desde un punto de vista práctico, la posesión de la tarjeta de residencia familiar de ciudadano comunitario, en orden a que incluso nacionales extracomunitarios puedan trabajar libremente en nuestro país sin necesidad de autorización administrativa a tal efecto.

2.2 Libre circulación y derechos de los extranjeros

La Ley 4/2000³ establece el derecho a mantener la documentación acreditativa que identifique a el sujeto en el caso de tener que ser expedida ante las autoridades, tanto del país de origen como aquel al que quiera mantener una situación regular.

Como señala expresamente el Profesor Espinar Vicente: *“El artículo 5 del texto consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, fiel a los dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos extiende a los extranjeros el derecho a la libertad de circulación y elección de residencia que consagra el artículo 19 de la Constitución”*⁴

En este sentido la propia Ley Orgánica de Extranjería referenciada, utiliza el término “domicilio habitual” y concede derecho a la permanencia en España de forma continua en el tiempo, siempre en periodos inicial de un año, prorrogables en periodos de dos años, hasta alcanzar la residencia permanente que habilita para trabajar a partir de los cinco años, donde los extranjeros ejercerán los derechos en igualdad de condiciones que los nacionales del país.

³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE nº 10 de 12/01/2000.

⁴ ESPINAR VIVENTE, J.M , GUZMÁN PECES, M. *“La nacionalidad y la extranjería en el Sistema Jurídico Español”*, Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, 2017, pág. 143

La regla general es que todo extranjero (a salvo del régimen privilegiado de los comunitarios y asimilados y determinados familiares como veremos) obtenga previamente una autorización conjunta de residencia y trabajo para desarrollar un trabajo continuado en nuestro país, que según las circunstancias tendrá o no en cuenta la situación nacional de empleo. Ahora bien, su carencia no obstaculiza para reconocer al extranjero determinados derechos, así la Ley Orgánica 4/2000, se encarga de tutelar al trabajador extranjero que se encuentra de manera irregular plasmando en el artículo 36.5 que: *“La carencia de la autorización de residencia y trabajo (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”*⁵

En caso de ausencia de la documentación o autorización de trabajo correspondiente, según se trate de régimen especial o general extracomunitario, la responsabilidad recaería en España sobre el empleador y no al trabajador, respecto a éste se trataría exclusivamente de una infracción leve en el caso de que residiendo regularmente en España el trabajador estuviese realizando una ocupación sin autorización (art 52.c) y una infracción grave si no hubiese obtenido ninguno de los permisos. Pero el artículo 54 reserva todas las infracciones de rango muy grave para el empleador.

Por lo tanto, podemos concluir que todo extranjero que reside en España se encuentra cubierto por el derecho laboral imperativo español en el sentido de que, independientemente de la autorización que posea, su carencia no anula el contrato laboral, que desplegará sus efectos respecto al trabajador.

2.3 Trabajador comunitario y asimilado

La Unión Europea especialmente ha establecido que cualquier ciudadano que pertenezca a la ciudadanía europea, es decir que forme parte de cualquier Estado miembro tiene derecho a entrar, residir, circular o salir por todo el territorio, puede trabajar o prestar servicios con unas condiciones muy parecidas a un ciudadano de origen todo ello bajo unas normas. Se conciben varios puntos que abarcan tres categorías: los que llegan para

⁵ ESPINAR VIVENTE, J.M , GUZMÁN PECES, M. *“La nacionalidad y la extranjería en el Sistema Jurídico Español”*, Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, 2017, pág. 151

efectuar viajes por negocios o de placer; los que llegan para el disfrute de su jubilación y por último aquellos que postulan asentarse en el país para realizar actividades laborales, ya sean por cuenta propia o ajena. Aquellos extranjeros que se proponen llegar a España y que desean establecerse en nuestro territorio se encontrarán cubiertos por un derecho que les arropará por ser “residentes” de un país miembro de la UE y que dispondrán de facilidades a la hora de reunir una serie de requisitos para llegar a otra nación que forme parte de los países comunitarios.

Así pues, podríamos diferenciar distintas categorías: aquellos individuos que aun careciendo de la nacionalidad española se encuentran bajo los derechos y libertades que se les atribuye por ley comunitaria; en segundo lugar, a los nacionales de países como Islandia, Liechtenstein y Noruega (que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) y Suiza (que forma parte a través del Acuerdo entre la Confederación Suiza y la UE). Además de aquellos nacionales de otros países suscritos a Convenios que favoreciesen el acceso al trabajo en España (Chile o Perú).

Los familiares de un ciudadano de otro Estado miembro de la UE o que forme parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza, que no posean dicha nacionalidad en esos Estados cuando se reúnan con el susodicho o le acompañen y pretendan residir en España durante más de tres meses deberán solicitar la tarjeta de familiar de ciudadano de los países comunitarios. La expedición de dicha tarjeta de residencia deberá producirse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud y su validez será de diez años a partir de la fecha de expedición la cual será renovada automáticamente. Debe cumplir una serie de requisitos previos como:

- Encontrarse con el ciudadano de la Unión o acompañarle, siempre y cuando el primero se encuentre con derecho a residencia durante un periodo superior a tres meses, por tratarse de un trabajador por cuenta ajena o propia, y tener un seguro de enfermedad público o privado que conceda cobertura completa en España.
Los estudiantes matriculados en un centro público y privado que disponga los recursos económicos suficientes también podrán acoger familiares.
- Disponer de medios aptos económicos para sí mismo y para la unidad familiar, si la hubiese, para no convertirse una carga ante el Estado por el que necesitase asistencia social durante el periodo en el que reside en territorio comunitario.

- Debe existir parentesco con el ciudadano, siendo familiar del estudiante podrá ser cónyuge, pareja de hecho inscrita en el registro público de un estado miembro, hijo del ciudadano, cualquier otro familiar que esté a cargo del ciudadano, por motivos graves de salud o discapacidad que requieran cuidado personal o pareja de hecho no inscrita con una relación estable probada.

Los documentos que se deberán aportar para comprobar si cumple los requisitos deberán encontrarse en español o a una lengua cooficial del territorio y se pagarán unas tasas para expedir la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE⁶.

La residencia de carácter permanente también se encuentra prevista para los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Será necesario la expedición del certificado que acredite la residencia permanente realizada a petición del interesado. Una vez se haya presentado en la Oficina de Extranjeros o en su defecto en la Comisaria de la Policía de la provincia donde corresponda se expedirá, tras su verificación, un certificado del derecho a residir de manera permanente.

Por último, no debemos obviar que la situación especial de estos ciudadanos comunitarios, asimilados, y determinados familiares extracomunitarios de los mismos, no solo alcanza el régimen laboral privado, sino que incluso llega al empleo público, de tal manera que, salvo puestos revestidos de poder o autoridad pública, los comunitarios y asimilados y sus cónyuges e hijos extracomunitarios, podrán acceder al empleo público como funcionarios y siempre como personal laboral.⁷

⁶ Disponible en

<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/index.html>

⁷ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE nº 261, art. 57. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados: “1. *Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. A tal efecto, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados.* 2. *Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintitún años o mayores de dicha edad dependientes.* 3. *El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas*

“El artículo 57 de la Ley 7/2007 del estatuto Básico del empleado Público⁸ asimila a los españoles a los ciudadanos de la Unión Europea y a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario, excluyendo su acceso a los empleos que impliquen el ejercicio del poder público o tengan por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado y sus administraciones públicas. Este régimen se extiende así mismo a los cónyuges de los españoles y de los nacionales de los países antes mencionados. Los restantes extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a la condición de personal laboral”⁹

2.4 Trabajo extranjero extracomunitario

Los motivos por los que podrá residir un extranjero en nuestro país pueden ser para realizar una actividad de carácter económica o por motivos laborales. La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras reformar la LO 2/2009, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, alude aquellas situaciones donde el extranjero podrá llevar a cabo una actividad laboral en nuestro país, independientemente que se trate de una prestación de servicios por cuenta ajena o por cuenta propia, teniendo en posesión la oportuna autorización administrativa que le consienta residir y prestar servicios en España.

Deberá cumplir unos requisitos previos, si el trabajo se va a efectuar por cuenta ajena por parte del empleador el cual deberá proporcionar una autorización. El acceso de los extranjeros viene sujeto a la solicitud de la previa autorización administrativa (antiguamente conocida como permiso de trabajo). Dicha autorización en España está relacionada con la autorización para residir en la nación, por ello se procura que la obtención de ambas se produzca al mismo tiempo, en un único expediente, para evitar posibles conflictos que puedan derivar por la descoordinación.

Es necesario, por lo tanto, obtener un visado para acceder al país y un visado de residencia y trabajo que debe ser facilitado en la nación de donde procede. La duración

en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo.”

⁸ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE nº 89 de 13 de abril de 2007

⁹ ESPINAR VIVENTE, J.M , GUZMÁN PECES, M. “La nacionalidad y la extranjería en el Sistema Jurídico Español”, Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, 2017, pág. 151

en el país será de entre 90 días a 5 años el cual es renovable a los dos años como comentamos anteriormente. El fin de su estancia dependerá si su salida es de carácter obligatoria (en el caso de que, por ejemplo, se encontrase trabajando sin autorización previa y además no contase con la autorización de residencia) o está autorizada.

Puede darse el caso en que el sujeto extranjero se encuentre en la búsqueda de empleo, en este caso se le extenderá un visado con dicha causa y tendrá una duración de 3 meses improrrogables. Aquellos extranjeros que, a través de una estancia de corta duración, agotasen el plazo deberán abandonar el país y solicitar desde la nación de origen el visado de residencia y trabajo.

Por otro lado, la obtención de la autorización administrativa para residir y trabajar está condicionada a la situación nacional de empleo, de tal manera que, se otorgará en aquellos *puestos de difícil cobertura* que publica trimestralmente el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y en otro caso, mediante oferta de empleo en los servicios públicos de empleo.¹⁰

No obstante, existen situaciones en que se exceptiona la verificación de la situación nacional de empleo, según previene el artículo 40, por tratarse de supuestos de extranjeros con vínculos con nuestro país, y otros directamente, exentos de autorización administrativa para trabajar, conforme artículo 41, por tratarse de situaciones de actuaciones cortas, corresponsal acreditado o representante de una confesión religiosa registrada, entre otras.

Los extranjeros se encuentran, como nombramos anteriormente, bajo el amparo de la Ley Orgánica 2/2009 que redactó de nuevo el artículo 11 de la Ley 4/2000, donde se decretó que estos tendrán las mismas condiciones que lo españoles en cuanto al derecho a afiliarse y a sindicarse libremente, así como ejercer el derecho a huelga. Si un extranjero

¹⁰Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE nº 10 Art. 38.1: “*Para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.*” Art 2. *Exclusión del ámbito de la ley.* “ a) *Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia., b) Los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares, c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.*”

que se halla en situación irregular suscribe un contrato, este no quedará nulo, el art 36 de la LO 4/2000 refleja, que los extranjeros mayores de dieciséis años deberán tener a su disposición la autorización correspondiente para ejercer cualquier actividad sobre la que se van a lucrar, laboral o profesional, para residir y trabajar, y así mismo podrá disfrutar de todos los derechos que le competen por tal condición. Se concederán de manera conjunta, salvo en aquellas situaciones en los que extranjeros se encuentren bajo una carga penal cumpliendo una condena o en otros supuestos esporádicos que se establezcan reglamentariamente.

Existen ciertos requisitos en materia de trabajo:

1. Que la situación nacional de empleo apruebe la contratación de un trabajador extranjero bajo los términos previstos en el Reglamento, el empleador debe presentar el contrato firmado por ambas partes que garantice al trabajador la prestación de servicios de manera continuada durante la vigencia de la residencia temporal y el trabajo por cuenta ajena.
2. Las condiciones del contrato deben ajustarse a la normativa vigente en el momento y al convenio colectivo que se le aplicará por la clase de actividad que se va a realizar.
3. La categoría profesional y la localidad.
4. Que el empleador haya formalizado la inscripción en el régimen de la Seguridad Social y se encuentre al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.
5. Este debe contar con los medios oportunos suficientes para hacer frente a las obligaciones que reflejó en el contrato frente al trabajador en los términos que refleja el Reglamento.
6. Que el trabajador se encuentre cualificado profesionalmente de manera legal para el ejercicio de la profesión.

7. Y por último que se hubiese realizado el abono exigido sobre la tasa a la autorización de trabajo por cuenta ajena.

Los foráneos se encuentran sujetos a autorizaciones que les habilitan para residir en España cumpliendo una serie de requisitos, a continuación, se explicarán algunas de estas autorizaciones.

Los extranjeros podrán permanecer con una autorización de residencia temporal o residencia temporal y trabajo, donde una vez finalice dicho compromiso, podrán regresar a su país de origen, entre algunos de los requisitos que debe cumplir nos encontramos con:

- No deben encontrarse irregularmente en el territorio.
- No deben padecer enfermedades que pongan en peligro la salud pública.
- Ser titular de la autorización de residencia y/o trabajo.

En el caso de los extranjeros que se encuentren de manera irregular existen ciertas autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales que se pueden dar en supuestos de:

- Arraigo (laboral, social y familiar, siempre que acrediten la estancia o situación familiar exigida)
- Autorizaciones por razones humanitarias
- Mujeres que son víctimas de violencia de género
- Residencia temporal por razones de protección internacional
- Extranjeros víctima de la trata de seres humanos, etc.¹¹

• El Derecho de la Unión Europea ha vinculado ciertas disposiciones a la condición de ser nacional de un Estado miembro y con él, determinadas libertades europeas como es la libre circulación de trabajadores, que no alcanzan a los nacionales extracomunitarios, salvo que se trate de alguno de los familiares a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 240/2007.

¹¹ Disponible en <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/index.html>

- Por otro lado, es necesario aludir a la existencia de varios Convenios Internacionales que desarrollan, en menor o mayor profundidad, el derecho de **reagrupación familiar**, donde se insta a las Estados a que faciliten que se lleve a cabo para aquellos trabajadores que se encuentren en el territorio. Se reconoce la reagrupación familiar del trabajador migrante con su cónyuge e hijos menores, siempre que, cumpla una serie de requisitos, como estar trabajando bajo un contrato de manera legal en el territorio y que disponga de las condiciones idóneas para vivir.

Figura también un Convenio de protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias donde se reconoce el derecho en el que el Estado debe hacer posible esta reagrupación adoptando las medidas pertinentes.

- También resulta necesario al menos hacer referencia, a que, es preciso que el extranjero acredite los requisitos exigidos para ingresar en España, se podrá autorizar su entrada, aunque no los cumpla siempre y cuando existan razones excepcionales como las que nombramos antes, en cuyo caso, se le entregará una resolución especial que acredite tal autorización. En concreto se alude a aquellos sujetos como los extranjeros que tengan la condición de **refugiados** o los que forman partes de **tripulaciones de barcos o aviones extranjeros** entre otros.

- Tampoco precisan estar en posesión de un visado, aquellos extranjeros que posean la Tarjeta de identidad de Extranjero (comunitarios o asimilados), una tarjeta de acreditación diplomática con la pertinente autorización de regreso o los trabajadores denominados trasfronterizos.

- Por último, recordemos que la carencia de la autorización de residencia y trabajo y la no inclusión en la Seguridad Social, no anularán el contrato de trabajo respecto a los derechos que tiene el trabajador extranjero y, tampoco, será un impedimento para la obtención de las prestaciones de convenios internacionales, que buscan proteger al trabajador o, cualquier otra que fuese concurrente con el contexto.

Ahora bien, el hecho de carecer de autorización si les restringe el acceso a prestaciones por desempleo, todos estos motivos se darán en las situaciones de residencia temporal y aquellas específicas como:

- 1) Residencia temporal por trabajo por cuenta ajena.
- 2) Residencia temporal por trabajo para investigación.
- 3) Residencia temporal por trabajo de profesionales que se caractericen por ser altamente cualificados y que sean titulares de una Tarjeta azul-UE.

- 4) Residencia temporal por trabajo por cuenta propia.
- 5) Residencia temporal por trabajo en un marco de prestaciones transnacionales de servicio.
- 6) Residencia temporal para aquellos que se encuentren bajo la distinción de la autorización de trabajo.

2.5 Situación de la extranjería laboral al momento actual

Se ha procurado buscar la manera de evitar una afluencia masiva de extranjeros, por lo que el legislador ha endurecido las normas, y a su vez, también se ha buscado que se produzca una minoración de los costes de producción a costa de aquellos trabajadores y sus derechos que pueden ser vulnerables, por lo tanto, la nueva norma dota de unos derechos básicos al extranjero con independencia de su situación administrativa.

El ordenamiento se focaliza principalmente en el empleador y el trabajador extranjero, buscando prevenir situaciones irregulares. Debemos ahondar en el sistema con el que nos encontramos actualmente:

- El artículo 64.3.b) del Reglamento 557/2011 dictamina que, el empleador cuando presente un contrato de trabajo que se encuentre firmado por ambas partes, deberá garantizar de forma continuada la actividad al trabajador durante el periodo de vigencia con autorización de residencia temporal para trabajar por cuenta ajena.
- Así mismo, en su artículo 64.3.c) refleja que, las condiciones de un contrato de trabajo se ajustarán a la normativa que se encuentre vigente en el momento, así como, al convenio colectivo determinado para la actividad, la categoría profesional y la localidad. Si se tratase de una contratación a tiempo parcial, la retribución tendrá que ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para la jornada completa.
- El artículo 64.3.d) manifiesta que, el empleador demandante haya formalizado la correspondiente inscripción en el régimen de la Seguridad Social, y que se encuentre al corriente de los cumplimientos de las obligaciones tributarias y la Seguridad Social.

- Según el artículo 64.3.e) el empleador contará con los medios económicos, materiales o personales, idóneos para su proyecto empresarial y las obligaciones transcritas en el contrato hacia el trabajador en las cláusulas señaladas en el artículo 66 del mismo Reglamento.
- Son infracciones muy graves las del artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000 y se agravan ostensiblemente las sanciones conforme al artículo 254 c) del Reglamento: “Las muy graves, en su grado mínimo, con multa de 10.001 a 20.000 euros; en su grado medio, de 20.001 a 50.000 euros; y en su grado máximo de 50.001 hasta 100.000 euros.”

Y, por último, en relación al contrato de trabajo previene el artículo 54.1.d) la contratación de trabajadores provenientes del extranjero que no hubiesen obtenido la necesaria autorización de residencia y trabajo *“incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito”*¹²

En los últimos años se ha visto como ha aumentado de manera considerable el volumen de inmigrantes que accedían a otros países con fines laborales (en este caso hablamos de España), a una disminución del volumen en el pico de una crisis económica que poco a poco ha recuperado la normalidad de los flujos migratorios.

La presencia de extranjeros en nuestro país que entablan relaciones laborales debido a los movimientos migratorios, la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la UE y la globalización en general fomenta que se entablen relaciones laborales internacionales que serán reguladas por el Derecho internacional Privado del Trabajo. Todo ello al margen de otros factores de internacionalización como es la nacionalidad extranjera de la empresa o el país de prestación habitual de los servicios, ya que, cada vez con mayor frecuencia empresas españolas trasladan a trabajadores a prestar servicios en otros Estados Miembros de la UE e incluso extracomunitarios, así como la incidencia del fenómeno, cada vez más usual, de desplazamientos temporales de trabajadores dentro de la UE.

¹² ESPINAR VIVENTE, J.M , GUZMÁN PECES, M. *“La nacionalidad y la extranjería en el Sistema Jurídico Español”*, Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, pág. 192

3.-LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES.

En cuanto al concepto de relaciones laborales, son definidas por Kölher y Martín en el sentido de que *“las relaciones laborales comprenden las instituciones, reglas y normativas que regulan la vida social en la empresa y la economía general, la interacción entre actores individuales (empresario-empleado) y colectivos (asociaciones patronales, sindicales, con la intervención del Estado”*¹³

El origen lo podemos situar con el nacimiento de las relaciones industriales, que surgieron en Inglaterra y fueron evolucionando, así como la propia institución y su concreta internacionalización. En este sentido cobra importancia a lo largo del siglo XX y XXI, debido a factores como la internacionalización en general de las relaciones económicas, la emigración, las empresas multinacionales y fundamentalmente los principios comunitarios de libre establecimiento y prestación de servicios respecto de las empresas y libre circulación de trabajadores.

De tal manera que, de una configuración de las relaciones de trabajo en un ámbito puramente interno, empresa nacional, contrata a mano de obra nacional, para prestar servicios en ese país, los factores anteriormente mencionados implican que alguno de los elementos trascienda la esfera nacional, fenómeno que actualmente es muy generalizado, de tal manera que la empresa puede ser extranjera o el trabajador, o incluso ambos sujetos de la relación laboral u otros elementos como el país de prestación de servicios, o la formalización o reclutamiento, pueden ser elementos extranjeros que internacionalizan esa relación laboral.

La existencia de relaciones de trabajo con algún elemento extranjero bien sea trabajador o empresa o lugar de prestación de servicios implica la configuración de relaciones laborales internacionales. En el mundo actual globalizado es cada vez mayor el volumen de relaciones laborales internacionales, en el sentido que, trascienden la esfera de un Estado al vincularse a otros Ordenamientos Jurídicos por la presencia de esos elementos extranjeros.

Es evidente que esta institución en sí misma, las relaciones laborales, se han ido desarrollando progresivamente a medida que se han desarrollado los derechos laborales y se ha ido creando contenido de ámbito internacional, como los Tratados Internacionales,

¹³ KÖLHER, HOLM-DETLEV, MARTÍN ATRILES, A., *“Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales”*, 3ª ed., Ed. Delta, Madrid, 2010

fundamentalmente en el seno de la O.I.T¹⁴, precisamente para lograr unos criterios de homogeneidad mínimos y porque ya el trabajo no se desarrollan en los compartimentos estancos de cada Estado, y sin perjuicio de que los factores de internacionalización también generan una normativa comunitaria al respecto, como veremos, a fin de garantizar reglas homogéneas en la regulación jurídica de estas relaciones laborales internacionales.

Según señala Broza “Así, en la medida en que los derechos laborales fueron incluyéndose en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, se fue consolidando un marco genérico que incorpora a los derechos laborales entre los derechos económicos, sociales y culturales¹⁵”

4. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO

Estas relaciones de trabajo con algún elemento extranjero, bien sea en los sujetos de esa relación jurídica (trabajador persona física extranjera, o empresario, persona física extranjera o jurídica, sociedad, que es lo más común, extranjera), van a ser reguladas en cada Ordenamiento Jurídico por una disciplina específica que es el Derecho Internacional Privado, en el ámbito material laboral que es el que nos ocupa en este TFG. Se trata de una rama más, una disciplina autónoma de cada Ordenamiento Jurídico estatal, que tiene su razón de existir por cuanto no se puede dar una respuesta jurídica idéntica a las relaciones laborales puramente internas (vinculadas todas ellas a un solo Ordenamiento jurídico, las que hemos definido como internas implican empresa española, trabajador español y que presta servicios en nuestro país), que a aquellas entabladas con elementos extranjeros, por cuanto requieren una determinación previa de los Tribunales que pueden conocer de las mismas y del Derecho laboral estatal concreto, de los vinculados al asunto, que debe resolver el fondo del mismo.

En definitiva, esta disciplina se va a ocupar de todas aquellas relaciones jurídicas privadas (entre las que se encuentran las laborales), con algún elemento extranjero, porque no están íntegramente conectadas a un único ordenamiento jurídico.

¹⁴ Organización Internacional del Trabajo

¹⁵ BOZA PRÓ, G.: “Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del trabajo EMERGENCE, EVOLUTION AND CONSOLIDATION OF LABOR LAW” *Revista de Derecho THEMIS* 65, 2014, pág. 13-26

El DIPr es relativamente “joven”, ya que fue concebido por el jurista norteamericano J. Story¹⁶, el cual puso de manifiesto la expresión “*Derecho Internacional privado*”, ante el llamado “*conflicto de leyes*” denominado por los problemas que surgen en el marco de la normativa de los diferentes ordenamientos estatales, donde un juez deberá seleccionar la ley que considere más adecuada (propia o extranjera) de las vinculadas al litigio.

El Derecho Internacional Privado va a regular relaciones jurídicas de naturaleza “*privada*” como veremos, que se basan en el flujo continuo de personas entre los países que se encuentran interconectadas (compraventas entre personas de distinta nacionalidad, arrendamientos de bienes situados en otro país, contratos de trabajo para prestar servicios en el extranjero, divorcio entre nacional y extranjero o entre extranjeros en nuestro país, matrimonio de españoles en el extranjero, sucesión de un extranjero que fallece en nuestro país, etc.)

4.1 Objeto del Derecho Internacional Privado

El DIPR se caracteriza por su objeto, que es precisamente las *situaciones privadas internacionales*, caracterizadas estas relaciones jurídicas entre particulares (personas físicas o jurídicas) por su “internacionalidad”, la presencia de elementos extranjeros vinculados a diferentes ordenamientos jurídicos.

La identificación de estas relaciones jurídicas de tráfico externo que se le denominan por contraposición al tráfico interno que hemos señalado, se caracterizan por ser:

a) *Situaciones “privadas”*

Podemos catalogar a las situaciones privadas como aquellas relaciones jurídicas en las que los sujetos ocupan una relación de igual, a las que podemos denominar relaciones horizontales donde el sujeto podrá actuar como “sujeto de Derecho privado” o como “sujeto de Derecho público que opera con carácter privado”, por lo tanto, las personas físicas o jurídicas tendrán una actuación como particulares en materia civil, mercantil o laboral.

¹⁶ Joseph Story (1779-1845) Ex Juez asociado a la Corte Suprema de los Estados Unidos

Así, el DIPr se constituye como un sector del Derecho privado que regula relaciones entre personas físicas o jurídicas en las cuales se presenta un elemento de extranjería, pero que han de tratarse de relaciones privadas, esto es, donde las partes actúen en un plano de igualdad, de tal manera que el Estado ha de actuar desposeído de su potestad de imperio y como un particular más en el tráfico jurídico internacional.

b) *Situaciones “internacionales”*

Además, estas situaciones privadas son internacionales por cuanto intervienen en las mismas algún elemento de extranjería.

Son por tanto relaciones jurídicas donde:

1. Se encuentra presente un elemento de extranjería con independencia de su naturaleza (puede tratarse de un elemento o varios), automáticamente se reconoce como una situación internacional objeto de DIPr

Señala el Profesor Esplugues: “*Imaginemos un matrimonio: la presencia de cónyuges de distinta nacionalidad o la celebración del matrimonio fuera de nuestras fronteras, constituyen elementos de extranjería que adjetivan a dicho matrimonio como internacional.*”¹⁷

2. Además, esta presencia de uno o más elementos extranjeros hace que esa relación jurídica se vincule con más de un ordenamiento estatal y por lo tanto no posee la condición de puramente interna o local.

En conclusión, el objeto del DIPr van a ser la regulación de esas “situaciones privadas internacionales”, esto es, aquellas relaciones entre particulares de naturaleza privada que trascienden la esfera de un único Ordenamiento jurídico, por la presencia de uno o más elementos extranjeros. De ahí los términos de “Privado” al ocuparse de relaciones de carácter privado (de naturaleza civil, laboral y mercantil) e “Internacional”, por la presencia de elementos extranjeros que conforman la situación.

En este sentido el DIPr tendrá como objeto solucionar aquellos contrariedades o dificultades que deriven “*de la discontinuidad de las relaciones jurídicas de los*

¹⁷ ESPLUGUES MOTA C.; IGLESIAS BUHIGUES J.L.; PALO MORENO G.; “*Derecho Internacional Privado*” Ed. Tirant lo Blanch, 10ª Edición, Valencia, 2016, pág. 71

particulares” como consecuencia de un vínculo procedente de un contexto en el cual intervienen dos o más ordenamientos jurídicos.¹⁸

4.2 Contenido del DIPR

La regulación de estas situaciones privadas internacionales con sus características específicas que ya hemos desarrollado implica que las normas de DIPr deben abarcar la búsqueda de respuestas como:

- *¿Qué tribunales estatales concretos son competentes para conocer del asunto dado que el mismo está vinculado a varios Estados? ¿Tendrán competencia judicial internacional los tribunales españoles en el caso en cuestión?*
- *¿Qué ley estatal deben aplicar esos tribunales competentes para resolver el fondo del asunto? ¿A la demanda presentada y si es competente el juez español que derecho laboral concreto hay que aplicar, el español o uno extranjero?*
- *Si se obtuvo una sentencia en el extranjero, ¿cómo puedo reconocerla y ejecutarla en España?*

Preguntas que nos llevan precisamente a distinguir tres sectores de normas de DIPr según su contenido se dirijan a resolver cada una de estas preguntas:

1. Normas que pertenecen al **sector de la determinación de la competencia judicial internacional.**
2. Normas que pertenecen al **sector de la determinación de la ley o derecho aplicable,** y
3. Normas que se ocupan del **sector de reconocimiento y ejecución de sentencias y cooperación judicial internacional.**

¹⁸ GOMEZ JENE, M., GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M., PÉREZ VERA, E., VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, M. en AA. VV (GÚZMAN ZAPATER, M. DIRECTORA) “ *Lecciones de Derecho Internacional Privado*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,2019 pág. 49

El desarrollo y el éxito del DIPr en UE, trajo consigo Reglamentos y Convenios internacionales que se articulan a través de conceptos como la “competencia judicial internacional, “el derecho aplicable y la “cooperación jurídica”.

Así el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968¹⁹ se plasmaba en categorías de competencia judicial internacional que serviría como puente de comunicación entre la doctrina y los legisladores internacionales

El Convenio de Roma de 1980²⁰ estableció el derecho aplicable, en especial a las obligaciones contractuales, así como la protección de la parte débil del contrato y la eficacia de la autonomía de la voluntad de las partes.

Más tarde llegaría la cooperación jurídica internacional²¹ que abarca libre circulación entre fronteras de mercancías, servicios, personas o capitales, establece distintas relaciones entre sistemas jurídicos, como dicta el art.5 de la LCJI “*los actos de comunicación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, tales como notificaciones, citaciones y requerimientos, así como a las comisiones rogatorias que tengan por objeto los actos relativos a la obtención y práctica de pruebas*”.²²

También tenemos el sector de Reconocimiento y ejecución de sentencias que, como su nombre indica, tratará del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. Toda resolución se produce como resultado para poner fin a un litigio entre partes y será eficaz en el territorio donde se dictó, por lo tanto, cualquier otro Estado se negaría a dar efecto a una resolución que ha sido dictada en una nación diferente. Ahora bien, las partes podrían estar interesadas en que la resolución tenga efectos jurídicos en otros Estados, es decir, que sea reconocido ya que el litigio podría ser resuelto de manera diferente y, aun peor, opuesta a la anterior.

Respecto de la *validez extrajudicial de sentencias o reconocimiento de sentencias extranjeras*, dado que no va a ser objeto de desarrollo en el presente TFG, quisiera al

¹⁹ Convenio internacional Bruselas de 27 de septiembre de 1968 suscrito por la Comunidad Económica Europea, convenio sustitutivo por el Reglamento n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, el cual fue refundido por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012

²⁰ Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, precedido por el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

²¹ ESPLUGUES MOTA C., DIAGO DIAGO, P.; JIMÉNEZ BLANCO, P., “50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág 39

²² Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE n° 182 de 31 de julio de 2015

menos señalar al respecto que, el reconocimiento por un Estado de una sentencia dictada en otro Estado, implica que se le otorga efecto a la resolución en su territorio y se le reconoce valor probatorio a esa resolución extranjera con la trascendencia y los términos establecidos por el derecho del Estado de origen, lo que significa que tendrá un efecto positivo, sobre la eficacia de la resolución extranjera y negativo, por el hecho que las partes no podrán plantear de nuevo la causa a un tribunal cuando ya ha sido resuelto y juzgado en el Estado de origen.

“Así, en el Convenio de Bruselas de 1968, en el Convenio de Lugano de 2007 y en el derogado Reglamento 44/2001, la terminología y los efectos son los propios del procedimiento del exequatur.”²³

Al respecto de este sector de normas del DIPr, según el origen de la sentencia que se quiera reconocer o ejecutar en nuestro país, habría que acudir a distintas fuentes normativas:

- Si proviene de cualquier Estado de la UE al momento actual hay que acudir en la materia laboral, para no citar otros instrumentos, al Reglamento Bruselas I bis²⁴ suscrito antes de la competencia convenio entre los estados miembros precediendo el Convenio Bruselas de 1968 y del Convenio de Roma de 1980 antes del Reglamento Roma I.
- Si la sentencia proviene de un país parte del Convenio Lugano²⁵ (Noruega, Islandia y Suiza) y que suscribió la propia UE con estos países, por las normas contenidas en el mismo.
- Si proviene de otro país extracomunitario, hay que verificar primero si existe algún Convenio bilateral a tal efecto entre España y ese país a título de ejemplo podemos recoger el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, de 9 de noviembre de 2001²⁶ o el Tratado entre el

²³ ESPLUGUES MOTA C.; IGLESIAS BUHIGUES J.L.; PALO MORENO G.; “Derecho Internacional Privado” Ed. Tirant lo Blanch, 10ª Edición, Valencia, 2016, pág. 205

²⁴ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012

²⁵ Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, precediendo Convenio de Lugano de 1988.

²⁶ Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001, BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002

Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992²⁷ sobre reconocimiento de sentencias.

- Si de un país con el que no hay Convenio Internacional a tal efecto, acudiremos a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional.²⁸

4.3 Concepto y presupuestos del DIPR

En definitiva y atendiendo a lo señalado por el Prof. Esplugues Mota “*El Derecho internacional privado se presenta, así, como un sector del Derecho privado estatal cuya razón de ser, y objeto, es la regulación de las relaciones y situaciones privadas de carácter internacional generadas entre particulares, o sujetos que no siéndolo actúen como tales. Su finalidad es aportar una respuesta adecuada y justa a los problemas a que ellos se ven expuestos como consecuencia de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos independientes que, al aparecer vinculados a una concreta relación o situación jurídica, resultan potencialmente reguladores de la misma.*”²⁹

El DIPR es un sector del ordenamiento distinguido del resto de los sectores que engloba el derecho estatal, por cuanto no se va a ocupar de relaciones de tráfico interno, todas ellas vinculadas a un mismo Ordenamiento Jurídico, tanto los sujetos como el objeto y la forma, sino de relaciones de tráfico externo, con elementos extranjeros, que pueden afectar a los sujetos, al objeto o a la forma, así se centrará en aquellos problemas que son expuestos ante la existencia de un conjunto de ordenamientos jurídicos independientes entre sí, los cuales aparecen vinculados mediante una situación jurídica, por diversas razones, sobre los que pueden llegar ser reguladores.

- La existencia de una rama de cada Ordenamiento jurídico estatal que se ocupe de las relaciones jurídicas de carácter privado e internacionales, y que, por tanto, incluyen las relaciones de trabajo con elemento extranjero, viene justificada por cuanto en la sociedad internacional se constata la existencia de distintos ordenamientos jurídicos en un conjunto de Estados, con contenidos

²⁷ Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992, BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994

²⁸ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015

²⁹ ESPLUGUES MOTA C.: en AA. VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) “*Derecho internacional privado*”, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 88

materiales distintos, y en esta variedad surge un problema, ya que cada uno de ellos da soluciones jurídicas distintas, y es necesario determinar cuál de ellos, de los vinculados a esa relación jurídica internacional, debe aplicarse al caso en cuestión. Si no existiera diversidad material en la regulación jurídico-laboral, podría no existir el DIPr ya que, si todos los derechos laborales fueran idénticos, daría igual cuál tendríamos que aplicar.

- Pero además de la existencia de distintos derechos materiales con contenidos distintos, hay un segundo presupuesto que justifica la existencia del DIPR, ya que, si las personas no se trasladasen, no formasen familias con nacionales de otros países, no dejaran herencias que pueden estar relacionadas con más de una legislación, si no se celebrasen contratos con extranjeros, etc., no se producirían situaciones privadas “internacionales” y no sería necesario el DIPR.

Los movimientos migratorios, sea por razones económicas o políticas, es evidente que han favorecido aumentar de manera considerable las relaciones privadas internacionales, y como señalamos anteriormente podemos llegar a la conclusión que la “globalización económica” ha motivado a incrementar la actividad empresarial fuera del propio Estado, lo que implica mayor aplicación de las normas de DIPR.

Pues bien, para regular esas relaciones jurídicas o situaciones privadas, de naturaleza laboral, existe una parte del DIPR que denominaremos *DIPR del Trabajo* por la materia regulada y que se va a ocupar precisamente de las relaciones laborales internacionales. Así el derecho internacional privado regula además de otras situaciones privadas, de naturaleza civil o mercantil, relaciones de trabajo que se basan en el flujo continuo de personas físicas y jurídicas entre las naciones que se encuentran interconectadas. El gran volumen de relaciones laborales entre las personas físicas y jurídicas de distintos Estados es un hecho en la actualidad.

5. EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El sistema español de DIPr se ha ido modernizando y desarrollado numerosas disposiciones (más por mérito del legislador comunitario en los últimos tiempos), si bien

como señala la doctrina, durante mucho tiempo se ha caracterizado por poseer un sistema raquítico en soluciones y en la poca utilización en la práctica, pero esta situación ha ido evolucionando debido a la implicación activa de España en el desarrollo de un modelo de DIPr dando lugar a un incremento constante del mismo en su aplicación práctica y actualmente muy enriquecido por las fuentes provenientes del legislador comunitario, siendo primordial en nuestra materia la fuente europea.³⁰

En este sentido el actual DIPR español tiene una primordial componente normativo derivado de Reglamentos comunitarios, que participan del *principio de primacía*, precisamente la materia que nos ocupa, el contrato de trabajo internacional es un ejemplo de “europeización o comunitarización” de las normas de DIPr en la materia.

La comunitarización surge en el DIPr a raíz del Tratado de Ámsterdam de 1997, dió lugar a la elaboración de numerosos instrumentos de DIPr en la UE, pues ya no surgirán de la representación de distintos estados, sino que se aplicará un procedimiento comunitario conjunto. De este concepto se sustentará la base del comienzo de una regulación europea que a día de hoy sigue siendo reconocida.

Sin faltar la referencia al gran paso del TFUE y a raíz del artículo 81 de este en cuanto a la cooperación judicial en materia civil donde el sistema aborda la utilización del concepto de “europeización” del Derecho internacional privado, en el cual el legislador comunitario comienza a establecer normas de DIPr en materias necesarias para el espacio social comunitario y así en materia de contratos internacionales y contratos de trabajo van a existir hasta el momento actual dos textos sumamente importantes el Reglamento Bruselas I Bis³¹, en materia de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias y el Reglamento Roma I³² para determinar la ley aplicable

Según el Profesor Esplugues Mota “Como bien afirma algún sector de la doctrina ius internacional privatista, la comunitarización se extiende ya a todo el Derecho internacional privado de la familia, las sucesiones y las obligaciones alimenticias sin dejar prácticamente resquicios regulatorios”³³

³⁰ ESPLUGUES MOTA C.: en AA. VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) “*Derecho internacional privado*”, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

³¹ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

³² REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

³³ ESPLUGUES MOTA C., DIAGO DIAGO, P.; JIMÉNEZ BLANCO, P., “*50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 241.

El DIPR español participa, como no podía ser de otra forma, de los principios constitucionales consagrados en nuestra CE de 1978, y conforme se recoge en el artículo 149.1.8 CE³⁴ sobre el que el Estado español posee competencia exclusiva en dicha materia.

Al momento actual el DIPR español se nutre de fuentes comunitarias, en su mayor parte, también internacionales, esto es las normas de DIPr contenidas en los Convenios Internacionales y por último del DIPr autónomo, derivado del legislador nacional, que podemos decir que actualmente y tras el ya referenciado proceso de “comunitarización o europeización” que ha hecho que se haya desarrollado y aumentado progresivamente su participación y directa derivado en mayormente por encontrarse integrada en la Unión Europea y en el número de normas a aplicar, por lo que estas últimas fuentes, las autónomas han decrecido exponencialmente.

No obstante, no existe en el DIPr español un Código que compendie todas las normas de DIPr, por lo que las tenemos en instrumentos normativos distintos según materia.

El sector de CJI en España tendrá la misma base legal que le resto de la UE, así el derecho internacional privado español queda constituido en materia de contratos internacionales (incluido el contrato de trabajo) en dos elementos fundamentales por encima del DIPr Autónomo y convencional.

- 1) Reglamento nº1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, Bruselas I BIS, sobre el reconocimiento de la competencia judicial y resoluciones en materia civil y mercantil y le reconocimiento y ejecución de sentencias. Se aplica en materia de contrato individual de trabajo y solo actuara para determinar la CJI si el demandado se encuentra domiciliado o tiene lugar la prestación de servicios en territorio comunitario, deben darse una serie de ámbitos.

Veremos su aplicabilidad preferente sobre el derecho internacional privado autónomo en este sector.

³⁴ Constitución Española. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978 149.1.8: “8.ª *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*”

- 2) Reglamento 593/2008 (ROMA I) encargada de determinar la ley aplicable a los contratos internacionales se caracteriza por su actuación siempre para determinar el derecho, así mismo señala uno de sus artículos el cual dispone que es de ámbito de aplicación “universal”, lo que significa que va a desplazar el DIPR autónomo en el sector de ley aplicable

Además de la importancia de la regulación comunitaria como hemos señalado anteriormente, es necesario hacer referencia, en el ámbito que nos ocupa de las relaciones laborales internacionales a la OIT y el pacto internacional de derechos civiles. Respecto a la labor de la OIT en materia de condiciones de trabajo mínimas a nivel internacional, desarrollaremos algunas cuestiones a continuación.

6. LA OIT Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO A NIVEL INTERNACIONAL

Esta Organización Internacional es la más importante en materia laboral, los temas laborales fueron abordados por la misma tras la primera guerra mundial en 1919 y estaba compuesta por países como Francia, Estados Unidos, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido que entre sus objetivos se encontraba fomentar el dialogo, favorecer la paz entre las naciones y sobre todo la protección social que deben establecer los Estados³⁵. OIT corresponde a las siglas de Organización Internacional del Trabajo, se trata de una entidad que trabaja bajo el ala de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La organización busca examinar aquellos elementos conectados en materia laboral, buscando la protección de los derechos de los trabajadores. En su jerarquización la autoridad de la OIT es el director general elegido por el Consejo de Administración que tendrá durante el año tres reuniones

Actualmente cuenta con 185 países. Su objetivo es fomentar la posibilidad de trabajo al alcance de todos, intentado mejorar las condiciones, sin embargo, no cuenta con potestad para castigar a los gobiernos de los distritos países. La OIT ha dictaminado numerosos convenios, estos adquieren un tratado internacional cuando son ratificados, a

³⁵ Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm> (Organización Internacional del Trabajo)

partir de ahí serán de obligado desempeño para los países. La organización dictamina recomendaciones como indicaciones para mejorar las condiciones de trabajo, se buscará implantar una reglamentación de las horas de jornada, la duración, establecer un salario mínimo, protección, pensiones de vejez e invalidez, estar sujetos a una prestación en caso de contingencias comunes y profesionales.

Uno de los convenios más importantes es el Pacto Mundial para el Empleo donde se recogen una serie de políticas que los países tendrán que implementar para afianzar el bienestar de los trabajadores. Estas medidas se fundamentan en cuatro puntos importantes:

1. La generación por parte de los gobiernos de empleo: los dirigentes y organizaciones relacionados con el mundo laboral tendrán que interponer medidas que aseguren la creación de empleo, como medida para evitar el desempleo.
2. Ampliar la protección social: buscar que entre Estados exista un trato amistoso y que aquellos que puedan hacer frente de manera eficaz a una crisis puedan extender la mano y cooperar entre todos para tratar de equilibrar entre los que poseen más riqueza y los que no.
3. Los Estados deberán respetar las normas laborales de los Convenios a lo que pertenece: existe una preocupación por impedir el hundimiento de la economía mundial, por ello los países tiene la responsabilidad de respetar los convenios y las reglas que en ellos se encuentran para evitar caer en crisis de gran magnitud. Además, es primordial el respeto a los derechos de los trabajadores, evitando la explotación infantil, discriminación laboral, etc.
4. Promover interacción social: brindar modelos de diálogo que fomenten la negociación colectiva, políticas para el desarrollo de conexiones prósperas para empleadores y trabajadores.

La oficina de la OIT ofrece cooperación técnica y servicios de asesoría a los Estados miembros que así lo necesiten, apoyarlos en su evaluación o en la enunciación o revisión

de leyes en materia laboral, donde se habilita asistencia para el progreso de leyes o reglamentos que ayuden a prosperar en sus principios

España ha sido uno de los países que más ha contribuido a la organización, principalmente en materia de lucha hacia el trabajo infantil en América Latina. Mantiene una misión permanente en Ginebra cooperando junto al Ministerio de Empleo y Seguridad Social cuyas ocupaciones son:

- Intervención activa en las reuniones que celebra la OIT.
- Definición de políticas generales de la OIT.
- Impulso, alcance y coordinación de las actividades de colaboración técnica costeadas por las autoridades españolas.

7. OTROS ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA EN LAS RELACIONES LABORALES

La extranjería en una relación jurídica puede estar presente tanto en elementos personales como territoriales. De estos elementos que vinculan las características de una relación jurídica forman parte la nacionalidad o el domicilio de la persona o entidad o el territorio donde se lleve a cabo frecuentemente o de manera significativa la relación laboral u aquellos negocios que se lleven a cabo y por último el lugar de residencia.

Por lo que se refiere a la “*internacionalidad*” de una relación laboral, uno de los elementos determinantes es la nacionalidad extranjera del trabajador persona física, al respecto ya hemos desarrollado el régimen jurídico del trabajador extranjero en España, su dualidad y el factor determinante en la constitución de relaciones laborales internacionales.³⁶

Este elemento extranjero viene determinado por la carencia de nacionalidad española del trabajador. La determinación de una nacionalidad extranjera se constata por medio del pasaporte, documento de identidad del Estado en cuestión u otra documentación.

El trabajo extranjero por tanto será, todo aquel sujeto que no es nacional y además deberá desempeñar una serie de requisitos según se deba aplicar el régimen comunitario

³⁶ Véase apartado 3.1 del presente trabajo, página 22 y siguientes

o extracomunitario para prestar servicios en España como veremos en el epígrafe siguiente.

Habiendo ya desarrollado con anterioridad esta referencia al trabajador extranjero y la concurrencia de elemento extranjero en este sujeto, parte débil, del contrato de trabajo, es necesario que abordemos los otros elementos extranjeros que nos podemos encontrar.

7.1 Empresa extranjera

Se trata de un factor de extranjería cada vez más importante en orden al incremento de las relaciones laborales internacionales, son también principios comunitarios fundamentalmente, libre prestación de servicios y libre establecimiento de empresas en territorio comunitario, lo que incide directamente en que se entablen cada vez más relaciones laborales en nuestro país con presencia de elemento extranjero en la nacional de la empresa / persona jurídica.

La determinación de la nacionalidad tiene como objeto establecer cuál es el Ordenamiento jurídico aplicable a las personas físicas. Sin embargo, el Derecho necesita regular a las personas jurídicas al establecer relación entre el Estado y estas, por lo tanto, se personifica a las personas jurídicas también. En el Derecho español nos encontramos con los artículos 9.11 y el 28 del Código Civil, los cuales atribuyen la nacionalidad española que además de ser reconocidas por la ley se encuentren domiciliadas.

El artículo 28 del Código Civil contiene la regla general y dispone que *“las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código”*³⁷. Por lo tanto, en base a lo redactado el criterio de Constitución sostiene que las personas jurídicas poseen la nacionalidad del Estado conforme a cuyas leyes se ha constituido y reconocido según el ordenamiento jurídico, este criterio ha sido criticado por caracterizarse como una posición incompleta, ya que los individuos pueden adecuarse por intereses sin realmente tener una relación con la legislación dispuesta, también debe encontrarse domiciliada en su territorio y donde el artículo redacta en su segundo párrafo que serán extranjeras las

³⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid nº 206, de 25 de julio de 1889

domiciliadas en el extranjero, para determinar este criterio debemos entender que se entiende como domicilio social:

- El lugar donde se reúne la Asamblea.
- El lugar donde se encuentra el Consejo de la Administración.
- La localización de la sede.

Podría ser de interés para los socios fijar el domicilio donde sea conveniente para los beneficios sin tener una conexión real con el Estado, y además supone un problema si la sociedad cambia de domicilio.

Esto da lugar, a una realidad sobre las “sociedades fantasmas”, se trata de sociedades establecidas en Estados, donde se encuentra su sede social, pero en las que no realizan ninguna actividad económica, es decir radican en un país donde ni la sociedad ni los socios tienen nada que ver con dicho Estado. En el ámbito del derecho interno español se lucha contra esto en el art.9.2 de la ley de sociedades que actúa contra estas “falsas sociedades” donde se sanciona la falsa internacionalidad.

*Art. 9.2 TRLSC: “Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”.*³⁸

Es decir, una sociedad que se encuentra en un Estado Miembro y se ha constituido conforme a una ley extracomunitaria, pero cuya única actividad se da por ejemplo en España conforme a la TRLSC no se consideran extranjeras sino españolas. Si se trata de una empresa constituida con arreglo a un Derecho de un Estado miembro no se aplicará dicho artículo nombrado anteriormente, ya que no puede reputarse existencia de fraude o falsa internacionalidad, al estar configurada en el TFUE la libre prestación de servicios y de establecimiento de las empresas dentro de la Unión Europea. De ahí que se considere nacional del país conforme al que se haya constituido, sin que quepa atribuirle la nacionalidad española, que es la sanción al fraude, que no puede aplicarse en el ámbito social europeo.

Que exista la posibilidad de "deslocalizar" una sociedad provoca un conjunto de intereses en beneficio de Estados con legislaciones que favorecen la creación de dichas

³⁸ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE nº 161, de 03/07/2010.

sociedades y por lo que las normas son restrictivas a la hora de cumplir ciertos requisitos, a este fenómeno se le denomina como “síndrome de Delaware”

7.2 Prestación habitual de servicios en el extranjero

El lugar de prestación habitual de servicios tiene también un importante papel como factor de extranjería que convierta a una relación laboral en internacional, en este sentido cada vez más hay empresas españolas que contratan a sus trabajadores para prestar servicios en otro país.

Pues bien, este factor, país de prestación habitual de los servicios, va a configurarse como factor determinante de la aplicabilidad tanto del foro especial previsto en el Reglamento comunitario que regula la CJI³⁹, como en materia de ley aplicable al establecer, otro Reglamento comunitario y con carácter universal, la aplicabilidad general del derecho laboral del país de prestación habitual de los servicios. (artículo 8.2 del Reglamento Roma I)⁴⁰ dicta que la ley aplicable al contrato individual de trabajo, que no haya sido elegida previamente por las partes, será aquella donde el trabajador realiza su trabajo habitualmente, especificando expresamente que, aunque el trabajador ejecute un trabajo de carácter temporal en otro país, no se considerará esta situación como prestación habitual.

En aquellas situaciones donde no pueda determinarse tal y como dispone el art. 8.2, la ley sobre la que se aplicará y se regirá el contrato de trabajo en base a lo dictado en el art. 8.3 será el ordenamiento jurídico donde se encuentre el establecimiento donde se produjo la contratación del trabajador.

En muchos casos estará claramente delimitado y será fácil conocer una vez firmado el contrato el lugar que se ha designado para desarrollar la actividad, pero existen contratos en los cuales será difícil de determinar el lugar habitual, aquellas profesiones con un alto grado de movilidad.

³⁹ REGLAMENTO (UE) N° 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Art.21.2. “*Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).*”

⁴⁰ Art. 8.2 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 Roma I. ... “*En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente...*”

- a) Lugar desde el cual el trabajador parte y al que regresa: debemos entenderlo en los términos que se pudieron dar por ejemplo en el caso se Nogueira⁴¹ donde los trabajadores realizaban desplazamientos a distintos países, pero siempre retornaban al aeropuerto donde se produjo la salida, es decir el lugar de inicio y finalización de la prestación de los servicios. Lo mismo ocurre en transporte por carretera, donde llevan a cabo sus objetivos y regresa al lugar una vez finaliza su jornada laboral. Se trata de un criterio primordial y de gran importancia cuando se puede probar, ya que es determinante para establecer el lugar habitual de servicio, además coincide con otros criterios como el lugar donde se encuentra el despacho o donde recibe las instrucciones, etc.
- b) Lugar donde el trabajador pasa la mayor parte del tiempo de trabajo en la empresa: deberá tenerse en cuenta el criterio temporal para tener en cuenta el periodo de actividad que el trabajador con la empresa, por lo tanto, dicho periodo junto a otros que sean relevantes serna determinantes para establecer si se puede o no probar si es el lugar habitual de prestación de servicios.
- c) Lugar en el que se encuentran los medios de trabajo.
- d) Lugar sobre el que bajo contrato debe residir el trabajador.
- e) El lugar donde el trabajador tiene establecida la oficina.

Existen cláusulas de excepción que se encuentran en el artículo 8.4, inspiradas en el principio de proximidad, donde se manifiesten vínculos estrechos, como podrán ser los casos sobre un contrato de embarque para trabajar en un buque bajo bandera de conveniencia, ya que el lugar donde se realiza la contratación es un vínculo débil con

⁴¹ STJUE 14 septiembre 2017, Nogueira, C-168/16 y C-169/16 acumulados, EU:C:2017:688, apartados 55-56; véase también el apartado 45. C. Vaquero López, “La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16 Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Rynair Designated Activity Company)”, Diario La Ley Unión Europea, nº 54 (diciembre 2017).

dicha relación laboral, estas excepciones no suelen darse con frecuencia lo más habitual será encontrarnos con casos donde el contrato presente vínculos estrechos con el país donde se realiza la prestación habitual.

8. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL

Ante un litigio derivado de una relación individual de trabajo que presente elementos extranjeros en los términos que hemos señalado, debe solventarse en primer lugar los Tribunales estatales competentes y en segundo lugar la ley aplicable al fondo del litigio planteado, para ellos, como también hemos desarrollado, acudiremos a las normas que se integran en el contenido del Derecho Internacional Privado, en la especialidad relativa al contrato de trabajo internacional.

Según Calvo Caravaca y Carrascosa González *“La competencia judicial internacional en relación con los contratos de trabajo se rige, exclusivamente por la Sección 5ª del Capítulo II RB I-bis”*⁴². Donde dictamina que será aplicable a todas aquellas situaciones donde la parte demandante sea un trabajador. El Reglamento no sujeta como tal el concepto de contrato de trabajo *“Sin embargo puede afirmarse que tal concepto debe ser autónomo, esto es, un concepto propio del Reglamento Bruselas I-bis”* el cual es distinto de aquel que sustentan los derechos nacionales que conforman la UE, es decir los Estados miembros.

El Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) introduce distintos foros especiales cuyo objetivo trata de proteger a la parte débil del contrato respecto a los contratos individuales de trabajo, lo mismo que observaremos en materia de determinación de la Ley aplicable con el Reglamento 593...(Roma I) como desarrollaremos en los siguientes apartados.

8.1 La Competencia Judicial Internacional

La CJI hace referencia al grupo de normas que dictaminan el alcance y la competencia de los Tribunales de un Estado. Para determinar la competencia de un tribunal primero debe descubrirse si dichos Tribunales de ese Estado en concreto pueden

⁴² CALVO CARAVACA A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *“Derecho Internacional Privado VOL II”* 18ª Edición, Ed. COMARES, Granada, 2018, pág. 3

ser conocedores del supuesto internacional que presenta una conexión para posteriormente determinar cuál será el tribunal al que se le atribuye. Se denomina por lo tanto competencia a la capacidad de los Tribunales para conocer sobre un asunto en concreto.

“En definitiva, la jurisdicción o competencia judicial internacional, es la potestad atribuida por la ley a los órganos jurisdiccionales del Estado para entender de los negocios que se susciten en las relaciones de tráfico jurídico.”⁴³

En competencia judicial internacional el Estado no tendrá competencia en el litigio .

“Ejemplo: Un matrimonio formado por dos nacionales alemanes con residencia habitual en Palma de Mallorca pretende presentar una demanda de divorcio ante los Juzgados de esta ciudad. Las normas de competencia judicial internacional determinan si el Juzgado de Palma es o no competente para conocer de ese divorcio a partir de ciertos criterios conexiones que la misma norma prevé (por ejemplo, domicilio en España)”⁴⁴

Puede por lo tanto afirmarse que los tribunales podrán conocer un supuesto internacional cuando presenten una conexión notable con el Estado.

8.2 Características de la Competencia Judicial Internacional

1. Las normas las decreta el legislador estatal de manera libre y bajo el ámbito de ese Estado con sus márgenes, esto no quiere decir que otra Nación pueda declararse competente también bajo sus propias normas jurídicas de carácter internacional.
2. Aquellos Estados que decreten sus propias normas deberán señalar para qué situaciones los tribunales son competentes.

⁴³ ESPLUGUES MOTA C.: en AA.VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) *“Derecho internacional privado”*, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 109

⁴⁴ GÓMEZ JENE M.; GUZMÁN ZAPATER M.; HERRANZ BALLESTEROS M.; PÉREZ VERA E.; GÉMEZ-URRUTIA M.V. en AAVV (GUZMÁN ZÁPATER M. DIRECTORA) *“Lecciones de Derecho Internacional privado”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 78

3. Estas normas tendrán la característica de exclusividad porque son las que dictarán la competencia en dicho territorio.
4. El carácter unilateral de las normas se disipa cuando se plasma en una fuente de carácter internacional o institucional como podría tratarse de un tratado o decretada por un legislador de la Unión Europea, pasaría entonces a tratarse de normal bilaterales donde se refleja aquellos tribunales competentes.

En el Derecho español la protección de esos intereses, valores y derechos se encuentra reflejado en el art 21 de la LOPJ del Título I la protección y los principios de los derechos:

“De la extensión y límites de la jurisdicción”, establece que: 1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”⁴⁵

Las normas para determinar la competencia judicial pueden comprenderse de la siguiente manera:

A) Preceptos para determinar la competencia judicial internacional:

“En el ejemplo anterior (divorcio de dos nacionales alemanes domiciliados en Palma), el juez de instancia debe determinar, con carácter previo, si tiene o no competencia para conocer del asunto. Una vez constatada su competencia —en aplicación de la norma de competencia correspondiente— el juez se planteará qué derecho debe aplicar al fondo de la controversia: el derecho alemán o el derecho español.”⁴⁶

- B) La competencia judicial internacional abarca todas las disposiciones jurisdiccionales, pero no de manera absoluta ya que los Estados pretenden proteger aquellos derechos inherentes que contienen las partes.

⁴⁵ ESPLUGUES MOTA C.: en AA. VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) *“Derecho internacional privado”*, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 112

⁴⁶ GÓMEZ JENE M.; GUZMÁN ZAPATER M.; HERRANZ BALLESTEROS M.; PÉREZ VERA E.; GÉMEZ-URRUTIA M.V. en AAVV (GUZMÁN ZÁPATER M. DIRECTORA) *“Lecciones de Derecho Internacional privado”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 78

C) El legislador tiene libertad para configurar las normas de la competencia judicial internacional según le convenga para sus intereses. El legislador busca que el litigio tenga cierta relación con los tribunales de su Estado, por ello persigue esta inmediatez. Esto puede resultar muy útil porque produce una relación entre los distintos legisladores ya que la proximidad que utiliza uno de los Estados entre el litigio y este, puede vincular a otros Estados que pueden declararse competentes también.

“Ejemplo: Divorcio de un matrimonio formado por dos argentinos con domicilio en España. El legislador español puede considerar como criterio de proximidad razonable—y, por tanto, otorgar competencia en la materia a los tribunales españoles— al hecho de que el matrimonio tenga domicilio continuado en España. Del mismo modo, el legislador argentino puede considerar como criterio de proximidad razonable —y, por tanto, otorgar competencia en la materia a los tribunales argentinos— al hecho de que ambos cónyuges tengan nacionalidad argentina, con independencia del país en que residan.”⁴⁷

8.3 Foros de Competencia Judicial Internacional

Los foros de competencia conforman un abanico donde cada uno responde a un objeto concreto como la protección del consumidor o el trabajador, la defensa de los derechos y deberes de aquellos ciudadanos que se encuentran domiciliados en un territorio, la búsqueda del fomento de la contratación, etc.

Aquellos fundamentos por los que el legislador opta establecer unas pautas sobre la atribución de la competencia judicial no tienen por qué resultar los mismos en la determinación de la ley aplicable. La ley aplicable escogida debe ser aquella que más se ajuste a la situación y características del litigio.

Podemos hacer hincapié en la existencia de varias clases de foros que se diseñaron teniendo en cuenta la conexión entre una determinada materia y un Estado, independientemente del foro del domicilio del demandado y aquellos foros denominados especiales.

Se clasificarían como:

⁴⁷ *Idem*, pág. 79

- **Foros objetivos:** se encuentran relacionados con aquellas circunstancias ajenas de las partes y pueden ser de naturaleza personal (como por ejemplo podría tratarse de la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual, etc.) o de naturaleza territorial (en este caso podemos hablar de lugar de prestación habitual de servicios, lugar de situación de bienes, celebración de un contrato o en el que se produce un hecho dañoso, etc.)

- **Foros subjetivos:** aquellos que derivan de la voluntad de las partes, donde se produce un acuerdo de forma expresa o tácita en la elección de un determinado tribunal de Estado.

Según su ámbito o extensión podemos catalogarlos como:

- **Exorbitantes:** donde se atribuye la competencia al Estado en cuestión donde se favorece la situación de los ciudadanos residentes de dicho país

- **Exclusivos:** se encuentran recogidos en el art 24 del Reglamento, puede darse por una gran relación entre la situación con el territorio donde el Estado se considera exclusivamente competente o la disposición del Estado en intereses donde no se admite otra competencia que la de sus propios tribunales en el cual no se puede vincular la competencia con los tribunales de otros países. Se aplican con independencia de la domiciliación de las partes.

- **Facultativos:** en este tipo de foro pueden admitir competencia sobre varios tribunales, es decir los tribunales de un Estado pueden atribuir la competencia a otros tribunales y que estos conozcan del asunto con sus propias competencias.

Las normas de DIP español para determinar si los tribunales españoles son competentes o no en un determinado litigio laboral deben de tener en cuenta los textos legales ya citado a lo largo de este trabajo y remitirnos expresamente a las normas que dentro de los mismos regulan la materia laboral.

Así pues, tenemos que citar por la primacía de fuentes en primer lugar el Reglamento comunitario BRUSELAS I BIS⁴⁸, que es el resultado de una refundición de EL REGLAMENTO BRUSELAS I⁴⁹ que a su vez precedió al Convenio de Bruselas⁵⁰

8.4 Primacía del Reglamento N°1215/2012 (BRUSELAS I BIS)

De las materias que regulan la competencia internacional Bruselas I bis es sin duda el instrumento más importante. Entró en vigor el 10/1/2015 precediendo el Reglamento n°44/2001 (Bruselas I), el cual disponía de competencias en lo relativo a las materias civiles y mercantiles. Por tanto, Bruselas I Bis sostiene gran parte de las normas, algunas modificadas, y decreta nuevas a la precedida regulación.

En materia de competencia judicial internacional este reglamento va a tener una aplicación cuasiuniversal pero no absolutamente, por lo que también habrá que tener en cuenta el Convenio de Lugano.

El Convenio de Lugano de 2007 forma parte en la UE como aquella disposición que posee competencia de manera exclusiva para suscribir acuerdos con terceros Estados, establece en él, ciertas características sobre las que la UE no tiene herramientas “*Así, por ejemplo, el Convenio de Lugano es un Convenio abierto. Cualquier Estado— independientemente de su pertenencia a la UE o a la AELE— puede llegar a ser parte*”. Se dispondrá su aplicación cuando: el domicilio del demandado se encuentre en uno de los países suscritos (Noruega, Islandia o Suiza)⁵¹

La relación que existe entre el Convenio de Lugano y el Reglamento 1215/2012 y cuando utilizar uno u otro se determina en el art. 64 del Convenio, por lo tanto, los Estados miembros de la UE en sus relaciones aplicarán el Reglamento y aquellos Estados que no sean miembros pero que se encuentren bajo un contrato aplicarán siempre el Convenio, son en estas relaciones cuando habrá que fijarse en el artículo citado anteriormente.

Por lo tanto, será aplicable el Convenio de Lugano cuando:

⁴⁸ REGLAMENTO (UE) N° 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

⁴⁹ Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre la misma materia

⁵⁰ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁵¹ ESPLUGUES MOTA C.: en AA.VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) “*Derecho internacional privado*”, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 160

- 1) El domicilio de la parte demandada se encuentre en un Estado que sea parte del Convenio de Lugano como Suiza, Noruega e Islandia.
- 2) Las competencias exclusivas y la denominado sumisión expresan concedan competencia a los tribunales aquellos Estados que formen parte del Convenio.
- 3) Que uno de los Tribunales de un Estado sean parte del Convenio.

Y finalmente será de aplicación, si bien residual la LOPJ que en materia laboral que nos remite directamente al art. 25 sobre los foros de competencia judicial internacional de, en este caso, los Tribunales españoles para aquellas situaciones sobre las que no podrá ser aplicado el Reglamento al no cumplirse los requisitos que este predispone para ser conecedor del litigio, se desplazará a la normativa interna de cada Estado miembro, en España se remitiría a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Podemos afirmar que los foros *“de la LOPJ, con excepción de las pocas materias no cubiertas por un instrumento de la UE o un convenio internacional, o no son aplicables o son de muy escasa aplicación y, cuando lo son, conducen, en la mayoría de las situaciones, a resultados idénticos a los previstos en el instrumento de la UE correspondiente.”*⁵²

Pues bien vamos a desarrollar la aplicabilidad y reglas contenidas en el Reglamento Bruselas I bis y el art. 25 de la LOPJ. En nuestro Derecho, el legislador debe concretar la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado a través de un conjunto de reglas que se encarguen de defender y proteger derechos, valores e intereses, todo ello se plasma en la LOPJ desde el 22 al 25 de dicha ley, donde se fijan aquellos criterios que atribuyen competencia a los Juzgados y Tribunales españoles.

Los foros de competencia de los Tribunales de nuestro país se encuentran establecidos en el art 25, el cual distingue distintos apartados en referencia a la materia por la cual serán competentes y sobre los que nos fijaremos respecto al Derecho Internacional Privado Autónomo en referencia a la competencia judicial internacional, los derechos y

⁵² ESPLUGES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES J.L, PALO MORENO G. *“Derecho Internacional Privado”* 11º Edición , Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 168

obligaciones que se deriven de un contrato, un control de los convenios colectivos en lo referente a su legalidad y aquellas presunciones derivadas de conflictos colectivos.

8.4.1 Estructura del Reglamento BRUSELAS I BIS

Las normas del Reglamento contienen una estructura jerarquizada de los foros de competencia en el orden siguiente:

1. Competencias exclusivas por razón de la materia, recogidas en el art. 24.
2. Sumisión tácita, prevista en el art. 26.
3. Sumisión expresa, regulada en el art. 25 del Reglamento.
4. Competencias particulares, en materia de seguros (arts. 10 a 16) consumidores (arts. 17 a 19) y **contrato individual de trabajo (arts. 20 a 23)**.
5. Foro general del domicilio del demandado (art. 4).
6. Competencias especiales materiales (art. 7 a 9).
7. Medidas provisionales y cautelares (art. 35)⁵³

El objeto de este TFG hace que nos centremos en la sección 5ª que regula el contrato de trabajo internacional, pero previamente debemos tener en cuenta otros apartados del mismo.

8.4.2 Ámbitos de aplicación y foros de competencia

A) Material

Es aplicable a todos los contratos bajo su art 1 en “materia civil y mercantil” para aquellas situaciones donde se encuentre un elemento extranjero independientemente del órgano jurídico que actúa sobre él.

⁵³ ESPLUGES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES J.L, PALO MORENO G. “*Derecho Internacional Privado*” 13º Edición , Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 119

“Se incluye en el concepto de “materia civil y mercantil”, a efectos de dicha disposición, una demanda que tiene por objeto el cobro de la deuda derivada de una prestación de servicios de transporte y que ha sido formulada por el síndico de una empresa en liquidación, designado en el marco de un procedimiento de insolvencia incoado en un Estado miembro contra el beneficiario de los servicios de transporte, establecido en otro Estado miembro”⁵⁴

No se incluye en este ámbito las materias fiscales, administrativas, aduaneras, el estado civil de una persona, el régimen que regule las relaciones similares al matrimonio, etc. **Así como tampoco aquellas relaciones colectivas que se reflejan en el art 20 y siguientes de Bruselas I bis** (Ej.: delegados sindicales) donde nos trasladaremos a la normativa interna de la legislación española competente en este ámbito, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el art 25.2 establece la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles en materia de relaciones colectivas de trabajo. El artículo dictamina que podrán conocer el litigio y serán competentes si el Convenio fue celebrado en España, es decir registrado ante la autoridad española. También establece la competencia en aquellas situaciones de supuestos de conflictos colectivos si el conflicto se ha originado en territorio español.

En lo que compete a la seguridad social se excluyen todos los litigios que tratan esta materia, por lo tanto y bajo los criterios que hemos estado observando se recurrirá a la normativa interna, es decir, a la LOPJ, en concreta el art 25.3 el cual dictamina que los Tribunales serán competentes si la parte demandada la cual es en este caso la Seguridad Social española o aquella parte extranjera que cuente con una agencia, delegación o sucursal con domicilio en territorio español. El litigio de la Seguridad Social engloba las entidades colaboradoras también (Ej.: mutuas).

B) Temporal

Se aplicará en aquellos casos celebrados a partir del 10/1/2015 fecha en la que entró en aplicación. En el caso que un Estado miembro se incorporase a la UE el Reglamento se encontrará en vigor para aquellas situaciones en la que los hechos fueran anterior a la incorporación y para que tenga efecto, debe haberse dictado resolución tanto para el

⁵⁴ *Idem*, pág. 122

Estado miembro de origen como para el requerido. El artículo 81⁵⁵ plasma su aplicación desde el 10 de enero de 2015.

C) Espacial

Se aplicará a todo el territorio de la Unión Europea, excepto: Dinamarca donde se empleará la normativa del Convenio, otros países y conforme el artículo 355 TFUE los departamentos franceses de ultramar, Gibraltar (según acuerdo entre Reino Unido y España) y las Islas de Aland.

D) Personal

Se aplicará el Reglamento Bruselas I Bis a los litigios que posean algún elemento extranjero cuando el domicilio del demandado se encuentre en territorio comunitario, como señala el artículo 5 del Reglamento,⁵⁶ con independencia de la nacionalidad de las partes, es decir que la nacionalidad de una persona quedara pospuesta a un segundo lugar ya que las normas tomaran con preferencia la domiciliación.

En materia de contrato de trabajo internacional a este ámbito personal o subjetivo de aplicación del Reglamento, hay que sumar también que el lugar de prestación de los servicios sea un Estado miembro de la Unión Europea, conforme artículo 21,2 del Reglamento.⁵⁷

En el Reglamento Bruselas I bis se incorpora además del domicilio del demandado y solo para contrato de trabajo el lugar de prestación habitual, que no existía en el Reglamento Bruselas I ; no obstante, en general el **domicilio del demandado** es un factor

⁵⁵ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Artículo 81: “*El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014.*”

⁵⁶ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, artículo 5: “*1. Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo. 2. No podrán invocarse frente a las personas a que se refiere el apartado 1, en particular, las normas nacionales de competencia judicial que los Estados miembros han de comunicar a la Comisión de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a).*”

⁵⁷ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Art. 21.2 “*Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).*”

indispensable ya que en función de este el Reglamento dispone dos situaciones diferentes respecto a la competencia judicial internacional.

- a) El **demandando tiene domicilio en un Estado miembro**, se aplicarán los foros uniformes, aunque las partes sean nacionales y se encuentren domiciliados en el mismo Estado miembro o, en el supuesto en que sean nacionales de un Estado miembro distinto, si el litigio presenta cualquier otro componente de extranjería. El domicilio por lo tanto será de vital importancia ya que los foros buscan favorecer a los domiciliados (se encuentran en la UE y fomentan la economía y la vida laboral). El sujeto podrá ser demandado atendiendo a las disposiciones que establecen los foros, apartando la normativa nacional.

- b) El **demandado se encuentra domiciliado en un país fuera de la UE**, verificaremos primero el art. 20.2⁵⁸, a efectos de constatar que no tenga una **Agencia, Sucursal o Establecimiento** en territorio comunitario, que se considerará a estos efectos como domicilio en UE y, por tanto, aplicabilidad del reglamento; y si no se da lo anterior y tampoco que **preste los servicios en territorio comunitario**, el Reglamento establece en su art 6.1⁵⁹ que, dado que no se dan los requisitos para aplicar el Reglamento, la competencia judicial internacional en el supuesto en cuestión se determinará, en cada Estado miembro, por su legislación interna, lo que significa en el supuesto de España, que se acudiría a la LOPJ y si se da alguno de los foros que todavía resultan aplicables de tal norma, los Tribunales españoles podrán conocer del litigio.

⁵⁸ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Art. 20.2 “*Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro*”

⁵⁹ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Art. 6.1 “*Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25.*”

En definitiva, si el domicilio del demandado no está en un Estado Miembro, ni tienen Agencia, Sucursal o Establecimiento (relacionado con el litigio) y exceptuando se produzca lo previsto en el ya citado art. 21.2 por cuanto el lugar de prestación del trabajo sea en un Estado de la UE, (previsto exclusivamente para los supuestos de contratos de trabajo, para permitir a la parte débil del contrato, acudir a los Tribunales del lugar de prestación habitual de los servicios y a las reglas con seguridad jurídica y orientadas a la protección del trabajador, del Reglamento Bruselas I bis.

- Por último, señalar que los derechos de los demandados que no estén domiciliados en UE no estarán protegidos (art. 28). Salvo y tenemos necesariamente que repetirlo, en contrato de trabajo, donde en protección de la parte débil, también estarán protegidos esos derechos si el lugar de prestación del trabajo en UE, aunque no domiciliado el demandado, si su lugar trabajo es UE también se aplicaría Reglamento.

Y también como ya hemos apuntado y conforme al art. 20.2 de Bruselas I Bis se considerará que existe domicilio en territorio de la UE si la parte cuenta con una agencia, sucursal o establecimiento en algún Estado miembro, por lo tanto, también en estos supuestos reiteramos por su importancia, será posible aplicar la normativa europea.

• Foros de competencia previstos en el Reglamento para contrato individual de trabajo.

Si es aplicable el Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia judicial internacional en un litigio en materia de contrato individual de trabajo, ha de acudir a la sección 5ª del Reglamento y en concreto a los artículos 21, 22 y 23 del Reglamento. En su estructura, distinguiremos los supuestos según la naturaleza del demandado, esto es si el demandado es la empresa o es el trabajador.

- Demandado el empresario:

1. **Si el domicilio del demandado está en España, serán competentes los tribunales españoles. Foro general del domicilio del demandado. Art. 21.1 a) del Reglamento.**⁶⁰

⁶⁰ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Art. 21.1 a) “ *Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados:*

a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o”

Cuando un trabajador celebre un contrato de trabajo con un empresario cuyo domicilio no se encuentre en un Estado miembro pero que si posea una agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento en ellos se considerará que tiene su domicilio en dicha nación/es en el caso que existiese un litigio.

En caso de que no se diera esta premisa para aplicar el foro general, de tal manera que los tribunales españoles no serían competentes, procedería acudir al foro especial que consignaremos a continuación.

2. **Si el lugar de prestación de servicios es España, serán competentes los tribunales españoles. Foro especial del país de prestación de servicios. Art. 21.1 b) i del Reglamento⁶¹.** El Reglamento Bruselas I bis permite que un trabajador demande a un empresario que no se encuentre domiciliado en la UE a través del órgano jurisdiccional del Estado donde desempeña habitualmente su trabajo.

El Reglamento, por tanto, establece que los empresarios pueden ser demandados en: otro estado miembro, ante el órgano jurisdiccional en el que tiene lugar la prestación de servicios, es decir, donde desempeñe habitualmente su trabajo o en el último lugar donde lo desempeñó.

Como interpretan Nogueira y Moreno la idea de “lugar habitual de trabajo” amplían ventajas al trabajador bajo ese foro especial que le permite ir en contra del empresario con mayor facilidad.

3. En el caso que resultase improbable determinar el lugar habitual de prestación de servicios, el trabajador podrá demandar al **empleador ante los Tribunales del Estado miembro en que esté situado el establecimiento que contrató al trabajador. Artículo 21, b) ii**⁶². Según la jurisprudencia TJUE si no fuese

⁶¹ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, art. 21,1 b) i: “*en otro Estado miembro: i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o*”

⁶² REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, art. 21.1 b) ii “*en otro Estado miembro: ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.*”

posible determinar el lugar de prestación habitual, bastante improbable que así suceda, teniendo en cuenta los criterios de determinación ya señalados en el presente trabajo⁶³ el trabajador podrá acogerse al Estado miembro donde se produjo la contratación.⁶⁴

- **Demandado el trabajador:**

En este caso más inusual, ya que normalmente la parte demandada es siempre la empresa, porque toma las decisiones laborales, existe un único foro que es el **foro general del domicilio del demandado en este caso el trabajador. Si está domiciliado en España tendrán competencia los tribunales españoles. Art. 22 del Reglamento Bruselas I bis** ⁶⁵

El empresario tendrá la facultad también de demandar a un trabajador ante los órganos jurisdiccionales en la UE donde este estuviese domiciliado.

- **Sumisión o acuerdo de atribución de competencia**

También cabría la posibilidad de ante los órganos jurisdiccionales sobre los cuales las partes hubiesen atribuido la competencia a través del pacto de sumisión. Si se diese el caso de elección de un tribunal competente entre un empresario y el trabajador *“el primero puede demandar al segundo ante los tribunales elegidos pero solo si dicha elección ha tenido lugar con posterioridad al nacimiento del litigio”*⁶⁶. Esto es conforme el art. 23 del Reglamento ⁶⁷para que el pacto de sometimiento entre empresario y trabajador

⁶³ Véase apartado 6.2 del presente trabajo, página 36 y siguientes

⁶⁴ BASTERRA HERNÁNDEZ, M. *“La competencia judicial internacional en el caso de los trabajadores aéreos: los ecos Ryanair en España”* Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo, 2019

⁶⁵ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, art. 22 *“1. Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio. 2. Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de formular una reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente sección.”*

⁶⁶ CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *“Derecho Internacional Privado VOL II”* 18ª Edición, Ed. COMARES, Granada, 2018, pág. 1151

⁶⁷ REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, art. 23 *“Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección.”*

a unos determinados tribunales valga, ha de ser posterior a surgir el conflicto, o bien que sea el propio trabajador quien lo haga valer con su demanda,

Se trata de una sumisión limitada en contrato de trabajo internacional para evitar abusos en este sentido por parte del empresario.

8.4.3 Ley interna española: LOPJ

La competencia judicial internacional basada en nuestra LOPJ solo será posible cuando no se den los ámbitos de aplicación del Reglamento Bruselas I bis. Si esta situación se produce y no cabe aplicar el Reglamento Bruselas I Bis (y el Convenio de Lugano tampoco es aplicable) nos trasladaríamos entonces a la normativa interna española y aquí es donde se aplicaría el art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Podría darse en situaciones en las que, en el contrato de trabajo, el demandado no se encuentra domiciliado en territorio comunitario, ni presta sus servicios en territorio comunitario, ni hay pacto de sumisión a tribunales de un Estado miembro, ya que en el caso de encontrarse dentro de la UE o prestar servicios en ella se aplicaría el Reglamento Bruselas I bis.

Esta ley interna, y al margen del contrato de trabajo, delimitó aquellos criterios que había que considerarse para atribuir la competencia judicial de los Tribunales españoles sobre materias civiles y mercantiles que se reflejan en el artículo 23⁶⁸; contencioso- administrativo que se manifiesta en el art 24⁶⁹ y por último el artículo 25⁷⁰ es el que dedica a la material social. Nos centraremos en materia de contrato de trabajo internacional y por lo tanto en el artículo 25 de dicha Ley.

⁶⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE n°. 157, art. 23 “...En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte...”

⁶⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE n°. 157, art. 24 “En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo, conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los poderes públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes”

⁷⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE n°. 157, art. 25 “...En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación...”

Se trata de un texto sobre el cual el legislador diferencia tres apartados que parten de los litigios laborales con el Derecho Español, indicando sobre que materias serán competentes los Juzgados y Tribunales, la relación con los derechos y obligaciones que derivan de un contrato. Por lo tanto, dispone la LOPJ que cuando no exista instrumentos de la UE o un convenio aplicable en España las situaciones judiciales internacionales se regularan por las leyes españolas.

La LOPJ estable las fuentes que conforman la competencia internacional de los Tribunales españoles. El legislador español se inspiró en el Convenio de Bruselas de 1968 que anteriormente nombramos en lo relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones tanto de materia civil como mercantil.

Las normas de la LOPJ se encuentran bajo principios como la uniteralidad ya que indica aquellas hipotéticas situaciones donde los Tribunales serán competentes y cuando, por el contrario, carecerán de competencia; también apalearán carácter exclusivo donde la Ley establece que asuntos podrán conocer los Juzgados. No podrán prescindir de sus competencias cuando el litigio presente un elemento extranjero que lo asocie con España en el cual los Tribunales son competentes ni cuando se trate de reconocimientos de resoluciones judiciales.⁷¹

El artículo 25 de LOPJ, será de aplicación cuando, en materia de relación individual de trabajo, no haya podido serlo fundamentalmente el Reglamento Bruselas I Bis. El art. 25.1⁷² establece una serie de foros que, en su mayoría, se encuentran desplazados hoy en día ya que sería de aplicación el Reglamento. Solo van a ser aplicables dos de los foros contemplados en este artículo para aplicar al contrato individual de trabajo, de tal manera que serán competentes los tribunales españoles:

- Cuando el contrato se haya celebrado en territorio español (recordemos siempre que el lugar o prestación de los servicios o el domicilio no se

⁷¹ ESPLUGUES MOTA C.; IGLESIAS BUHIGUES J.L.; PALO MORENO G.; *“Derecho Internacional Privado”* 10ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 169

⁷² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº157, art. 25.1: *“En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.”*

encuentre en territorio español ya que en este caso tendrá preferencias la normativa comunitaria).

- El segundo criterio aún aplicable y no desplazado por el Reglamento Bruselas I bis se producirá en caso de un contrato de embarque y que dicho contrato haya sido suscrito tras una oferta recibida en territorio español por un nacional de nuestro país.

En definitiva, conforme a nuestra legislación interna, en materia de derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo los tribunales españoles serán competentes cuando:

- a) Criterio territorial: se haya celebrado el contrato en España o se hayan prestado servicios.
- b) Cuando el contrato de embarque preceda de una oferta recibida en España, por mariner español.

Asimismo, recordemos que por la exclusión del ámbito material del Reglamento los apartados 25.2⁷³ en materia de legalidad de Convenios Colectivos y conflictos colectivos y el 25.3⁷⁴ sobre la Seguridad social y entidades colaboradoras relacionadas.

- Los tribunales españoles tendrán competencia en materia de legalidad de convenios colectivos celebrados en España y promovidos en territorio español, materias no incluidas en el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis.
- Por último, serán competentes en materia de seguridad social frente a organizaciones españolas o extranjeras con agencia u otra representación en España.

⁷³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº. 157, art. 25.2 “*En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español*”

⁷⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, art. 25.3 “*En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España*”

9. LEY APLICABLE: REGLAMENTO ROMA I

Hasta el año 1974 el ordenamiento jurídico español carecía de normativa en materia contractual internacional. A lo largo de las últimas décadas esta situación se ha transformado por la existencia, en los que se ha vinculado España, de numerosos textos sobre la materia desarrollados por la UE. En este plano y vinculado con el fenómeno de “comunitarización” y “europeización” del DIPr vía art. 81 TFUE como ya hemos desarrollado en este Trabajo, es cuando aparece el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17/6/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales denominada también “Roma I” que se aplica en todos los Estados Miembros de la UE exceptuando Dinamarca.

Se caracteriza por gozar de carácter universal reflejado en su art 2⁷⁵, su aplicación generalizada independientemente del domicilio o la nacionalidad de las partes, convierte al Reglamento en el modelo español en materia contractual, ya que siempre para determinar el derecho laboral estatal aplicable a un litigio en materia de contrato de trabajo internacional, el juez español competente para conocer del caso, aplicará el Reglamento Roma I y las conexiones que en el mismo se consignan para llegar a determinar esa ley aplicable al fondo del litigio.

Por tanto, el Reglamento Roma I va a regular en todo el territorio comunitario la ley aplicable a los contratos internacionales, no procediendo su ámbito de aplicación a aquellas materias que no gocen de la condición contractual, el mismo refleja en el art 1, no aplicándose a materias fiscales, aduaneras y administrativas.⁷⁶

9.1 Ámbitos de aplicación

A) Ámbito de aplicación espacial

La aplicación *erga omnes* o universal que se encuentra establecida en el artículo 2 de Roma I soporta que sea posible la aplicación de un ordenamiento jurídico de un Estado miembro o bien de un tercer Estado, esto supone que la interposición de una

⁷⁵ REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 2: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”

⁷⁶ ESPLUGUES MOTA C.: en AA.VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) “*Derecho internacional privado*”, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 615

demanda ante un tribunal de un Estado miembro, exceptuando Dinamarca por no ser un Estado vinculado, será motivo suficiente para que el Reglamento Roma I sea de aplicación.

B) **Ámbito de aplicación material**

Conforme a lo establecido en el artículo 1.1 del Reglamento Roma I se aplicarán a las obligaciones derivadas del contrato en materia civil y mercantil que procedan de situaciones que involucren un conflicto de leyes. El Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales y será necesaria una conexión entre dos o más ordenamientos jurídicos.

C) **Ámbito de aplicación temporal**

El Reglamento Roma I se aplicará a todos los Estados miembros de aquellos contratos celebrados desde el 17 de diciembre de 2009, según lo previsto en los art. 28⁷⁷ y 29⁷⁸.

9.2 Autonomía de las partes en la elección de ley aplicable en contratación internacional

Con carácter general y para todos los contratos internacionales el art 3.1 del Reglamento “Roma I” reconoce la autonomía en la elección de ley aplicable por las partes del contrato como el principio central de la contratación internacional. Donde una de las bases se encuentra en la libertad de elección bajo la cual el contrato se someterá por la ley elegida por las partes.

El Reglamento Roma I establece una serie de condiciones que deben cumplir las partes para que se lleve a efecto esa elección de ley aplicable al contrato internacional en general como:

1. **Elección de un Derecho estatal vigente**

⁷⁷ REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 28: “ *El presente Reglamento se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009.*”

⁷⁸ REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 29: “ *El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.*”

Las partes del contrato pueden elegir el Derecho bajo el cual se regule los servicios o negocio, presenten vínculos o no con el mismo. Se requiere que se trate de un Derecho estatal y que el derecho elegido se encuentre vigente.

2. Carácter expreso o tácito

La elección del Derecho debe manifestarse expresamente en los términos del contrato

3. Alteración de la misma (momento de elección)

Las partes poseen la potestad de cambiar la elección por la cual se rige el contrato a la originalmente propuesta o de seleccionar una ley que no se hubiese determinado con anterioridad (art. 3.2). La transformación podrá producirse de forma expresa o tácita. Para llevar a cabo dichos cambios el Reglamento establece una serie de condiciones:

- a) Los cambios no puede afectar a la validez del contrato, peros si puede dicha alteración imponer una serie de condiciones que no exigían la ley anterior
- b) La elección de la ley no podrá alterar derechos de terceros.

4. Elección de una o diversas leyes

El art 3.1 in fine dispone que las partes puedan seleccionar una ley que regule todo el contrato o que escoger un conjunto de distintas leyes que regulen ámbitos diferentes del mismo, a esta acción se denomina “fraccionamiento del Derecho”.

5. Debe existir y ser válido el consentimiento de las partes en relación a la ley que se aplicará al contrato

Por otro lado, debemos señalar que con carácter general y para todos los contratos internacionales, en el caso de ausencia de elección de ley por las partes, el Reglamento Roma I ha diseñado un conjunto de reglas para asegurar qué ley será la reguladora del contrato, por otro lado, seguirá presentando cierto margen para que el juez determine la ley que presente vínculos más estrechos.

A su vez Roma I regula toda una serie de límites sobre la ley aplicable a los contratos, aunque una ley concreta haya sido elegida por las partes o se hubiese determinado por la

ausencia de declaración de voluntad de estas, en determinados contratos donde existe una parte débil como es el caso del contrato de trabajo internacional.

- Ámbito de la ley que regula el contrato

El Reglamento Roma I dispone que la ley que regula el contrato de trabajo regirá:

- a) La interpretación que se le dará al texto contractual
- b) El cumplimiento de todas las obligaciones que se dispongan
- c) En caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones las consecuencias que acarreará, siempre aquellos límites del poder jurídico del Tribunal
- d) Los tipos de extinción de las obligaciones, incluidas la preinscripción y caducidad
- e) Nulidad del contrato y consecuencias

9.3 Determinación de la ley aplicable en contrato individual de trabajo

El Reglamento incorpora una regulación específica y diferenciada para el contrato de trabajo internacional, que se caracterizan por contener una parte débil, el trabajador que requiere protección a diferencia de otros contratos internacionales y su régimen jurídico se encuentra reflejado en el art 8, que va a contener todas las conexiones para determinar el derecho laboral aplicable ante una reclamación en materia de relación individual de trabajo con elementos extranjeros.

El art. 8 del Reglamento “Roma I” recoge para este tipo de contratos las soluciones que contemplan al trabajador como parte débil, ofreciendo en su formulación especial protección. El objetivo de este artículo es evitar con la autonomía de la voluntad en la elección de ley aplicable la imposición de una ley al trabajador por parte del empresario o la aplicación de un derecho laboral no vinculado al supuesto en cuestión.

Así, no se trata de perseguir un derecho laboral más favorable para el trabajador, sin más, sino simplemente tratar de evitar que el empresario imponga al trabajador una ley aplicable poco o nada vinculada que perjudique los derechos de estos. Solo en el caso

que la ley elegida no suponga un perjuicio para los derechos de los trabajadores, será la ley elegida aquella por la cual se regirá el contrato.⁷⁹

El Reglamento Roma I consigna un concepto amplio de contrato de trabajo, de tal manera que se va a entender por tal *“el contrato relativo a un servicio por cuenta ajena y bajo la dirección de otro a cambio de remuneración”*⁸⁰

El art. 1.4 del ET dispone que la legislación española se aplicará para aquellos trabajadores españoles contratados por empresas españolas que se encuentren en el extranjero. Sin embargo, actualmente esta norma y su viabilidad se ven afectadas ante la dudosa eficacia del art 10.6 del Código Civil los cuales han sido sustituidos concretamente por el artículo 8, ya que su carácter universal los convierte en inaplicables, dado que dificulta la compatibilidad con las disposiciones que se encuentran previstas en el Reglamento.

En cuanto a las soluciones contenidas en el art. 8 del Reglamento, podemos distinguir:

1ª) El Reglamento Roma I establece como primera y preferente solución a aplicar, si se ha hecho uso de la **autonomía de la voluntad en la elección de ley aplicable**, de un derecho laboral elegido, pero en los términos del art. 8.1⁸¹, de tal manera que la diferencia con el art 3 radica en que la aceptación de la voluntad manifestada no será absoluta, ya que no podrán privar al trabajador del amparo de la ley que resultaría aplicable si no hubiere habido elección de ley; esto es las partes, empresario y trabajador pueden elegir cualquier ley en principio, pero va a existir un límite material para su efectiva aplicación al caso y es que esa ley elegida no podrá vulnerar las normas imperativas, de la ley que hubiera sido aplicable si no se hiciera uso de la autonomía de la voluntad.

En definitiva, la ley elegida solo se va a aplicar si mejora materialmente, y tras una comparación institución a institución objeto del litigio, la ley que correspondería aplicar en virtud de los apartados siguientes del art, 8 como si no hubiera existido ley

⁷⁹ CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *“Derecho Internacional Privado VOL II”* 18ª Edición, Ed. COMARES, Granada, 2018, pág. 1154

⁸⁰ *Ibidem*

⁸¹ REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 8.1: *“El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.”*

elegida. De tal manera que si la elegida mejora esas condiciones imperativas, se aplicará y, en otro caso se rechazará,

Las partes pueden cambiar la ley en cualquier momento y pueden escoger una ley aplicable para un parte del contrato exclusivamente

En defecto de elección de ley aplicable a ese contrato de trabajo internacional, esto es, si las partes no han llegado a un acuerdo sobre la elección del derecho laboral aplicable, Roma I plantea una serie de reglas, las cuales siempre favorecerán a la parte débil, que veremos a continuación.

2º) El art 8.2⁸² dictamina que **la ley reguladora del contrato será la correspondiente al país en el cual el trabajador realice habitualmente sus servicios**. Cuando el trabajador realiza su trabajo en un país con carácter temporal, no se tendrá en cuenta, ya que se aplicará la ley del lugar de la prestación habitual de los servicios, con los criterios jurisprudenciales que hemos señalado en el presente trabajo⁸³, sin que desplazamientos temporales a otros países se tomen en consideración a estos efectos.

En definitiva, se aplicaría la *“ley del país en el o, en su defecto, a partir de la cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Este regla exige precisar diversos extremos”*⁸⁴

3º) Para el improbable supuesto en que no se puede determinar un país de prestación habitual de los servicios, ni aun aplicando los criterios jurisprudenciales de mayor parte del tiempo, punto de partida y regreso, base de operaciones, etc., dado que se presta los servicios por igual en varios países y sin recibir instrucciones de uno en concreto que determinar cómo habitual, acudiríamos al siguiente apartado que sería el art. 8.3 del reglamento Roma I ⁸⁵.

⁸² REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 8.2: *“En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.”*

⁸³ Véase apartado 6.2 del presente trabajo, páginas 36 y siguientes

⁸⁴ CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *“Derecho Internacional Privado VOL II”* 18ª Edición, Ed. COMARES, Granada, 2018, pág. 1159

⁸⁵ REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 8.3: *“Cuando no pueda*

De tal manera que si la ley aplicable no ha sido designada por las partes o no se pudiese determinar bajo el art. 8.2, el contrato será tutelado **por la ley donde se hubiese realizado la contratación del trabajador, es decir donde se encontrase el establecimiento a través del cual se contrató al trabajador**. Se refleja este criterio en el art. 8.3, para aquellos trabajadores que careciesen de lugar de prestación habitual de servicios. Este apartado hace referencia al país donde está el establecimiento a través del cual se contrató al trabajador para buscar una sustitución del país habitual de prestación de servicios. Se refiere al lugar donde se procedió a realizar la contratación y no, al establecimiento donde el trabajador llevará a cabo su trabajo. En el caso que la captación se hubiese realizado a través de medios telemáticos el lugar donde se ha captado al trabajador no tiene que ser necesariamente el mismo donde se recibió la oferta.

4º) Por último, cada vez que se aplique según el supuesto los apartados 2 , o por no existir habitualidad en un país el 3, es necesario verificar el 8.4⁸⁶ ante la existencia de vínculos estrechos con otro país distinto del resultado del apartado anterior en cuestión, se aplicará la **ley más vinculada** .

Se trata de una **cláusula de excepción, ya que si presente vínculos más estrechos** con otra nación que no forme parte de los apartados anteriores se aplicara esta ley. El supuesto más generalizado del recurso a los vínculos más estrechos es cuando todo el contrato de trabajo internacional aparece vinculado a un Ordenamiento y lo único extranjero es el lugar de prestación habitual de los servicios.

Por último, señalar que la ley que resulte aplicable según designación del art. 8 *“regula la formación, la ejecución y la extinción del contrato de trabajo”*⁸⁷, regula aquellas situaciones donde se encuentra pluralidad de empleadores y quienes actuarán como tal, se aplicarán aquellos convenios colectivos vigentes que se emplearán bajo la ley estatal que resulte aplicable al contrato ejecutando el apartado que corresponda del art. 8.

determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.”

⁸⁶ REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 8.4: *“Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”*

⁸⁷ CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *“Derecho Internacional Privado VOL II”* 18ª Edición, Ed. COMARES, Granada, 2018, pág. 1165

10. DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES A ESPAÑA

La ley 45/1999⁸⁸ será la normativa bajo la cual se encuentran las obligaciones que deben cumplir los empresarios que llevan a cabo desplazamientos de trabajadores para la prestación de servicio. En su art. 1 dictamina que se aplicará a las empresas que se encuentren establecidas en la Unión Europea o un Estado perteneciente al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que trasladen temporalmente trabajadores a España. Esta normativa no se aplicará para aquellos casos en los que los desplazamientos sean motivados para el desarrollo de actividades formativas.

Las empresas deberán de respetar las normas de desplazamiento temporal contenidas en la referida Ley siempre y cuando:

- Los trabajadores contratados por la empresa se desplazan a otro Estado miembro de la UE, durante un periodo de tiempo para prestar servicios, refejado en un contrato suscrito consocios comerciales de dicha nación.
- El empleador envía al trabajador a una sucursal de la que es propietario en otro país de la UE
- En ambos debe existir una relación laboral entre el empresario y el trabajador que va a realizar el desplazamiento.
- Las normas de desplazamiento se aplicarán también en el caso que se acudiese a una agencia de trabajo temporal para contratar al trabajador y provengan de una nación de la UE distinta del país donde se encuentra registrada la empresa.

La obligación derivada de esta norma es que a lo largo del desplazamiento el empresario tendrá que garantizar a los trabajadores unas condiciones laborales mínimas idénticas al país de destino, en una serie de materias que se conocen como “núcleo duro”

⁸⁸ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, BOE nº 286 de 30/11/1999.

y que están contenidas en el art. 3 de la referida Ley 45/1999⁸⁹, bajo la ley o el convenio colectivo en lo que respecta entre otras a:

- Periodos mínimos de descanso
- El tiempo máximo de prestación de servicios
- Igualdad de trato y la no discriminación
- Salario mínimo
- Duración mínima de las vacaciones anuales

Si las condiciones a las que se somete el trabajador son más favorables en el país de origen se mantendrán durante el periodo de desplazamiento. Según el art 3 de la Ley 45/1999, es decir en el caso que un empresario desplazase sus trabajadores a España, las condiciones bajo las cuales se registrará la relación laboral será la prevista en la legislación laboral española en dicha materia sin perjuicio de aplicación de condiciones de trabajo más favorables.

En el mismo artículo en su apartado 3º muestra una excepción donde no será de aplicación estas condiciones para aquellos desplazamientos cuya duración no exceda de 8 días, esto arrastró fraudes de ley por lo que se incorporó en el marco normativo el art 3.6 que dictamina que la duración se calculara en un periodo de referencia de un año desde el comienzo.

A lo largo del desplazamiento temporal los trabajadores por cuenta ajena o propia conservarán la cobertura del sistema de seguridad social en el país donde realiza la prestación habitual de servicios.

El empresario deberá comunicar con antelación a la administración del país al que se dirige el trabajador, donde expondrá un formulario que ratificará que el trabajador se conservará inscrito en el sistema de seguridad social de su país de origen y no costeará las cotizaciones.

⁸⁹ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, BOE nº 286, art. 3: “ *Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a...* ”

Es importante señalar que el art 16 de la Ley 45/1999 ⁹⁰atribuirá competencia a los Tribunales españoles para conocer los litigios cuando el trabajador se encuentre o se hubiese encontrado desplazado temporalmente en territorio español.

Esta Ley 45/1999 obedece a la transposición de la Directiva 96/71/CE⁹¹, en vigor desde el 10 de febrero de 1997 se aplica a la comunidad europea en lo relativo al a prestación transnacional en materia laboral para aquellos trabajadores que se desplacen en un país de la UE, y que trata de garantizar protección a los mismos durante el periodo de su desplazamiento, actuando como normativa mínima a cumplir a nivel comunitario, se trata de un instrumento cuyo objetivo será armonizar en el ámbito regulador, creada como un instrumento que protege los intereses de los trabajadores, haciendo hincapié en aquellos desplazados.

La propia Directiva establece la necesidad de control de estas situaciones y comunicaciones para velar por el cumplimiento de sus disposiciones. el TFUE ha dejado muy claro en su *“Artículo 151.4 TFUE, la aplicación de Directivas de armonización social no constituye una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores”*⁹²

El objetivo es, en definitiva, establecer aquellas condiciones de trabajo que el empleador concederá a los trabajadores desplazados temporalmente y garantizar la protección de estos facilitando unas condiciones igualitarias en el país al que se dirigen.

⁹⁰ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, BOE n° 286, art. 16 : *“Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a los que se refiere el artículo anterior cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y sin perjuicio de la plena vigencia de los criterios de competencia que establecen el artículo 21 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil...”*

⁹¹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios

⁹²LLOBERA VILA M. *“El desplazamiento Transnacional de los Trabajadores, Libre prestación de Servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad”* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 209

11. CONCLUSIONES

Primera.- El DIPr es una rama más de cada Ordenamiento estatal que nos da las respuestas legales para regular relaciones jurídicas que no son puramente internas, sino que se relacionan con varios Ordenamientos Jurídicos por existir en los sujetos o en el objeto elementos de extranjería.

Segunda.- El trabajo de extranjeros en España junto con otros factores de internacionalización, así como el flujo y progreso de la globalización y las abundantes conexiones entre Estados, han dado lugar a un mayor volumen de relaciones laborales internacionales, aumentando las contrataciones laborales. Estas interconexiones han producido que los sujetos nacionales o residentes en distintas naciones se vinculen y entablen relaciones laborales que trascienden la esfera española, no son relaciones entre trabajador español, empresa española para prestar servicios en España, sino que la presencia de elementos extranjeros hacen que tengan una regulación diferenciada.

Tercera.- La libre circulación de trabajadores entre países permite proporcionar a aquellos que formen parte de territorio comunitario o que formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, un trato ventajoso bajo un conjunto de condiciones que les permite disfrutar con más libertad para circular por la UE, residir o trabajar, garantizando herramientas en lo referido a derechos y deberes a la ciudadanía sobre la acción protectora en aquellas situaciones en las que sea necesaria. y la búsqueda de igualdad con los residentes de origen.

Cuarta.- Estas relaciones laborales internacionales han sido objeto de protección y reglamentación a nivel internacional, donde destaca la O.I.T., y la propia Unión Europea ha legislado en materia de contrato de trabajo internacional a fin de garantizar unas soluciones homogéneas en todos los Estados miembros de la U.E. Y así el DIPr de origen comunitario va a regular mediante Reglamentos comunitarios las normas de determinación de la CJI y las de determinación del derecho laboral aplicable a los contratos internacionales, así como instaurar la libre circulación de sentencias dentro de la UE

- Determinación de la competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias dentro de la UE : Reglamento nº1215 Bruselas I Bis.
- Determinación del derecho aplicable : Reglamento 593/2008 Roma I.

Quinta.- La creación de las normas comunitarias ha supuesto un gran avance donde se ha visto necesario que los contratos individuales de trabajo demanden un régimen específico para regularlos, protegiendo a la parte débil del contrato e imponiendo limitaciones a las relaciones de trabajo.

La competencia judicial internacional se constituirá como un conjunto de normas que dictaminarán el alcance que tendrán los tribunales de los Estados, y si tendrán o no competencia y por lo tanto serán concedores del litigio que se les atribuye. Aquello que caracterizará al Reglamento será su aplicación cuasiuniversal, y respecto del Reglamento Roma I que determina la ley aplicable, será de carácter universal.

Por lo tanto, podemos concluir que la unificación de normativa conjunta en el territorio comunitario ha logrado un control sobre las reglas aplicables a los contratos de trabajo internacionales, facilitando la libre circulación de los trabajadores y la protección de estos como la parte del del contrato.

12. BIBLIOGRAFÍA Y ANEXOS

- AGUILAR GRIEDER H. ,”*La Cooperación Judicial Internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa*” Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), Vol. 2, N.º 1
- BASTERRA HERNANDEZ, M. “*La competencia judicial internacional en el caso de los trabajadores aéreos los ecos Ryanair en España*” Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo, 2019
- BOZA PRÓ, G.: “*Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del trabajo EMERGENCE, EVOLUTION AND CONSOLIDATION OF LABOR LAW*” Revista de Derecho THEMIS 65, 2014
- CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ J., “*Derecho Internacional Privado VOL II*” 18ª Edición, Ed. COMARES, Granada, 2018
- CAMPUZANO DÍAZ, RODRÍGUEZ BENOT A., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M.^a A., YBARRA BORES A., (RODRÍGUEZ BENOT, A. DIRECTOR),”*Manual de Derecho Internacional Privado*”, 4ª Edición, Ed. TECNOS, Madrid, 2017
- ESPINAR VIVENTE, J.M , GUZMÁN PECES, M. “*La nacionalidad y la extranjería en el Sistema Jurídico Español*”, Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, 2017
- ESPLUGUES MOTA C., DIAGO DIAGO, P.; JIMÉNEZ BLANCO, P., “*50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ESPLUGUES MOTA C.; IGLESIAS BUHIGUES J.L.; PALO MORENO G.; “*Derecho Internacional Privado*” Ed. Tirant lo Blanch, 10º Edición, Valencia, 2016
- ESPLUGUES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES J.L, PALO MORENO G. “*Derecho Internacional Privado*” 11º Edición , Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- ESPLUGUES MOTA C.: en AA.VV (IGLESIAS BUHIGUES, J.L, PALAO MORENO, G.) “*Derecho internacional privado*”, 13ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- GOMEZ JENE, M., GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M., PÉREZ VERA, E., VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, M. en AA. VV (GÚZMAN ZAPATER, M. DIRECTORA) “ *Lecciones de Derecho Internacional Privado*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,2019
- KÖLHER, HOLM-DETLEV Y MARTÍN ATRILES, A., “*Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*”, 3ª ed., Ed. DELTA, Madrid, 2010
- LLOBERA VILA M. “*El desplazamiento Transnacional de los Trabajadores, Libre prestación de Servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad* “ Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

Anexo RECURSOS WEB

- <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/index.html>
- <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

Anexo LEGISLACIÓN

Comunitaria:

- Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
- Convenio internacional Bruselas de 27 de septiembre de 1968 suscrito por la Comunidad Económica Europea, convenio sustitutivo por el Reglamento n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, el cual fue refundido por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012
- Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, precedido por el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)
- Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios
- Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios
- REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)
- REGLAMENTO (UE) N° 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

- Reglamento (CE) nº 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.

Nacional:

- Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001, BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002
- Constitución Española. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE nº 10 de 12/01/2000.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE nº 89 de 13 de abril de 2007
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº. 157 de 02/07/1985.
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015
- Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, BOE nº 286 de 30/11/1999
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE nº 51 de 28/02/2007
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE nº 261 de 31/10/2015
- Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992, BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid nº 206, de 25 de julio de 1889
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE nº 161, de 03/07/2010.

