



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso/2014

Convocatoria de junio

El contrato de trabajo internacional y su regulación en Derecho
Internacional Privado español

The international employment contract and its regulation in
Spanish Private International Law.

Realizado por la alumna: Doña Marta Álvarez Sánchez

Tutorizado por la Profesora: Doña Olga María Morales Delgado

Departamento: Derecho Internacional, Procesal y Mercantil

Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado

RESUMEN

Los contratos de trabajo con algún elemento extranjero (empresa y/o trabajador y/o lugar de prestación de servicios) se regulan por normas de Derecho Internacional Privado, ya que requieren una respuesta apropiada y distinta de la prevista para situaciones privadas internas.

El Derecho Internacional Privado es un sistema autónomo y diferenciado del resto del Ordenamiento Jurídico español. Resuelve siempre alguna de estas tres cuestiones, a saber: la competencia de los tribunales españoles, la elección del derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

En materia de contrato internacional de trabajo, existe una regulación común a todos los Ordenamientos Jurídicos de la Unión Europea que parten de la protección de la parte débil del contrato. Esta regulación reconoce que estos particulares contratos pueden producir problemas especiales. El objetivo de estas normas especiales es proporcionar protección para el empleado (la parte más débil del contrato).

Sobre la base de las características generales de Derecho Internacional Privado señaladas, vamos a tratar de explicar la regulación de los contratos de trabajo internacionales en relación a estas tres cuestiones: la competencia judicial internacional (contenida fundamentalmente en el Reglamento Bruselas I), la ley aplicable (Reglamento Roma I) y, finalmente, vamos a hacer una breve referencia al reconocimiento de sentencias por los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea.



ABSTRACT

Employment contracts with any foreign element (company and/or worker and/or the place of supply of services) are regulated by rules of private international law as a proper and different answer from the private intern expected situations is required.

Private International Law is a separate and distinct unit in the Spanish legal system. It is always concerned with one or more three questions, namely: Jurisdiction of the Spanish court, the choice of law and Recognition and enforcement of foreign judgments.

As regards international employment contract, there is a common regulation to all the European Union legal systems, based on the weaker party. This regulation acknowledges that particular contracts can produce special problems. The aim of special rules is to provide protection for the employee (the weaker party of the contract).

On the basis of the above general features of Private International Law, we will try to explain the regulation of international employment contracts in connection with these three matters: international jurisdiction (mainly contained in Brussels I Regulation), the applicable law (Rome I Regulation) and finally we will make a short reference to the recognition of judgments from courts of the member States in the European Union.

Índice

1. INTRODUCCIÓN	5
2. RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES	6
3. OBJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO	8
3.1. EMPRESA EXTRANJERA, PERSONA FÍSICA O JURÍDICA.	9
3.2. TRABAJADOR EXTRANJERO, ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA.	11
3.3. LUGAR HABITUAL DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS	12
4. CONTENIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO	15
5. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO	16
5.1. FUENTES DE PRODUCCIÓN DE DIPR EN GENERAL.....	16
5.2. FUENTES DE ORIGEN INSTITUCIONAL: LA UNIÓN EUROPEA Y EL FENÓMENO DE “COMUNITARIZACIÓN” (DIP DEL TRABAJO COMUNITARIO).....	18
5.3. FUENTES DE ORIGEN INTERNACIONAL: DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y DIPR DEL TRABAJO CONVENCIONAL.....	19
5.4. FUENTES DE PRODUCCIÓN INTERNA ESTATAL.....	19
5.5. FUENTES DE CONTRATACIÓN LABORAL INTERNACIONAL POR SECTORES DE CONTENIDO	20
6. CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL: DETERMINACIÓN DE LA CJI .22	
6.1 FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	24
6.2 REGLAMENTO (CE) 44/2001 BRUSELAS I Y LOPJ: ÁMBITOS RESPECTIVOS DE APLICACIÓN EN MATERIA LABORAL. EXCLUSIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO. FOROS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTRATO DE TRABAJO.	28
6.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25 LOPJ. FOROS DE COMPETENCIA EN EL ORDEN SOCIAL. RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO.	32
7. CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE (NORMA DE CONFLICTO LABORAL, PROBLEMAS DE APLICACIÓN Y ACREDITACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO)	33
7.1. NORMAS DE CONFLICTO: ESTRUCTURA Y CARACTERES DIFERENCIALES.....	33
7.2. PROBLEMAS DE APLICACIÓN	36
7.3. LA ACREDITACIÓN DEL CONTENIDO Y VIGENCIA DEL DERECHO LABORAL EXTRANJERO	36
8. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL	40
8.1. CONCEPTO COMUNITARIO DE CONTRATO DE TRABAJO Y PROTECCIÓN DE LA PARTE “DÉBIL” DEL CONTRATO EN LA ELECCIÓN DE LAY APLICABLE	40
8.2. OTRAS CONEXIONES UTILIZADAS EN CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL	41
8.3. LEY APLICABLE EN DIPR ESPAÑOL.....	42
9. DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES EN LA UE Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL	44
10. BREVE REFERENCIA AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA DE CONTRATO DE TRABAJO	47
11. CONCLUSIONES	49
12. BIBLIOGRAFÍA	51

1. Introducción

El Derecho Internacional Privado (en adelante DIPR) tiene justificada su razón de ser en la realidad social presente *“caracterizada por la movilidad y la interconexión. Nunca antes había existido un volumen de relaciones entre personas -físicas y jurídicas- pertenecientes a distintos Estados como el que se da en la actualidad. Y nunca con anterioridad, esas relaciones se habían generado con la rapidez, constancia y habitualidad con que se manifiestan en nuestro días”*¹.

El DIPR es un sector del ordenamiento jurídico (en adelante OJ) de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de situaciones privadas (de naturaleza civil, mercantil y laboral) internacionales (con algún elemento extranjero), generadas entre particulares o sujetos que, sin serlo, actúan como tales. Su finalidad es aportar una respuesta adecuada y justa a las situaciones litigiosas internacionales que resuelva el fondo del asunto. La internacionalidad de que goza el DIPR no responde a su origen, sino a su objeto².

1. En relación a su **contenido**, referimos tres sectores esenciales que regulan el DIPR.
 - Primer sector, determinación de la Competencia Judicial internacional (en adelante CJI).
 - Segundo sector, determinación de la Ley aplicable.
 - Tercer sector, Reconocimiento y Ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras.
2. Con respecto a las **fuentes** y su **primacía**, las normas de DIPR por su origen, pueden clasificarse en:
 - Derecho Internacional Privado Institucional: constituido por fuentes comunitarias: Reglamentos y Directivas. Normas que provienen de la Unión Europea (en adelante UE).
 - Derecho Internacional Privado Convencional: constituido por los Tratados Internacionales. Dos o más países que firman un convenio, bilateral o multilateral, para regular situaciones privadas internacionales en determinadas materias. Es típico de tratados para el reconocimiento de sentencias y en el ámbito de la cooperación internacional.

¹ Vid. Esplugues Mota, C., *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p 69.

² Vid. Esplugues Mota, C., *Ibidem*, pp 69-73.

- Derecho Internacional Privado autónomo, son fuentes de producción interna. Normas que provienen del legislador nacional.

2. Relaciones laborales internacionales

El DIPR regula las relaciones laborales internacionales y dentro de éstas los contratos individuales de trabajo, con algún elemento extranjero (bien en los sujetos, bien en el lugar de prestación de servicios).

Algunos factores que han propiciado el incremento de las relaciones laborales internacionales a partir del S XX y más en el S XXI y que favorecen que las situaciones privadas internacionales de naturaleza laboral se hayan intensificado, son las siguientes:

1. Migraciones económicas y políticas; migraciones que pueden deberse a un régimen político por el que las personas se ven obligadas a emigrar, o para obtener recursos económicos que no se obtienen en el lugar de origen. Estos movimientos hacen que los Estados se conviertan en receptores de movimientos migratorios y se entablen numerosas relaciones laborales internacionales.
2. Empresas multinacionales; la posibilidad de constituir empresas en varios países, el hecho de que su ámbito de actuación pueda tener lugar en diversos Estados y al ser la empresa en sí misma uno de los elementos de la relación laboral, es otro factor que incide en el aumento de las relaciones laborales internacionales.
3. Tráfico Marítimo Internacional; el aumento del tráfico marítimo internacional, trae consigo que se entablen relaciones laborales a bordo de buques, que en definitiva son contratos de trabajo con elementos internacionales (navieras y/o marineros y/o pabellón del barco).
4. Libre circulación de trabajadores, libre establecimiento de empresas y el espacio social europeo. Los principios comunitarios de libre circulación de trabajadores, personas, prestación de servicios profesionales, mercancías y empresas. Es otro factor que incide en el incremento de las relaciones laborales con elemento extranjero³. En la UE disfrutaban de este derecho empresas y trabajadores de los 28 Estados Miembros (en adelante EM) y de otros Estados con los que existen acuerdos comunes⁴.

³ Estado Miembro en que se suscriben contratos de trabajo entre empresa y/o trabajador nacional de otro Estado Miembro.

⁴ El Espacio Económico Europeo (EEE) (Islandia, Noruega y Liechtenstein) y Suiza.

5. Por otro lado, el aumento de la libre circulación de sentencias dentro de la Unión Europea incrementa la aplicación del DIPR. Los tribunales de los diferentes EM se ven obligados a conocer la legislación comunitaria ya que van a aplicar Reglamentos Comunitarios que regulan los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones dentro del Espacio Europeo, de tal manera que una sentencia dictada en un EM, será reconocida en otro EM, además de existir normas comunes para determinar la CJI en materia de contrato individual de trabajo con elemento extranjero y para señalar cuál de los derechos laborales internacionales debe aplicarse.

- Pero curiosamente, estas relaciones, tienen lugar en un mundo globalizado desde una perspectiva económica, que, sin embargo, desde un punto de vista jurídico, mantiene un elevado grado de segmentación.

Cabe preguntarnos cuáles son los **presupuestos** que justifican la existencia de una disciplina que se ocupe de las relaciones jurídicas con elemento extranjero. ¿Por qué existe esta disciplina? Al respecto señalamos los siguientes:

1º Presupuesto: En el mundo existen más de 250 OOJJ diferentes, pero no sólo formalmente diferentes, sino también con contenido material distinto, hecho que deriva de la existencia de Estados distintos con sus propios OOJJ y con sus propios tribunales.

2º Presupuesto: El hecho de que convivan OOJJ distintos y que cada uno tenga sus propios tribunales, no justifica en sí mismo la existencia del DIPR, sino que es necesaria una actividad humana y social que relacione jurídicamente estos OOJJ, una actividad que trasciende la esfera de un único OJ, personas de distintas nacionalidades que contraigan matrimonio, contraten, etc. En el momento actual, la actividad internacional es constante y de ahí la importancia de un derecho que la regule.

3º Presupuesto: La necesidad de dotar de una respuesta jurídica distinta a estas relaciones jurídicas con elemento extranjero, esta necesidad de respuesta jurídica diferenciada respecto de relaciones jurídicas puramente internas, es lo que justifica el nacimiento del DIPR.

Así, no caben las mismas soluciones jurídicas a una relación laboral interna que internacional.

3. Objeto del Derecho Internacional Privado del Trabajo

El objeto que regula el DIPR, son esas situaciones privadas internacionales, siempre que se cumplan una serie de requisitos:

1º) Situaciones o relaciones jurídicas donde actúan particulares⁵. Por eso se llaman privadas, porque los sujetos intervienen como particulares y lo hacen en una relación horizontal, en posición de igualdad entre las partes. Aunque, como veremos, una de ellas tenga una protección especial, al considerar que en contrato de trabajo existe una parte débil⁶.

El Estado puede intervenir pero sin potestad de imperio, como un particular, ya que si interviniera con potestad de imperio lo haría desde una posición privilegiada y ya no se daría la situación de igualdad u horizontal que es requisito indispensable.

Por tanto, el primer requisito es determinar si nos encontramos ante una relación jurídica horizontal, si las partes actúan como particulares y por tanto se trata de una situación privada (civil, mercantil o laboral). Para que la contratación laboral, sea internacional, sólo esto no es suficiente, falta un segundo elemento.

2º) En esa relación jurídica tiene que haber algún elemento de extranjería. ¿Dónde podemos localizar esos elementos de extranjería en el ámbito laboral?

- En los sujetos de esa relación: empresa y/o trabajador.
- En el lugar de prestación de los servicios.
- En este sentido, un contrato individual de trabajo donde exista algún elemento de extranjería (sujetos, lugar, prestación de servicios) es una situación privada internacional objeto del DIPR⁷.

El DIPR Laboral, se ocupa, por tanto, de relaciones jurídicas privadas de carácter exclusivamente laboral (que son su objeto), tanto individuales como colectivas, en las que exista algún elemento extranjero. Si estamos en presencia de este tipo de situaciones acudimos al DIPR y no al derecho laboral material.

El DIPR nos dirá respecto a estos litigios laborales con elemento extranjero:

1º) Si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de ese asunto.

⁵ Cuando nos referimos a particulares, no debemos confundir particulares con personas físicas. También incluye a las personas jurídicas.

⁶ Insistiremos a lo largo de este análisis acerca de la protección que otorga la legislación comunitaria a la parte débil del contrato y las especificidades contenidas en relación al contrato de trabajo respecto de otros tipos de contrato.

⁷ Vid. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp: 1-42.

2º) En el caso de que los tribunales españoles tengan competencia, cuál es el derecho laboral concreto, la ley material de un Estado, al que tenemos que acudir para resolver el fondo del asunto.

3.1. Empresa extranjera, persona física o jurídica.

El elemento de extranjería puede estar en la empresa. Si el empresario es extranjero y persona física, tendrá su propia identificación personal que acredita tal extremo. El problema estriba en cómo determinar la nacionalidad de las personas jurídicas.

Necesitamos saber si la empresa es española o extranjera. Es un tema crucial del DIPR porque la ley de nacionalidad de la empresa es la que rige la vida societaria, es la *lex societatis*. Las personas jurídicas tienen su propia vida y están sometidas a una determinada ley que rige su nacimiento, evolución, representantes, administrador, cuando se extingue⁸.

En cuanto a cómo se atribuye la nacionalidad a las empresas en el DIPR español, por un lado tenemos el art. 28 CC, de donde se derivan dos criterios para atribuir la nacionalidad española:

- Constitución con arreglo a la ley española
- Domicilio en España

El criterio que sigue el art. 28 del CC es el de que se cumplan los dos requisitos. Por tanto, serás extranjero si te has constituido de acuerdo con norma extranjera y tienes domicilio en el extranjero⁹. Sin embargo, tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), sólo cabe mencionar el criterio de constitución.¹⁰

⁸ El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante RD 1/2010) es un texto que unifica la legislación sobre sociedades anónimas y limitadas y posee, además, un capítulo dedicado a las sociedades europeas.

⁹ Este criterio una constitución más domicilio según el art. 28 CC. Así se manifiesta también el RD 1/2010, en su art. 8. Quizá no suficientemente clarificador. No obstante, no podemos obviar el libre establecimiento de empresas y podría, una empresa constituida con arreglo a la ley de un EM, tener su domicilio en España, de ahí que el Tribunal de Justicia de la UE, sólo exija como requisito la ley de constitución.

¹⁰ *Vid.* tres sentencias: (1.) *TJCE 1999\47. Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Pleno), de 9 marzo 1999. Jurisdicción: Comunitario Cuestión prejudicial. Ponente: Melchior Wathelet.*

Muchas empresas se constituyen con arreglo a una ley extranjera para buscar que la ley aplicable sea la de un paraíso fiscal para obtener más beneficios, aunque realizaran toda la actividad en España. El DIPR actúa sobre ello y añade una cláusula de escape, la cláusula “Delaware”, para evitar que las sociedades se rijan por leyes que no tienen nada que ver con su principal centro de actividad. Busca no aplicar una ley extranjera a una sociedad realmente nacional. Intenta evitar el fraude en ley aplicable a la nacionalidad de una empresa cuando su principal actividad está radicada en España (art. 9.2 RD 1/2010). De modo que si la empresa se constituye con arreglo a las Islas Caimán y tiene domicilio en Islas Caimán, pero su actividad principal radica en España, la cláusula de Delaware implica que se considerará a esa empresa de nacionalidad española¹¹.

Ahora bien, en el ámbito europeo, cambia la perspectiva, ya que uno de los principios de la UE es la libre circulación de servicios, empresas, capitales, personas y mercancías. Si una empresa de la UE tiene su principal actividad en España no está obligada a ser española, puede ser francesa con principal actividad en España y no se aplica la cláusula de Delaware.

Por tanto, el criterio que en la actualidad se aplica es sólo el criterio de constitución según la doctrina. Por ejemplo, una empresa francesa constituida con arreglo a la ley francesa que tiene su actividad principal y domicilio en España, es de

Derecho comunitario: Libre circulación: derecho de establecimiento: inscripción registral de una sucursal de una sociedad que tiene su domicilio social en otro Estado miembro.

(2) TJCE 2002\320. Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Pleno), de 5 noviembre 2002. Jurisdicción: Comunitario Cuestión prejudicial. Ponente: Melchior Wathelet. Caso: Centros Ltd. y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen. Libertad de establecimiento.

(3) TJCE 2003\291. Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Pleno), de 30 septiembre 2003. Jurisdicción: Comunitario Cuestión prejudicial. Ponente: Melchior Wathelet. Caso: Überseering BV

Derecho de empresas: Derecho de sociedades: Publicidad de sucursales: Directiva 89/666/CEE: vulneración: existencia: normativa nacional que impone obligaciones de publicidad no previstas en dicha Directiva a la sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro. Derecho de establecimiento. Caso: Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art.LTD.

¹¹ Art. 9.2. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la 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.”

nacionalidad francesa. Por tanto, si una empresa se ha constituido con arreglo a un derecho de cualquier EM de la UE no se considera española sino de la nacionalidad del EM y se da el elemento extranjero¹².

Ahora bien, si la empresa se ha constituido conforme a un derecho extracomunitario y se puede demostrar que su única o principal actividad radica en España, se considera española porque se le aplica la cláusula Delaware y por tanto no habría elemento de extranjería, tratándose el criterio de constitución en fraude de ley, por tanto, aunque se trate de una situación privada, no sería internacional por faltar el elemento extranjero de la empresa.

3.2 Trabajador extranjero, especial referencia al Derecho español de extranjería.

Es importante destacar que el elemento de extranjería, en una relación laboral, puede estar en el propio trabajador. Respecto a la extranjería del trabajador aclarar que es extranjero cualquier trabajador que no sea español. El comunitario también es extranjero, para el DIPR, el francés y cualquier trabajador que no tenga la nacionalidad española, es extranjero e implica la presencia del elemento extranjero en la relación laboral. Lo que sucede es que en cuanto a la situación laboral de los trabajadores extranjeros, no todos ellos tienen el mismo trato en relación a la posibilidad de entablar en España relaciones laborales.

A este respecto, hay extranjeros que no son sujetos de relaciones laborales porque tienen un estatus diferenciado, forman parte de cuerpos diplomáticos de embajadas y consulados, que se rigen por el derecho internacional público y están amparados por determinadas inmunidades y su régimen jurídico viene regulado en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y no nos interesan al objeto de este trabajo por cuanto no entablan relaciones laborales.

En relación a los extranjeros objeto de contratos laborales en nuestro país, observamos que coexisten dos regímenes jurídicos diferenciados:

- a. El régimen de los comunitarios, que afecta a muchos trabajadores extranjeros en España y que abarca no solo a los comunitarios “*per se*” sino a determinados

¹² *Vid.* Sentencias citadas: Centros Ltd. y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, Überseering BV y Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art.LTD.

familiares extracomunitarios de los comunitarios¹³ (por ejemplo, una mujer cubana casada con español está incluida en el régimen comunitario) y los asimilados: los nacionales de estos países que no forman parte de la UE pero con los que hay acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE): Noruega, Islandia, Liechestein y también Suiza. Los trabajadores de este régimen no requieren de autorización administrativa para trabajar¹⁴.

- b. El régimen de los extracomunitarios: el otro régimen de extranjería que coexiste con el comunitario, es el general¹⁵, que en materia de trabajo si implica, salvo determinados supuestos de exención¹⁶ la necesidad de autorización administrativa para trabajar teniendo en cuenta la situación nacional de empleo (exceptuada también en determinados supuestos)¹⁷.

3.3. Lugar habitual de prestación de los servicios

En el lugar de prestación de los servicios puede radicar el elemento de extranjería, que convierte la contratación laboral en internacional.

El trabajador puede prestar servicios en un único país o en varios y es necesario determinar si existe lugar habitual, si hay desplazamientos temporales o trabaja por igual en distintos países sin que pueda determinarse la habitualidad en uno sólo de ellos.

¹³ Art. 2 RD 240/2007: “...cónyuge, ...pareja con la que mantenga unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público, ...descendientes directos y los de su cónyuge, ...ascendientes directos y los de su cónyuge...”

¹⁴ Están regulados a través de una directiva y se traspone a nuestro OJ con 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) y Suiza.

¹⁵ El régimen general queda regulado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

¹⁶ Art. 41 de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Excepciones a la autorización de trabajo: “...los técnicos y científicos extranjeros..., profesores extranjeros..., personal directivo..., corresponsales de medios de comunicación social extranjeros..., ministros, religiosos...”

¹⁷ Arts. 40 de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en los supuestos: “...familiares reagrupados en edad laboral, ... titulares de una autorización previa de trabajo, ... extranjeros nacidos y residentes en España, ... cobertura de puestos de confianza...”

a. Habitualidad. Es necesario clarificar el concepto de lugar habitual de prestación de servicios incorporado por la jurisprudencia y la normativa comunitaria. Si leemos el desplazado art. 10.6 CC,¹⁸ no utiliza el concepto de habitualidad, sino que se limita a consignar lugar de prestación de servicios, lo que producía problemas para aquellos supuestos en que no existe un único país de prestación de servicios. Se publica el Convenio de Roma¹⁹ (en adelante CR) que añade un criterio: “lugar de prestación habitual” y se consolida la jurisprudencia del TJUE interpretando qué se entiende por lugar habitual ¿Se tienen en cuenta los desplazamientos? Si se trabaja en varios países ¿cuál es el que prima? La ventaja es que el CR es un Tratado internacional interpretado por el TJUE. Este concepto, junto con su interpretación jurisprudencial, se consolida en el ámbito comunitario. El TJUE interpreta que el lugar habitual no es sólo donde el trabajador pasa más tiempo, además de este criterio: **temporal**, se utilizan otros parámetros que implican mayor proximidad al país del trabajador, el más conectado²⁰.

En este sentido, el TJUE ha venido interpretando el concepto de lugar **habitual** de trabajo, entendido como el lugar en el que el trabajador tiene su centro de operaciones²¹. Por ejemplo, es el país desde el que parte el trabajador o al que regresa, por ejemplo, un trabajador que sale de Madrid pero trabaja en Croacia, China y Francia, regresando a Madrid y de ahí vuela a partir, su lugar habitual de trabajo, de partida y de regreso, será España. También se utiliza el criterio del lugar donde se reciben las instrucciones y órdenes de trabajo.

¹⁸ “...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.º, será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios...”

¹⁹ Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

²⁰ *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011. Heiko Koelzsch contra État du Grand Ducado de Luxemburgo. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel - Luxemburgo. Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales - Contrato de trabajo - Elección de las partes - Disposiciones imperativas de la ley aplicable a falta de elección - Determinación de dicha ley - Concepto de país en el que el trabajador "realice habitualmente su trabajo"- Trabajador que realiza su trabajo en varios Estados contratantes. Asunto C-29/10.*

²¹ Repetimos la protección que otorga la legislación comunitaria a la parte débil del contrato y las especificidades contenidas en relación al contrato de trabajo respecto de otros tipos de contrato.

La jurisprudencia del TJUE está incorporada en el del Reglamento Roma I (en adelante R. Roma I), que recoge todos los criterios consolidados para que la regla general sea que siempre hay un lugar habitual²².

Este concepto se encuentra recogido en uno de los considerandos del propio Reglamento: *“Por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”*²³.

- b. Desplazamientos, en relación a este aspecto, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, hace mención a las condiciones de trabajo a aplicar a un trabajador extranjero o comunitario que preste sus servicios temporalmente en España y cuál debe ser el trato que éste ha de recibir en relación a determinadas condiciones básicas de trabajo. También trata el supuesto de trabajo desarrollado fuera del territorio español si éste es efectuado por empresas establecidas en España en el marco de la “movilidad geográfica”. Así está previsto en la Disposición Adicional primera²⁴ que contiene una norma de DIPR que ordena la igualdad de condiciones

²² Art. 8.2 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 Roma I. ... *“En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente...”*

²³ Considerando 36 del Reglamento Roma I.

²⁴ *“Las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales”.*

de trabajo fijadas en la legislación nacional de desarrollo de la directiva 96/71²⁵ y que desarrollaremos en páginas 44 y ss. del presente.

- c. Trabajo a bordo de buques, el lugar de prestación de los servicios se rige por el país del pabellón, registro o abanderamiento. Esta circunstancia no es igual para los aviones que para los buques. En el caso de los aviones, son compañías aéreas y tienen un centro de operaciones, aplicando los criterios de la jurisprudencia comunitaria ya señalados, en cambio, en buques, el lugar de prestación de los servicios depende del “pabellón” y puede ser de conveniencia, de ahí que se apliquen en contrato internacional de trabajo, fórmulas de vínculos más estrechos con otro país distinto del abanderamiento²⁶.

4. Contenido del Derecho Internacional Privado del Trabajo

Las normas de DIPR ¿Qué resuelven ¿de qué se ocupan? Lo habitual es que nos encontremos ante un litigio, una relación jurídica discutida de tráfico externo. Lo primero que hay que comprobar es si esa relación jurídica está efectivamente vinculada a más de un OJ.

- La primera de las preguntas que nos hemos de formular se refiere a la competencia de los tribunales de un determinado estado y, a continuación, conforme al DIPR del país de esos tribunales, cuál es el Derecho material aplicable para resolver el fondo del asunto. Así podemos distinguir:

1º Sector: el DIPR tiene que dar respuesta acerca de la determinación de la competencia de los tribunales para responder a las cuestiones suscitadas de litigios relativos al contrato individual de trabajo con elemento extranjero.

2º Sector: consiste en determinar la ley aplicable, cuál es el derecho laboral concreto aplicable al fondo del asunto.

3º Sector: en este caso, el litigio ya ha sido juzgado y resuelto por los tribunales de un país (“pleito muerto”). Es el sector que se ocupa del reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras en nuestro país.

²⁵ 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.

²⁶ De nuevo insistir acerca de la protección que otorga la legislación comunitaria a la parte débil del contrato y las especificidades contenidas en relación al contrato de trabajo respecto de otros tipos de contrato.

4º Sector: es un sector discutido y no aceptado como tal por la mayoría doctrinal, se trata de incluir la materia de extranjería como una cuestión que también regula situaciones privadas internacionales. Al margen de las cuestiones de derecho de extranjería que forman parte de la potestad de imperio de los Estados, como la autorización administrativa de trabajo y residencia, que no forman parte del DIPR, hay otra parte del derecho de extranjería que integra el objeto de esta disciplina: los derechos y obligaciones de los extranjeros en nuestro país (el ejercicio del derecho de huelga, el derecho al trabajo, el derecho a sindicarse..., entre otros).

5. Fuentes del Derecho Internacional Privado del Trabajo

5.1. Fuentes de producción de DIPR en general

En DIPR español nos encontramos ante una dispersión normativa. No sucede como en otros países en los que hay un código de DIPR, en nuestro OJ, coexisten normas contenidas en Reglamentos comunitarios, normas incluidas en Convenios Internacionales²⁷..., a continuación y en orden jerárquico citaremos “algunos” ejemplos de textos normativos por fuentes de producción.

Reglamentos comunitarios:

1. Sector de CJI:

- a. Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la Competencia Judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE, L 12, de 16 de enero de 2001).
- b. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) núm. 1347/2000 (DUE, L 338, de 23 de diciembre).

²⁷ Vid. Fernández Rozas, José C. Y Sánchez Lorenzo, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. 5ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009, pp:21-27.

2. Sector de Ley aplicable:

- a. Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177, de 4 de julio).
- b. Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento europeo y del consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (DOUE, L 199, del 31)

Convenios internacionales:

1. Sobre protección de menores:

- a. El Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.
- b. Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya. Instrumento de Ratificación de 28 de mayo de 1987.

2. Contrato de trabajo:

- a. Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Derecho autónomo:

1. CJI:

- a. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014).

2. Ley aplicable:

- a. Arts. 9 y ss del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014).
- b. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional
- c. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vigente hasta el 01 de Enero de 2015).

3. Sector de reconocimiento y ejecución de sentencias:

- a. Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en vigor para esta materia²⁸.
- b. Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000, de 7 de enero.

Vamos a señalar exclusivamente las fuentes de la contratación laboral internacional, con lo que aludimos a quién es el legislador que produce las normas que regulan las situaciones privadas internacionales de naturaleza laboral en relaciones individuales de trabajo.

5.2. Fuentes de origen institucional: La Unión Europea y el fenómeno de “comunitarización” (DIP del Trabajo comunitario)

El derecho comunitario participa del Principio de Primacía. Las normas comunitarias, en la material de que se trate, gozan de primacía con respecto a normas convencionales y autónomas. Si hay publicada norma comunitaria en materia de trabajo (por ejemplo, el Reglamento Roma I) no puede aplicarse ningún Tratado Internacional ni regulación nacional sobre esa misma materia, porque el derecho de la UE tiene primacía. La UE legisla fundamentalmente a través del Reglamento en nuestra materia, que tiene aplicabilidad general y efectividad inmediata. Este es el fenómeno de comunitarización de derecho internacional privado²⁹. Su importancia radica en considerar que la normativa comunitaria va a ser la normativa ordinaria a aplicar. Así mismo, también va a tener incidencia la jurisprudencia europea, ya que interpretará en exclusiva las normas comunitarias en materia de contrato de trabajo.

Reglamentos comunitarios en contratación laboral internacional:

- Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante R. Bruselas I). Es un reglamento comunitario doble porque se ocupa de dos sectores: determinar la competencia de los tribunales de los EM en materia de contratos de trabajo y también del reconocimiento y

²⁸ Los arts. 951-958 y 1901-1909 se mantienen en vigor en tanto no se adopten las leyes de cooperación jurídica internacional y jurisdicción voluntaria, respectivamente/Disp. Finales 18ª y 20ª de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000, de 7 de enero.

²⁹ Fenómeno reflejado en el art 81 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “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... normas aplicables en los EM en materia de conflicto de leyes y jurisdicción...”

ejecución de sentencias y resoluciones en el ámbito de la UE y que se aplica según el ámbito espacial que el Reglamento establece, por lo que no se aplica en todos los litigios laborales, ya que el Derecho Convencional o el derecho Autónomo se aplica cuando no se da el ámbito espacial de aplicación del Reglamento.

- Reglamento 593/2008 que se ocupa únicamente de Ley aplicable al contrato individual de trabajo y que se aplica siempre, así lo establece el propio Reglamento que es de aplicación “universal” independientemente de la nacionalidad o el domicilio de los sujetos o del lugar en que presten servicios o la ley designada y nos indica la ley o derecho laboral concreto que resuelve el asunto³⁰.

5.3. Fuentes de origen internacional: Derecho Internacional general y DIPR del Trabajo Convencional

Los principios contenidos en el DIPR general (Declaración de Derechos Humanos, Pactos, etc.) deben inspirar la aplicación de las normas de DIPR en materia laboral al igual que los Convenios de la OIT.

España puede suscribir Tratados Internacionales (en adelante TTII) y sus normas nos obligan con preferencia sobre el derecho autónomo pero nunca sobre los Reglamentos Comunitarios³¹. Los Tratados pueden ser multilaterales o bilaterales, estos últimos se utilizan sobre todo en reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones. A su vez, los Tratados multilaterales pueden ser de aplicación *inter partes*, (por ejemplo, el Convenio de la Haya sobre sustracción de menores. Son 77 países y tiene efectos entre los 77 que los firmaron). O *erga omnes*: de eficacia ilimitada y aplicación general³², una vez ratificado por España se aplica siempre con independencia de reciprocidad.

En contratación laboral internacional, el único convenio es el Convenio de Roma de aplicación “*erga omnes*”³³.

5.4. Fuentes de producción interna estatal

Son las normas que proceden del legislador estatal³⁴. En materia de contrato internacional de trabajo:

³⁰ Reglamento 593/2008 Roma I, art. 2: “*La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*”

³¹ Tiene su fundamento en el art 96 en la Constitución Española, 1978 (en adelante CE)

³² Igual que los reglamentos, como el reglamento Roma I, se aplican siempre.

³³ Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Sector de la CJI: el art. 25 LOPJ se aplicará:

- Siempre en relaciones colectivas de trabajo y litigios de seguridad social con elemento extranjero (no entran en el ámbito material del R. Bruselas I)
- En determinados supuestos en materia de contrato individual de trabajo cuando no resulte aplicable el R. Bruselas I (ni Convenio Lugano):
 - En contrato individual de trabajo sólo si el demandado no estuviese domiciliado en territorio comunitario porque si estuviera se aplicará siempre el R. Bruselas I (ni en Suiza, Islandia, Noruega porque se aplicaría Convenio Lugano)

Sector de la Ley aplicable: Totalmente inaplicable al momento actual ya que el R. Roma I es de aplicación universal y desplaza totalmente al art. 10.6 CC³⁵, y al art. 1.4³⁶ del Estatuto de los Trabajadores.

Sector Reconocimiento y Ejecución sentencias: LEC de 1881 arts. 954 y ss. Sólo si no procede aplicar el Reglamento Bruselas I (sentencias de EM de la UE) ni Convenios Internacionales (Convenio Lugano, Bilaterales, que se aplicarán para sentencias de tribunales de países extracomunitarios con los que existan estos Convenios para reconocimiento mutuo de sentencias que incluyan la materia laboral)³⁷.

5.5. Fuentes de contratación laboral internacional por sectores de contenido

A) CJI: Reglamento BRI, Convenio Lugano y LOJP

Para determinar la CJI de los Tribunales españoles en contrato individual de trabajo, se aplicará el Reglamento 44/2001 con carácter general, siempre que el demandado tenga su domicilio en territorio comunitario³⁸ y en los supuestos especiales

³⁴ Competencia exclusiva del legislador estatal, art 149.1 8º CE.

³⁵ “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.º, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios”.

³⁶ “La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles 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. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”.

³⁷ Vid. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp: 70-117.

³⁸ *Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª) Sentencia nº. 377/2006 de 7 junio. JUR\2007\27179. Competencia Territorial de los Tribunales españoles, existencia del domicilio del demandado en España aunque el centro para el*

de sumisión³⁹. Sustituye desde 1 de marzo de 2002 al Convenio de Bruselas en la misma materia que era un Convenio entre EM de la UE, sólo subsiste el Convenio de Lugano de 2007 entre la UE y Estados asociados no comunitarios: Islandia, Suiza y Noruega, si el demandado tiene allí su domicilio.

Este Reglamento BRI, desplaza parcialmente el DIPR Autónomo: el art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) sólo se aplica en materia de contrato individual de trabajo en aquellos supuestos en que así lo indica el Reglamento, con carácter general en esta materia de contrato individual de trabajo, cuando el demandado no está domiciliado en territorio comunitario y de las materias excluidas del Reglamento ya que éste, no se ocupa de determinar la CJI en relaciones colectivas de trabajo ni en litigios de Seguridad Social, para estos supuestos con elementos extranjeros tenemos que acudir al art. 25.2 y 25.3 LOPJ respectivamente⁴⁰.

B) Sector de Ley aplicable: Reglamento 593/2008 (R. Roma I)

Se aplica siempre para determinar la ley aplicable en contrato de trabajo el art. 8 del Reglamento Roma I que desplaza totalmente el DIPR Autónomo: Art. 10.6 Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (en adelante CC) y Art. 1.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) (que han devenido inaplicables) y sustituye desde 17 de diciembre de 2009 al DIPR Convencional entre EM de la UE: Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Al haber sustituido el Reglamento Roma I al Convenio de Roma, solo subsiste éste para contratos anteriores al 17 de diciembre de 2009.

que se prestan servicios se encuentre en el extranjero.

³⁹ Art. 21 R. Bruselas I: “Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos atributivos de competencia: posteriores al nacimiento del litigio, o que permitieran al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección”.

⁴⁰ Art. 25.2 LOJP: “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”. Art. 25.3 LOJP: “En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España”.

C) Sector de reconocimiento y ejecución sentencias: Reglamento 44/2001 (Bruselas I) Convenios Bilaterales y LEC 1881.

El R. Bruselas I se aplicará siempre para reconocer en España sentencias dictadas en otro EM de la UE y para reconocer las sentencias españolas en cualquier otro EM de la UE. Desplaza los Convenios Bilaterales existentes con EM de la UE y el DIPR Autónomo: Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴¹ (en adelante LEC) respecto de las sentencias de Tribunales de Estados de la UE.

Existen Convenios con Estados que no son comunitarios para el reconocimiento mutuo de sentencias, Multilaterales (UE y Noruega, Islandia, Suiza: Convenio de Lugano) Bilaterales (con Colombia, México, Israel, Túnez, El salvador,...), que veremos si son aplicables cuando nos encontremos con sentencias de tribunales fuera de la UE siempre que incluyan la materia de contrato de trabajo como en los citados.

6. Contrato de trabajo internacional: determinación de la CJI

Previo a estas consideraciones, vamos a realizar dos precisiones que nos serán de ayuda en estas reflexiones acerca de la determinación de la CJI en relaciones individuales de trabajo:

1. La función que cumplen las normas de CJI es distinta de la que llevan a cabo las normas de competencia judicial interna. Cuando hablamos de la Competencia Judicial interna, nos referimos a que en todos los Estados existen unas normas procesales que sirven para determinar el órgano judicial concreto que va a conocer de un determinado asunto, existen una serie de normas que efectúan un reparto de los asuntos litigiosos a través de las nociones que integran la competencia. Acertamos a conocer de competencia objetiva, competencia funcional y competencia territorial, en este caso, nos referimos a si el asunto es competencia del juez civil o penal, si es en primera instancia o en vía de recurso, o si es un juez en La Laguna o en Santa Cruz.

Al determinar la CJI en un litigio con elemento extranjero, **el procedimiento es diferente, porque de lo que se trata es de determinar si los tribunales de un estado concreto tienen o no competencia**, si pueden o no conocer de los asuntos litigiosos en

⁴¹ Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en vigor solo en esta materia.

cuestión, pero no determinamos el órgano concreto, sino de manera más genérica, si los tribunales de un determinado estado pueden o no conocer de un asunto litigioso⁴².

Al DIPR le corresponde determinar si los tribunales de ese Estado pueden conocer del asunto y al derecho procesal del orden jurisdiccional al que corresponda conocer del asunto corresponde determinar el órgano concreto que tiene la competencia.

2. La segunda nota que debemos tener en cuenta es que lo que principalmente caracteriza a la CJI es la especialidad de la categoría del litigio a que se refiere, son las que se derivan de situaciones privadas internacionales. Situaciones donde aparece un elemento de extranjería. **El litigio tiene que versar sobre una situación privada internacional.**

- Si conjugamos estos dos aspectos podemos definir la CJI como la aptitud legal de los tribunales de un estado determinado considerado en su conjunto, para conocer de los litigios que derivan de las situaciones privadas internacionales.

Resaltar dos características fundamentales:

1. “*La determinación de la CJI siempre es previa a la determinación del Derecho aplicable a la situación privada internacional*”⁴³, porque lo primero que el juez de un determinado Estado se tiene que plantear es saber si es competente para conocer de un asunto concreto porque si tiene competencia, tiene que decidir el derecho aplicable. En cambio si el juez determina que no tiene competencia no tiene derecho que aplicar. La determinación de la competencia es una condición *sine qua non*.

2. Las normas de CJI, cuando las establece el legislador estatal son normas que tienen carácter **atributivo**. En cambio, cuando la norma se contiene en un convenio internacional o en una norma comunitaria, son de carácter **distributivo**.

Así, las normas de derecho autónomo, son de carácter atributivo, el legislador estatal solo puede determinar cuándo sus propios tribunales tienen competencia. Solo las normas españolas de CJI⁴⁴ pueden determinar cuándo los jueces españoles tienen competencia pero no pueden establecer cuál es la jurisdicción extranjera que puede conocer de los asuntos cuando esa competencia no se atribuye a los tribunales propios.

⁴² El art. 22 LOPJ refiere, en general, que el conjunto de jueces pueden conocer de determinados asuntos. Es un concepto mucho más genérico que el de competencia judicial interna.

⁴³ Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, p 123.

⁴⁴ La LOPJ, art 25 en el orden social.

En el caso del derecho convencional o comunitario, contamos con normas comunitarias o convenios internacionales en los que se regula la competencia judicial internacional de varios estados. Estas normas son de carácter distributivo. A través de un reglamento comunitario se hace un reparto de competencias entre los tribunales de los Estados afectados.

En nuestra LOJP se menciona que son competentes los tribunales españoles cuando el demandado tiene domicilio en España⁴⁵. Es una norma de carácter atributivo. Pero si lo contrastamos con el Reglamento 44/2001,⁴⁶ manifiesta que son competentes los tribunales del Estado del domicilio del demandado. Es una norma distributiva, hace un reparto porque si el domicilio está en Francia, la competencia es de los tribunales franceses, si el domicilio está en Italia, es de los tribunales italianos. Hay un reparto, se organiza la competencia entre los distintos EM.

6.1 Foros de competencia judicial internacional

“El foro de competencia judicial internacional es la circunstancia presente en las situaciones privadas internacionales y que utiliza el legislador para atribuir el conocimiento de las mismas a sus órganos jurisdiccionales”⁴⁷. Por ejemplo, el domicilio del demandado, el lugar de celebración de un contrato, el lugar de situación de un bien inmueble o también en responsabilidad civil, el lugar donde ha ocurrido un hecho dañoso, el lugar de domicilio de una sociedad. Son circunstancias que el legislador utiliza para atribuir competencia⁴⁸.

Estos foros o criterios de atribución de competencia a los tribunales de un Estado, los podemos clasificar según distintos criterios.

1º Según la naturaleza de estos foros se distingue entre:

- Foros de carácter personal, atiende a circunstancias de las partes en el litigio, de las personas. Normalmente son el domicilio o residencia habitual del demandado.

⁴⁵ Art. 22.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014).

⁴⁶ Reglamento (CE) nº 44/2001 Bruselas I.

⁴⁷ Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, p 144.

⁴⁸ Art. 22. Reglamento (CE) no 44/2001 Bruselas I.

- Foros de carácter territorial, el legislador tiene en cuenta la conexión con el territorio. Por ejemplo, el lugar de celebración de un contrato, lugar de situación de un bien, lugar de ejecución del contrato.
- Autonomía de la voluntad o sumisión de las partes. Es la posibilidad de que las partes elijan el tribunal al que quieren someter el litigio⁴⁹.

2º Atendiendo a la protección de valores:

- Foros neutros, no tratan de proteger a ninguna de las partes en el litigio. Por ejemplo, lugar de celebración de un contrato de compraventa de naranjas.
- Foros de protección, lo que trata es de proteger a la parte que se considera más débil en la relación. Foros que se suelen establecer en contratos de trabajo, contratos de consumo y contratos de seguro. Es la determinación de foros favorables para el trabajador porque es siempre la parte débil en una relación de trabajo. Tanto el trabajador como el consumidor están en una posición de desventaja⁵⁰.

3º Por el alcance de los foros. Aquí es necesario distinguir entre foro exclusivo y foro facultativo o concurrente:

- Foros exclusivos: el legislador reserva determinadas categorías de litigios a sus propios tribunales y no permite que conozcan los tribunales de otros Estados⁵¹. Por ejemplo, un foro clásico de carácter exclusivo: un litigio sobre la propiedad de un bien inmueble. Peleamos por una vivienda que está en Italia y se presenta una demanda sobre la propiedad del bien inmueble. Este es un foro que tradicionalmente, incluida España y resto de ordenamientos, lo establece como exclusivo. El legislador quiere necesariamente que si el inmueble está en Italia sea allí donde se presente la demanda. Si estuviera en España, el legislador español pretende que únicamente sus tribunales conozcan del asunto. Si España lo establece como exclusivo, no permite que conozcan los tribunales de otro Estado. Si esa demanda se presenta en Marruecos y el tribunal marroquí conoce de ese asunto. ¿Qué puede hacer España? España no puede hacer nada para que Marruecos no conozca de ese asunto pero no reconocerá esa sentencia, fórmula

⁴⁹ En contrato de trabajo se permite aunque con determinadas limitaciones. *Vid.* Art. 21 del Reglamento Bruselas I.

⁵⁰ De ahí la regulación del propio art 21 del Reglamento citado que establece las condiciones para la sumisión en contratos de trabajos.

⁵¹ El Reglamento 44 advierte que son exclusivamente competentes los tribunales donde está el domicilio, está determinando un foro exclusivo.

para rechazar la sentencia extranjera. Si el marroquí quisiera inscribir la propiedad a su nombre en España no lo podrá hacer porque no se reconoce la sentencia marroquí.

- Foros facultativos o concurrentes: son los casos en los que el legislador acepta que a pesar de que sus tribunales tienen competencia, puedan conocer los tribunales de otros Estados. La manera de demostrar esta aceptación es reconociendo la sentencia del tribunal extranjero, por ejemplo, los tribunales españoles tienen competencia en virtud del domicilio del demandado pero también Italia porque es el lugar donde se ejecuta el contrato. El demandante presenta la demanda en Italia y el juez italiano dicta sentencia condenando a la empresa española. El trabajador, puede instar el reconocimiento de esa sentencia en nuestro país.

Los foros utilizados para determinar la CJI en materia de contratación laboral internacional son concurrentes, de protección, territoriales y personales; se incorpora la sumisión pero con garantías de protección⁵².

En cuanto a la normativa fundamental de determinación de la CJI, cabe acudir al Reglamento 44/2001, Bruselas I, Convenio de Lugano y Art 25 LOPJ, como hemos señalado anteriormente.

Es determinante la primacía de las fuentes. Siempre tenemos que discernir si es aplicable o no el R. Bruselas I. En caso de que no sea aplicable el Reglamento, podemos ir al Convenio de Lugano, sólo si el domicilio del demandado se encuentra en Islandia, Suiza o Noruega para comprobar su posible aplicación, y finalmente, en caso de que tampoco sea aplicable, estaríamos ante la aplicación de la LOPJ.

¿De qué depende que podamos aplicar una norma u otra? Pues bien, siempre tenemos que ver los ámbitos de aplicación de cada norma:

Reglamento Bruselas I:

- **Ámbito de material⁵³.** En general se aplica a las materias civiles y mercantiles pero con determinadas exclusiones, no se aplica a las cuestiones que se refieren al estado y capacidad de las personas. Por ejemplo, una reclamación de paternidad, una cuestión de divorcio, una cuestión de régimen económico, todas ellas quedan fuera.

⁵² Abundar acerca de la protección que otorga la legislación comunitaria a la parte débil del contrato y las especificidades contenidas en relación al contrato de trabajo respecto de otros tipos de contrato.

⁵³ Art. 1 del Reglamento Bruselas I

En lo que nos interesa, el reglamento se aplica al contrato individual de trabajo pero no se aplica a los litigios relativos a la seguridad social ni a los litigios colectivos⁵⁴. Básicamente el reglamento de lo que se ocupa es de cuestiones de carácter patrimonial, fundamentalmente en la contratación internacional.

- **Ámbito temporal:** está en vigor el Reglamento desde el 1 de marzo de 2002. Esto significa que se aplica a las demandas que se han presentado después de esta fecha.
- **Ámbito territorial,** se aplica en los EM de la UE.
- **Ámbito espacial o subjetivo,** existe una regla general: el demandado tiene que estar domiciliado en territorio comunitario⁵⁵. Para el contrato de trabajo existe también la regla de que si el empresario demandado está domiciliado en un país no comunitario, pero tiene una sucursal en un Estado comunitario se considera domicilio apto para los litigios relacionados con esa sucursal⁵⁶. También cabe su aplicación por sumisión⁵⁷ sometida a ciertas garantías o requisitos en protección del trabajador⁵⁸.

El Convenio de lugano:

Este convenio une a los países comunitarios con los países de la Asociación Europea de Libre Comercio: Suiza, Islandia y Noruega. Se aplicará cuando en ese litigio no se aplique el R. Bruselas I y el demandado esté domiciliado en Suiza, Noruega o Islandia. Tiene una regulación similar materialmente a la del R. Bruselas I.

LOJP:

Por último, en materia de contratación laboral internacional cuando no se dé el ámbito espacial del Reglamento BRI y tampoco sea aplicable el Convenio de Lugano es aplicable el art 25.1 de la LOPJ que establece la competencia de los Tratados Europeos en materia de relación individual de trabajo⁵⁹.

⁵⁴ Art. 1.2. R. Bruselas I.

⁵⁵ Art. 3 R. Bruselas I.

⁵⁶ Art.18.2 R. Bruselas I.

⁵⁷ Art. 21 R. Bruselas I.

⁵⁸ Reiterar la protección que otorga la legislación comunitaria a la parte débil del contrato y las especificidades contenidas en relación al contrato de trabajo respecto de otros tipos de contrato.

⁵⁹ *Vid.* Fernández Rozas, José C. y Sánchez Lorenzo, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. 5ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009, pp:49-103; en Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp: 163-260; en Esplugues Mota, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp: 91-117.

6.2 Reglamento (CE) 44/2001 Bruselas I y LOPJ: ámbitos respectivos de aplicación en materia laboral. Exclusión de la seguridad social y relaciones colectivas de trabajo. Foros de competencia en materia de contrato de trabajo.

A) Ámbitos de aplicación:

1º Ámbito material: aclarar que no se nombra expresamente la materia laboral⁶⁰ pero está incluida en la sección V, art. 18 a 21 del R. Roma I; el legislador comunitario ha incluido la materia laboral dentro de los asuntos civiles.

Exclusiones en materia social:

- 1) Seguridad Social: si analizamos el art.1 del Reglamento, observamos que en el apdo. 2.c, se excluye expresamente la materia en seguridad social, tenemos una primera exclusión. De modo que si el litigio que estamos conociendo es en materia de seguridad social está expresamente excluido del ámbito material del Reglamento, hay que acudir a la LOPJ⁶¹ que se ocupa de las reglas de CJI en materia de litigios de la seguridad social.
- 2) Relaciones colectivas de trabajo: en materia laboral podemos encontrarnos con demandas individuales o colectivas. Cuando el R. Bruselas I establece las reglas de competencia en materia laboral señala expresamente en la sección V que se ocupa de la competencia en materia de contrato individual de trabajo, lo cual implica que hay una segunda exclusión material, que serían las relaciones colectivas de trabajo con elemento extranjero⁶².

En consecuencia, ¿qué ámbito material incluye el Reglamento 44?

Pues bien, se ocupa de las relaciones laborales derivadas del contrato individual del trabajo, pura y exclusivamente.

Si el litigio que se plantea es en materia de relación individual de trabajo, cualquier cuestión derivada del desenvolvimiento individual del trabajo, por ejemplo, demanda por no aplicar el convenio colectivo de sector, es una demanda individual, es necesario tener en cuenta que aunque se trate de demandas de más de un trabajador, sigue siendo relación individual de trabajo.

⁶⁰ El R. Bruselas I se denomina en “materia civil y mercantil” e incluye el contrato de trabajo.

⁶¹ Art. 25.3 LOPJ

⁶² Art.1.2. R. Bruselas I recoge las exclusiones pero no se excluyen expresamente las relaciones colectivas de trabajo, pero en la sección V art. 18 a 21, quedan excluidas expresamente. Hay que acudir al art. 25.2 LOPJ.

Es necesario contemplar que el propio R. Bruselas I excluye implícitamente las relaciones colectivas de trabajo:, la legalidad de los convenios colectivos y los conflictos colectivos donde los demandantes son representantes de los trabajadores: organizaciones sindicales o empresariales, con elemento extranjero no están incluidas en el ámbito material del Reglamento⁶³.

2º Ámbito temporal: en materia de contrato de trabajo, procederá para las demandas presentadas a partir del 1 de marzo de 2002

3º Ámbito territorial: se aplicará en las condiciones que dicta el Reglamento si la demanda se presenta ante un Tribunal de un EM de la UE. Antes de evaluar los ámbitos, señalar que el juez va a verificar de oficio la competencia⁶⁴.

Si pueden ser competentes varios tribunales: por foros concurrentes y se han presentado demandas ante tribunales de distintos países, se produce lo que se ha dado en llamar litispendencia, que también regula el Reglamento⁶⁵.

4. Ámbito espacial: no se aplica siempre⁶⁶. En virtud de los art. 3 y 4, el criterio de aplicación espacial del Reglamento es que el domicilio del demandado se encuentre en un estado miembro (a salvo de los supuestos especiales de sumisión). El Reglamento establece un criterio de conexión con la UE que es el domicilio del demandado. Si el demandado tiene su domicilio en un EM⁶⁷, se va a aplicar el Reglamento. Si no tiene su domicilio en un EM de la UE⁶⁸, ni agencia ni sucursal o establecimiento⁶⁹ en un país del Convenio de Lugano, acudiremos a la LOJP.

En este sentido, adelantar que la determinación de la CJI en nuestro país se va a regir fundamentalmente por el R. Bruselas I y además se ha aprobado una modificación del Reglamento que entrará en vigor en el 2015⁷⁰, que modificará el ámbito espacial de aplicación del R. Bruselas I, que ya no será solo el domicilio del demandado, sino también el lugar de prestación del servicio, siempre y cuando se produzca en territorio

⁶³ Para determinar la CJI en estas materias *vid* art 25.2 y 3 de la LOJP.

⁶⁴ Recogida expresamente en el art. 26 del Reglamento (CE) n° 44/2001 Bruselas I

⁶⁵ Regulada en el art. 27 del reglamento.

⁶⁶ Arts. 3 y 4 del Reglamento (CE) n° 44/2001 Bruselas I, donde enumera, con carácter general las condiciones de aplicación y la remisión a la ley interna si no se cumple.

⁶⁷ Art. 3 R. Bruselas I.

⁶⁸ Art. 4 R. Bruselas I.

⁶⁹ Art. 18.2 R. Bruselas I.

⁷⁰ Modificación del Reglamento 44: el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado el 20 de diciembre de 2014 y con entrada en vigor el 10 de enero de 2015.

comunitario. Por tanto, se va a producir una ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento.

¿Qué se entiende por **domicilio del demandado**?⁷¹ Según el art. 59, el domicilio del demandado, si es persona física, se determinará según las reglas de cada EM. Las reglas internas en el Derecho español están en el art. 40 del CC. *“una persona tiene su domicilio donde resida más de 180 días al año”*. El art. 60 especifica qué se entiende por domicilio si es persona jurídica.

Ahora bien, en contrato de trabajo tenemos, además, una regulación complementaria, si la empresa demandada no tiene domicilio en un EM de la UE, pero sí agencia, sede o establecimiento, en caso de litigio, se considerará que tiene domicilio en territorio comunitario (art. 18.2 R. Bruselas I)⁷².

Así, si nos encontramos con una empresa argentina que contrata a un español para prestar sus servicios en España y lo despide. Vamos al Reglamento y vemos primero, su ámbito material, el despido al ser contrato de trabajo está incluido dentro del ámbito material. Verificaremos el ámbito temporal y territorial y luego acudimos al ámbito espacial: si el domicilio del demandado no se encuentra en territorio de un estado miembro, en este ejemplo, conforme al art. 4 tendríamos que ir a la ley interna (art. 25.1 LOJP), pero previamente, al existir una especificidad exclusiva del contrato de trabajo, es necesario verificar que el supuesto no esté recogido en el art. 18.2 del Reglamento 44 *“Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro...”*

Si la empresa no tiene domicilio en territorio comunitario, pero sí sucursal, agencia o establecimiento, la CJI se determina por el R. Bruselas I. Si no se da el art. 18.2, entonces tendremos que acudir al art. 25.1 LOPJ⁷³.

Hasta ahora sólo hemos determinado cuándo se aplica el R. Bruselas I y en dicho texto tendremos que ver cuándo los tribunales españoles tienen competencia. Para

⁷¹ Arts. 59 y 60 del Reglamento Bruselas I.

⁷² *“Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere 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 tiene su domicilio en dicho Estado miembro”*.

⁷³ *“En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:*

1. En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España...”

ello estudiamos los foros. Los criterios de atribución de competencia por el Reglamento⁷⁴.

B. Criterios atributivos de competencia según arts. 19 y 20 del R. Bruselas I

a) Cuando la empresa es la demandada: Art. 19.

1) El primer foro general de competencia es ante los tribunales donde está el domicilio de la empresa demandada⁷⁵. Los tribunales españoles serán competentes si la empresa demandada tiene su domicilio en España⁷⁶.

2) El art. 19.2. contempla un foro especial por razón de la materia. La demanda puede ser presentada ante los tribunales del EM en el que se presten los servicios o se prestaron, por ejemplo, en caso de despido, los servicios⁷⁷. Pero, ¿qué sucede si no hay lugar habitual de prestación de los servicios? Por ejemplo, que el trabajador esté continuamente trabajando en varios países sin que pueda determinarse habitualidad en ninguno de ellos, pues bien, la empresa puede ser demandada ante los tribunales del EM donde esté el establecimiento que contrató al trabajador⁷⁸.

No se puede aplicar a la vez el art. 19.2. a y b, son incompatibles, porque regulan dos supuestos distintos de prestación de servicios según exista un lugar habitual (19.2.a) o no (19.2.b).

b) Cuando el demandado es el trabajador: Consultamos el Art. 20 del R. Bruselas I, en el caso de que el demandado sea el trabajador, solo hay un foro de atribución de competencias, que es el general, que el trabajador demandado esté domiciliado en España⁷⁹.

c) Sumisión. Puede suceder que en España no se encuentre el domicilio de la empresa demandada y que tampoco sea el lugar de prestación de servicios, pero que sí haya sumisión, porque exista un acuerdo entre las partes para atribuir competencia a los

⁷⁴ Arts. 19, 20 y 21. del Reglamento (CE) n° 44/2001 Bruselas I

⁷⁵ Art. 19.1. Reglamento Bruselas I.

⁷⁶ *Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª) Sentencia núm. 377/2006 de 7 junio. JUR\2007\27179. COMPETENCIA TERRITORIAL: de los Tribunales españoles: existencia: domicilio del demandado en España: aunque el centro para el que se prestan servicios se encuentre en el extranjero.*

⁷⁷ Art. 19.2.a. Reglamento Bruselas I.

⁷⁸ Art. 19.2.b. Reglamento Bruselas I.

⁷⁹ *Vid. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., Derecho internacional privado. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp: 290-305.*

tribunales españoles. La sumisión del art. 21 es específica del contrato de trabajo⁸⁰, pero no es válida si está recogida en el contrato de trabajo, tiene que ser un acuerdo posterior al litigio planteado. Por ejemplo, después del despido hay un acuerdo entre las partes para someterse a un tribunal.

No obstante, existe una excepción: que la sumisión esté en el contrato y que sea el trabajador quien quiera hacerla valer, porque le interesa, ante tribunales distintos de los que proceden por los foros ya explicados. Es una forma de proteger a la parte débil del contrato.

6.3. Análisis del artículo 25 LOPJ. Foros de competencia en el orden social. Relaciones individuales de trabajo.

Si no fuera aplicable el Reglamento por sus ámbitos, ni el Convenio lugano, acudimos al art. 25.1 LOPJ. Por tanto, sólo si el demandado no tiene su domicilio en la UE (*ex art.4 R. Bruselas I*) o no tiene agencia, sucursal... (*ex art. 18.2 R. Bruselas I*) o no lo tiene en Suiza, Noruega e Islandia.

- Como **primer criterio** de competencia indica que los servicios se hayan realizado en España. En 2015, con la entrada en vigor de la modificación del R. Bruselas I publicado el 20 de diciembre de 2014 y con entrada en vigor el 10 de enero de 2015, no tendrá aplicación ya que si los servicios se prestasen en España, lo hacen en un EM de la UE y entraríamos en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I.

- El **segundo criterio** es que el contrato se haya celebrado⁸¹ en España. Esto es un foro exorbitante. La jurisprudencia exige que se haya celebrado en España y que además, el trabajador haya sido seleccionado en España.

- El **tercer criterio**: *“cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español”*. Este criterio está totalmente desplazado, de modo que si se da esta situación, aplicaremos el Reglamento.

- **Cuarto criterio**: cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, también de aplicación muy limitada.

- **Quinto criterio**, foro adicional para los contratos a bordo de buques. Si el contrato fue precedido por oferta recibida en España por trabajador en España. Es un

⁸⁰ Reiterar la referencia a la protección de la parte débil del contrato haciendo valer la sumisión sólo si es posterior al litigio, no es válida si se recoge en el contrato de trabajo o bien que el trabajador la quiere hacer valer ante tribunales distintos de los del art. 19. del R. Bruselas I.

⁸¹ Por “celebrados” se entienden que estén “registrados”.

foro especial añadido para contratos a bordo de buques. Se aplicará solo si la empresa no tiene domicilio en territorio comunitario.

- Para litigios en materia de seguridad social no hay que consultar el Reglamento, porque este ámbito material está excluido⁸² y se regulan por el art 25.3 LOJP⁸³.
- El art. 25.2 LOJP se aplica para conflictos colectivos, y sobre legalidad de convenios colectivos, así mismo excluidos del Reglamento⁸⁴.

7. Contrato de trabajo internacional: determinación de la ley aplicable (norma de conflicto laboral, problemas de aplicación y acreditación del Derecho Extranjero)

7.1. Normas de conflicto: estructura y caracteres diferenciales

En las normas reguladoras del Derecho laboral, hallamos normas materiales o directas, caracterizadas porque a un supuesto de hecho, la norma establece una consecuencia jurídica. Este tipo de normas, se considera reglamentación directa porque la consecuencia está en la propia norma. Son normas directas, materiales.

Sin embargo, en DIPR, las normas reguladoras, lo que hacen es determinar el derecho laboral aplicable de entre los distintos vinculados al supuesto, de tal manera que la respuesta no está en la propia norma. La norma se limita a indicar en qué ley, en qué derecho laboral, encontramos la respuesta. Es reglamentación indirecta porque la norma nos indica dónde tenemos que ir a buscar la respuesta, cuál es el derecho concreto a consultar.

La norma de conflicto señala, de entre los OJJs vinculados, a cuál hay que acudir a buscar respuesta (el derecho laboral del lugar de prestación habitual de servicios, el elegido por las partes, el más vinculado)⁸⁵. Esta norma peculiar, además de no tener la respuesta en la propia norma, tampoco contiene un supuesto de hecho como en las normas materiales directas, sino que el supuesto es una institución, por ejemplo, la institución del contrato de trabajo.

⁸² Ex art. 1.3 R. Bruselas I

⁸³ Art. 25.3 LOJP: “*En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España*”.

⁸⁴ Exclusión implícita recogida en la sección V “*competencia en materia de contratos individuales de trabajo*”

⁸⁵ Art. 8 R. Roma I.

Esta norma tan peculiar es exclusiva del DIPR y se denomina norma de conflicto porque, como señalamos, entre varias leyes que se podrían aplicar en conflicto, la norma señala una. Además, es una norma propia y exclusiva del sector de ley aplicable⁸⁶.

Diferencias de la norma de conflicto respecto de las normas materiales:

La propia estructura de la norma de conflicto es muy distinta a la de una norma material, en esta, existen dos elementos (supuesto de hecho y consecuencia jurídica), en aquélla, tres elementos, a saber:

1º elemento: La norma de conflicto laboral a pesar de que también, como en una norma material, contiene un supuesto, éste siempre está configurado por una institución o concepto jurídico.

En el ámbito laboral interno, existen muchas normas que tienen que ver con el contrato y para cada supuesto hay una norma material. En DIPR del Trabajo, la norma de conflicto está configurada de tal manera que al contrato de trabajo se le considera como a una institución en su conjunto y a todas las cuestiones derivadas del contrato de trabajo, se aplica la misma norma de conflicto.

2º elemento: La **consecuencia jurídica** de la norma no es la respuesta material sino que la norma de conflicto laboral nos remite a la ley aplicable, a un concreto OJ. Tiene también una consecuencia jurídica pero distinta a la norma material.

Esa remisión a un OJ puede ser al propio derecho laboral español (*lex fori*). Pero también puede remitirnos a un derecho laboral extranjero por ejemplo, si la norma resuelve el conflicto de acuerdo al lugar de prestación del servicio, para un español que trabaja en Francia, habremos de acudir al derecho laboral francés. En este caso, la situación es más compleja, porque se presupone que el juez conoce el propio derecho laboral, pero si la remisión que hace la norma de conflicto española es a un derecho extranjero el juez no lo conoce y plantea la cuestión de la acreditación del Derecho extranjero.⁸⁷

3º elemento: Existe un **punto de conexión** en la norma, que conecta el supuesto con el concreto OJ. ¿Cómo hemos llegado a la ley aplicable? Porque hemos consultado la norma y ésta nos remite, por medio de un criterio de conexión (lugar de prestación de los servicios, la sede de la empresa, la ley elegida) a un concreto derecho laboral de un OJ que es el que debe resolver el litigio. El punto de conexión es la circunstancia fáctica

⁸⁶ En DIPR del Trabajo todas las normas son de conflicto.

⁸⁷ Cuestión que trataremos en la página 36 y ss.

o jurídica que permite localizar cuál es la ley o derecho aplicable. Cada norma puede tener uno o varios puntos de conexión y es la norma la que nos va a indicar cómo tenemos que ejecutarlo⁸⁸.

Los puntos de conexión pueden ser:

- Simples o complejos.
- Jurídicos (la nacionalidad) o fácticos (la residencia)
- Personales o subjetivos vinculados al sujeto o sujetos, o bien, objetivos o materiales. Por ejemplo, en la norma de conflicto laboral van a ser objetivos: ley de lugar de prestación del servicio. Los subjetivos son por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio de los sujetos.
- También pueden ser cerrados (no cabe interpretación alguna, por ejemplo, la ley donde se celebró el contrato), o tener conexiones abiertas, que permitan valoración *ad hoc*, aplicación del derecho más vinculado, como contiene la norma de conflicto laboral⁸⁹.

Carácter imperativo de la norma de conflicto (art. 12.6 cc): la norma de conflicto no es dispositiva, no se puede decidir sobre si se aplica o no, su aplicación es imperativa⁹⁰, rige para todas las situaciones privadas en que exista algún elemento de extranjería.

Valores materiales y normas de conflicto laborales: Las propias normas de DIPR tienden a incorporar valores materiales en determinadas situaciones privadas internacionales (protección de menores o parte débil del contrato de trabajo).

En el contrato laboral, igual que en el de consumo, el legislador entiende que hay una parte débil del contrato, que sería el trabajador o el consumidor⁹¹.

En las normas de DIPR de Trabajo se incorporan valores materiales en la propia redacción de la norma de conflicto laboral, que no existen en los contratos civiles y mercantiles⁹², ya que protegen, como dijimos, a la parte débil del contrato⁹³.

⁸⁸ En el art. 8 del R. Roma I, localizamos cuatro puntos de conexión, además, es una norma en la que se han incorporados valores materiales que protegen al trabajador. Es una norma tuitiva en la que los valores materiales inciden expresamente en la autonomía de la voluntad.

⁸⁹ Art. 8.4 R. Roma I.

⁹⁰ Art. 12.6 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil: “*Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”.

⁹¹ Volver a insistir en la protección que otorga la legislación comunitaria a la parte débil del contrato y las especificidades contenidas en relación al contrato de trabajo respecto de otros tipos de contrato.

7.2. Problemas de aplicación

a. **Remisión a un sistema plurilegislativo**⁹⁴: se plantea el caso de una empresa española y un trabajador extranjero que presta sus servicios en EEUU. Éste no se va a regular por la ley española, sino por la ley norteamericana. Pero conforme ¿a qué ley en concreto? En USA hay Estados Federales, con distintos derechos. Estamos ante un problema de aplicación: remisión ante un sistema plurilegislativo. Es la circunstancia que tiene lugar cuando una norma remite a un ordenamiento extranjero y éste no es unitario sino que en él coexisten diferentes OOJJ. En contratación laboral internacional, existe una norma para resolver la tesitura de cuando la norma de conflicto remite a un ordenamiento plurilegislativo.

b. **Excepción de orden público internacional**⁹⁵: cuando el Derecho extranjero contraviene de forma clara y manifiesta un principio del OJ español por ejemplo discriminación en condiciones de trabajo, por razón de sexo o religión) se inaplicaría total o parcialmente ese derecho y se sustituye por el derecho español⁹⁶.

7.3. La acreditación del contenido y vigencia del derecho laboral extranjero

¿Qué ocurre cuando el juez tiene que aplicar derecho extranjero? Nos encontramos ante el problema de cómo informarse de ese derecho extranjero y sobre todo, cómo llevarlo al proceso. A esto hace referencia la acreditación y prueba del derecho extranjero en el proceso. Si es derecho laboral nacional no habría problema porque se aplica la máxima: *iuri novit curia*, los tribunales españoles conocen el Derecho laboral español, pero si el juez español tiene que aplicar derecho extranjero: ¿cómo informarse y acreditar en el proceso un derecho extranjero? A nivel de derecho comparado, existen fundamentalmente dos sistemas.

⁹² Vid. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp: 375-385; en Fernández Rozas, José C. y Sánchez Lorenzo, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. 5ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009, pp: 135-170; en Esplugues Mota, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2013; pp: 243-271.

⁹³ Vid. Considerandos 23 y 35 del Reglamento Roma I.

⁹⁴ Art. 22 del Reglamento Roma I.

⁹⁵ Art. 21 R. 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”

⁹⁶ Vid. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp: 443-521.

- Por un lado, localizamos ordenamientos de DIPR que conciben la acreditación del derecho extranjero como una actividad exclusiva de las partes en el proceso. Son las partes, demandante y demandado las que tienen que acreditar ese derecho de manera exclusiva (en la demanda y en la contestación de la demanda, según proceda). Si las partes no lo hacen la pretensión será desestimada.
- Sin embargo hay OOJJ más avanzados, casi todos con ley especial en materia de DIPR (belgas, alemanes, suizos, algunos ordenamientos de América del Sur, Japón) que parten del sistema contrario. Es al juez a quien corresponde traer al proceso el derecho extranjero.

El DIPR español, igual que el francés o el británico se encuentra en una situación intermedia. Parte de un **sistema de colaboración entre las partes y el juez**. De tal manera que según viene interpretando nuestro Tribunal Supremo, y con carácter general le corresponde la acreditación del derecho extranjero a las partes. Pero si las partes lo hacen insuficientemente (pero con buena voluntad, por ejemplo, falta la interpretación jurisprudencial) o se ven imposibilitadas de probarlo (hay sentencias donde las partes por cuestiones económicas solicitan al tribunal que lo acredite), si las partes no consiguen probarlo en su integridad o es necesario completar la prueba, o si el país está en guerra y no se pueden conseguir pruebas, o si una de las partes se encuentra en asistencia de justicia gratuita, el juez está obligado a acreditar el derecho extranjero⁹⁷.

El derecho extranjero tiene que ser probado en su contenido y en su vigencia⁹⁸. El tribunal puede valerse de cuantos medios de acreditación sea necesario.

Pese al art 281 LEC⁹⁹, el Tribunal Supremo exige que sean las partes quienes acrediten el derecho extranjero y sólo si éstas no pueden, por motivos fundamentados,

⁹⁷ La acreditación del derecho extranjero está recogida en el art. 281, 1/2000 LEC

⁹⁸ Son los 2 extremos que de acuerdo con el artículo 281.2 LEC es necesario fundamentar.

⁹⁹ “...También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero...El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general...”

será el juez quien intervenga. El Tribunal Supremo se basa en que la iniciativa de la actividad probatoria corresponde a las partes¹⁰⁰.

Medios de prueba: No hay ningún artículo que especifique los medios de acreditación del derecho laboral extranjero, los medios de prueba están pensados para hechos y no para derechos. Hay por ello unos medios de prueba más aptos que otros¹⁰¹, los más importantes son los documentos públicos y dictamen de peritos.

Las partes pueden acreditar el contenido y vigencia del derecho laboral extranjero:

Aportando documentos públicos ¿Cuáles son los aptos para probar el contenido y vigencia del derecho extranjero?

- Los certificados de los funcionarios públicos diplomáticos o consulares en España; extranjeros, como cualquier documento extranjero, tienen que estar traducido y legalizado (acreditación del funcionario)¹⁰².

También puede utilizarse la certificación del cónsul español en Alemania para acreditar el derecho o alegar o acudir a la Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia. En consecuencia, los documentos públicos son por naturaleza, para probar el derecho extranjero.

- El otro medio de prueba es el dictamen de peritos. Se usa mucho porque los colegios profesionales (colegio de abogados y colegios de graduados sociales) tienen contactos con despachos en países extranjeros a los que se pueden dirigir cuando necesiten un dictamen sobre derecho extranjero. Ese dictamen de perito incluso puede ser realizado por profesores universitarios de derecho internacional privado¹⁰³.

¹⁰⁰ *Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1093/2010 de 13 abril. JUR\2010\218501. DESPIDO NULO: falta de determinación de causas en despido objetivo y de puesta a disposición en simultáneo de indemnización. LEYES, REGLAMENTOS Y OTRAS DISPOSICIONES LEGALES: aplicación del derecho español al no acreditarse el derecho extranjero que se considera de aplicación: trabajador que presta servicios en el extranjero en sucursal española.*

¹⁰¹ Se encuentran recogidos en el art. 299 de la LEC.

¹⁰² Arts.144, 317 y 323, de la LEC las donde se exponen las condiciones que estos han de cumplir para ser aptos.

¹⁰³ *Vid. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., Derecho internacional privado. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp. 452-481.*

Los jueces pueden acreditar el contenido y vigencia: Los jueces, para acreditar el derecho extranjero pueden valerse de:

1. La prueba que ya existe de ese derecho extranjero en su juzgado (por ejemplo, Sucesión de alemanes en Mallorca). Es decir, lo que consta acreditado en procesos idénticos.
2. Además pueden utilizar el propio conocimiento del juez. La web del Consejo General del Poder Judicial tiene publicados más de veinte OJ de derecho extranjero. Pero se ha de aplicar siempre el principio de contradicción.¹⁰⁴
3. Además los jueces pueden acceder inmediatamente a los consulados y embajadas pidiendo de manera gratuita y rápida los certificados consulares. Pueden hacerlo a través del Ministerio de Justicia, a través de la Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional (en adelante SCJIMJ). El acceso es a sus embajadas y consulados en territorio extranjero y a los extranjeros en territorio nacional.
4. Existe una Red Judicial Europea. En cada partido judicial hay una conexión a la red judicial europea. En cada estado miembro hay un órgano que se ocupa de atender las peticiones de información. Ese órgano en España es SCJIMJ. Hay programas para dirigirse a ellos. Existen impresos en los que se expresa un resumen de los hechos. Por medio de la SCJIMJ se va al órgano del país que lo tramita.
5. Esta Red Judicial Europea tiene veintiséis OJ, más el español. Está a punto de autorizar su uso a los ciudadanos porque los Tratados lo obligan. Ahora solo tienen acceso las autoridades judiciales.

Además, existen dos convenios internacionales en materia de información de derecho extranjero:

- Convenio de Londres sobre información del derecho extranjero de 7 de junio de 1968, redactado en el seno del Consejo de Europa. Está integrado no solo por miembros de Europa sino también por países asociados¹⁰⁵. El Convenio de Londres funciona basándose en que cada estado tiene su órgano de recepción de información, obligación de resolver en plazo y envía un informe con el articulado, normas e incluso jurisprudencia y opinión doctrinal. En muchos países (España no) está abierto para profesionales del derecho.

¹⁰⁴ Por si hubiera contradicción entre lo que el juez dice y lo que establece el ordenamiento.

¹⁰⁵ Por ejemplo, Costa Rica, México

- Convenio de Montevideo, es el Convenio Iberoamericano sobre pruebas e información sobre derecho extranjero, hecho en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Es igual que el Convenio de Londres pero en el ámbito de otros países.

8. Ley aplicable al contrato de trabajo internacional

Delimitada la CJI en un litigio de contratación individual de trabajo, vamos a determinar, qué derecho concreto rige este supuesto, ¿qué ley es aplicable al fondo del litigio? sólo determinando esa ley aplicable, ese derecho laboral concreto que debe regir el fondo del asunto, podremos resolverlo.

8.1. Concepto comunitario de contrato de trabajo y protección de la parte “débil” del contrato en la elección de ley aplicable

Ha sido muy discutido entre la doctrina si el contrato de trabajo es un contrato más, y en consecuencia, si debía aplicársele o no la regla fundamental en contratos internacionales, ¿pueden las partes elegir la ley aplicable? Es lo que se conoce como **autonomía de la voluntad conflictual**. Con respecto a los contratos civiles o mercantiles con elemento de extranjería ningún autor ni OJ discute que las partes decidan sobre ley aplicable, pero con respecto al contrato de trabajo hubo una primera etapa doctrinal y a nivel de derechos positivos que negaba la autonomía de la voluntad en contratos de trabajo. Las razones que se argumentaron fueron, por un lado, la existencia de una parte débil en el contrato y por otro, la necesaria uniformidad de trato.

Tanto los planteamientos doctrinales como los derechos positivos, actualmente aceptan la Autonomía de la voluntad en contrato de trabajo pero también en la necesidad de proteger al trabajador en esa elección de ley. La elección de ley aplicable debe existir en el contrato de trabajo pero no debe ser absoluta. Con respecto a la uniformidad de trato lo que se defiende es que, puesto que no se dan situaciones homogéneas, no puede corresponder igualdad de trato.

Actualmente, en el contrato de trabajo se permite elegir ley aplicable pero no de forma absoluta¹⁰⁶, así hay ordenamientos que limitan la elección de ley aplicable entre

¹⁰⁶ Considerando 23 y 35 del Reglamento Roma I: “En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales”. Considerando 35: “Los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio”.

unas predeterminadas leyes (la ley de lugar de prestación de servicios, la ley de la sede de la empresa, la ley del domicilio del trabajador, la ley del establecimiento a través del cual se contrató al trabajador).

Otra solución es la que aporta el art. 8.1.R. Roma I de, limitar esa elección no *a priori* sino *a posteriori*, de entrada no hay límites, se puede elegir cualquier ley lo que se hace es limitar posteriormente su aplicación según mejore o no la ley que hubiera sido aplicable en defecto de ley elegida, por esto se habla de límite material y se cataloga como Autonomía de la voluntad materialmente limitada y dependiente. Por ejemplo, un trabajador español, y una empresa norteamericana, suscriben contrato para trabajar en España y eligen la ley de EEUU, a priori no hay límites, cuando haya que aplicarla para un supuesto, debemos compararla antes con la ley que se aplicaría en caso de que no se hubiese hecho elección (lugar de prestación de servicios, vínculos más estrechos con la ley española) si la ley elegida (EEUU) la mejora, en el sentido de no contravenir disposiciones imperativas de aquella, se sigue aplicando la de EEUU, pero si no es así, se aplica la que se hubiese aplicado en caso de que no hubiesen hecho las partes elección (la ley española).

En definitiva, la elección de ley aplicable va a permitir precisamente una mayor protección del trabajador al no aplicar la ley del lugar de prestación de servicios cuando se trabaja en Estados de países subdesarrollados.

8.2. Otras conexiones utilizadas en contrato de trabajo internacional

En defecto de ley elegida normalmente los criterios que se utilizan en el Derecho Comparado, son la ley del lugar de prestación habitual de los servicios. En el ámbito comunitario la interpretación amplia del lugar de prestación habitual de los servicios, no sólo es la del Estado donde se trabaja el mayor tiempo sino el Estado donde se inicia el trabajo y donde tarde o temprano se va regresar, donde se reciben instrucciones y está el centro de operaciones como se ha señalado en la página 12. En defecto de un lugar habitual de prestación de los servicios, normalmente el criterio que se utiliza es la ley de la sede de la empresa, por lo menos en los derechos avanzados.

También se utiliza la ley del domicilio del trabajador y la ley del país donde está el establecimiento que lo contrató.

8.3. Ley aplicable en DIPR español

En cuanto al DIPR español en materia de Ley aplicable, la regulación con carácter universal¹⁰⁷ se encuentra, como hemos señalado, en el art. 8 del R. Roma I. Este Reglamento se aplica a todas las relaciones laborales con contratos posteriores al 17 de diciembre de 2009¹⁰⁸, antes de esta fecha se aplica el Convenio de Roma¹⁰⁹, pero cabe decir que las soluciones materiales contenidas en el art. 6 del Convenio de Roma son las mismas que se recogen en el R. Roma I, si bien aquellas, menos elaboradas y sin incluir la jurisprudencia comunitaria en la redacción de este artículo, que sí se ha incorporado en el actual art. 8 del R. Roma I.

El art. 8 del R. Roma I se titula “Contratos individuales de trabajo”, vamos a estudiar los cuatro apartados en los que se estructura, que establecen las conexiones para determinar la ley aplicable.

a) Ley elegida por las partes

En primer lugar, el art. 8.1. parte de la regla general que acabamos de ver en materia de contratos, la autonomía de la voluntad de las partes: “*El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3...*”.

El art. 3 del R. Roma I es un artículo común a todos los contratos que recoge cómo se puede elegir ley aplicable: puede ser expresa en el propio contrato y con posterioridad al mismo o implícita, esto es, resultar de modo cierto del contrato (por ejemplo, se mira el contrato y hace mención de un art. concreto del ET o de otros indicios) o incluso puede ser fraccionada, es decir, una parte de las materias se resuelven por una ley y otra parte por otra ley distinta, esto se conoce como “*depeçage*”¹¹⁰, no obstante su limitada utilización en contratos de trabajo. Pues bien, de nuevo comprobamos la protección de la parte débil con respecto a la autonomía de la voluntad al realizar una limitación material para los contratos de trabajo que se han de regir de acuerdo al art. 8 del R. Roma I, que no rige para los restantes contratos si analizamos el art. 3 del mismo texto.

¹⁰⁷ Art. 2 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 Roma I.

¹⁰⁸ Art. 28 y 29 Reglamento (CE) n.º 593/2008 Roma I: aplicabilidad

¹⁰⁹ Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

¹¹⁰ “*El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

Este apartado 1 del art. 8 en su redacción, expone que las partes pueden elegir la ley aplicable pero añade una especificidad que hace que esta elección no sea absoluta, sino que va a estar limitada, es lo que se conoce como autonomía de la voluntad dependiente o limitada materialmente de tal manera que su aplicación material dependerá de las disposiciones imperativas, no derogables por las partes, de la ley que sería aplicable en defecto de elección. De tal manera que si la ley elegida las mejora, no las contraviene, se aplicará la elegida, si no es así, la elección se tendrá como por no puesta. ¿Cómo hacer esta comparación? No hay regla definida pero nuestra jurisprudencia señala que no puede ser cuestión a cuestión sino institución a institución, por ejemplo, la regulación en ambos derechos materiales del despido, no la del concreto despido objetivo. Procedemos a hacer, en consecuencia, una comparación material de instituciones en ambos derechos materiales.

a) Ley aplicable en defecto de elección de ley

Los arts. 8.2, 8.3 y 8.4. Son los que operan en defecto de elección de ley y se ejecutan para comparar con la ley elegida.

1º) El art. 8.2. parte de la regla general de aplicación de la ley del lugar en que se prestan habitualmente los servicios¹¹¹. Debemos recordar el concepto de “habitualidad” comunitario (página 12).

2º) El art. 8.3. parte de que no habiendo lugar de prestación habitual, que es excepcional, porque la regla general es que exista ese lugar habitual al que nos referimos en página 12, nos encontraríamos ante un trabajador itinerante, “*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*”, por tanto, en defecto de lugar de prestación habitual tenemos que aplicar la ley del país donde está el establecimiento a través del cual se contrató al trabajador.

3º) Por último, hay una cláusula de cierre. Aún cuando tengamos ley aplicable en virtud de los dos artículos anteriores,¹¹² estas reglas no son absolutas porque el art. 8.4 permite aplicar otra ley laboral distinta de las que resulten de estos apartados anteriores, si se

¹¹¹ “*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*”.

¹¹² Arts. 8.2 o 8.3 del Reglamento Roma I

demostrara la existencia de otra ley que presente vínculos más estrechos con el litigio “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”¹¹³. Por ejemplo; si el empresario y el trabajador tienen la misma nacionalidad y presta sus servicios en territorio extranjero se dice que pueden tener vínculos más estrechos¹¹⁴.

La jurisprudencia analiza estos indicios caso a caso¹¹⁵, su aplicación es generalizada en contratos de trabajo a diferencia del carácter residual en contratos en general¹¹⁶.

9. Desplazamientos temporales de trabajadores en la UE y su incidencia en la regulación del contrato de trabajo internacional

Hemos visto que en defecto de elección de ley, conforme al art. 8.2. del R. Roma I, se aplica el lugar de prestación habitual de servicios, aunque haya desplazamiento temporal. Pues bien, la UE dictó la 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, al darse cuenta de que podría darse una situación de “dumping social” en los supuestos en que se producen desplazamiento

¹¹³ Art. 8.4. R. Roma I.

¹¹⁴ Vid. Esplugues Mota, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp: 538-541; Garcimartín Alférez, Francisco J. *Derecho internacional privado*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp: 350-353; Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013, pp: 935-955.

¹¹⁵ Vid. *A título de ejemplo: Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1128/2012 de 29 junio. AS\2013\329. Pensión de jubilación: la Entidad Gestora queda obligada a anticipar el pago de las prestaciones aun cuando las empresas empleadoras incumplieron sus obligaciones de cotización; responsabilidad proporcional de las empresas. Pesca marítima: la legislación aplicable es la española por ser la ley del país que presenta vínculos más estrechos con el contrato de trabajo; art. 6 del Convenio de Roma de 19-6-1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.*

Sentencia Tribunal Superior de Justicia las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 159/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 marzo. Jurisdicción: Social. Recurso núm. 679/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Ramos Real. Pesca. Despido. Garantías por cambio de empresario. Jubilación y sus prestaciones.

¹¹⁶ Consideramos de interés la comparación del Art. 8.4. con el Art 4.4 del mismo Reglamento, en este caso de aplicación para contratos en general, e insistimos en el reflejo de la protección de la parte débil del contrato de trabajo.

temporal de trabajadores, normalmente tienen lugar de países menos desarrollados a países más desarrollados, de países con condiciones laborales menos favorables, a países con mejores condiciones laborales, más protectoras. La ley aplicable conforme al art. 8.2. del R. Roma I en estos supuestos es la ley del lugar de prestación habitual, esto es, la ley con condiciones de trabajo menos favorables que se mantendrían durante el desplazamiento temporal. Si por ejemplo, se desplazan a España trabajadores que prestaban sus servicios habitualmente en Portugal, se les aplicaba la ley portuguesa con jornadas más altas y salarios más bajos o en el supuesto de empresas españolas que desplazan temporalmente a Francia a sus trabajadores para la recogida de la uva, tenían peores condiciones laborales que los trabajadores franceses mientras trabajaban en Francia.

Se trata de evitar que el empresario introduzca temporalmente a trabajadores de un país de la UE pero manteniendo la habitualidad en otro y que, dado que el lugar de prestación habitual siga siendo el de origen, conforme al art. 8.2 de R. Roma I, se aplicaría la ley del país en el que se presten habitualmente los servicios, quedando por tanto ese trabajador desplazado temporalmente, desprotegido en ese otro país al que es desplazado.

Las empresas no pueden competir al contratar los trabajadores locales, con los desplazados que son mano de obra más barata. La UE decide regular estos desplazamientos temporales para que, sin romper las reglas del R. Roma I, haya unos mínimos garantizados¹¹⁷ y aprueba esta directiva¹¹⁸, desarrollada en España por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, por la que se establece un *numerus clausus* de materias determinadas en las que al trabajador hay que dispensarle la protección mientras está desplazado temporalmente conforme a la ley del lugar del desplazamiento, y no conforme al lugar de prestación habitual. Los trabajadores que trabajan en Portugal para una empresa portuguesa, con carácter habitual, cuando son desplazados a

¹¹⁷ En el considerando 34 del R. Roma I: “La norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la 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”.

¹¹⁸ 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

España temporalmente, deben regirse por la ley española en determinadas materias sustanciales.

Así, para una serie de cuestiones básicas se debe aplicar la ley del lugar de desplazamiento, como son: salario mínimo de la categoría, jornada, trabajo de mujeres y niños, trabajo nocturno, normas de prevención de riesgos laborales y otras, contenidas en la referida Directiva 96/71¹¹⁹, materias que constituyen un *numerus clausus* que queda determinado por ley, de modo que tienen que respetarse en esas materias concretas, las condiciones laborales de la ley del lugar del desplazamiento temporal, país hacia donde se desplazan los trabajadores. Esta solución material va acompañada de un foro adicional¹²⁰ para que los trabajadores desplazados a España puedan litigar ante los tribunales españoles por estas materias.

En nuestro ejemplo, ante un desplazamiento a España y como lugar habitual de prestación de los servicios Portugal, ¿Tienen competencia los tribunales españoles para conocer el litigio, si no se respetan esas condiciones mínimas?¹²¹ Por las reglas de CJI del R. Bruselas I, del lugar habitual de prestación de servicios no existiría, los tribunales españoles sí tienen competencia por este foro especial para esas cuestiones mínimas que recoge la ley, y únicamente para el tiempo que dure el desplazamiento.

La trasposición de esta Directiva al OJ español mediante la ley 45/99¹²² sobre desplazamientos temporales, sólo se refiere a desplazamientos dentro de los EEMM de la UE y contiene el concepto de desplazamiento temporal en determinadas situaciones¹²³. En el considerando 34 de la directiva 96/71 ya se recoge esta excepción y el considerando 36 del R. Roma I, define también el concepto de desplazamiento¹²⁴.

¹¹⁹ Art. 3 Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en adelante ley 45/99)

¹²⁰ Art. 16 de la ley 45/99: “Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios...cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo...”

¹²¹ Art. 3 Ley 45/99: Salario, jornada...

¹²² Ley 45/99.

¹²³ Art. 2 de la ley 45/99.

¹²⁴ *Vid.* Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013, pp: 956-958.

10. Breve referencia al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en materia de contrato de trabajo

Ante la obtención de una sentencia extranjera en materia de contrato de trabajo internacional, puede ser necesario el reconocimiento y/o ejecución de la misma en España.

Como sabemos el R. Bruselas I, regula la competencia judicial por una parte y por otra parte regula el reconocimiento de sentencias extranjeras dentro de la UE. Hemos estudiado los ámbitos de aplicación del R. Bruselas I en CJI, pues bien, aquí el ámbito espacial o subjetivo es diferente, en este caso es necesario que se trate de una sentencia dictada por un tribunal de un EM (una sentencia dictada en Venezuela no se le aplica el reglamento, a la sentencia dictada en Francia si se le aplica para reconocer y ejecutar en otro EM).

Dentro del R. Bruselas I, nos interesa la declaración de ejecutividad¹²⁵ que lleva por título ejecución, este término lo hemos sustituido por reconocimiento de ejecutividad para distinguir lo que regula el R. Bruselas I que es el reconocimiento de la sentencia de la posterior ejecución de la misma, se trata de ejecutar una sentencia extranjera en España. Por ejemplo, un juez francés que dicta una sentencia por la que condena a una empresa española a pagar a un trabajador determinada cantidad, el trabajador quiere cobrar y el empresario no paga por tanto va a instar la ejecución de la sentencia en España. Con este sistema del reglamento de lo que se trata es de que la sentencia pueda ser reconocida en España y declarada ejecutiva en España. Primero debe ser reconocida y luego ya se podrá ejecutar. Lo que decimos es que le damos permiso para que se pueda ejecutar, esto se hará posteriormente con las reglas del derecho procesal español.

El sistema del Reglamento (CE) 44/2001 (Bruselas I): Esta solicitud se presenta ante el juzgado de lo social del domicilio de la parte demandada,¹²⁶ en este caso se debe presentar la sentencia y un certificado sobre los datos fundamentales del proceso en el extranjero que también tiene un modelo en el Reglamento. La traducción del documento (la sentencia) solo se exige en el caso que el juez lo solicite.¹²⁷

Una vez presentada esta documentación, el juez está obligado a reconocer la sentencia si se cumplen los requisitos formales, es decir, si se presenta correctamente la

¹²⁵ Art. 38 y ss. del Reglamento 44

¹²⁶ Art. 39 y anexo 2 del Reglamento 44

¹²⁷ Arts. 53, 54, 55 Reglamento 44

documentación, y no puede examinar si existe o no causas de denegación. Además en primera instancia el procedimiento no es contradictorio, la otra parte contra la que se ha pedido ese reconocimiento no puede hacer alegaciones. Contra la decisión en primera instancia cabe recurso de alegación contra la instancia superior y contra la decisión del TSJ cabe recurso de casación contra el Tribunal Supremo, aquí sí son procedimientos contradictorios y sí se valoran las causas de denegación.¹²⁸

- Que la sentencia no atente contra el orden público del estado español en nuestro caso.
- Que se hayan respetado los derechos de defensa del demandado en el proceso en el extranjero.
- Que no exista una sentencia en España sobre el mismo asunto o ya se haya reconocido una sentencia sobre ese asunto.

Fuera del ámbito de la UE, si nos encontramos con una sentencia extranjera de un país extracomunitario, para su reconocimiento y ejecución, comprobaremos previamente si existe algún convenio multilateral¹²⁹ o bilateral¹³⁰. En defecto de Convenio, acudimos para su reconocimiento al derecho autónomo, en concreto a las normas recogidas en los art. 954 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981, que sigue vigente para esta materia¹³¹. El 954 contempla las causas de denegación que son similares al reglamento y el procedimiento está recogido en los siguientes artículos. También se solicita ante 1º instancia y cabe recurso de apelación, y aunque la ley no lo dice también recurso de casación¹³².

Evidentemente, esta regulación requiere una actualización que aún está pendiente, por cuanto no se ha promulgado la ley de Cooperación Jurídica Internacional

¹²⁸ Recogidas en el art. 34 del Reglamento 44

¹²⁹ Convenio Lugano para nacionales de Noruega, Islandia, Suiza.

¹³⁰ Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987. Convenio entre España e Israel, para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989. Convenios que no excluyen las cuestiones laborales.

¹³¹ Los arts. 951-958 y 1901-1909 se mantienen en vigor en tanto no se adopten las leyes de cooperación jurídica internacional y jurisdicción voluntaria, respectivamente /Disp. Finales 18ª y 20ª de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000, de 7 de enero.

¹³² *Vid.* Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013, pp: 525-575.

a que se refiere la LEC de 2000, habiendo transcurrido sobradamente el plazo establecido para su promulgación.

11. Conclusiones

Los presupuestos que sustentan la existencia del DIPR, son, sin lugar a dudas, las relaciones jurídicas que traspasan un solo ordenamiento jurídico.

El objeto del DIPR son las situaciones privadas internacionales, su función es regular estas situaciones y su finalidad conferir una respuesta justa, apropiada y distinta de la prevista para situaciones privadas internas.

Respecto del contenido, desde un punto de vista de su funcionamiento, el DIPR, en primer lugar, ante la existencia de una “situación privada internacional”, que demanda un tratamiento distinto, ha de señalar si existe CJI (primer sector); a continuación, acude al segundo sector, el del Derecho aplicable, que atribuye una respuesta material concreta a la situación planteada. Existe un tercer sector del DIPR, el de Reconocimiento y Ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras.

El Derecho internacional privado está conformado por un sistema jurídico autónomo, que posee su propio sistema de reglamentación y jerarquía normativa, nacido para resolver determinados conflictos, que se suscitan como consecuencia de las relaciones humanas que trascienden las fronteras de un único ordenamiento jurídico.

La estructuración del mundo en una pluralidad de Estados dotados de sistemas jurídicos distintos y diversos en su contenido y, la presencia de una actividad humana que los pone en contacto, son las dos circunstancias a tener en cuenta para entender el porqué de esta disciplina¹³³.

En materia de contrato de trabajo internacional, la regulación es sustancialmente común a todos los OOJJ de la UE (R. Bruselas I y R. Roma I) y parte de la premisa de la protección de la parte débil del contrato. Esta protección tiene una regulación

¹³³ Vid. Esplugues Mota, C., “Derecho internacional privado” en *Introducción al Derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 161.

diferenciada con respecto a los contratos en general y se manifiesta:

- En determinación de la CJI, ya que la sumisión de las partes, no es igual que en los demás contratos. El art. 21 recoge que esta sumisión ha de ser posterior al litigio o es necesario que la haga valer el trabajador, requisitos que no se exigen con la formalización de contratos en general, donde los arts. 23 y 24, permiten libertad de sumisión por acuerdo expreso o aceptación tácita.
- En elección de ley aplicable, en relación a la Autonomía de la voluntad, si bien en contratos en general, esta puede hacerse sin límites (art. 3 del Reglamento Roma I), sin embargo, en contrato de trabajo, nos encontramos con una limitación material recogida en el art. 8.1. R Roma I para su efectiva aplicación.
- En defecto de elección de ley, se aplica la ley del lugar de prestación habitual de los servicios. Existiendo un concepto comunitario de habitualidad recogido en el art. 8.2 del Reglamento Roma I.
- Si no se puede determinar el lugar habitual, se aplicaría la ley del establecimiento de acuerdo con el art. 8.3 del Reglamento Roma I.
- No obstante estas no son reglas absolutas ya que existe una cláusula escape en el art. 8.4 del Reglamento Roma I que permite aplicar el OJ más vinculado (recogido en el art. 8.4 del R. Roma I) nuevamente con aplicación general frente a la residual en contratos civiles o mercantiles, en protección de la parte débil del contrato.
- Es importante señalar por último la existencia de una libre circulación de las sentencias en materia de contrato de trabajo internacional dentro de la UE (R. Bruselas I).

12. Bibliografía

- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I., 14ª edición, Comares, Granada 2013.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013.
- Esplugues Mota, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. 7ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- Fernández Rozas, José C. y Sánchez Lorenzo, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. 5ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009.
- Garcimartín Alférez, Francisco J. *Derecho internacional privado*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012.
- Ojeda Avilés, Antonio. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Jurisprudencia

- TJCE 1999\47. Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Pleno), de 9 marzo 1999. Jurisdicción: Comunitario Cuestión prejudicial. Ponente: Melchior Wathelet.
- TJCE 2002\320. Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Pleno), de 5 noviembre 2002. Jurisdicción: Comunitario Cuestión prejudicial. Ponente: Melchior Wathelet. Caso: Centros Ltd. y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen. Libertad de establecimiento.
- TJCE 2003\291. Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Pleno), de 30 septiembre 2003. Jurisdicción: Comunitario Cuestión prejudicial. Ponente: Melchior Wathelet. Caso: Überseering BV
- Derecho de empresas: Derecho de sociedades: Publicidad de sucursales: Directiva 89/666/CEE. Caso: Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art.LTD.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011. Heiko Koelzsch contra État du Gran Ducado de Luxemburgo. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel - Luxemburgo. Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Asunto C-29/10.

- *Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª) Sentencia n.º 377/2006 de 7 junio. JUR\2007\27179.*
- *Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 1093/2010 de 13 abril. JUR\2010\218501.*
- *Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1128/2012 de 29 junio. AS\2013\329.*
- *Sentencia Tribunal Superior de Justicia las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 159/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 marzo. Jurisdicción: Social. Recurso núm. 679/2004.*

Textos legales

VV.AA., *Legislación Básica de Derecho Internacional Privado*, 23ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2013, compendio de la legislación consultada.