

TRABAJO FIN DE GRADO

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2019/2020

Convocatoria: julio

**LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL DEL CONTRATO DE TRABAJO
INTERNACIONAL EN LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Protection of the weaker part of the international employment contract in the rules of
Private International Law

Realizado por la alumna D.^a Leticia Candelario Rodríguez

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

This Project has as object the legal analysis of regulation of the international employment contract, characterized by its relation to more than one legal system, because of the presence of one or more foreign elements (the nationality of any of the parts to the contract, either employer or worker or both, and/or a foreign country as a place of provision of worker services).

The rules of Private International Law are those that carry out this specific and differentiated regulation with respect to the employment contracts entirely linked Spanish law. It is a branch of the Spanish legal system which object includes these private international situations of labor nature and its rules will determine whether or not the Spanish courts have International Judicial Competence to know the matters that are brought before them and, if so, the applicable law given by the Spanish judge to resolve it, be it Spanish labor law itself or a foreign one.

The rules that regulate these issues are “Europeanized” and, both the one related to International Judicial Competence (Brussels I Bis Regulation), and the one in charge of stating the applicable law to the international employment contract (Regulate Rome I), these count with numerous decrees in which protection towards the most vulnerable part of the employment contract, the worker, is notable, and that will be analyzed in detail, unlike the general regulation of international contracts that start from a position of absolute equality of the parts.

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objeto el análisis jurídico de la regulación de los contratos de trabajo internacionales, caracterizados por su vinculación a más de un Ordenamiento Jurídico, dada la presencia de uno o varios elementos de extranjería (nacionalidad de alguna de las partes del contrato, sea empresario o trabajador o ambos, y/o un país extranjero como lugar de prestación de servicios del trabajador).

Las normas del Derecho Internacional Privado son las que llevan a cabo tal regulación específica y diferenciada respecto de los contratos de trabajo vinculados en su integridad al Derecho español. Se trata de una rama del Ordenamiento jurídico español cuyo objeto incluye estas situaciones privadas internacionales de naturaleza laboral y sus normas van a determinar si los tribunales españoles tienen o no competencia judicial internacional para conocer de los asuntos que se planteen y, en caso afirmativo, el derecho aplicable por el juez español para resolverlo, sea el propio derecho laboral español o uno extranjero.

Las normas que regulan estas cuestiones están “europeizadas” y tanto la relativa a la Competencia Judicial Internacional (Reglamento Bruselas I Bis), como aquella encargada de determinar el derecho aplicable al contrato de trabajo internacional (Reglamento Roma I), cuentan con numerosas disposiciones en las cuales se hace notable una protección hacia la parte más vulnerable del contrato de trabajo, el trabajador, que analizaremos detalladamente, a diferencia de la regulación general de los contratos internacionales que parten de una posición de igualdad absoluta de las partes.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	1
1.1. El fenómeno de la globalización económica y sus efectos en el plano laboral. ...	1
1.2. El Derecho Internacional Privado.	2
1.3. Contenido de las normas de DIPr.	3
2. EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL.....	4
2.1. Concepto de contrato de trabajo.	4
2.2. Factores determinantes del incremento de las relaciones laborales internacionales.....	5
2.3. La libre circulación de trabajadores y sus consecuencias en el contrato de trabajo internacional.....	6
2.4. Supuestos de movilidad laboral entre Estados Miembros de la UE.....	7
2.5. El contrato de trabajo internacional.....	10
2.6. Elementos de extranjería en el contrato internacional de trabajo.	11
2.6.1. Empresa extranjera.	11
2.6.2. Trabajador extranjero.....	14
2.6.3. Lugar de prestación de servicios.	20
3. NORMAS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	20
3.1. Introducción.....	20
3.2. Textos legales para determinar la CJI en materia de contrato de trabajo internacional.....	22
3.3. Reglamento Bruselas I-Bis.....	25
3.2.1. Foro general.....	30
3.3. Convenio de Lugano.	37
4. NORMAS DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.....	39
4.1. Introducción.....	39
4.2. Derecho laboral aplicable: Puntos de conexión (art. 8 Reglamento Roma I).....	40
4.3. Excepción del orden público internacional.	47

5. CONCLUSIONES.	49
6. BIBLIOGRAFÍA	52

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1.1. El fenómeno de la globalización económica y sus efectos en el plano laboral.

Desde el inicio de los tiempos ha podido observarse a escala internacional la existencia de relaciones jurídicas entre particulares, que se definen como privadas y se caracterizan por la presencia de algún elemento extranjero, lo que si bien estas relaciones estaban limitadas en el siglo XIX a supuestos de divorcios o herencias de grandes fortunas porque eran los que tenían capacidad económica para relacionarse a nivel internacional, a partir de la segunda mitad del siglo XX esto se generaliza, produciéndose un incremento de trascendencia internacional en las relaciones jurídicas con la aparición del fenómeno de la globalización económica, lo cual ha repercutido en distintos aspectos de la economía, aunque uno de los más relevantes ha sido en el ámbito laboral y empresarial.

En este sentido, factores como el incremento de la actividad de las empresas en distintos lugares del mundo, el auge de las empresas multinacionales y las migraciones laborales, han incidido directamente en un incremento muy notable de las relaciones laborales internacionales. Asimismo, estas relaciones privadas internacionales también deben su aumento a los avances tecnológicos que han tenido lugar en las últimas décadas, lo cual ha facilitado la celebración de contratos entre particulares de distintos Estados sin necesidad de desplazarse para que tenga lugar dicha celebración¹.

Por otra parte, como veremos más adelante, y centrándonos en el aumento de relaciones internacionales entre particulares dentro de la Unión Europea (en adelante UE), la prohibición en territorio comunitario de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo que tuvo lugar con la aplicación de la libertad de circulación de trabajadores como derecho fundamental de los ciudadanos de la UE, ha sido esencial a la hora de hablar de un aumento en cuanto a los movimientos migratorios entre Estados Miembros y, como consecuencia, un aumento en las relaciones laborales internacionales.

A su vez esas relaciones laborales internacionales requieren una regulación específica y diferenciada, ya que son relaciones laborales que trascienden la esfera de

¹ Guzmán Zapater, M., & Gómez Jene, M. *Lecciones de derecho internacional privado (Manuales)*. 1ª ed. [recurso electrónico], Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 (p.36). Recuperado de Biblioteca Digital ULL (PuntoQ).

un único ordenamiento jurídico, por lo que no pueden tener la misma respuesta que a relaciones jurídicas puramente internas, vinculadas en su integridad a un único Ordenamiento jurídico. Por el contrario, estas peculiares relaciones jurídicas internacionales o con elementos de extranjería requieren, dada su vinculación a más de un Ordenamiento jurídico estatal, en primer lugar decidir qué tribunal estatal concreto tiene que conocer de estos litigios y, a continuación, qué derecho estatal van a aplicar estos tribunales para resolver el fondo del litigio.

Estas cuestiones resultan fundamentales, ya que al estar esa relación jurídica vinculada a más de un derecho estatal, la aplicación de uno concreto (según la materia de que verse el litigio en cuestión) es necesaria por cuanto a nivel global podemos encontrar un amplio número de derecho laborales estatales, cada cual con sus propias normas y organización judicial a la hora de resolver litigios y asegurar la efectiva aplicación de dichas normas. Es por ello que, con frecuencia, los particulares que mantienen relaciones jurídicas que están vinculadas con uno o varios Ordenamientos jurídicos extranjeros, han de tener unas normas específicas, distintas a las que regulan relaciones de tráfico jurídico interno o, lo que es lo mismo, vinculadas en su integridad al mismo Ordenamiento jurídico, lo que justifica la existencia del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr)².

1.2. El Derecho Internacional Privado.

Partiendo del antecedente del “*ius gentium*” que regulaba las relaciones jurídicas entre ciudadanos romanos y extranjeros, es en el siglo XIII cuando aparecen las primeras reglas de DIPr señalando ante relaciones comerciales entre distintas ciudades-imperio, qué “costumbre” tenía que aplicarse. Ahora bien, el actual DIPr surge con la codificación en el siglo XVIII y ha adquirido un importante volumen con el incremento de las relaciones internacionales entre los sujetos privados y el fenómeno de la globalización, como hemos señalado anteriormente.

Así, debido al aumento en cuanto a las relaciones laborales internacionales y como consecuencia de las notables diferencias que presentan los distintos ordenamientos jurídicos a la hora de aplicar sus normas materiales, surge el DIPr

² Guzmán Zapater, M., & Gómez Jene, M. *Lecciones de derecho internacional privado (Manuales)*, 1ª ed. [recurso electrónico], Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 (p.36). Recuperado de Biblioteca Digital ULL (PuntoQ).

presentándose 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 tales³.

Respecto al significado de los términos que se integran en la denominación del DIPr cabe diferenciar lo siguiente⁴:

- a. **Internacional.** Este término hace referencia a que el DIPr se encarga de regular relaciones y situaciones privadas de carácter internacional. Esto quiere decir que regula litigios que trascienden un único Ordenamiento jurídico (por lo que se refiere al DIPr español, trasciende nuestro Ordenamiento jurídico) y hay que plantearse qué derecho material estatal debe aplicarse de entre los distintos vinculados a esa relación jurídica.
- b. **Privado.** Por otra parte, el DIPr regula relaciones entre particulares, es decir, relaciones horizontales entre personas físicas o jurídicas. Debemos tener en cuenta que estas relaciones deben darse en un plano de igualdad, por lo que quedarán excluidas aquellas relaciones jurídicas en las que intervenga el Estado o cualquier otra Administración Pública con “*potestad imperio*”, es decir, relaciones en las cuales ejerza una posición soberana con respecto al otro sujeto de la relación. Ahora bien, el Estado puede intervenir en una situación privada internacional objeto del DIPr siempre que lo haga como un particular.

1.3. Contenido de las normas de DIPr.

El contenido de nuestra disciplina puede dividirse en tres sectores diferenciados, los cuales pueden ser clasificados según su orden de resolución:

1º Sector. Determinación de Competencia Judicial Internacional. Servirá para determinar, siempre en los casos en que surjan litigios en el ámbito de las situaciones privadas internacionales y los que se refieren al objeto del presente trabajo en relaciones laborales internacionales, si el juzgado o tribunal del Estado en cuestión cuenta con competencia para conocer sobre el asunto que se presenta.

³ Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L. & Palao Moreno, G. *Derecho internacional privado*. 12ªed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2018 (p. 85).

⁴ *Idem* (pp. 86 a 92).

2º Sector. Elección de ley aplicable. Una vez tengamos la certeza de que el órgano judicial español cuenta con Competencia Judicial Internacional (en adelante CJI) para conocer sobre el asunto en cuestión, deberá observarse cuál es el derecho material aplicable para el caso, teniendo en cuenta las características propias de cada relación laboral, cuestión que también determinan las normas de DIPr.

3º Sector. Reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras. El DIPr también contiene normas que nos permitirán tener conocimiento del procedimiento y requisitos para la validez y eficacia en España de una resolución dictada en el extranjero por un órgano judicial extranjero. Las normas de DIPr relativas a este sector no serán analizadas en el presente, habida cuenta el objetivo de desarrollar fundamentalmente aquellas que consagran la protección del trabajador en materia de CJI, centrándonos en los límites a la sumisión a tribunales estatales en el contrato, y en cuanto a la limitación material a la libre elección de ley por las partes y el recurso a derecho laboral más vinculado, cuestiones que pertenecen al primer y segundo sector del contenido.

2. EL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL.

2.1. Concepto de contrato de trabajo.

Para el Derecho del Trabajo, el contrato de trabajo no cuenta con una definición exacta, pero podemos extraerla de lo dispuesto en el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), el cual señala que dicha ley “*será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.

El contrato de trabajo se encuentra definido por una serie de notas características que hacen que este sea distinto de otro tipo de contratos. Así, las notas que definen el contrato de trabajo son⁵:

- 1) **Voluntariedad.** Esto se demuestra a través del consentimiento en el momento del pacto contractual, por lo que quedarán excluidos de la definición de contrato de

⁵ Cebrián Carrillo, A. *Lecciones de Contrato de Trabajo*. 3ª ed. [recurso electrónico], España: Dykinson, 2014 (pp. 49 y 50). Recuperado de Biblioteca Digital ULL (PuntoQ).

trabajo aquellos trabajos realizados con carácter forzoso o que vengan impuestos por la Ley, como es el caso de los penados en instituciones penitenciarias (artículo 2.1.c. ET⁶).

- 2) **Carácter personal de los servicios.** Será imprescindible la implicación de la persona en la prestación de servicios, sin que ésta pueda, en ningún caso, ser sustituida como contraparte del contrato.
- 3) **Ajenidad.** Se define como la atribución a un tercero de los beneficios del trabajo, pudiendo distinguirse así entre ajenidad en los frutos, es decir, que desde el momento de su producción éstos pertenecen a una persona distinta al trabajador (el empresario); o la ajenidad en los riesgos, lo cual implica que el coste del trabajo va a cargo del empresario.
- 4) **Subordinación.** El trabajador se encontrará sometido al poder de organización, dirección y disciplina del empresario.
- 5) **Retribución.** El trabajador tiene la obligación de llevar a cabo la prestación de servicios y el empresario, como contraparte, tiene el deber de retribuir ese trabajo, cualquiera que sea la forma.

El Tribunal de Justicia de la UE considera contrato de trabajo cualquier relación que se estime laboral, entendiéndose así como un concepto amplio de contrato de trabajo, de tal manera que reputa como tal cualquier relación de servicios dependiente, aunque sea de escasa trascendencia, a tiempo parcial o un trabajo de colaboración, por lo que si existe cualquier prestación de servicios por cuenta de un empleador, nos encontraremos ante dicho concepto a efectos de lo dispuesto en el Reglamento Roma I.

2.2. Factores determinantes del incremento de las relaciones laborales internacionales.

- a. **Migraciones económicas y políticas.** Podemos definirlo como un primer factor relevante en cuanto al volumen actual de las relaciones laborales a nivel internacional debido a los múltiples movimientos de personas en busca de unas mejores condiciones de vida y de trabajo.

⁶ Art. 2.1.c. ET. “*Se considerarán relaciones laborales de carácter especial las de los penados en las instituciones penitenciarias*”.

- b. Empresas multinacionales.** Cada vez encontramos un mayor número de multinacionales en todas partes del mundo, lo cual ha derivado en un aumento en el número de trabajadores que deben prestar sus servicios en diferentes Estados, a la vez que han aumentado las relaciones contractuales entre empresas y trabajadores de distinta nacionalidad.
- c. Tráfico marítimo internacional.** A través de la prestación de servicios a bordo de buques encontramos una gran problemática en relación con la determinación del lugar de prestación habitual de servicios, a la vez que la contratación puede traer problemas consigo debido a las diferentes nacionalidades de los trabajadores contratados.
- d. Libre circulación de trabajadores en el ámbito europeo.** Es un fenómeno que debe ser estudiado con mayor profundidad debido a que se trata del principal desencadenante en cuanto al aumento en el número de relaciones laborales internacionales en los distintos Estados miembros de la UE.

2.3. La libre circulación de trabajadores y sus consecuencias en el contrato de trabajo internacional.

Como hemos mencionado anteriormente, el fenómeno de la globalización causó un gran aumento en las relaciones laborales entre particulares de distintos Estados y, con ello, las relaciones y litigios derivados del contrato de trabajo.

Centrándonos en el caso de la UE, las primeras disposiciones con respecto a la libre circulación de personas surgieron en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, donde únicamente se hacía referencia a la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento de éstos en cualquier Estado miembro donde se encontraran prestando servicios. Estos derechos han seguido desarrollándose con el paso de los años, evolucionando así con el Tratado de Maastricht de 1993, donde se otorga a todos los ciudadanos de la UE y a sus familiares el derecho a moverse y residir libremente por la UE⁷.

Así, debido a la mayor libertad de circulación para los trabajadores entre Estados miembros de la UE, se produjo un aumento en las relaciones entre trabajadores

⁷ Parlamento Europeo [en línea]. [Consulta: 26-04-2020]. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>

y empresarios de los distintos Estados miembros, o relaciones laborales entre particulares de igual nacionalidad que tendrían lugar en un Estado miembro distinto al de la celebración del contrato. Con esto, el incremento en cuanto al número de contratos de trabajo internacionales ha sido notable, lo cual también ha producido un desarrollo cada vez mayor en relación con la normativa aplicable a dichas relaciones laborales internacionales.

En este sentido, el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE) establece en su art. 26.2 que “*el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada*”. La libre circulación de los trabajadores entre los distintos Estados miembros estará protegida mediante la abolición de la discriminación por razón de nacionalidad en relación con aspectos como son el empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo⁸.

Por otra parte, y en relación con la libre circulación de los trabajadores, debemos observar lo dispuesto en el art. 45 del TFUE⁹, en el cual encontramos una serie de derechos propios de los trabajadores que se desplacen entre los distintos Estados miembros, como puede ser su derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo, desplazarse por los distintos Estados miembros para dicho fin, residir en alguno de los Estados miembros para prestar un servicio, o mantenerse en el territorio de un Estado miembro en el que ha prestado servicios tras ejercer dicho empleo.

2.4. Supuestos de movilidad laboral entre Estados Miembros de la UE.

Con el incremento de relaciones laborales internacionales entre empresarios y trabajadores que se ha producido como consecuencia de la libre circulación entre Estados Miembros de la UE, podemos destacar varios tipos de movilidad laboral de

⁸ Artículo 45.2 TFUE. “*La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*”.

⁹ Art. 45.3 TFUE. “*Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:*

- a) *de responder a ofertas efectivas de trabajo;*
- b) *de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;*
- c) *de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;*
- d) *de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión”.*

trabajadores por los distintos países europeos, los cuales hemos analizado a partir de lo dispuesto en el *2019 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility*¹⁰:

· **Movilidad laboral a largo plazo.** Se produce cuando un trabajador traslada su residencia a otro país del cual no es ciudadano durante un periodo mínimo de 12 meses con el fin de prestar sus servicios en él o para buscar un empleo. Este término no debe confundirse con el de “residencia permanente”, el cual se da cuando se tiene derecho a residir de forma permanente en un país tras haber mantenido su residencia en él durante un mínimo de 5 años.

En el año 2018, 17,6 millones de personas vivían en un Estado miembro de la UE que no era su país de ciudadanía. De este total, unos 9,7 millones se encontraban prestando servicios o buscando un empleo, constituyendo así un 4,1% de la fuerza laboral total de todos los Estados Miembros.

· **Movilidad transfronteriza.** Una persona reside en un país pero trabaja en otro, ya sea por cuenta propia o cuenta ajena, cruzando fronteras de forma legal. En este caso, en el año 2018 encontramos un total de 1,5 millones de trabajadores transfronterizos que residían en un país miembro de la UE y trabajaban en otro. Esta cifra representaba el 0,7% de la población total empleada en la UE.

· **Desplazamiento de trabajadores.** Los trabajadores prestan sus servicios de forma regular en un Estado miembro, pero son enviados a otro por el mismo empleador con el fin de que trabajen en este último durante un tiempo limitado. Este concepto también incluye a trabajadores por cuenta propia desplazados.

El desplazamiento de trabajadores aparece expresamente regulado por primera vez en la Directiva 96/71/CE, obedeciendo dicha regulación a que la UE consideró necesario que en supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores desde un Estado miembro a otro Estado miembro se respetasen como mínimo determinadas condiciones laborales del Estado de destino; en principio en estos desplazamientos temporales se mantenía la regla general (la cual abordaremos en el Reglamento Roma I), que implica la aplicabilidad general del derecho laboral del país de origen, que es el de prestación habitual de los servicios, aunque se encontrara desplazado y las condiciones de trabajo en el país de destino fueran superiores, fenómeno conocido como “*dumping social*”, y que la UE trató de limitar estableciendo, mediante la referida Directiva, que durante el

¹⁰ 2019 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility (Final Report January 2020).

desplazamiento temporal, siempre que sea superior a 8 días, una serie de materias como salario y jornada, entre otras, deben regularse según la ley del Estado miembro de destino si son superiores a las del Estado miembro de origen.

Se trata de conjugar la libre circulación de personas y servicios por los distintos Estados miembros (incluyéndose también a los países de Noruega, Islandia y Liechtenstein y, posteriormente, la Confederación Suiza) con el respeto a unas condiciones de trabajo (limitadas) que necesariamente, si eran mejores en el Estado miembro de destino, debían ser respetadas durante el desplazamiento aunque este fuera temporal.

Esta Directiva define en su art. 2 el concepto de trabajador desplazado, definiéndolo como *“todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”*.

Posteriormente, con el fin de integrar el contenido de la Directiva en el derecho laboral español, esta fue objeto de transposición por la Ley 45/1999¹¹.

Actualmente se encuentra vigente la Directiva 2018/957¹², en la cual se modifican varios artículos dispuestos en la Directiva 96/71/CE, incluyéndose un mayor control y coordinación dentro del territorio comunitario respecto de las condiciones de trabajo en supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores en territorio comunitarios, así como aspectos como la protección del trabajador en cuanto a la libre prestación de servicios (art. 1¹³) o especificando en el art. 1 bis¹⁴ que la Directiva no afectará a los derechos fundamentales que hayan sido reconocidos a los trabajadores, tales como el derecho a huelga, el derecho a negociar convenios

¹¹ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

¹² 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.

¹³ Art. 1 Directiva (UE) 2018/957. *“La presente Directiva garantizará la protección de los trabajadores desplazados durante su desplazamiento, en lo que se refiere a la libre protección de servicios, estableciendo disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que deben respetarse”*.

¹⁴ Art. 1 bis Directiva (UE) 2018/957. *“La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales”*.

colectivos o el derecho a llevar a cabo acciones colectivas, siempre y cuando se siga lo dispuesto en la legislación o las prácticas nacionales. También extiende la aplicabilidad de otras condiciones de trabajo del país de destino cuando transcurra cierto tiempo de desplazamiento. Actualmente esta última Directiva se encuentra pendiente de transposición, siendo el plazo inicial que estaba previsto para que se lleve a cabo en julio de 2020, sin que hasta la fecha se haya abordado por el legislador español.

Respecto de los desplazamientos temporales, el informe muestra el número de trabajadores desplazados según la emisión de documentos portátiles. Así, teniendo en cuenta el número de documentos portátiles emitidos, se estima que una cantidad aproximada de 1 millón de trabajadores por cuenta ajena fueron desplazados a otros Estados Miembros por tiempo limitado. Por otro lado, cerca de 1,1 millones de trabajadores por cuenta propia fueron desplazados para realizar su actividad en uno o varios Estados Miembros distintos al de su prestación habitual de servicios.

Si tenemos en cuenta a los trabajadores que fueron desplazados a un único Estado miembro, un 40% de ellos prestaban sus servicios en el sector de la construcción. Por otra parte, el sector predominante en el caso del desplazamiento a dos o más Estados Miembros de la UE, es el sector de transporte de mercancías por carretera, con un total de 49% de trabajadores desplazados.

· **Movilidad de retorno.** Es un tipo de movilidad a largo plazo, en el cual los trabajadores de la UE regresan a su país de origen. En este caso no se encuentran cifras precisas, por lo que se aproxima a las cifras de nacionales que se mudaron a su país de ciudadanía. Así, la movilidad de retorno en el año 2017 ascendió alrededor de 723.000 ciudadanos.

2.5. El contrato de trabajo internacional.

Precisamente, debido al incremento en el número de desplazamientos de los ciudadanos en busca de empleo a través de los distintos Estados miembros, y fuera de los mismos en las migraciones por motivos económicos y políticos, se ha observado un notable crecimiento en las relaciones laborales internacionales, surgiendo así los contratos de trabajo internacionales.

Así, podemos delimitar como contrato de trabajo internacional aquel cuyos elementos objetivos tales como el lugar de prestación de servicios o la vinculación o el

establecimiento de las partes, aparezcan dispersos bajo en ámbito de distintos ordenamientos jurídicos. Por tanto, en la relación entre particulares debe existir una situación internacional que justifique el recurso a las normas de DIPr ¹⁵, esto es, elementos extranjeros en este contrato que desarrollaremos más adelante.

Es por ello que, como hemos comentado anteriormente, el DIPr se encargará de regular el régimen jurídico en cuanto a los contratos de trabajo internacionales donde se localicen uno o varios elementos de extranjería, siempre y cuando la relación sea horizontal y, en caso de que el Estado intervenga como parte, no lo haga con “*potestad imperio*”¹⁶, sino como un particular. Como elementos de extranjería podemos destacar:

- Partes del contrato. Podremos encontrar el elemento de extranjería en la nacionalidad de cualquiera de las partes del contrato, ya sea el empresario o el trabajador.
- Lugar de prestación de servicios.

2.6. Elementos de extranjería en el contrato internacional de trabajo.

2.6.1. Empresa extranjera.

En primer lugar, puede ser que el elemento de extranjería del contrato de trabajo se sitúe en la nacionalidad de la empresa contratante, pudiendo ser ésta tanto persona física como persona jurídica.

En caso de que el empresario sea persona física, la nacionalidad de la misma constará en su pasaporte, no debiendo existir problema a la hora de garantizar la extranjería de dicho sujeto. En cuanto a la concurrencia de extranjería en el sujeto empresario persona física, es necesario diferenciar los regímenes jurídicos de aplicación, según se le aplique el comunitario o el extracomunitario:

- Así, en virtud de lo dispuesto en la normativa comunitaria en relación con la libre circulación y residencia en España en cuanto a trabajadores por cuenta propia¹⁷, tanto los empresarios persona física pertenecientes a Estados miembros de la UE como aquellos empresarios considerados asimilados (pertenecientes a Suiza, Noruega,

¹⁵ Guzmán Zapater, M., & Gómez Jene, M. *Lecciones de derecho internacional privado (Manuales)*, 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 (p.511).

¹⁶ Página 3 del presente Trabajo Fin de Grado.

¹⁷ 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.

Liechtenstein e Islandia¹⁸) no necesitarán permiso de trabajo para trabajar por cuenta propia, sino que se aplicarán a tal efecto los mismos requisitos que para los españoles.

- En cambio, en el caso de los empresarios personas físicas extracomunitarios, según lo dispuesto en el art. 37 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LO Extranjería)¹⁹, sí que necesitarán autorización de residencia y trabajo para poder llevar a cabo el funcionamiento de las actividades que pretendan realizar.

Ahora bien, el problema se plantea cuando nos encontramos ante la necesidad de determinar la nacionalidad de una persona jurídica. Por ello, nuestro Ordenamiento jurídico español dicta dos criterios para la atribución de la nacionalidad española en el art. 28 del Código Civil (en adelante C.C.)²⁰:

- En un primer lugar, se le atribuirá la nacionalidad española a aquellas empresas que se hayan constituido como tal con arreglo a la normativa española.
- Por otra parte, si la empresa se ha constituido con arreglo al derecho español, la propia normativa española en materia de sociedades de capital va a exigir que tenga un domicilio en España; criterio del domicilio que ha sido interpretado en este sentido por la doctrina mayoritaria española.

Es muy frecuente que las personas jurídicas, sociedades empresarias de relaciones laborales, se constituyan conforme al derecho de países de baja fiscalidad y poco protectores en materia de condiciones de trabajo, teniendo su actividad principal en otro país, lo cual se considera fraude debido a que se trata normalmente de una falsa internacionalidad. De ahí que el DIPr cuente con una cláusula de escape la cual se denomina “Cláusula Delaware”, contenida en el art. 9.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital²¹, que dispone que aquellas empresas que cuenten con su

¹⁸ Países del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, aprobado según lo dispuesto en el art. 217 del TFUE y Acuerdo UE con Confederación Suiza.

¹⁹ Art. 37.2 TFUE. “La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad. Su duración se determinará reglamentariamente”.

²⁰ Art. 28 C.C. “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. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales”.

²¹ Art. 9.2 Ley de Sociedades de Capital. “Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”.

principal establecimiento o explotación dentro del territorio español, se consideran españolas y deben tener su domicilio en España.

Debido a las libertades consignadas como principios fundamentales comunitarios en el derecho originario como la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en los distintos Estados miembros de la UE, es indudable el derecho de una empresa constituida conforme al derecho de un Estado miembro a poder establecerse en otro Estado miembro ejerciendo allí, incluso exclusivamente, toda su actividad, habida cuenta el derecho de libre prestación de servicios y establecimiento antes aludido, lo que ha concluido a nivel de jurisprudencia del TJUE la inaplicabilidad de disposiciones nacionales como el referido art. 9.2 LSC si se trata de empresas comunitarias. Lo que significa que las personas jurídicas podrán constituirse tanto con arreglo al Derecho español como a cualquier otro derecho de países miembros de la UE, y ejercer toda su actividad en otro, sin que se les pueda obligar a tener una determinada “nacionalidad” o “domicilio”²².

En definitiva, lo dispuesto en el art. 9.2 LSC es inaplicable en el ámbito comunitario y solo se aplicará en caso de que la persona jurídica con vínculos en España (operaciones económicas, administración, etc.) se haya constituido con arreglo al derecho de un país extracomunitario. En caso de que esto ocurra, el hecho se sancionará con el Síndrome Delaware y se considerará que la empresa cuenta con nacionalidad española, con la consiguiente aplicación de todas las consecuencias derivadas de tal consideración (fiscales, laborales, de responsabilidad social, etc.).

Así, como ejemplo de la inaplicación de la referida Cláusula Delaware en Estados miembros de la UE, encontramos el caso a que se refiere la *Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002*²³, en el cual la empresa Überseering BV, constituida conforme al Derecho holandés, trasladó su domicilio social a Alemania como consecuencia de la adquisición de participaciones sociales por dos nacionales alemanes, sin modificar su sede estatutaria. Ya en Alemania, la empresa celebró un contrato de gestión de obras con otra organización (NCC) para la renovación de un garaje y de un motel a construir en su terreno. La obra se llevó a cabo, pero Überseering alegó la existencia de vicios en la ejecución de las obras de pintura. Así, dicha empresa presentó

²² STJUE, 30 septiembre 2003, asunto C-167/01, “*Inspire Art Ltd*”.

²³ STJCE, 5 noviembre 2002, asunto C-208/00, “*Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*” (NCC).

demanda contra NCC sobre la base del contrato de gestión de obras que vinculaba a ambas organizaciones.

La demanda fue desestimada debido a que, según lo dispuesto por los Tribunales alemanes, aunque la empresa Überseering trasladó su domicilio social a Alemania, seguía considerándose una sociedad neerlandesa, por lo que dicha sociedad no contaba con capacidad jurídica ni procesal para demandar a NCC ante los Tribunales alemanes y debía demandar ante los Tribunales neerlandeses. Ante esto, el demandante recurrió y, como fallo, los Tribunales dictaron que no puede denegarse la capacidad jurídica y procesal ante los órganos jurisdiccionales de aquél Estado miembro en el cual se encuentre el domicilio efectivo de la empresa, sin tener en cuenta que ésta se haya constituido conforme a la legislación de otro Estado miembro en el cual se encuentra su domicilio estatutario, pudiendo finalmente Überseering demandar a NCC ante los Tribunales alemanes en base al libre establecimiento de empresas y prestación de servicios y sin que pueda obligarse a considerar exclusivamente su país de origen.

2.6.2. Trabajador extranjero.

La identificación del trabajador como persona física en cuanto a la certificación de su nacionalidad no supone ningún problema puesto que puede acreditarse a través de su pasaporte o NIE (Número de Identificación de Extranjero), pero debemos tener en cuenta que el régimen del trabajo en España será distinto en función de si el trabajador sea nacional de algún Estado miembro o asimilado, o si se trata de un ciudadano extracomunitario, encontrando así un doble régimen:

- **Régimen especial aplicable a ciudadanos comunitarios, asimilados y familiares extracomunitarios.**

En este caso será de aplicación lo dispuesto en el 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 (en adelante RD 240/2007), el cual contará con distintos criterios en función del período que vayan a permanecer los ciudadanos en otro Estado miembro.

Este régimen será de aplicación a todos los ciudadanos residentes en Estados miembros de la UE y de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Europeo (en adelante AEE), dictando el RD 240/2007 las condiciones para ejercer los derechos

relativos a “*entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España*”, según dispone el artículo 1 de dicho RD. Por otra parte, este régimen también será de aplicación, en virtud de lo dispuesto en el art. 2²⁴ del RD para familiares de ciudadanos de cualquier Estado miembro de la UE y de Estados parte del AEE, sea cual sea su nacionalidad, pudiendo aplicarse a:

a) **Cónyuge**, siempre que no exista acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

b) **Pareja** con que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en el registro público del Estado miembro de UE o Estado parte del AEE, siempre que éste impida registros simultáneos y que no se haya cancelado dicha inscripción.

c) **Descendientes directos**, y los del cónyuge o pareja registrada (con las peculiaridades mencionadas en los anteriores apartados). El régimen especial les será de aplicación siempre que sean menores de veintiún años, mayores de dicha edad cuando vivan a cargo, o incapaces.

d) **Ascendientes directos**, y los del cónyuge o pareja registrada (con las peculiaridades mencionadas en los anteriores apartados).

También se incluirán en el ámbito de aplicación, según lo establecido en el art. 2 bis del RD 240/2007²⁵, aquellos miembros de la familia del ciudadano de un Estado

²⁴ Art. 2 RD 240/2007. “*El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares del ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:*

a) *A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.*

b) *A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.*

c) *A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.*

d) *A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja”.*

²⁵ Art. 2 bis RD 240/2007. “*Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este real decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de:*

a) *Los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del presente real decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en*

miembro de la UE u otros Estados parte del AEE, sea cual sea su nacionalidad y cuando no se encuentren incluidos en el art. 2 de dicho RD, siempre que acrediten como circunstancia, bien que, en el país de procedencia, estaban a cargo de dicho ciudadano o vivían con él, o bien que, debido a motivos graves de salud o como consecuencia de su discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano se haga cargo del cuidado personal de dicho miembro de la familia. Por otra parte, también será de aplicación a la pareja de hecho que acredite un vínculo duradero con el ciudadano, entendiéndose así una convivencia marital de mínimo un año, salvo que cuenten con hijos en común (en este caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada).

Así, según lo dispuesto en el art. 3²⁶ de dicho RD 240/2007, aquellas personas incluidas en el ámbito de aplicación del RD tendrán derecho a “*entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español*” siempre que cumplan con las formalidades previstas y sin tener en cuenta las limitaciones que contiene su normativa. También tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta propia o ajena, prestando servicios o realizando estudios, a excepción de los descendientes mayores de 21 años que vivan a cargo y los ascendientes a cargo especificados en la normativa.

Cabe especificar que tanto los ciudadanos comunitarios como los asimilados contarán con igualdad de trato con respecto a los ciudadanos españoles en relación con lo previsto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, extendiéndose este derecho a los miembros de la familia considerados extracomunitarios, los cuales serán beneficiarios del derecho a residencia o derecho a residencia permanente ²⁷.

el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:

*1.º Que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él.
2.º Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.*

b) La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo”.

²⁶ Art. 3.1 RD 240/2007. “*Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo*”.

Art. 3.2 RD 240/2007. “*Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente real decreto, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*”.

²⁷ Art. 3.4 RD 240/2007. “*Todos los ciudadanos de la Unión que residan en España conforme a lo dispuesto en el presente real decreto gozarán de igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este derecho extenderá*

Por último en relación con el art. 3 del RD 240/2007, su apartado 3 dicta que los titulares de los derechos mencionados anteriormente que tengan como fin permanecer o fijar su residencia en España durante un periodo superior a tres meses, “*estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según el procedimiento establecido*”.

Así, cuando hablamos de los diferentes periodos de permanencia en España, cabe destacar dos estancias distintas:

- Estancia inferior a tres meses (art. 6²⁸): será suficiente con la posesión del pasaporte o NIE.

- Estancia superior a tres meses de ciudadanos comunitarios y asimilados (art. 7²⁹): dichos trabajadores deberán inscribirse en el Registro Central de Extranjeros, donde se les proporcionará un NIE.

- Estancia superior a tres meses de familiares extracomunitarios (art. 8³⁰): en este caso los familiares deberán presentar una solicitud con el fin de obtener una “*tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión*”.

- **Régimen general relativo a los trabajadores extracomunitarios.**

Trabajo de los extranjeros que no pertenezcan a ningún Estado miembro de la UE ni a los distintos países sometidos al AEE, los cuales se someterán a lo dispuesto en la LO

sus efectos a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente”.

²⁸ Art. 6 RD 240/2007. “*En los supuestos en los que la permanencia en España de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cualquiera que sea su finalidad, tenga una duración inferior a tres meses, será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud del cual se haya efectuado la entrada en territorio español, no computándose dicha permanencia a los efectos derivados de la situación de residencia*”.

²⁹ Art. 7.5 RD 240/2007. “*Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud debe presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará su nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro*”.

³⁰ Art. 8.1 RD 240/2007. “*Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del presente real decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un periodo superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una <<tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión>>*”.

Extranjería. Así, el art. 36 de dicha LO³¹ establece que estos trabajadores sí que necesitarán una autorización para residir y trabajar, concediéndose conjuntamente ambas autorizaciones. En estos casos en particular, deben tenerse en cuenta una serie de precisiones:

- Por lo general, a la hora de conceder dicha autorización de residencia y empleo en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (en adelante SNE). Pero encontramos una serie de casos, establecidos en el art. 40 de dicha ley³², donde no será necesario tener en cuenta la SNE, como pueden ser aquellos titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación, los extranjeros nacidos y residentes en España o los artistas de reconocido prestigio.
- En segundo lugar, encontramos varios empleos para los cuales no será necesaria la petición de un permiso de trabajo, aunque si será requisito fundamental contar con un visado de entrada. Estos casos los encontramos en el art. 41³³, pudiendo servir como ejemplos aquellos miembros de misiones científicas internacionales que estén autorizados por el Estado para realizar trabajos e investigaciones en España, o los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, siempre que cuenten con la debida acreditación para el ejercicio de la actividad informativa.

- **Peculiaridades de acceso al empleo público.**

Al respecto señalar que podrán acceder al empleo público tanto ciudadanos comunitarios como extracomunitarios, pudiendo incorporarse a la Administración pública como personal funcionario o laboral, aplicándose en ambos casos lo establecido en el art. 57 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

En cuanto al acceso al empleo público como personal funcionario, según dicta el art. 57.1 EBEP, los ciudadanos comunitarios podrán acceder en igualdad de condiciones

³¹ Art. 36 LO Extranjería. “Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente”.

³² Art. 40 LO Extranjería. “No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a (...)”.

³³ Art. 41 LO Extranjería. “No será necesaria la obtención de permiso de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes (...)”.

que los españoles, “*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*”. Por tanto, quedarán excluidos todos aquellos puestos relacionados con las Fuerzas Armadas, el Banco de España o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado³⁴.

También podrán acceder los cónyuges de españoles y de nacionales de otros Estados miembros, sea cual sea su nacionalidad y siempre que no haya separación entre los cónyuges, y sus descendientes o los del cónyuge siempre que sean menores de 21 años o mayores en estado de dependencia³⁵. Por otra parte, se permite el acceso a aquellas personas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la UE en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores³⁶.

Es curioso resaltar el hecho de que, aunque en el ámbito de aplicación del RD 240/2007 se incluye a la pareja registrada de ciudadanos de Estados miembros de la UE o parte del AEEE³⁷, en el caso del art. 57 EBEP no se menciona en ningún caso el acceso al empleo público por parte de la pareja registrada.

En el caso de que los ciudadanos extranjeros accedan a la Administración como personal laboral, les será aplicable lo dispuesto en el art. 57.4³⁸, el cual establece que el único requisito para acceder al empleo público como personal laboral será contar con residencia legal en España en el caso de ciudadanos extracomunitarios, pudiendo acceder de igual forma tanto ciudadanos pertenecientes a los Estados miembros de la UE como asimilados.

³⁴ Ministerio de Justicia [en línea]. [Consulta: 01-07-2020]. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/empleo-publico/preguntas-frecuentes-sobre>

³⁵ Art. 57.2 EBEP. “*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 veintiún años o mayores de dicha edad dependientes*”.

³⁶ Art. 57.3 EBEP. “*El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas 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*”.

³⁷ Página 15 del presente Trabajo Fin de Grado.

³⁸ Art. 57.4 EBEP. “*Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles*”.

2.6.3. Lugar de prestación de servicios.

Como veremos más adelante, el país que constituye el lugar en el que el trabajador presta sus servicios de forma habitual ocupa un papel fundamental a la hora de determinar la CJI y la ley aplicable al contrato de trabajo. En muchas ocasiones el lugar de prestación de servicios es claramente evidente, por ejemplo cuando hablamos de la habitualidad de la prestación de servicios en un país en el cual un trabajador presta sus servicios de forma permanente, sin desplazarse a otros países.

Las dificultades se observarán en aquellos casos en que el trabajador se desplace hacia distintos países, cuando cuente con domicilio en un país pero se traslade a otro para prestar sus servicios de forma temporal, cuando tenga su despacho en un Estado miembro pero también preste servicios en otros, cuando realice sus labores a bordo de un buque o en una aeronave o, en caso de que preste sus servicios en diversos países, determinar dónde pasa la mayor parte del tiempo de trabajo o dónde se encuentren sus herramientas o equipos de trabajo.

A la hora de determinar el lugar de prestación habitual de servicios, encontramos reiterada jurisprudencia del TJUE, la cual desarrollaremos con ocasión del foro especial en el caso del Reglamento Bruselas I bis del presente TFG³⁹.

3. NORMAS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

3.1. Introducción.

Según la definición descrita por los Profesores Carrascosa González J. y Calvo Caravaca, A.L., la CJI puede definirse como *“la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales”*.

En definitiva, podemos definir la CJI como la específica facultad de los Juzgados y Tribunales para entender de determinados asuntos. Así, en el caso de que nos enfrentemos ante un litigio entre particulares en el cual concurra un elemento de extranjería (nacionalidad de alguna de las partes, domicilio, residencia habitual o lugar de prestación de los servicios, etc.), deberá comprobarse en primer lugar si los

³⁹ Página 32 del presente Trabajo Fin de Grado.

Tribunales del Estado en el que la parte demandante pretende demandar, son competentes para conocer sobre dicho litigio⁴⁰.

En este sentido, la determinación de la CJI lo que trata de establecer es qué tribunales estatales son los competentes, ya que se trata de supuestos vinculados a más de un Ordenamiento jurídico, cada uno con sus tribunales propios.

A la hora de hablar de competencia, pueden surgir dudas en cuanto a la distinción de los siguientes conceptos⁴¹:

- **Jurisdicción.** Poder de los tribunales de un Estado para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se trata de una actividad propia del Poder Judicial en cada Estado, y opera tanto en relaciones jurídicas que cuenten con elementos de extranjería, como en los que no.
- **CJI.** Aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de los litigios derivados de “situaciones privadas internacionales”.
- **Competencia interna.** Atribución del conocimiento sobre un asunto concreto a un determinado órgano jurisdiccional, en virtud de lo dispuesto por la normativa aplicable en el caso de la determinación de la competencia. Debemos tener en cuenta que siempre será previo a la atribución de competencia interna la determinación de la CJI de los Tribunales del país que pretenda conocer sobre el asunto en particular.

El legislador, a la hora de tratar de limitar el volumen de asuntos internacionales a conocer por parte de los órganos jurisdiccionales del país en cuestión, cuenta con dos mecanismos técnicos a utilizar⁴²:

- a. **Instrumentos legales internacionales.** Estos instrumentos se encargan de distribuir la CJI entre los tribunales de los distintos Estados. Al respecto, podemos observar como ejemplo la normativa del Reglamento Bruselas I bis, a través del cual se indicará qué tribunales podrán conocer de los distintos asuntos en función de las características propias de la relación laboral internacional que nos ocupe. En este caso al establecer reglas de CJI para todos los Estados

⁴⁰ Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L., & Palao Moreno, G. *Derecho internacional privado*. 12ªed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2018 (p. 106).

⁴¹ Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (pp. 106-108).

⁴² *Idem* (pp. 112 y 116).

Miembros de la UE, van a ser normas de carácter distributivo y plurilateral las contenidas en el reglamento comunitario.

- b. **Normas de producción interna.** En el caso de España, contamos con lo dispuesto en los artículos 22 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), los cuales disponen que los órganos jurisdiccionales españoles no podrán conocer sobre aquellos casos que no se encuentren vinculados al territorio español. En este caso, la norma cuenta con un carácter atributivo y unilateral, es decir, sólo se precisa si los tribunales españoles pueden conocer sobre el asunto, sin tener en cuenta la competencia para resolver el caso por parte de los tribunales extranjeros.

3.2. Textos legales para determinar la CJI en materia de contrato de trabajo internacional.

Ante un litigio en materia de relación individual de trabajo con elemento extranjero, para determinar los tribunales estatales competentes internacionalmente y, en concreto, si los tribunales españoles pueden o no conocer del asunto, existen varios textos legales que consultar y donde se encuentran las reglas o criterios para establecer dicha CJI, por lo que lo primero será concretar cuándo es aplicable cada uno de ellos.

Al respecto debemos tener en cuenta que el DIPr y la legislación en materia de conflicto de leyes es una competencia exclusiva estatal⁴³ por lo que las distintas CCAA no podrán legislar sobre dicha materia, pero esto no quiere decir que la única fuente de producción del DIPr sean las fuentes de producción interna o del legislador estatal, sino que tienen especial relevancia las fuentes de producción comunitaria, con primacía además, y también las internacionales. Dichas fuentes de producción afectan por igual tanto al sector de determinación de la CJI, como a la ley aplicable y al reconocimiento y ejecución de sentencias.

En relación con el DIPR comunitario, el art. 93 CE⁴⁴ establece que el Estado español será el encargado de autorizar la celebración de Tratados que obliguen a España

⁴³ Art. 149.1 CE. “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 2ª Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. (...) 8.ª Legislación civil, .../... **normas para resolver los conflictos de leyes y .../...**”.

⁴⁴ Art. 93 CE. “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del

con otro legislador, encontrando así, por ejemplo, la firma del Tratado de Adhesión de la UE. En virtud de lo dispuesto en este tratado, en la UE se desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, lo cual repercutirá en situaciones privadas internacionales en el ámbito comunitario, es decir, situaciones civiles, mercantiles y laborales. Con esto, observamos como el legislador español cede sus competencias en materia de DIPr a la UE, siempre y cuando afecte a la Unión en particular.

En este sentido, la propia UE ha priorizado la legislación directa en materia de situaciones privadas internacionales, de ahí el término de “*comunitarización o europeización*”, el cual hace referencia al fenómeno producido de conformidad con las facultades atribuidas al legislador comunitario, al que los Estados miembros le han cedido competencias en materia de conflictos de jurisdicciones, de conflicto de leyes, de cooperación judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias, a tenor de lo recogido en el art. 81 TFUE⁴⁵.

La UE ha considerado prioritaria la materia de contratación internacional para ese espacio común con el fin de evitar restricciones a la libre circulación y establecimiento. De ahí que tanto las normas de determinación de la CJI como las de ley aplicable en materia de contratos internacionales, que incluye el contrato de trabajo, hayan sido reguladas directamente por Reglamentos comunitarios, siendo por tanto una regulación común para todos los Estados miembros de la UE, que además tienen vigente otra libertad poco nombrada, la circulación de sentencias, por lo que en el momento actual existe la misma regulación en esta materia.

La comunitarización se basa en que, a la hora de aplicar la normativa relativa a cualquiera de los sectores que forman parte del DIPr (CJI, determinación de ley

cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

⁴⁵ *Artículo 81 (antiguo artículo 65 TCE) 1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; ...”.*

aplicable, y ejecución y resolución de sentencias), las disposiciones aplicables serán las mismas en cualquier Estado miembro de la UE en que se encuentre el ciudadano. Es por ello que el objetivo principal del término es la igualdad normativa para todos los ciudadanos de la UE que sean parte de relaciones internacionales, sobre todo cuando hablamos del ámbito contractual y, especialmente, del contrato de trabajo internacional, el cual se encuentra totalmente comunitarizado y cuenta con una escasa aplicabilidad en cuanto a legislación estatal, como veremos a continuación.

Así, en cuanto a la normativa aplicable en materia de CJI por la jurisdicción española, destaca principalmente la LOPJ pero debemos tener en cuenta que, en virtud de lo previsto en el art. 21.1 de dicha Ley Orgánica, *“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”*. Es por ello que los órganos jurisdiccionales españoles no serán libres a la hora de aplicar la normativa en cuanto a CJI en tanto que pretendan aplicar la normativa española por encima del resto de textos normativos a nivel comunitario, pues no se trata de la normativa más importante y, además, no cuenta con aplicación en relación con ciertas materias⁴⁶.

Con esto, la normativa aplicable al caso de CJI y demás sectores del DIPr se rige por el principio de primacía, mediante el cual tendrán prioridad de aplicación, en primer lugar, las normas de producción comunitaria, seguidas por las normas de producción convencional y, en último lugar, las normas de producción estatal.

Así a la hora de determinar la CJI en materia de contratos individuales de trabajo, siempre que concurra un elemento de extranjería, nos fijaremos en tres textos legales:

- a) **Reglamento (CE) 1215/2012** relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RB I-bis). Norma de producción comunitaria procedente del legislador de la UE (DIPr Comunitario).
- b) **Convenio de Lugano II** de 30 de septiembre de 2007 (en adelante Convenio de Lugano). Norma de producción convencional, parte del contenido de los Tratados internacionales (DIPr Convencional).

⁴⁶ Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L., & Palao Moreno, G. *Derecho internacional privado*. 12ªed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2018 (pp. 111-114).

- c) **Ley Orgánica del Poder Judicial.** Norma de producción estatal procedente del legislador nacional (DIPr Autónomo).

3.3. Reglamento Bruselas I bis.

Como antecedente y principal norma jurídica relativa a la CJI encontramos el Convenio Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual contaba con un ámbito de aplicación bastante reducido en comparación con la normativa actual, profundamente comunitarizada desde que el legislador de la UE empezó a legislar directamente en materia de DIPr en virtud del antes citado art. 81 TFUE.

En segundo lugar se adoptó el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento Bruselas I), el cual se encargó de sustituir a lo dispuesto en el Convenio de Bruselas.

Por último, como bien se puede observar en el prólogo del Reglamento Bruselas I bis, aunque el funcionamiento del Reglamento Bruselas I era satisfactorio, se consideró la refundición del texto legal con *“el fin de mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia”*. Por otra parte, la modificación del contenido del Reglamento Bruselas I destaca en el ámbito laboral debido a su ampliación en cuanto al ámbito de aplicación del contrato de trabajo, pues con carácter general, en el Reglamento Bruselas I su normativa solo era aplicable en caso de que el domicilio del demandado se encontrara en territorio comunitario. Así, el mismo prólogo dicta que, aunque por lo general las normas aplicables a los demandados que no cuenten con domicilio en ningún Estado miembro, en el ámbito de competencia judicial, serán las del territorio del órgano jurisdiccional que vaya a conocer sobre el asunto, con el fin de garantizar la protección de los trabajadores y de respetar la autonomía de las partes, varias de las normas incluidas en el RB I-bis podrán aplicarse con independencia del domicilio del demandado, incorporando el criterio de país de la UE como lugar de prestación habitual de los servicios para la aplicación también del Reglamento y no solo del domicilio del demandado o agencia, sucursal o establecimiento.

Es evidente que la reforma ofrece una mayor protección a la parte más débil del contrato de trabajo, siendo ésta el trabajador. Así, y sobre todo teniendo en cuenta la

última modificación del Reglamento Bruselas I bis, el trabajador podrá acceder de forma más sencilla a la determinación de la CJI utilizando normativa comunitaria, beneficiándose de la cuasi universalidad en la aplicación de dicho Reglamento.

Debido a la primacía de las fuentes de producción comunitaria en materia de DIPr⁴⁷, y por lo que se refiere a las normas del primer sector, CJI, el RB I-bis tendrá prioridad aplicativa sobre la normativa dispuesta por el DIPr convencional y el DIPr autónomo, y sólo no procederá aplicar dicho Reglamento cuando no sean verificables sus ámbitos de aplicación.

Así, a la hora de determinar la competencia de un órgano judicial, en concreto en materia de contratos individuales de trabajo, siempre acudiremos en primer lugar al RB I-bis, el cual se aplicará siempre que puedan verificarse sus ámbitos de aplicación:

- a) **Ámbito material.** El ámbito de aplicación del RB I-bis se encuentra en el art. 1 del mismo⁴⁸, donde se establece que se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, por lo que dentro de dichas materias podemos incluir los contratos de trabajo internacionales. Dicho Reglamento también dicta una serie de materias que quedan excluidas de su ámbito de aplicación, entre las que podemos destacar la inaplicación del RB I-bis en relación con litigios planteados en materia de Seguridad Social⁴⁹. Por otra parte, y aunque no se dicta de forma literal en el apartado sobre exclusiones de materias, si observamos lo dispuesto en la Sección 5 del Capítulo II del RB I-bis, veremos que también se excluye de su ámbito de aplicación las relaciones colectivas que puedan llegar a tener lugar en materia laboral. Así, en estos dos últimos casos será de aplicación la normativa dispuesta en la LOPJ, la cual mencionaremos más adelante.
- b) **Ámbito temporal.** En virtud de lo dispuesto en el art. 66 RB I-bis, *“las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha”*. Para todos aquellos casos en los que la relación laboral haya comenzado en fechas

⁴⁷ Página 23 del presente Trabajo Fin de Grado.

⁴⁸ Art. 1.1 RB I-bis. *“El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (...)”*.

⁴⁹ Art. 1.2.c) RB I-bis. *“Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: la seguridad social”*.

anteriores al 10 de enero de 2015, será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I.

- c) Ámbito territorial.** El RB I-bis será de aplicación en todos los tribunales pertenecientes a los distintos Estados miembros de la UE, exceptuando el país de Dinamarca, donde se aplica a título de normativa internacional convencional, además de en otros países y territorios como los Departamentos franceses de Ultramar, Gibraltar y las Islas Aland, según lo dispuesto en el art. 355 TFUE⁵⁰.
- d) Ámbito personal o subjetivo.** Las reglas de competencia dictadas en el RB I-bis se aplicarán en atención al domicilio del demandado⁵¹, independientemente de la nacionalidad de las partes, teniendo en cuenta una serie de precisiones establecidas en los arts. 20.2⁵² y 21.2⁵³ de dicho Reglamento, las cuales veremos a continuación. Así, como explicaremos con detalle más adelante, puede darse el caso de que el empresario no cuente con domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en algún Estado miembro, cuando los litigios deriven de la relación laboral entre empresario y trabajador, se

⁵⁰ Art. 355 TFUE. “(...)”

1. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias (...).

2. Los países y territorios de ultramar, cuya lista figura en el anexo II, estarán sometidos al régimen especial de asociación definido en la cuarta parte. Los Tratados no se aplicarán a los países y territorios de ultramar no mencionados en la lista antes citada que mantengan relaciones especiales con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

3. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro.

4. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a las islas Aland (...).

5. No obstante lo dispuesto en el artículo 52 del Tratado de la Unión Europea y en los apartados 1 a 4 del presente artículo:

a) los Tratados no se aplicarán a las islas Feroe;

b) los Tratados no se aplicarán a las zonas de soberanía del Reino Unido de Akrotiri y Dhekelia en Chipre (...).

c) las disposiciones de los Tratados solo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para dichas islas en el Tratado relativo a la adhesión de nuevos Estados miembros a la Comunidad Económica Europea (...).

6. (...).”

⁵¹ Art. 5.1. RB I-bis. “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”.

⁵² Art. 20.2 RB I-bis. “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”.

⁵³ Art. 21.2 RB I-bis. “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)”.

considerará que el empresario cuenta con domicilio en dicho Estado. También podrá darse el caso de que el empresario pueda ser demandado ante los Tribunales de aquél Estado miembro en que el trabajador haya prestado sus servicios de forma habitual o en el último lugar en que los haya desempeñado.

En el caso de que se cumplan todos los ámbitos de aplicación, a la hora de aplicar la normativa al caso concreto de los contratos de trabajo, debemos acudir de forma exclusiva a la Sección 5ª del Capítulo III (arts. 20 a 23).

En él encontraremos los llamados **foros de CJI**, los cuales serán aplicables en aquellos supuestos en que el trabajador sea el demandante, con independencia de si el empresario cuenta con su domicilio en un Estado miembro o en un tercer Estado. Aunque cabe precisar que, según lo dispuesto en el art. 6 del RB I-bis, si el empresario no está domiciliado en un Estado miembro, la CJI se regirá por las normas nacionales del Estado miembro ante cuyos tribunales vaya a interponerse la demanda⁵⁴, lo que en nuestro caso nos lleva directamente a aplicar la LOPJ.

El objetivo de dichos foros contenidos en los artículos 21, 22 y 23 del Reglamento es proteger a la parte más débil del contrato de trabajo siendo, en este caso, el trabajador. Así, el trabajador tendrá la posibilidad de elegir entre varios foros, vinculados a la relación laboral como el domicilio del demandado o el lugar de la prestación de los servicios y prohibiéndose al empresario la imposición en el contrato de trabajo de la elección del tribunal competente en su propio beneficio y, por tanto, en perjuicio de los derechos del trabajador, de tal manera que la cláusula bilateral en dicho contrato en cuanto a la elección del tribunal competente solo va a ser válida si se suscribe con posterioridad al nacimiento del litigio, no surtiendo efectos si es anterior, o en el contrato de trabajo, salvo que así lo haga valer el trabajador con su demanda.

Así, podemos establecer como ejemplo el litigio relativo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 2012⁵⁵, mediante el cual un trabajador (Mahamdía) de la embajada de la República Argelina Democrática y Popular establecida en Alemania, presentaba demanda contra su empleador. La demanda se presentó, en un primer momento, debido al impago en cuanto a la remuneración de las horas extraordinarias que éste había realizado en su puesto de trabajo, ampliándose

⁵⁴ Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (pp. 1145 y 1146).

⁵⁵ STJUE, 19 julio 2012, asunto C-154/11, *Mahamdía*.

semanas más tarde dicha demanda debido a la carta de despido recibida por parte del empleador.

En este caso, dejando a un lado el fallo sobre la obligación, o no, de pago de las horas extraordinarias o la procedencia o improcedencia del despido, es importante la cuestión relativa a la cláusula de sumisión procesal incluida en el contrato de trabajo del Sr. Mahamdia, mediante la cual se estipulaba que *“en caso de divergencias de opinión o de litigios derivados del presente contrato, sólo serán competentes los tribunales argelinos”*.

El problema surge debido a que el trabajador presenta la demanda, y la posterior ampliación de la demanda, ante los Tribunales alemanes, a lo que el empleador se opuso alegando que el trabajador se había mostrado conforme al haber firmado el contrato en el que se incluía tal cláusula de sumisión. Es por ello que a lo largo de la sentencia se cuestiona si, teniendo en cuenta la normativa aplicable por parte del Reglamento de aplicación en esos momentos (Reglamento Bruselas I), se estaba realmente protegiendo a la parte más débil del contrato de trabajo, el trabajador, lo cual debía realizarse mediante el establecimiento de reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponían las reglas generales.

En este caso, la cláusula de sumisión dictaba el reconocimiento de la competencia exclusiva hacia un único Tribunal (Tribunales argelinos), y esto se encontraba fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, pues en caso de establecerse una cláusula de sumisión en el contrato de trabajo, ésta no podría implicar ningún tipo de desventaja para el trabajador. Es decir, en caso de que se realice un acuerdo relativo a la sumisión procesal, éste podrá realizarse siempre que se celebre en momentos posteriores a que tenga lugar el litigio entre las partes o, en caso de que el acuerdo tenga lugar antes de que se produzca el litigio, deberá permitir al trabajador formular demandas ante tribunales distintos a los que disponga la normativa relativa a la competencia de los Tribunales.

Por tanto, una vez hayamos verificado que se cumplen los ámbitos de aplicación del RB I-bis, debemos comprobar los foros de competencia de dicho Reglamento para ver qué tribunal tendrá competencia. Dichos foros, como ya hemos señalado, se encuentran en los arts. 21 a 23, habiendo una diferencia entre el foro general y el foro especial.

3.2.1. Foro general.

El foro general se encuentra en el art. 21.1.a) RB I-bis⁵⁶, y se aplicará en el caso de que la empresa sea la demandada y cuente con domicilio en uno de los Estados miembros de la UE. En este caso, la empresa podrá ser demandada ante los órganos jurisdiccionales del Estado en que tenga su domicilio a la hora del trabajador interponer la demanda. En el caso de que se dé este foro, no deben observarse los demás artículos del Reglamento.

Debemos establecer como precisión la dispuesta en el art. 20.2 RB I-bis⁵⁷, que ya citamos en cuanto ámbito subjetivo también de aplicación del Reglamento, en virtud del cual puede darse el caso de que el empresario no cuente con domicilio en ninguno de los Estados miembros, pero sí que posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en alguno de dichos Estados, por lo que si el litigio deriva de la explotación de dicha sucursal, agencia o establecimiento, se entenderá que el empresario tiene su domicilio en ese Estado miembro en cuestión. A tales efectos, si una empresa tiene su domicilio en Argentina pero el trabajador que pretende interponer la demanda presta sus servicios en una sucursal de la empresa que se encuentra en Madrid, podrá interponer la demanda ante los Tribunales españoles, pues según lo establecido en el artículo mencionado anteriormente, si el litigio se encuentra relacionado con la sucursal situada en España, el empresario tendrá su domicilio en dicho Estado miembro y, por tanto, el trabajador podrá demandar al empresario ante los órganos jurisdiccionales españoles.

Sin embargo, debemos precisar que los Tribunales españoles no siempre contarán con CJI para conocer sobre un litigio, por mucho que la empresa cuente con domicilio en España. Así, podemos observar lo dispuesto en la *Sentencia del TSJ de Baleares de 24 de octubre de 2002*⁵⁸, donde un trabajador procede a demandar a las entidades “Sol Meliá S.A.” y “The Sol Group Corporation” en reclamación por despido, donde se discute si los Tribunales españoles son competentes para conocer sobre el asunto.

⁵⁶ Art. 21.1.a) RB I-bis. “Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados”.

⁵⁷ Vid. Art. 20.2 RB I-bis.

⁵⁸ STSJ Baleares, Sala de lo Social, 24 de octubre de 2002 (rec. 377/2002).

Por una parte, la entidad “Sol Meliá S.A.” es una persona jurídica mercantil con domicilio en Madrid, siendo ésta la sociedad matriz. Por otra parte, la entidad “The Sol Group Corporation” se encuentra domiciliada en Miami y se dedica a controlar la actividad de las empresas turísticas y de ocio establecidas en el Continente Americano, rigiéndose así por las normas mercantiles, fiscales y laborales vigentes en Miami. Con esto, esta entidad es una persona jurídica autónoma e independiente de la sociedad matriz. Por otra parte, en la sentencia se observa que el trabajador anteriormente había prestado sus servicios para otras empresas del mismo grupo y que se encontraba en alta en la Seguridad Social española a nombre de “Sol Meliá S.A.” hasta la fecha de despido. En este caso, los órganos jurisdiccionales españoles no eran competentes para decidir sobre la controversia surgida entre la entidad americana y el trabajador, pues la empresa filial, en este caso “The Sol Group Corporation” contaba con domicilio en extranjero, entendiéndose así que la relación contractual del trabajador era con dicha filial extranjera y no con la entidad con domicilio en España.

Por último, aunque no es tan común como las demandas de trabajadores hacia empresarios, también puede darse el caso de que la parte demandada sea el trabajador. Esto puede ocurrir en casos en los que el trabajador incumple alguna cláusula del contrato, por ejemplo en el caso de un deportista que firme un contrato con un equipo de fútbol y decida rescindir el contrato y firmar con otro equipo distinto. En estos casos sólo existe foro general y se encuentra en el art. 22 RB I-bis⁵⁹. Así, el trabajador domiciliado en un Estado miembro de la UE solo podrá ser demandado por el empresario ante los Tribunales del Estado miembro en el que el empleado tenga su domicilio.

Debemos establecer dos precisiones en cuanto a las demandas hacia los trabajadores⁶⁰:

- a) Los empresarios podrán demandar a sus trabajadores ante los Tribunales que hayan elegido siempre que dicha elección haya tenido lugar con posterioridad al nacimiento del litigio (art. 23.1 RB I-bis⁶¹).

⁵⁹ Art. 22.1 RB I-bis. “*Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio*”.

⁶⁰ Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (p. 1151).

⁶¹ Art. 23.1 RB I-bis. “*Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos posteriores al nacimiento del litigio (...)*”.

- b) Cabe la posibilidad de que el empresario pueda demandar a un trabajador en un Estado miembro distinto a aquel en el que éste tiene su domicilio, siempre y cuando dicho trabajador haya sido desplazado de forma temporal a otro Estado miembro, pudiendo entonces el empresario presentar la demanda ante los Tribunales del país en el cual el empleado ha prestado servicios de forma temporal (art. 16.1 Ley 45/1999, reformado por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo⁶², y art. 6 Directiva 96/71/CE⁶³).

3.2.2. Foro especial.

El foro especial solo se da en el caso de que el empresario sea el demandado por lo que, como hemos explicado en el apartado anterior, cuando el trabajador sea el demandado solo existirá foro general, el cual encontramos en el art. 22 RB I-bis.

Así, en caso de que el empresario sea la parte demandada, podremos acudir al foro especial, el cual se encuentra en el art. 21.1.b.i) RB I-bis⁶⁴. Este dispone que los empresarios domiciliados en un Estado miembro, podrán ser demandados ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que o desde el cual el trabajador haya prestado sus servicios de forma habitual, o del último lugar en que haya desempeñado su trabajo.

A la hora de explicar qué entendemos por habitualidad a la hora de prestar un servicio, debemos acudir a la jurisprudencia del TJUE. Así, encontramos varios criterios a la hora de definir el lugar de prestación habitual de servicios, lo cual nos servirá tanto para determinar la competencia judicial de los tribunales como para conocer la ley aplicable a un litigio en concreto.

⁶² Art. 16.1 Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. “*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 (...)*”.

⁶³ Art. 6 Directiva 96/71/CE. “*A fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3, podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial*”.

⁶⁴ Art. 21.1.b.i) RB I-bis. “*Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados en otro Estado miembro 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*”.

En la *STJCE de 13 de julio de 1993*⁶⁵, nos encontramos ante un litigio entre una sociedad inglesa, Mulox IBC Ltda, y un empleado, el Sr. Geels, el cual contaba con su domicilio en Francia, donde además tenía su despacho, trabajando como director de ventas en distintos Estados miembros de la UE. A consecuencia de la resolución de su contrato de trabajo, el empleado presentó una demanda ante los Tribunales franceses tratando de obtener una indemnización por incumplimiento de plazo de preaviso y por daños y perjuicios. El órgano jurisdiccional francés se declaró competente y condenó a la empresa al pago de la indemnización, por lo que la entidad interpuso recurso alegando que los órganos jurisdiccionales franceses no eran competentes, pues el lugar de prestación de servicios del trabajador no era únicamente Francia, además de que la empresa contaba con su domicilio en Reino Unido. En este caso, el TFUE resolvió que la prestación habitual de servicios se entendía realizada en el lugar donde el trabajador tenía su residencia, desempeñaba su trabajo y, además, regresaba tras la prestación de servicios en otros Estados miembros.

Por otra parte, el lugar habitual de prestación de servicios también puede determinarse a partir de la totalidad de tiempo que el trabajador haya prestado sus servicios en los distintos Estados miembros. En la *STJCE, 27 febrero 2002*⁶⁶, *C-37/100, Weber*, nos encontramos ante un litigio entre el Sr. Weber, trabajador con nacionalidad alemana, y la sociedad escocesa Universal Ogden Services Ltd, con domicilio en Reino Unido, a raíz de la resolución del contrato del Sr. Weber.

En este caso, el trabajador prestó sus servicios como cocinero desde el mes de julio de 1987 hasta el 30 de diciembre de 1993. Desde el comienzo de la relación laboral y hasta el 21 de septiembre de 1993, el empleado ejerció su actividad en la zona de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, en concreto en instalaciones mineras y buques que enarbolaban pabellón neerlandés, aunque la empresa lo negaba. El resto del tiempo que el trabajador prestó sus servicios para la empresa, ejerció su actividad a bordo de un barco-grúa utilizado en aguas territoriales danesas.

Ante la supuesta finalización ilegal de la relación laboral, el trabajador presentó demanda ante los Tribunales de los Países Bajos, declarando éstos parcialmente fundado el recurso del Sr. Weber. Tras esto, la empresa interpone un recurso de

⁶⁵ STJCE, 13 julio 1993, asunto C-125/92, *Mulox*.

⁶⁶ STJCE, 27 febrero 2002, asunto C-37/100, *Weber*.

apelación considerando que el primer Juez no contaba con competencia para conocer sobre la demanda, estimándose dicho recurso alegando que, para determinar la CJI, debía tenerse en cuenta el trabajo realizado en aguas danesas en vez del realizado en los Países Bajos.

El trabajador presenta recurso de apelación declarando que correspondía la competencia a los órganos jurisdiccionales neerlandeses, por lo que finalmente el Tribunal de Justicia dicta que, a la hora de atribuir CJI a los Tribunales de dicho Estado miembro, deberá observarse el lugar en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, debiendo tenerse en cuenta la duración de la relación laboral en su totalidad con el fin de determinar el lugar donde el trabajador desempeñaba de forma habitual sus servicios. Para ello, este lugar será aquel en que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de trabajo, siendo en este caso el territorio de los Países Bajos.

También puede darse la situación de que se establezca como lugar de prestación habitual de servicios aquél en el que el trabajador haya establecido su centro efectivo de actividades de trabajo, lo cual podemos observar en la *STJ de 9 de enero de 1997, Rutten*⁶⁷. En ella nos encontramos ante un litigio entre el trabajador, Sr. Rutten, de nacionalidad neerlandesa y domiciliado en Países Bajos, y la empresa Cross Medical Ltd, sociedad inglesa domiciliada en Londres. El trabajador vio rescindido su contrato debido a la mala situación de la empresa y comenzó a trabajar para la organización Cross Medical Ltd. Así, ejercía sus actividades para dos empresas sucesivas no solo en los Países Bajos, sino también en Reino Unido, Bélgica, Alemania y EEUU, prestando servicios en estos últimos aproximadamente un tercio del tiempo. El Sr. Rutten fue despedido y demandó a la sociedad solicitando el pago de los atrasos de sueldo y otras cantidades accesorias, surgiendo problemas con posterioridad debido a que la empresa interpuso recurso al no considerar que los tribunales de los Países Bajos tuvieran competencia judicial para conocer de dicho asunto. Con esto surge la duda de cuál se considera el lugar de prestación habitual de servicios con el fin de conocer qué Tribunales tendrán competencia judicial para resolver el litigio.

El Tribunal de Justicia, con el fin de garantizar una protección adecuada al trabajador, siendo éste la parte contratante más débil, trató de determinar el lugar con el cual el litigio tuviera un punto de conexión más significativo, resolviendo que debía

⁶⁷ STJCE 9 de enero de 1997, C-383/95, *Rutten*.

interpretarse el lugar de trabajo habitual aquél en el cual el trabajador hubiera establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales y en el cual, o desde el cual, el trabajador cumpliera principalmente sus obligaciones con respecto a la empresa, siendo así los Países Bajos en este supuesto. En la sentencia se dicta que éste es el lugar donde el trabajador podrá entablar acciones judiciales contra su empresa con menores gastos, además de que el Juez de dicho lugar será el mejor situado y el más apto para resolver el litigio, por lo que en efecto se ha tenido en cuenta la protección del trabajador en relación con las distintas partes del contrato.

Por último, otra definición de lugar de prestación habitual de servicios en vista de lo dispuesto en los distintos fallos dictados por los Tribunales, puede encontrarse en el lugar en el que, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador en cuestión, éste cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.

En este caso, *Sentencia del TJ de 15 de marzo de 2011, Koelzch*⁶⁸, nos encontramos ante un empleado, el Sr. Koelzch, residente en Alemania, cuya obligación contractual es el transporte de envíos internacionales, contra una empresa con domicilio en Luxemburgo llamada Ove Ostergaard Luxembourg S.A. Al igual que en los casos anteriores, trata de conocerse cuál es el lugar habitual de prestación de servicios con la finalidad de conocer cuál será la ley aplicable en el contrato de trabajo entre ambas partes. En este caso, el empleado transportaba mercancías principalmente desde Dinamarca a Alemania, pero también se desplazaba a otros Estados miembros de la UE. Así, a la hora de indicar la habitualidad en el lugar de prestación de servicios, el Tribunal tuvo en cuenta una serie de factores relacionados con su trabajo: el lugar en el cual el trabajador llevaba a cabo sus misiones de transporte, dónde recibía instrucciones y organizaba su trabajo, y dónde se encontraban sus herramientas de trabajo. Además, debía comprobarse cuál era el lugar en el que efectuaba principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador realizaba una vez prestados sus servicios para la empresa. Es por ello que en este caso se tienen en cuenta numerosas circunstancias.

En cuanto al personal de vuelo, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador, sin tener por qué ser el lugar

⁶⁸ STJUE, 15 marzo 2011, asunto C-29/10, *Koelzch*.

de la base el lugar habitual de prestación de servicios, lo cual encontramos en las *STJUE de 14 de septiembre 2017*⁶⁹. El fallo de dicha sentencia dicta que, a la hora de determinar la habitualidad en cuanto al lugar de prestación de servicios, la base servirá para “*identificar el lugar a partir del cual los trabajadores desempeñan habitualmente su trabajo*”, salvo en los casos en que se encuentren unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto al de la base. En el caso de esta sentencia en particular encontramos, por una parte, que la empresa contaba con domicilio en Irlanda, siendo los contratos de trabajo redactados en inglés y constanding en ellos que los Tribunales irlandeses serían los tribunales competentes en caso de que surgieran litigios en relación con el contrato de trabajo. Por otra parte, los trabajadores de la empresa prestaban sus servicios abordo de aviones cuyo lugar de estacionamiento se encontraba en Bélgica, lugar en el cual también se encontraba la base y donde residían los empleados. Es por ello que la habitualidad no la determinará en todos los casos el lugar en el que se encuentre la base, sino que deberán tenerse en cuenta los distintos factores de la relación laboral.

Por último en cuanto a la determinación de la habitualidad, debemos destacar el “*principio de pabellón*”, el cual se aplicará en aquellos casos en los que la prestación de servicios se dé a bordo de un buque. Según este principio, se considerará como lugar de prestación habitual de servicios aquél país de abanderamiento, matrícula o registro de buque. Por lo que, si un trabajador presta sus servicios a bordo de un buque con pabellón francés, se considerará como lugar habitual de prestación de servicios Francia, independientemente del lugar físico en el cual se encuentre dicho buque.

Puede darse el caso de que el trabajador no preste sus servicios en un único Estado, por lo cual no podrá determinarse el lugar de prestación habitual de servicios. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el *art. 21.1.b.ii) RB I-bis*⁷⁰, el trabajador deberá demandar al empresario ante los Tribunales del Estado miembro en el cual esté situado el establecimiento que haya contratado al trabajador.

⁶⁹ STJUE, 14 septiembre 2017, asuntos C-168/16 y 169/16, *Nogueira*.

⁷⁰ Art. 21.1.b.ii) RB I-bis. “*Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados en otro Estado miembro 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*”.

3.3. Convenio de Lugano.

Este Convenio se aplicará de igual forma a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, teniendo como diferencia con el RB I-bis que éste no se aplicará en los Estados miembros de la UE, sino en aquellos países con los que se ha firmado el Acuerdo, es decir, Islandia, Noruega y Suiza (Dinamarca también firma el Convenio pero se sitúa como parte independiente, pues no suscribió el Reglamento Bruselas I ni, en consecuencia, el RB I-bis).

Con esto, dicho Convenio será de aplicación cuando la parte demandada se encuentre domiciliada en uno de los Estados citados anteriormente, o en el caso de que en alguno de ellos haya tenido lugar la prestación de servicios. Debemos destacar que solo podrá aplicarse cuando nos encontremos ante una relación individual de trabajo, aplicándose de igual forma las disposiciones en cuanto a CJI en el caso del RB I-bis.

3.4. Art. 25 LOPJ.

Por su parte, el art. 25 LOPJ sólo será de aplicación cuando no se den los ámbitos de aplicación del RB I-bis ni del Convenio de Lugano. Así, en caso de que no se dé el ámbito material del RB I-bis, es decir, en caso de que se trate de un litigio en materia de Seguridad Social⁷¹ o de una relación colectiva⁷² (ambos con elemento de extranjería), pasaremos directamente a aplicar dicho artículo.

Por otro lado, el apartado 1 del art. 25 LOPJ hace referencia a que, en materia de relación individual de trabajo, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en determinados casos⁷³:

a) **Cuando la prestación de servicios se haya realizado en España.** No podremos aplicar dicho foro debido a que, si los servicios prestados por el trabajador hubieran

⁷¹ Art. 25.3 LOPJ. “En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España”.

⁷² Art. 25.2 LOPJ. “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes 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”.

⁷³ Art. 25.1 LOPJ. “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes 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”.

tenido lugar en territorio español estaríamos en el ámbito de aplicación del Reglamento, ya que sería de aplicación el art. 21.2 del RB I-bis, en virtud del cual en caso de que el empresario no cuente con domicilio en un Estado miembro, podrán ser demandados ante los Tribunales de aquel Estado miembro en que el trabajador haya desempeñado de forma habitual sus servicios o en el último lugar en que los haya desempeñado o, por otra parte, si no cumple con dicho requisito, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se encuentre el establecimiento donde se haya empleado al trabajador.

- b) **Cuando el contrato se haya celebrado en España.** Se considera un foro exorbitante debido a que, para que pueda aplicarse, deberá acompañarse de algún otro vínculo como puede ser que el proceso selectivo o la oferta de empleo se haya llevado a cabo en España. Este foro realmente es el único aplicable (salvo el relativo al contrato de embarque “*in fine*”) si la empresa demandada no se encuentra domiciliada en ningún Estado miembro de la UE (art. 5 RB I-bis) ni cuenta con agencia, sucursal o establecimiento (art. 20.2 RB I-bis) o el lugar de prestación de servicios se encuentra fuera del territorio comunitario (art. 21.2 RB I-bis).
- c) **Cuando el demandado tenga domicilio en España o la empresa cuente con una sucursal en España.** Tampoco será de aplicación, puesto que en este caso se aplicará lo dispuesto en el articulado del RB I-bis, con lo que nos encontramos con otro foro desplazado en su aplicación por el Reglamento.
- d) **Cuando alguna de las partes del contrato de trabajo tenga nacionalidad española, sea cual sea el lugar de prestación de servicios o de celebración del contrato.** La única posibilidad para aplicar este foro será que la parte demandada sea el trabajador y que éste no cuente con domicilio en territorio español ni en territorio comunitario, ni el lugar de prestación de servicios se encuentre en ninguno de dichos territorios, pero que cuente con nacionalidad española. En caso contrario será de aplicación lo dispuesto en el RB I-bis.
- e) **Cuando se trate de un contrato de embarque.** Los Tribunales españoles tendrán competencia para conocer del asunto cuando la oferta de trabajo haya tenido lugar en España y el trabajador tenga nacionalidad española. Aunque parezca un foro especial aplicable siempre en materia de contrato de embarque, hay que tener en cuenta que sólo procederá su aplicación si no se dan, aún en contrato de embarque, los ámbitos del Reglamento, esto es cuando el empresario no tenga su domicilio en territorio

comunitario, ni tenga agencia sucursal o establecimiento, ni el pabellón del buque sea de un Estado miembro, ya que determina el país de prestación de los servicios. En otro caso procedería aplicar siempre el RB I-bis y no este último párrafo del art. 25.1 LOPJ.

4. NORMAS DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

4.1.Introducción.

Una vez determinada la CJI, deberá señalarse cuál será el derecho laboral aplicable para resolver el litigio entre las partes. Al contrario que en el caso de la determinación de la competencia de los tribunales, donde a la hora de aplicar la normativa encontrábamos tres textos legales a los cuales podíamos acudir⁷⁴, en el caso de la determinación de la ley aplicable siempre acudiremos al mismo texto legal: el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I). Esta norma desplaza totalmente al DIPr autónomo, considerándose inaplicables tanto el art. 10.6 del CC.⁷⁵ como el art. 1.4 ET⁷⁶. Dicho Reglamento también sustituye desde el 17 de diciembre de 2009 al DIPr convencional entre Estados miembros de la UE (Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), por lo que a todos los contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha se les aplicará lo dispuesto en el Convenio de Roma. Cabe destacar que la regulación material es idéntica en ambos reglamentos, cambiando únicamente su redacción.

A la hora de aplicar lo dispuesto en el Reglamento Roma I, en primer lugar debemos observar sus ámbitos de aplicación:

⁷⁴ Páginas 24 y 25 del presente Trabajo Fin de Grado.

⁷⁵ Art. 10.6 CC. “*A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios*”.

⁷⁶ Art. 1.4. ET. “*La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Los trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que le corresponderían de trabajar en territorio español*”.

- a) **Ámbito material.** En virtud de lo dispuesto en el art. 1 de dicho Reglamento⁷⁷, éste será de aplicación a los contratos individuales de trabajo.
- b) **Ámbito temporal.** La normativa del Reglamento se aplicará a todos aquellos contratos que hayan sido celebrados después del 17 de diciembre de 2009⁷⁸, por lo que cuando un contrato haya sido celebrado con anterioridad a dicha fecha, será aplicable lo dispuesto en el Convenio de Roma.
- c) **Ámbito territorial.** El art. 2 del Reglamento Roma I dispone que “*la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*”, es decir, que su aplicación es universal con independencia del domicilio o nacionalidad de las partes.

Al encontrarnos ante la necesidad de determinar la ley aplicable a los contratos de trabajo, no podemos acudir directamente a lo dispuesto en los arts. 3 y siguientes del Reglamento Roma I (normas relativas a la determinación de la ley aplicable a contratos internacionales en general), pues el contrato de trabajo se rige por una serie de reglas específicas, las cuales podemos encontrar en el art. 8 del Reglamento⁷⁹. Esta especialidad en cuanto a la normativa aplicable se debe principalmente a la necesidad de proteger al trabajador como parte débil de la relación laboral.

4.2. Derecho laboral aplicable: Puntos de conexión (art. 8 Reglamento Roma I).

A la hora de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo internacional, el art. 8 del Reglamento Roma I contiene varias soluciones:

1) Art. 8.1 Reglamento Roma I. Ley elegida por las partes.

El primer apartado dispone que el contrato de trabajo se regirá por la ley que haya sido elegida por las partes⁸⁰, siempre que se cumpla lo dispuesto en el art. 3 de dicho Reglamento. Según este último artículo, la elección de la ley

⁷⁷ Art. 1 Reglamento Roma I. “*El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de intereses*”.

⁷⁸ Art. 28 Reglamento Roma I. “*El presente Reglamento se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009*”. Art. 29 Reglamento Roma I. “*El presente Reglamento (...) se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009 (...)*”.

⁷⁹ Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (p. 1155).

⁸⁰ Art. 8.1 Reglamento Roma I. “*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*”.

aplicable al contrato de trabajo “*deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”. Además, dispone que la ley elegida podrá aplicarse tanto a la totalidad del contrato como sólo a una parte.

Sobre este particular debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de contratos con respecto a la libertad de las partes para elegir la ley por la que se regirá su contrato, en el caso del contrato de trabajo internacional encontramos ciertos límites. Así, la autonomía de la voluntad quedará restringida debido a que se considera al empresario como la parte fuerte en el contrato de trabajo y, por tanto, podría tratar de aplicar una normativa más favorable a sus intereses en perjuicio de los derechos que corresponderían al trabajador⁸¹.

Al hablar de la legislación correspondiente a la CJI hemos observado cómo las distintas normas aplicables tratan de proteger al trabajador como parte más débil del contrato de trabajo. Es por ello que al centrarnos en la normativa relativa a la determinación de la ley aplicable, también observaremos esta protección hacia el empleado, de forma que desde una configuración ilimitada “a priori” que permite a las partes elegir cualquier ley, “a posteriori” se establece un límite material, de manera que la autonomía de la libertad quedará limitada solo a los supuestos en que la ley elegida mejore las disposiciones imperativas de la ley aplicable en defecto de elección. Por tanto, se limitará su aplicabilidad en función de que el resultado de esa ley elegida mejore los derechos del trabajador o no lo haga.

Así, si observamos lo dispuesto en el art. 8.1 Reglamento Roma I veremos que tiene como objetivo principal impedir que el empresario imponga al trabajador la elección de una ley que pueda perjudicar a los derechos que tal trabajador tendría recogidos en las normas del país en el cual presta sus servicios. Con todo esto debemos tener en cuenta que dicho artículo no pretende aplicar al contrato de trabajo la ley que sea más favorable para el trabajador, sino aquella que proteja sus derechos.

⁸¹ Abarca Junco, A.P., *et al. Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., España: UNED, 2016 (p. 646).

La ley elegida por las partes no tiene por qué comportar consecuencias negativas para el trabajador, pues al ser elegida por ambos, esto podrá implicar que se aplique un derecho que sea conocido por ambas partes, o que la normativa de la Ley estatal elegida cuente con mayores beneficios para el trabajador que la Ley del país que sería aplicable en el caso de que el contrato de trabajo se rigiera por el lugar de prestación de servicios del trabajador⁸².

Con el fin de proteger al trabajador, siempre que en el contrato de trabajo haya sido elegida una Ley distinta a la correspondiente al país en el cual el trabajador ha prestado sus servicios, el legislador presumirá *iuris tantum* que la elección de dicha Ley perjudica a los derechos del trabajador, pues se supondrá que esa normativa le ha sido “impuesta” con el fin de perjudicarlo. Es por ello que, en estos casos, deberá demostrarse que la Ley que rige el contrato no perjudica los derechos de los cuales dispondría el trabajador en caso de que el contrato se rigiera por la Ley del lugar de prestación de servicios⁸³.

Cabe la posibilidad de que un mismo empresario cuente con trabajadores sometidos a distintas condiciones laborales a la hora de prestar sus servicios, pero siempre y cuando el contrato de trabajo de éstos se rija por Leyes estatales distintas.

Un ejemplo de trabajadores sometidos a distintas Leyes estatales lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2004 de 8 de marzo de 2004⁸⁴, en la cual un trabajador de nacionalidad española demandaba a la empresa para la que prestaba sus servicios (Oficina comercial de España situada en Belgrado) por percibir un salario inferior en relación con dos trabajadoras de nacionalidad yugoslava, las cuales prestaban los mismos servicios que el demandante y contaban con la misma categoría profesional. En este caso, las trabajadoras habían sido contratadas obedeciendo las retribuciones a las condiciones e imposiciones dictadas por el régimen yugoslavo, mientras que el contrato de trabajador demandante se regía por lo dispuesto por el Derecho español.

⁸² Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (p. 1158).

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ STC 34/2004, 8 marzo 2004.

El demandante consideraba que, al percibir un salario inferior por la realización del mismo trabajo que sus compañeras, se estaba vulnerando su derecho a la igualdad, recogido en el art. 14 CE⁸⁵, alegando así que estaba siendo víctima de una discriminación salarial y que dicha discriminación se basaba únicamente en la circunstancia de su nacionalidad no yugoslava.

En la Sentencia se menciona que no toda desigualdad de trato puede considerarse una infracción del art. 14 CE, entendiéndose vulnerado el derecho a la igualdad sólo en situaciones que se consideren iguales, y siempre y cuando la desigualdad no cuente con una justificación objetiva y razonable. Así, en la Sentencia se menciona lo dispuesto en otra sentencia dictada con anterioridad⁸⁶, en la cual se dicta que, al hablar de diferencias salariales entre trabajadores de una misma empresa, no tiene por qué tratarse necesariamente de una discriminación entre trabajadores.

Lo particular de este caso es que la parte empleadora era una Administración pública, la cual, a la hora de elegir la ley aplicable al contrato de trabajo, no se rige por el principio de autonomía de la voluntad absoluta, sino que debe actuar conforme a lo dispuesto en el art. 103.1 CE⁸⁷, es decir, actuando con pleno sometimiento a la ley y al Derecho y respetando el principio de igualdad de trato. Así, aunque las empresas privadas pueden contar con distintas Leyes aplicables en función de los distintos contratos de trabajo firmados con sus empleados, en el caso de las Administraciones públicas como parte contratante, la elección de ley no podrá regirse por el principio de autonomía recogido en el art. 8.1 del Reglamento Roma I, encontrándose sujeta al principio de igualdad ante la Ley, lo que implica que la única elección posible sería la de la Ley española para todos.

Es por ello que, al ser la parte contratante en la Sentencia una Administración pública, el fallo dictado mencionó que se había vulnerado el derecho de igualdad recogido en el art. 14 CE.

⁸⁵ Art. 14 CE. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁸⁶ STC 34/1984, 9 marzo 1984.

⁸⁷ Art. 103.1 CE. “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Siguiendo con la estructura y apartados del referido art. 8 del Reglamento Roma I, en el caso de que la ley que rige el contrato de trabajo no haya sido elegida por las partes, se observará lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del art. 8 del Reglamento Roma I.

2) Art. 8.2. Reglamento Roma I. Prestación habitual de servicios.

Si las partes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad a la hora de elegir la ley aplicable al contrato de trabajo, este “*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*”. El mismo artículo dispone que no se considerará que cambia de país en el cual presta habitualmente sus servicios cuando el trabajador preste servicios con carácter temporal en otro país⁸⁸ por lo que no tendrán importancia los desplazamientos temporales del trabajador en el caso de que pueda determinarse un país de prestación habitual de servicios.

Al igual que ocurre al tratar de determinar qué Tribunales podrán conocer sobre el litigio entre las partes de una relación laboral, puede ocurrir que el trabajador preste sus servicios en distintos países y que, por tanto, haya que analizar cuál es el lugar habitual de prestación de servicios, teniendo en cuenta (de igual forma que ocurría en los casos de determinación de la CJI) factores como dónde recibía el trabajador las instrucciones, dónde se encontraban las herramientas necesarias para prestar servicios o dónde organizaba el trabajo el empleado⁸⁹.

En el caso de que no pueda determinarse un único lugar de prestación habitual de servicios, debemos recurrir a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 8 del Reglamento.

⁸⁸ Art. 8.2 Reglamento 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. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país*”.

⁸⁹ Páginas 32 a 36 del presente Trabajo Fin de Grado.

3) Art. 8.3 Reglamento Roma I. Establecimiento contratante.

Cuando no pueda aplicarse lo dispuesto en el art. 8.2, el contrato *se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*⁹⁰.

Al igual que ocurre en los anteriores apartados, la interpretación de lo dispuesto en el art. 8.3 Reglamento Roma I cuenta con varias precisiones, las cuales pueden encontrarse en su conjunto en la STJUE de 15 de diciembre de 2011⁹¹:

- a. En primer lugar, se entenderá como “*establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*” al establecimiento en el cual se procedió a contratar al trabajador, y no a aquel al que hubiera estado vinculado por su ocupación efectiva. A estos efectos deberá tenerse en cuenta el establecimiento a través del cual se publicó el anuncio sobre la oferta de trabajo y aquél lugar donde el trabajador haya realizado la entrevista.
- b. En segundo lugar, la sentencia dicta que el establecimiento que haya contratado al trabajador no tiene por qué estar necesariamente dotado de personalidad jurídica. Se considera “establecimiento” a todas las estructuras estables de la empresa, como pueden ser filiales, sucursales u oficinas de empresa.
- c. Por último, en la sentencia se discute el hecho de a qué empresa se encontraba vinculado el trabajador, pues éste recibía instrucciones sobre cómo realizar su trabajo por parte de una empresa luxemburguesa, pero había sido contratado por una empresa belga. En este caso, podrá calificarse como “establecimiento” aquél perteneciente a una empresa distinta de la que formalmente figura como empleador, siempre que ambas mantengan un vínculo y que concurren elementos objetivos que permitan conocer sobre la existencia de dicha situación.

Por otra parte, debe destacarse el hecho de que, con las nuevas tecnologías, ha aumentado el número de ofertas de trabajo recibidas a través de

⁹⁰ Art. 8.3 Reglamento Roma I. “*Cuando no pueda 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*”.

⁹¹ STJUE, 15 diciembre 2011, asunto C-384/10, *Navimer*.

medios telemáticos como Internet, causando dudas acerca de cuál es el lugar exacto en que ha sido contratado el trabajador. En este caso, no tendrán por qué coincidir el lugar a través del cual el trabajador haya sido captado y el lugar en que el trabajador haya recibido la oferta de trabajo o el lugar desde el cuál haya partido para prestar sus servicios⁹².

4) Cláusula de excepción.

Por último, el apartado 4 del art. 8 se prevé la posibilidad de aplicar la ley del país con el que el contrato de trabajo presente vínculos más estrechos⁹³. Dichos vínculos deberán estudiarse de forma individual para cada caso en particular, permitiéndose la valoración de distintos ámbitos (territorial, jurídico, económico...). Esta cláusula podrá aplicarse con independencia de cuál sea el lugar de prestación habitual de servicios del trabajador o del lugar en el cual se sitúa el establecimiento que haya contratado a éste, siempre y cuando el órgano jurisdiccional considere que existen vínculos más estrechos con otro Estado en relación con el contrato de trabajo.

En lo relativo a este apartado del art. 8 del Reglamento Roma I debe mencionarse que, a la hora de hacer uso de la cláusula de escape, se aplicará la ley de aquel país más vinculado al contrato de trabajo, y no aquella ley que resulte más favorable para el trabajador. El encargado de analizar aquellos criterios que caracterizan la relación laboral con el fin de conocer si podrá aplicarse o no la cláusula de escape será el órgano jurisdiccional encargado de conocer el caso. Éste tratará de identificar qué elementos de la relación laboral son más significativos a la hora de analizarlos y valorarlos.

Así en cuanto a jurisprudencia relativa a la utilización del escape de vínculos más estrechos en el contrato de trabajo internacional, podemos acudir a la STJUE de 12 septiembre 2013⁹⁴, en la cual observamos un litigio entre una empresa (Schlecker) con domicilio en Alemania y su trabajadora (Boedeker)

⁹² Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (p. 1163).

⁹³ Art. 8.4 Reglamento Roma I. “*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*”.

⁹⁴ STJUE, 12 septiembre 2013, asunto C-64/12, *Boedeker*.

residente en Alemania, para la cual prestaba sus servicios en los Países Bajos. La trabajadora prestó durante varios años sus servicios en Alemania, celebrando más tarde un nuevo contrato para la misma empresa con el fin de realizar su trabajo en los Países Bajos.

Boedeker presentó demanda tras la comunicación por parte de la empresa de que su actual contrato de trabajo iba a ser extinguido y que debía volver a prestar sus servicios en Alemania, planteando la trabajadora que correspondía la CJI a los Tribunales de los Países Bajos, solicitando la anulación del segundo contrato de trabajo, una indemnización y la aplicabilidad de la ley holandesa.

Mediante resolución, los Tribunales holandeses considerados competentes aplicaron el Derecho neerlandés a su contrato y reconocieron su derecho a indemnización. Tras esto, la empresa interpuso recurso de casación al no encontrarse conforme con la determinación de la ley aplicable, pues alegaba que debía aplicarse la ley alemana debido a que el conjunto de circunstancias indicaba un vínculo más estrecho con Alemania. Los Tribunales determinaron al respecto que el Derecho neerlandés ofrecía a la trabajadora una mayor protección frente al Derecho alemán en cuanto a la modificación del lugar de trabajo por parte del empresario.

Del fallo de dicha Sentencia podemos sacar en claro una serie de elementos significativos a tener en cuenta a la hora de determinar los vínculos más estrechos que pueden determinar la aplicabilidad de la ley de dicho país:

- El país en el cual el trabajador por cuenta ajena paga los impuestos y tributos relacionados con su actividad.
- El país en que el trabajador se encuentre afiliado a la Seguridad Social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez.
- Los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo.

4.3. Excepción del orden público internacional.

Un problema al que se enfrentan los tribunales a la hora de aplicar la normativa de un país extranjero, cuando sus disposiciones ya han sido conocidas y acreditadas con el fin de aplicarlas a un litigio en particular, se da cuando, a la hora de aplicar dicha

normativa por parte del órgano jurisdiccional, éste se encuentra con que su contenido no puede ser aplicado por los tribunales debido a que infringe alguno de los principios fundamentales establecidos en la normativa del país cuyos órganos jurisdiccionales pretenden aplicar la ley.

En el caso de que las disposiciones a aplicar contravengan alguno de los principios fundamentales recogidos en la normativa del país en cuestión, dichas disposiciones no serán aplicadas con el fin de evitar los efectos negativos que su aplicación pueda tener para la sociedad española en su conjunto, sin centrarnos en sujetos concretos⁹⁵. Debemos tener en cuenta que, a la hora de aplicar la excepción del orden público internacional, la normativa del derecho extranjero deberá contravenir de forma directa y manifiesta a algún principio fundamental, como pueden ser, en el ámbito de las relaciones laborales:

- Despidos arbitrarios (STSJ Madrid Social, 20 julio 2016⁹⁶). No se permitirán aquellos despidos producidos de forma arbitraria al trabajador o aquellos despidos que se realicen de forma totalmente libre, por lo que en la Sentencia mencionada se dicta que el empresario debió pronunciarse sobre la causa que justificaba el despido del trabajador, aunque tal derecho no existiera en la legislación laboral de Marruecos, lugar donde el empleado prestaba sus servicios.
- Contrato de esclavitud. Encontramos como ejemplo lo dispuesto en la STEDH, 26 julio 1995⁹⁷, donde una pareja francesa fue procesada debido a la obtención de la prestación de servicios de un hombre inmigrante, el cual no percibía ningún tipo de salario, reteniendo el pasaporte del ciudadano extranjero en contra de su voluntad.
- Discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral a través de la obtención de distintos permisos y retribuciones en función del género del trabajador en cuestión⁹⁸.

⁹⁵ Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (p. 328 y 329).

⁹⁶ STSJ Madrid, Sala de lo Social, 20 julio 2016 (rec. 375/2016).

⁹⁷ STEDH, Sec. 2ª, 26 julio 1995, *Siliadin vs. Francia*.

⁹⁸ Art. 14 CE. “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Así, observamos que se trata de una cláusula de escape mediante la cual el DIPr autónomo español refleja la no aplicación de la normativa extranjera en su art. 12.3 CC⁹⁹, a través del cual dicta que las disposiciones extranjeras no serán de aplicación en aquellos casos en que se vulnere el orden público. De igual forma el DIPr comunitario, a través de lo dispuesto en el art. 21 Reglamento Roma I¹⁰⁰, dicta que no serán de aplicación aquellas disposiciones que sean incompatibles con el orden público.

A la hora de aplicar la excepción del orden público internacional, debemos tener en cuenta que podrá tener un efecto total o parcial. En primer lugar, el efecto total implica que será rechazado totalmente el contenido dispuesto en la normativa aplicable al litigio en cuestión; mientras que también podrá aplicarse de forma parcial, es decir, no se aplicarán aquellas disposiciones que contravengan lo establecido por la normativa del Estado miembro en el cual vayan a aplicarse dichas normas, pero sí se aplicarán aquellas disposiciones que no resulten contrarias a los principios fundamentales del país en cuestión¹⁰¹.

Pero dicha cláusula de excepción no podrá aplicarse en todos los casos en que los órganos jurisdiccionales estimen conveniente aplicarla, existiendo así varias limitaciones¹⁰². En primer lugar, no podrá invocarse la cláusula de excepción del orden público internacional en aquellos casos en que las disposiciones de un país, en materia laboral, sean más favorables para el empleado que aquellas del país en que el trabajador prestaba sus servicios. Por otra parte, tampoco podrá aplicarse en aquellos casos en que la normativa del país donde el trabajador presta sus servicios regule cuestiones laborales de forma distinta en relación con la normativa española.

5. CONCLUSIONES.

A partir del análisis de la regulación legal, aplicación jurisprudencial y posicionamiento doctrinal en orden a las materias analizadas y fundamentalmente a la

⁹⁹ Art. 12.3 CC. “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

¹⁰⁰ Art. 21 Reglamento Roma I. “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

¹⁰¹ Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 18ª ed., Granada: Comares, 2018 (p. 347).

¹⁰² *Idem* (p. 1162).

protección del trabajador en la regulación del contrato de trabajo internacional, podemos concluir lo siguiente:

Primera.- Es la globalización, con las empresas multinacionales y la libertad de circulación de personas en los distintos Estados miembros de la UE, lo que ha propiciado un desarrollo muy importante de las relaciones laborales internacionales y, por ende, la necesidad de desarrollar y completar la regulación legal del contrato de trabajo internacional.

Segunda.- El fenómeno de la comunitarización obedece a la necesidad de la UE de regular de forma homogénea en todo el territorio comunitario las reglas de DIPr en materia de contratos internacionales y, en concreto, del contrato de trabajo, consiguiendo como resultado que la parte más débil del contrato de trabajo, es decir, el trabajador, contara con protección al respecto en todos y cada uno de los países comunitarios en los que pudiera encontrarse unificando las reglas en el espacio social común en orden a determinar tanto la CJI como el derecho laboral aplicable al fondo del asunto, y la forma de reconocer y ejecutar las sentencias dictadas por otros tribunales.

Tercera.- Por lo que se refiere a la CJI, con el fin de determinar qué órganos jurisdiccionales estatales tendrán aptitud para conocer sobre los litigios derivados de contratos de trabajo internacionales, el principal Reglamento al que acudir debido al fenómeno de la comunitarización será el RB I-bis, el cual goza del principio de primacía y cuenta con efecto directo sobre el resto de la normativa aplicable en este aspecto (sólo podrá aplicarse lo dispuesto en Convenios y normativa estatal en el caso de que no se cumpla con los ámbitos de aplicación del Reglamento).

Este Reglamento comunitario ha sido modificado en su contenido en orden a conseguir una mayor protección del trabajador, lo cual se constata, por un lado, en que el Reglamento se va a aplicar no solo si el domicilio del demandado está en territorio comunitario, sino incluso aunque esté en un país extracomunitario, en el caso de que exista una agencia, sucursal o establecimiento vinculado, o sin que exista, aunque se trate de un demandado extracomunitario, si el lugar de prestación de servicios es un país comunitario, se aplicarán las reglas ciertas y garantistas del Reglamento. Por otra parte, la normativa también prohíbe al empresario imponer al trabajador un tribunal que conocerá sobre los futuros litigios que puedan derivarse del contrato de trabajo firmado, limitando la sumisión de tal forma que sólo será válida dicha cláusula si es posterior al nacimiento del litigio o la hace valer el trabajador con su demanda y ante

tribunales distintos de los que corresponden según foro general o especial por el propio Reglamento.

Cuarta.- La protección del trabajador también se constata en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, según la garantista y completa regulación contenida en el Reglamento Roma I, el cual es de aplicación universal. En este caso, la protección hacia el trabajador puede observarse en dos soluciones previstas expresamente en el propio Reglamento.

En primer lugar, a la hora de regular la elección de la ley aplicable por las partes, frente a la libertad absoluta en orden a la elección de ley aplicable en otros contratos internacionales, en el contrato de trabajo esta autonomía de la voluntad en la elección del derecho laboral que va a regir el fondo del asunto no va a ser absoluta, ya que se va a limitar materialmente su aplicabilidad en función del resultado. El propio artículo dispone que, únicamente será aplicable la ley elegida por las partes en el contrato o un momento posterior, cuando dicha ley elegida no prive al trabajador de los derechos que le corresponderían si la ley no hubiera sido la elegida por las partes. En definitiva, la ley elegida solo se va a aplicar si mejora las condiciones imperativas de la ley que se hubiera aplicado normalmente sin existir esa ley elegida. En consecuencia, la elección de ley aplicable siempre se va a incorporar como un elemento de mejora respecto de las condiciones laborales aplicables al trabajador y ello para que el empresario no imponga una ley menos favorable para el trabajador en su propio beneficio.

En segundo lugar, existe otra manifestación expresa en la regulación de la determinación de la ley aplicable que lleva a efecto el Reglamento Roma I, cuando hacemos referencia a la cláusula de excepción prevista como cierre en el Reglamento Roma I, esto es la posibilidad de aplicar otro derecho laboral si se constata que presenta índices de localización y, por tanto, de mayor vinculación con otra ley que no sea la prevista con carácter general del lugar de prestación habitual de los servicios o su variante cuando no hay país de prestación habitual. Debemos tener en cuenta que, en este caso, no se aplicará la ley más favorable al trabajador, sino que se buscarán elementos significativos que puedan dar lugar a la aplicación de una ley distinta, aunque el hecho de prever una mayor vinculación también protege al trabajador.

6. BIBLIOGRAFÍA

Manuales

- Abarca Junco, A.P., *et al. Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., España: UNED, 2016.
- Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 18ª ed., Granada: Comares, 2018.
- Calvo Caravaca, A.-L. & Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 18ª ed., Granada: Comares, 2018.
- Cebrián Carrillo, A. *Lecciones de Contrato de Trabajo*, 3ª ed. [recurso electrónico], Dykinson, 2014.
- Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L. & Palao Moreno, G. *Derecho internacional privado*. 12ªed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Guzmán Zapater, M., & Gómez Jene, M. *Lecciones de derecho internacional privado (Manuales)*, 1ª ed. [recurso electrónico], Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Anexo de Legislación

- Código Civil.
- Constitución Española.
- Convenio de Lugano II de 30 de septiembre de 2007.
- 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.
- 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.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1-7, del Poder Judicial.
- Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

- 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.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- 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.
- Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.
- Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Anexo de Jurisprudencia

- STJUE, 15 marzo 2011, asunto C-29/10, *Koelzch*.
- STJUE, 15 diciembre 2011, asunto C-384/10, *Navimer*.
- STJUE, 19 julio 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia*.
- STJUE, 12 septiembre 2013, asunto C-64/12, *Boedeker*.
- STJUE, 14 septiembre 2017, asuntos C-168/16 y 169/16, *Nogueira*.
- STJCE, 13 julio 1993, asunto C-125/92, *Mulox*.
- STJCE 9 de enero de 1997, C-383/95, *Rutten*.
- STJCE, 27 febrero 2002, asunto C-37/100, *Weber*.
- STJCE, 5 noviembre 2002, asunto C-208/00, “*Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*”.
- STSJ Baleares, Sala de lo Social, 24 de octubre de 2002 (rec. 377/2002).
- STSJ Madrid, Sala de lo Social, 20 julio 2016 (rec. 375/2016).
- STC 34/1984, 9 marzo 1984.
- STC 34/2004, 8 marzo 2004.

- STEDH, Sec. 2ª, 26 julio 1995, *Siliadin vs. Francia*.

Referencias de Internet.

- Página web del Parlamento Europeo.
- 2019 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility (Final Report January 2020).
- Página web del Ministerio de Justicia.