

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Julio

**LA CONTRATACIÓN LABORAL INTERNACIONAL Y EL CONTRATO DE
EMBARQUE.**

INTERNATIONAL LABOR HIRING AND THE SHIPPING CONTRACT.

Realizado por el alumno D. GUILLERMO GARCÍA RIVERO

Tutorizado por la Profesora D^a OLGA MARÍA MORALES DELGADO

Departamento: DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO ESPECIAL Y DERECHO DE LA
EMPRESA

Área de conocimiento: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ABSTRACT

International labour relations subject to regulation through rules of private international law are characterized by the presence of foreign elements, either in the subject of the labour relationship, employer and/or worker, or at the place of provision of services.

At the present time, there is a great increase in international employment contracts by the phenomenon of the globalization, migration, and multinational companies, linked to the phenomenon of free movement of workers, business establishment and services within the community territory, which has motivated its legal regulation at the European level.

The current legal regulation is the product of the community legislator, because of article 81 of the TFEU, which has transferred legislative powers of the Member States to the European Union itself, reason why there has been a “communitarization” of this matter, that is regulated homogeneously throughout the EU through community regulations, both the determination of the international jurisdiction and the law applicable to these international contracts.

Likewise, we analyze the specificities of the international shipping contract, which is the employment contract on board a ship with foreign elements, and that very often presents the problem of confusion to identify the maritime entrepreneur and the use of flags of convenience, which will affect its international regulation.

Key Words: applicable law, international jurisdiction competence, shipping contract, maritime entrepreneur and flag of convenience.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Las relaciones laborales internacionales objeto de regulación mediante normas de Derecho Internacional Privado, se caracterizan por la presencia de elementos extranjeros bien en los sujetos de la relación laboral empresario y/o trabajador, o bien en el lugar de la prestación de servicios.

Al momento actual se constata un gran incremento de los contratos de trabajo internacionales por el fenómeno de la globalización, las migraciones y las empresas multinacionales, unido al fenómeno de la libre circulación de trabajadores, establecimiento y servicios de las empresas dentro del territorio comunitario, lo que ha motivado su regulación legal a nivel europeo.

La regulación legal actual es producto del legislador comunitario, como consecuencia del artículo 81 del TFUE, que ha cedido competencias legislativas de los Estados miembros a la propia Unión Europea, por lo que se ha producido una “comunitarización” de esta materia, que se regula de forma homogénea en toda la UE mediante Reglamentos comunitarios, tanto la determinación de la CJI como la Ley aplicable a estos contratos internacionales.

Asimismo, analizamos las especificidades del contrato de embarque internacional, que es el contrato de trabajo a bordo de buque con elementos extranjeros, y que presenta muy a menudo la problemática relativa a la confusión para identificar al empresario marítimo y la utilización de pabellones de conveniencia, lo que va a afectar a su regulación internacional.

Palabras clave: ley aplicable, competencia judicial internacional, contrato de embarque, empresario marítimo y pabellón de conveniencia.

Índice.

1. Introducción: Relaciones Laborales Internacionales.	1
2. Derecho Internacional Privado.	3
2.1 Objeto y contenido del Derecho Internacional Privado.	3
2.2 Elementos de extranjería que califican la relación de internacional.	4
3. Elementos de extranjería en la Relación Laboral Internacional.	6
3.1 Determinación de la nacionalidad de una empresa extranjera.	6
3.2 Trabajo de extranjeros en España.	8
3.3 Lugar de prestación de servicios.	11
4. Contenido y fuentes del DIPr.	15
4.1 Distintos sectores del contenido de las normas de DIPr.	15
4.2 Fuentes del Derecho Internacional Privado.	17
5. Normas de Derecho Internacional Privado aplicables al contrato de trabajo internacional.	24
5.1 Determinación de la competencia judicial internacional.	24
5.1.1 Bruselas I Bis.	24
5.1.2 Convenio de Lugano.	29
5.1.3 Artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.	29
5.2 Determinación de la ley aplicable.	31
5.2.1 Reglamento Roma I.	31
6. El contrato de embarque internacional	35
6.1 Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006.	35
6.2 Identificación del empresario marítimo.	38
6.2.1 Concepto y criterios de identificación del empresario marítimo.	38
6.2.2 Confusión al identificar al empresario marítimo.	41
6.2.3 Pabellones de Conveniencia.	45
7. Determinación de la competencia judicial en el contrato de embarque internacional.	46
8. Determinación de la ley aplicable en el contrato de embarque internacional.	48
9. Conclusiones.	50
10. Bibliografía.	52

1. Introducción: Relaciones Laborales Internacionales.

Al margen de las relaciones laborales puramente internas, las que se dan en nuestro país entre empresas y trabajadores españoles que prestan sus servicios en España y que se regulan por el derecho laboral español, al estar vinculada esa relación laboral exclusivamente al ámbito interno y al ordenamiento jurídico español, en el mundo laboral actual, si bien azotado por la pérdida de empleo derivada de la actual pandemia sanitaria, se producen constantemente relaciones laborales de carácter internacional, donde existe algún elemento extranjero, ajeno a nuestro país y, por tanto, se constituyen relaciones laborales no vinculadas en su integridad al ordenamiento jurídico español, que requieren una respuesta jurídica diferenciada, por tratarse de tráfico jurídico externo versus tráfico jurídico interno.

Estas relaciones laborales internacionales, o como se denominan también en la doctrina con carácter general, situaciones privadas internacionales de ámbito laboral o relaciones jurídicas laborales de tráfico externo, implican que en esa relación laboral interviene un elemento no nacional, lo que hace que trascienda la esfera del ordenamiento jurídico español, de tal manera que se regulan no por el derecho Laboral interno a priori, sino por el Derecho Internacional Privado, como veremos, porque precisamente por la presencia de uno o más elementos extranjeros, o lo que es lo mismo la vinculación de esa relación laboral a otros ordenamientos jurídicos también, habrá que determinar primero si tienen competencia los tribunales españoles para conocer de un hipotético litigio y sí si lo son que concreto derecho laboral hay que aplicar al fondo del asunto, si el español u otro derecho laboral extranjero y eso nos lo va a decir las normas de otra disciplina del ordenamiento español que es el derecho Internacional Privado que analizaremos a continuación..

Pues bien, ese elemento extranjero, uno o más de uno, que de concurrir convierten la relación laboral en una relación laboral internacional , puede estar en el sujeto empresario (la empresa puede ser extranjera, con sede o no en España, multinacional, extracomunitaria o comunitaria) o , bien en el sujeto trabajador, que puede no tener nacionalidad española (sea su nacionalidad de un país comunitario o extracomunitario, que va a afectar a la necesidad además de autorización administrativa para trabajar). Pero además ese elemento extranjero puede concurrir en el lugar de prestación de

servicios, si no se van a prestar los servicios en España, lo que directamente afecta a este TFG cuando se presten servicios laborales a bordo de un buque con bandera extranjera.

Las relaciones laborales internacionales, caracterizadas como hemos dicho por la presencia de uno o más de uno de los anteriores elementos extranjeros, han experimentado un importante crecimiento fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX y fundamentalmente en el actual siglo XXI, donde se constata cómo han crecido extremadamente a lo largo de los años debido a varios factores, como la globalización, las migraciones de personas por motivos políticos o económicos y las empresas multinacionales, que contratan trabajadores en otros países o desplazan a otros de su país de origen (estableciéndose en otros países). El contrato de embarque y el transporte marítimo también tiene mucho que ver, debido al funcionamiento del abanderamiento de los buques, que hace que los trabajadores realicen su trabajo en buques asociados a otros países y como veremos, el abanderamiento va a determinar el país de prestación de servicios.

Evidentemente el mundo globalizado actual potencia las relaciones jurídicas internacionales y dentro de ellas las laborales, las empresas multinacionales, el transporte marítimo internacional, las migraciones con motivo laboral, pero no cabe duda de la transcendencia de la Unión Europea y sus principios de libre circulación de trabajadores, por un lado, y de libre establecimiento y prestación de servicios de empresas, por otro. En este sentido, el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)¹ fue uno de los factores más importantes para el incremento de las Relaciones Laborales Internacionales, ya que fue el que introdujo la libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea que a día de hoy viene recogido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea², en su artículo 45.1 “*Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión*”.³ y 45.2 “*La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los*

¹ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de la Unión Europea L 191, de 29 de julio de 1992.

² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³ Artículo 45.1 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.”

*trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”.*⁴

Finalmente, el artículo 49 del TFUE⁵ es otro factor determinante para el incremento de las relaciones laborales internacionales, ya que autoriza la creación de empresas en otros países de la Unión y garantizando su libre establecimiento y de prestación de servicios dentro del territorio comunitario, y quedando sujetas al derecho del país conforme al que se ha constituido, independientemente de donde resida su principal actividad, que puede ser íntegra en otro Estado miembro.

2. Derecho Internacional Privado

2.1 Objeto y contenido del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado es la disciplina que tiene por objeto regular las situaciones privadas internacionales, las cuales son relaciones jurídicas en las que existe un elemento de extranjería, que las convierte en internacionales, frente a las relaciones jurídicas internas vinculadas en su integridad al ordenamiento jurídico español exclusivamente sin que exista elemento extranjero alguno. Ese elemento o elementos extranjeros, recordemos que puede existir más de uno, puede concurrir en uno o varios elementos, así en concreto en el contrato de trabajo, ya sea en el lugar donde se preste el trabajo o en los sujetos del contrato (trabajador y empresario).

Pues bien, estas situaciones son relaciones jurídicas horizontales entre personas físicas o jurídicas, de naturaleza civil, mercantil y laboral, que entran en contacto con más de un ordenamiento jurídico, constituyen el objeto de la disciplina y determinan su carácter internacional.⁶

Además, hay que clarificar que el DIPr no resuelve materialmente de forma directa los casos ni llega al fondo de los conflictos, solo determina el derecho laboral estatal

⁴ Artículo 45.2 del TFUE: “La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.”

⁵ Artículo 49 del TFUE: “La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

⁶ Esplugues Mota, Carlos., Derecho Internacional Privado. 11ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. Print. Manuales, pág. 85.

aplicable según su vinculación al supuesto, de tal manera que será ese derecho aplicable, que puede ser el propio de los tribunales que conocen, o uno extranjero, el que resuelva el fondo del litigio planteado; las normas de DIPR serán las encargadas de identificar la naturaleza jurídica de las situaciones privadas internacionales, llevando a cabo una valoración de la relación jurídica y de las legislaciones con las que tenga relación y luego escoger mediante índices de localización territoriales o personales, cerrados o abiertos que permitan valoración, el ordenamiento jurídico al que le corresponde resolver el conflicto, garantizando la justicia del resultado y que no se conculque la aplicación del derecho estatal más conectado.⁷

Son por tanto las normas de DIPr español las que van a resolver primero los tribunales estatales que deben conocer y una vez determinados estos, el derecho aplicable ante una relación jurídica internacional que se sustancie en nuestro territorio, y estas normas se corresponden con una disciplina que integra el Ordenamiento Jurídico español; de tal manera que igual que existen otras ramas o disciplinas, existe el DIPr, otra cosa es que por su naturaleza y objeto, como veremos, existan muchas normas de DIPr español proveniente del legislador comunitario, concretamente todas las relativas al contrato de trabajo internacional, y, por tanto, al contrato de embarque internacional objeto del presente TFG.

2.2 Elementos de extranjería que califican la relación de internacional.

Para poder calificar una relación jurídica como internacional, debe de haber en ella al menos un elemento de extranjería, el autor Esplugues Mota hace tres precisiones al respecto.

- 1) La existencia de un *elemento de extranjería*, sin importar cuantos haya o su naturaleza, hace que la relación jurídica se convierta directamente en internacional y, por lo tanto, en objeto de análisis del Derecho Internacional Privado. La función de este elemento de extranjería es siempre la de vincular estas situaciones específicas con más de un ordenamiento jurídico, convirtiéndolas automáticamente en situaciones internacionales.⁸

⁷ Mansilla Y Mejía, María Elena. Derecho Internacional Privado. IURE Editores, 2017. Web, pág. 217.

⁸ Esplugues Mota, Carlos., Derecho Internacional Privado. 11ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. Print. Manuales, pág. 85.

- 2) *La “internacionalidad” de aquellas situaciones o relaciones jurídicas en las que se hace patente un elemento de extranjería, no puede ser entendida en el sentido atribuido al término “internacional” por el Derecho Internacional Público.*

Tal calificación goza, por el contrario, de un significado propio a efectos del DIPr: la adjetivación de una situación o relación jurídica como “internacional” se limita a denotar la presencia en ella de una o más circunstancias que no cuentan con la condición de “local” y, consecuentemente, la existencia de un vínculo con más de un ordenamiento jurídico.⁹

- 3) Por último, haciendo hincapié en la importancia de que la internacionalidad tenga un significado propio desde la perspectiva del DIPr, hay que concretar el significado del término “ordenamiento jurídico”.

“En tal sentido, los ordenamientos jurídicos con lo que se produce la conexión aparecen vinculados a un territorio geográficamente definido, pero no resultan necesariamente referidos a la noción de Estado tal como ésta es aproximada en las relaciones internacionales: la conexión de una situación o relación jurídica con más de un ordenamiento jurídico se reputa, así, de uno o más ordenamientos jurídicos independientes, sean éstos, o no, con un concreto Estado nacional”.¹⁰

Esto hace referencia a que no solo hay Estados con un único ordenamiento jurídico, sino que también pasa dentro de una misma nación, como por ejemplo en España, ya que debido a las autonomías coexisten varios ordenamientos jurídicos en una misma nación. Otro ejemplo es el de Estados Unidos, un país de naturaleza federal en el que coexisten Estados, los cuales tienen su propio ordenamiento jurídico.

“Las situaciones “internacionales” que constituyen el objeto del DIPr cubren en la práctica:

- a) Tanto a las relaciones y situaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos nacionales que resultan coincidentes con un específico Estado; así,*

⁹ *Idem*, pág. 86.

¹⁰ Esplugues Mota, Carlos., *Derecho Internacional Privado*. 11ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. Print. Manuales, pág. 86.

el ordenamiento jurídico francés, el ordenamiento jurídico italiano y el ordenamiento jurídico alemán.

b) *Como a aquellas situaciones o relaciones conectadas con ordenamientos jurídicos independientes que coexisten junto con otros en el interior de un concreto Estado; por ejemplo, el ordenamiento jurídico de Oregón, el ordenamiento jurídico de California o el ordenamiento jurídico de Nevada”.*¹¹

La existencia del elemento de extranjería puede afectar a los sujetos, el objeto y/o la forma de esa relación jurídica, convirtiéndola en internacional. Así puede encontrarse en los sujetos, sea el trabajador (ruso trabajando en España) o la nacionalidad de la misma empresa (empresa francesa contrata en España); también en el lugar de la prestación del servicio (contrata una empresa española o extranjera a un trabajador español para que trabaje en Marruecos) o incluso un elemento extranjero más formal, el lugar de la celebración del contrato (una empresa chilena contrata a un chileno para trabajar en Chile, pero el contrato se celebró en España, tras selección en nuestro país).

Según la trascendencia de ese elemento extranjero u elementos extranjeros, reaccionarán las normas de DIPR español, otorgando o no competencia a los Tribunales españoles y estableciendo aplicable el derecho propio o uno extranjero.

3. Elementos de extranjería en la Relación Laboral Internacional.

3.1. Determinación de la nacionalidad de una empresa extranjera.

Para conocer la nacionalidad de una empresa, debemos acudir al artículo 28 del Código Civil¹², el cual dice que *“las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales”*. Esto significa que la nacionalidad de las sociedades dependerá de la ley conforme a la que se

¹¹ *Idem*, pág 86-87.

¹² Artículo 28 del Código Civil.

constituido conforme a la ley española, y si es así, conforme a las normas societarias españolas está obligada a tener un domicilio en España. Esto significa que se ha constituido conforme al derecho chino, la empresa será china.

A este respecto hay que matizar que, si se trata de una sociedad pública, ostentará la nacionalidad del Estado que constituyo dicha sociedad pública, además de que un Estado sólo puede actuar como particular en materias laborales, civiles y mercantiles, ya que en otras materias actuaría con potestad imperio, por lo que no se da la relación horizontal y nunca sería objeto del DIPr, aunque existan elementos de extranjería.

Por otro lado, puede tratarse de un caso de falsa internacionalidad, constitución con arreglo a un derecho extranjero, pero toda la actividad en España, por ello existe un artículo de la normativa societaria española que va a sancionar ese fraude considerando a la sociedad española, independientemente del derecho conforme al que se haya constituido, es lo que se conoce en la doctrina como “síndrome Delaware”.

Según el artículo 9.2 del Texto Refundido de las 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*”, lo que significa que, aunque una empresa se constituya en un país extracomunitario, si tienen su principal establecimiento o la mayoría de su explotación radica dentro del territorio español, deberán de tener su domicilio en España y se considerará que son españolas.¹³

Esta sanción por constituirse con arreglo a un derecho extranjero y tener la actividad principal en España, no puede aplicarse a las empresas de ámbito comunitario, ya que se garantiza su libre prestación de servicios y establecimiento en toda la Unión Europea, sea cual fuera el derecho conforme al que se hubieran constituido si es de un Estado miembro. Así, si se da el caso de que la empresa que hace sus tareas en España ha sido constituida en otro Estado miembro de la Unión Europea, seguirá considerándose que su nacionalidad es la del país conforme al que se ha constituido, ya que regirá el principio de libre circulación del artículo 49 del TFUE mencionado anteriormente.

¹³ Artículo 9.2 del 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”

Un claro ejemplo de esto se constata en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, *Überseering*,¹⁴ en la que el Tribunal confirma que una sociedad puede trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo a otro sin perder la personalidad jurídica, llegando a la conclusión de que *“un Estado miembro puede imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio para poder conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de dicho Estado.”*¹⁵

3.2 Trabajo de extranjeros en España.

En los supuestos en que, en la contratación laboral internacional, la extranjería concurre en el trabajador, cabe hacer referencia si quiera brevemente a los dos regímenes existentes en cuanto a la regulación del trabajo en España, por un lado el régimen aplicable a los ciudadanos comunitarios, nacionales de los estados miembros de la Unión Europea y asimilados, que es un régimen privilegiado donde no se requiere autorización administrativa para trabajar, frente al régimen general aplicable a los ciudadanos extracomunitarios que quieran prestar sus servicios laborales en nuestro país. Por lo que cabe distinguir:

- Si son **extranjeros comunitarios** incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España, por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea, de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁶ y de los nacionales

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, *Überseering*.

¹⁵ Idem, Fundamento Jurídico nº70 “Al actuar de esta forma, el Tribunal de Justicia se limitó a constatar que la posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica de que disfruta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución, y, en su caso, las modalidades de dicho traslado, estaban determinadas por la legislación nacional conforme a la cual se había constituido dicha sociedad. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que un Estado miembro podía imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio para poder conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de dicho Estado.”

¹⁶ Artículos 1 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero “El presente real decreto regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores

de la Confederación Suiza,¹⁷ así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública,¹⁸ en cuyo caso no se requiere autorización administrativa para trabajar, sino que tienen derecho al acceso al empleo en iguales condiciones que los españoles, con la única limitación del empleo público revestido de poder o autoridad.¹⁹

Además este Real Decreto también es aplicable a los familiares de un ciudadano de cualquier Estado miembro, incluido España, o de otro Estado parte (Noruega, Suiza, Islandia y Liechtenstein), cuando sea su cónyuge, una pareja registrada que mantenga una unión análoga a la conyugal, descendientes directos o los de su cónyuge o pareja registrada y ascendientes directos o los de su cónyuge o pareja registrada, según el artículo 2 del Real Decreto 240/2007.²⁰ El artículo 2 bis del mismo Real Decreto 240/2007 incluye también a *“los miembros de la familia no incluidos en el artículo 2 que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud”*²¹ que en el

por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. El contenido del presente real decreto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte” y Artículo 3 del Real Decreto 240/2007 “Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo. Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente real decreto, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39,4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.”

¹⁷ Disposición adicional tercera del Real Decreto 240/2007 “En virtud del acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia les es de aplicación lo previsto en el presente real decreto”

¹⁸ Disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/ciudadanos-de-la-union-europea/ambito-de-aplicacion> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2021)

¹⁹ Artículo 57 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁰ Artículo 2 del Real Decreto 240/2007 “El presente real decreto se aplica también, cualquiera sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: “A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal. A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí. A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces. A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.”

²¹ Artículo 2 bis del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero.

país de procedencia están a su cargo o vivan con él, o que sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia, y la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada.²²

Conforme al artículo 3²³ del mismo Real Decreto las personas incluidas en los artículos 2 y 2 bis también tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en el territorio español, además de acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles.²⁴

A este respecto los familiares extracomunitarios y asimilados, para acreditar tal condición y si van a trabajar o permanecer más de tres meses en nuestro país, deberán de presentar una tarjeta de familiar de ciudadano de la UE.²⁵

- Respecto a los **extranjeros extracomunitarios**, estos se rigen por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y normativa de desarrollo, la cual según su artículo 1.2, se aplica sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España es parte, por lo que no se incluyen los extranjeros comunitarios.²⁶

Estos extranjeros extracomunitarios necesitarán una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, la cual se limita a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma y a un sector de actividad, y su duración se determinará reglamentariamente. La concesión será expedida por las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo.²⁷

No obstante, la obligatoriedad de obtener previamente una autorización administrativa para trabajar, para lo que debe tenerse en cuenta que no existan

²² Idem.

²³ Artículo 3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

²⁴ Artículo 3 del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero.

²⁵ Artículos 6 y 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

²⁶ Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

²⁷ Artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

españoles en paro, acudiendo a los catálogos de difícil cobertura o gestionando la oferta específica de empleo en el Servicio Público Estatal, es necesario si quiera apuntar que existen supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo, recogidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000²⁸ como para las renovaciones de autorizaciones ya concedidas inicialmente, menores extranjeros tutelados en España, extranjeros nacidos y residentes en nuestro país, entre otros. Asimismo, existen otros supuestos en los que no se necesita la obtención del permiso de trabajo, los cuales están en el artículo 41 de dicha ley,²⁹ como artistas para actuaciones esporádicas y no continuadas, corresponsales y ministros religiosos, entre otros.

3.3 Lugar de prestación de servicios.

El elemento de extranjería también puede concurrir en el lugar de prestación de servicios, si los servicios laborales se prestan fuera de España, sea para empresa española o extranjera y se trate de un trabajador español o extranjero. En este supuesto, el elemento de extranjería aparece, por tanto, en el país donde se realiza la actividad. A priori, parece fácil de determinar el lugar habitual de la prestación de servicios, pero es complicado cuando los servicios no se prestan siempre en el mismo país, sino que existen desplazamientos temporales entre distintos países o se presta servicios en aeronaves o barcos.

Esta dificultad a la hora de determinar el lugar habitual de la prestación requirió de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, instaurando criterios para identificar el país de prestación habitual de los servicios laborales, partiendo la jurisprudencia de la regla general de que ordinariamente siempre se puede determinar, según determinados índices de localización, un país de prestación habitual del trabajo, siendo lo excepcional la imposibilidad de hacerlo.

Así va a convertirse en doctrina del TJUE la determinación de un lugar de prestación de servicios, aunque la actividad se realice en diferentes países, partiendo de criterios como el lugar donde el trabajador ejerce la parte principal de sus obligaciones frente al empresario, o bien donde realiza el trabajo la mayoría del tiempo, donde recibe las

²⁸ Artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

²⁹ Artículo 41 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

instrucciones, de donde parte y a donde regresa, acudiendo en supuestos de aeronaves a la base de operaciones y en contratos de embarque, al abanderamiento, matrícula o registro del buque para determinar el país de prestación habitual de los servicios.

Esto se constata en la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011, en el Asunto C-29/10 (Koelzsch)³⁰, en la cual se plantea el problema mencionado anteriormente, el trabajador realiza su actividad en varios países debido a que hace desplazamientos temporales por varios países durante su jornada de trabajo.

El demandante Heiko Koelzsch trabaja para una empresa de Luxemburgo repartiendo flores, durante su actividad el trabajador parte de Alemania, país donde reside, hacia Holanda, lugar donde recoge la mercancía, que debe de repartir en varios países europeos, y al terminar el reparto vuelve a su residencia en Alemania.

En este caso, el TJUE determina que la ley aplicable será la alemana, si bien en principio, al no entender en los tribunales de Luxemburgo existente un país de prestación habitual de los servicios, por desplazarse el trabajador por varios países europeos en el ejercicio de su trabajo, sería en Luxemburgo, que es donde está la empresa, la solución para determinar una ley aplicable, ya que operaría la solución del actual art. 8.3 del Reglamento Roma I,³¹ acudiendo a la sede de la empresa, al lugar donde está situado el establecimiento que contrató al trabajador, por entender que no podía determinarse un país de prestación habitual, sin embargo en TJUE va a entender que existe y se puede determinar un país de prestación habitual de los servicios, ya que el trabajador recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo en Alemania, además de que es ahí donde se encuentran las herramientas de trabajo, el país de donde parte y a donde regresa, siendo la ley alemana la que debe aplicarse al fondo del litigio planteado, y en consecuencia, no es necesario acudir a la solución subsidiaria del país donde está el establecimiento que contrató al trabajador.³² Solución jurisprudencial que implicó en el caso en cuestión una solución diametralmente diferente al despido discutido, ya que conforme a la ley alemana, al tratarse de un

³⁰ STJUE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011, en el asunto C-29/10

³¹ Artículo 8.3 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) “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.

³² Idem.

representante sindical, tenía derecho preferente de permanencia que no se aplicó, deviniendo dicho despido, por tanto, nulo; en cambio de haber entendido aplicable, por falta de país habitual, la ley de Luxemburgo, el despido era válido, ya que el derecho laboral de dicho país no contempla tal derecho sindical preferente.

El TJUE alude al artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma³³ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. Recordemos que es el antecedente legislativo inmediato del Reglamento Roma I, en la determinación de la ley aplicable, señalando que debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el trabajador ejerza su actividad en varios Estados contratantes, el país en el que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo con arreglo a la citada disposición, es aquél en el cual o a partir del cual, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.³⁴

La conclusión que sacamos de esta jurisprudencia comunitaria es que sin importar que se realicen desplazamientos temporales durante el trabajo, siempre existirá un lugar habitual de prestación de servicios y que se deben analizar las características concretas de esa relación laboral habitual para determinarlo, en base a los índices referenciados, de tal manera que se convierte en absolutamente excepcional la imposibilidad de determinar un país de prestación habitual y recurrir a la solución legislativa alternativa prevista para esta excepción, como analizaremos más adelante.

Esto también se puede apreciar en otras sentencias, en las que para determinar el lugar habitual de prestación de servicios el Tribunal de Justicia hace referencia al lugar a partir del cual el trabajador cumple principalmente las obligaciones respecto a su empresa (sentencia de 13 de julio de 1993 Mulox IBC, C-125/92, Rec. p. I-4075, apartados 10 y 16³⁵), o bien al lugar en el que ha establecido el centro efectivo de su actividad profesional (sentencia de 9 de enero de 1997, Rutten, c-383/95, Rec. p. I-57, apartado 23³⁶) o, a falta de dicho centro, al lugar en que el trabajador ha realizado la

³³ Artículo 6.2 letra a) del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

³⁴ STJUE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011, en el asunto C-29/10.

³⁵ Apartados 10 y 16 de la sentencia de 13 de julio de 1993 Mulox IBC, C-125/92, Rec. p. I-4075.

³⁶ Apartado 23 de la sentencia de 9 de enero de 1997, Rutten, c-383/95, Rec. p. I-57

mayor parte de su trabajo (sentencia de 27 de febrero de 2002, Weber, C-37/00, Rec. p. I-2013, apartado 42³⁷).³⁸

Respecto a la existencia de un lugar habitual de prestación de servicios, que normalmente determinará el derecho laboral aplicable a esa relación individual de trabajo,³⁹ que es al margen de la existencia de desplazamientos temporales a otros países, hace necesario que en el presente TFG, hagamos referencia al menos a dos *directivas en materia de desplazamientos temporales de trabajadores dentro de la Unión Europea* y que afectan al régimen jurídico de una relación laboral internacional, alterando ciertas soluciones vinculadas al momento actual a un núcleo duro de materias exclusivamente, pero sólo en el ámbito comunitario con estos desplazamientos:

- Por un lado, la Directiva 96/71/CE, “*que estableció una lista con las condiciones de trabajo que el empleador debe conceder a los trabajadores desplazados temporalmente al extranjero en el país al que se hayan desplazado (país de acogida). Cuyo objetivo es garantizar la protección de los trabajadores, así como proporcionar a los prestadores de servicios unas condiciones equitativas*”⁴⁰, lo que se denominó por la doctrina “núcleo duro”, que, pese a que la ley aplicable es la del país habitual, esto es el país de origen, mientras el trabajador estuviera desplazado en estas materias como salario, jornada, trabajo de menores, prevención de riesgos, huelga, etc. Se aplicaría la ley del país de destino si mejoraba en su regulación a la de origen, rompiendo por tanto la aplicabilidad en estas materias del Reglamento Roma I, que nos remitiría en estos supuestos a la ley del país de origen.

En el ámbito nacional fue objeto de transposición por la Ley 45/1999,⁴¹ de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

³⁷ Apartado 42 de la sentencia de 27 de febrero de 2002, Weber, C-37/00, Rec. p. I-2013

³⁸ Fundamento jurídico nº39, STJUE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011, en el asunto C-29/10.

³⁹ Artículo 8.2 del Reglamento Roma I “En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.”

⁴⁰ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10508> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2021)

⁴¹ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

- Y, por otro lado, la nueva Directiva 957/2018, modificadora de la Directiva 96/71/CE, que en su artículo 1 bis determina qué si el desplazamiento temporal a un país dura más de 12 meses, se empezará a aplicar el derecho del Estado miembro donde se efectúe el trabajo en todas estas materias.⁴² Esta directiva, probablemente por la situación de pandemia derivada del Covid 19 no ha sido objeto de transposición.

4. Contenido y fuentes del DIPr

4.1 Distintos sectores del contenido de las normas de DIPr

PRIMER SECTOR. - El primer sector del contenido del Derecho Internacional Privado es “**la determinación de la competencia judicial internacional**”. Lo primero que se debe de hacer frente a una situación privada internacional en materia laboral, es determinar si los tribunales españoles son o no competentes para conocer de ese litigio laboral con elementos de extranjería, para esto existen unas normas específicas de DIPr que se ocupan de determinar la Competencia Judicial Internacional, que juez estatal debe conocer del litigio en cuestión.

Según Esplugues Mota⁴³, *“esta cuestión ha sido tradicionalmente incardinada dentro de la noción de “conflicto de jurisdicciones”. Un concepto utilizado históricamente por la doctrina internacional-privatista, española y extranjera, que cuenta con un marcado carácter gráfico, pero que resulta, sin embargo, tan inexacto, como reduccionista en relación con su contenido.”*

La definición del término es inexacta, ya que por la propia naturaleza procesal de las normas que determinan la extensión y límites de la jurisdicción nacional, el juez solo puede plantearse su propia competencia, y no la de otras jurisdicciones nacionales, lo que hace que no exista conflicto alguno entre jurisdicciones eventualmente competentes.⁴⁴

⁴² Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

⁴³ Esplugues Mota, Carlos., Derecho Internacional Privado. 11ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. Print. Manuales, pág. 89.

⁴⁴ Idem.

Además, la determinación de la competencia para conocer determinados casos no es únicamente referida al juez, dirigiéndose cada vez más autoridades que, dotadas o no de potestad jurisdiccional, no ejercitan ésta en el desarrollo de sus funciones. Por lo que se empieza a hablar de “conflictos de autoridades” como un término paralelo a los “conflictos jurisdiccionales”.⁴⁵

SEGUNDO SECTOR. - En segundo lugar, cuando el tribunal haya certificado que es competente, tendrá que determinar la **“ley aplicable”**. Esto significa que el tribunal deberá de resolver qué derecho laboral estatal concreto que se aplicará en el caso, para resolver el fondo del litigio, sea una ley nacional o extranjera.

Tal y como señala Esplugues Mota, este sector del contenido del DIPr también está relacionado con el conflicto de leyes, entre varias leyes estatales vinculadas al supuesto y en conflicto para su aplicación, cual de ella es la más conectada, la que debe aplicarse en estos supuestos similares.

El tribunal deberá de verificar mediante las normas de DIPr pertenecientes a este sector, la cual es la ley aplicable al problema existente, considerando su modelo nacional de DIPr. Este modelo será el que le haga decidir si se aplicará el ordenamiento jurídico español o el de otro país extranjero. En cualquier caso, la autoridad nacional está obligada a aplicar el ordenamiento jurídico que corresponda, pero siguiendo las pautas fijadas al respecto por su propia legislación nacional.⁴⁶

TERCER SECTOR. - Finalmente, si lo que tenemos es una resolución judicial o extrajudicial en materia laboral obtenida en un país extranjero, para que se pueda reconocer y/o ejecutar en el país, debemos de acudir al tercer sector de normas del DIPr, **“el reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras”**, cuya función es la de reconocer y/o ejecutar en nuestro país una sentencia o resolución laboral extranjera, del mismo modo que también se ejecutan en países extranjeros las sentencias y resoluciones laborales de nuestro país. Las normas de este sector se ocupan de determinar el procedimiento y requisitos para que esa sentencia o resolución extranjera pueda ser reconocida y/o ejecutada en nuestro país.

⁴⁵ Idem, pág. 89 y 90.

⁴⁶ Idem, pág. 90.

4.2 Fuentes del Derecho Internacional Privado.

Las normas que regulan las relaciones laborales internacionales y fundamentalmente la contratación laboral internacional pueden ser de origen comunitario, internacional y estatal o autónomas. Estas normas afectan a los sectores del contenido del Derecho Internacional Privado.

Las fuentes del derecho internacional privado se pueden dividir en: DIPr Comunitario (normas creadas por el legislador de la Unión Europea), DIPr Convencional (normas que provienen de un Convenio Internacional) y DIPr Autónomo (normas del legislador español).

El DIPr Comunitario está integrado por el conjunto de normas institucionales, procedentes de la Unión Europea. Este grupo normativo goza del principio de primacía, lo que significa que tiene prioridad de aplicación ante el DIPr Convencional y el DIPr Autónomo, y está compuesto por *Reglamentos* (de aplicabilidad directa) y *Directivas* (que requieren una transposición a nuestro ordenamiento jurídico), producidos directamente por el legislador de la Unión Europea, por lo que tiene gran relevancia en el actual modelo de DIPr de los países de la Unión. Fundamentalmente

Fundamentalmente en materia de contratación laboral internacional, el Derecho Convencional y el derecho Autónomo ha quedado prácticamente desplazado por la existencia de normas de DIPr comunitario en el ámbito de los tres sectores del contenido anteriormente indicados.⁴⁷

El artículo 93 de la Constitución Española dice que “*Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*”⁴⁸. Este artículo reconoce la

⁴⁷ Esplugues Mota, Carlos., Derecho Internacional Privado. 11ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. Print. Manuales, pág. 96.

⁴⁸ Artículo 93 de la Constitución Española, de 1978 “Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”

primacía del derecho comunitario ante el derecho nacional de los estados miembros de la UE, por lo que cuando una norma comunitaria y otra española se contradigan, se aplicará la norma de derecho comunitario al participar del principio de primacía.

Pero es que además, en materia de contratos internacionales y en concreto en contrato de trabajo, como hemos indicado anteriormente, hemos asistido a una “comunitarización” o “europeización” de las normas de DIPr en la materia, ya que la UE ha utilizado lo previsto en el artículo 81.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) afirma que *“La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”*⁴⁹, asegurando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Además, en el apartado 2 del mismo artículo, se garantiza también *“... la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales, la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción, la cooperación en la obtención de pruebas, una tutela judicial efectiva...”*⁵⁰.

Sobre esta base legal, en la que los Estados Miembros ceden sus competencias legislativas en materia de DIPr a favor del legislador comunitario, en todos aquellos asuntos de interés de la UE.⁵¹ Es sobre esta base legal sobre la que ha legislado la UE en materia Contratación Laboral Internacional, utilizando además Reglamentos

⁴⁹ Artículo 81.1 del TFUE “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

⁵⁰ Artículo 81.2 del TFUE “A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; C 83/78 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010 ES g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.”.

⁵¹ Artículo 93 de la Constitución Española, de 1978.

comunitarios, lo que garantiza su aplicación general y directa en todo el territorio de la UE.

Los principales Reglamentos Comunitarios con primacía sobre el DIPr Convencional y Autónomo, que regulan la práctica totalidad de las relaciones laborales internacionales, son dos:

1) *El Reglamento (UE) n°1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.* También conocido como el **Reglamento Bruselas I Bis**, que sustituyó desde el 10 de enero de 2015 al Reglamento 44/2001, y que es un reglamento doble, al ocuparse en su primera parte de la determinación de la Competencia Judicial Internacional y en su segunda parte del Reconocimiento y ejecución de sentencias que se convierte en automático dentro de la UE, hasta tal punto que se añade otro principio comunitario, la libre circulación de sentencias y resoluciones en el territorio de la Unión Europea.

En materia laboral, sólo regula el contrato individual de trabajo, (no regula ni litigios con seguridad social ni relaciones colectivas de trabajo).

Para determinar el tribunal estatal que debe conocer del litigio, esto es, para determinar la Competencia Judicial Internacional se aplicará este Reglamento, siempre y cuando se trate de relaciones individuales de trabajo, tiene un ámbito cuasi-universal de aplicación, ya que se aplicaría para determinar si los tribunales españoles tienen o no competencia, siempre que el demandado esté domiciliado o tenga agencia, sucursal o establecimiento, o preste servicios en territorio comunitario, como analizaremos más adelante.

Cuando no proceda aplicar el Reglamento Bruselas I Bis porque no se den sus ámbitos de aplicación, para la determinación de CJI, se acudirá a normas del DIPr

Convencional (Convenio de Lugano)⁵², y en su defecto a las del DIPr Autónomo (Artículo 25 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.)⁵³

En el supuesto de que lo que tengamos es una sentencia extranjera en materia laboral, y que queramos reconocerla y ejecutarla en España, estaríamos en el sector de reconocimiento y ejecución de sentencias, y solo se aplicará el Reglamento Bruselas I Bis, cuya segunda parte está dedicada a este sector y la primera a la determinación de la CJI, por eso se define como un reglamento doble, solo se aplicará cuando la sentencia haya sido dictada por un Tribunal de un Estado Miembro de la Unión Europea para reconocer y ejecutar en nuestro país.

2) *El Reglamento (CE) N°593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) tiene la función de determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales, incluyendo en su regulación el contrato de trabajo internacional, donde nos indicará qué derecho laboral estatal concreto debe aplicarse al supuesto, el nacional o uno extranjero, y se aplicará siempre a todos los litigios relativos al contrato individual de trabajo. Según el artículo 2 de este Reglamento, “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”⁵⁴, por lo que es de carácter universal, aplicándose dando igual la nacionalidad, el domicilio, la ley designada o el lugar de prestación de servicios en el caso. Lo que implica que desplaza directamente cualquier norma de Derecho*

⁵² Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 octubre 2007

⁵³ Artículo 25 de la LOPJ “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

2.º 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.

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

⁵⁴ Artículo 2 del Reglamento 593/2008 (Roma I) “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

Autónomo en materia de contrato de trabajo internacional como el artículo 10.6 del Código Civil⁵⁵ y el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores.⁵⁶

El DIPr Convencional está formado por los Tratados Internacionales, que, según Mansilla y Mejía, “*son normas creadas por los Estados con el fin de resolver problemas de derecho internacional privado*”⁵⁷

Los tratados pueden ser bilaterales (entre dos países) o multilaterales (entre más de dos países), aunque también hay algunos considerados como “universales” debido a que en ellos participan muchos países. Dichos tratados internacionales pueden ser incorporados al derecho interno de un Estado si se crea una ley interna al respecto.⁵⁸

El artículo 96 de la Constitución Española regula los Tratados Internacionales, “1. *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.*”⁵⁹

Con respecto a la aplicación de los tratados de DIPr Convencional, en Competencia Judicial Internacional, tenemos el Convenio de Lugano, al cual están vinculados los países de la Unión Europea y los países asociados no comunitarios, que son Islandia, Suiza y Noruega. El Convenio de Lugano será de aplicación siempre y cuando el lugar de la prestación de los servicios o el domicilio del demandado estén en uno de los países miembros o los asociados no comunitarios.

Referente a la determinación de la ley aplicable, no hay DIPr Convencional que regule esta materia, ya que el Reglamento Roma I se aplica siempre. Anteriormente

⁵⁵ Artículo 10.6 del Código Civil “A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios.”

⁵⁶ Artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores “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.”

⁵⁷ Mansilla Y Mejía, María Elena. Derecho Internacional Privado. IURE Editores, 2017. Web, pág. 209.

⁵⁸ Mansilla y Mejía, María Elena. Derecho Internacional Privado. IURE Editores, 2017. Web, pág. 209.

⁵⁹ Artículo 93 de la Constitución Española, de 1978 “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

existía el Convenio de Roma⁶⁰, que fue sustituido por el mencionado Reglamento Roma I, y todavía es aplicable para los contratos de trabajo celebrados antes del 17 de diciembre de 2009.

En cuanto al sector de reconocimiento y ejecución de sentencias, sí que existen tratados en vigor con Estados que no son comunitarios para el reconocimiento mutuo de sentencias, algunos son bilaterales con países como Túnez, México, Colombia, Israel, Rusia, Brasil, China, Mauritania, entre otros. Y otros son multilaterales (el Convenio de Lugano mencionado anteriormente).

A estos Convenios internacionales, para reconocer y ejecutar una sentencia extranjera, sólo se acudirá si es de un país no comunitario, porque como hemos señalado en el apartado de fuentes comunitarias, dentro de la UE se aplica el Reglamento Bruselas I Bis

El DIPr Autónomo *“se integra por las normas que se crean en un Estado determinado en respuesta a su concepción de la justicia, para regular las situaciones internacionales y son de derecho interno.”*⁶¹ Esto quiere decir que el DIPr Autónomo está compuesto por las normas del legislador de cada nación. Esta fuente del DIPr es la inferior jerárquicamente, por lo que sólo acudiremos a ella cuando ni el DIPr convencional ni el comunitario sean aplicables.⁶²

La principal norma de DIPr Autónomo en España está en la Ley Orgánica de Poder Judicial, concretamente en su artículo 25⁶³. En el apartado 1 de dicho artículo hay foros actualmente desplazados y que han devenido inaplicables, ya que, si se dieran, estaría

⁶⁰ Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁶¹ Mansilla y Mejía, María Elena. Derecho Internacional Privado. IURE Editores, 2017. Web, pág. 178.

⁶² Garcimartín Alférez, F.J., Derecho internacional privado, Navarra, 3ª edición, Ed. Thomson Reuters, 2016, pág. 42.

⁶³ Artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

2.º 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.

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

dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento Bruselas I Bis, y por tanto no podría aplicarse el artículo 25.1, que como veremos mantiene solo dos foros aplicables y uno específico de contrato de embarque. Los apartados 2 y 3 son aplicables íntegramente a las relaciones colectivas de trabajo y litigios de seguridad social respectivamente, y no se ven afectados por el Reglamento Bruselas I Bis, que como hemos señalado solo se ocupa del contrato de trabajo internacional individual.

También dentro del Derecho autónomo cabe mencionar en materia de Ley aplicable los artículos 10.6 del Código Civil⁶⁴ y el 1.4 del Estatuto de los Trabajadores,⁶⁵ que han quedado íntegramente desplazados por el Reglamento Roma I, al tener este, como hemos señalado, ámbito de aplicación universal, por lo que estas normas que determinan la ley aplicable a contrato de trabajo internacional ya no pueden ser objeto de aplicación. Al sector de la Ley Aplicable no se aplicará nunca el Derecho Autónomo existente, ya que este está desplazado por la normativa comunitaria Reglamento Roma I, que se aplicará siempre debido a su carácter universal y la primacía en su aplicación.

Finalmente, en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, cuando no sea aplicable la segunda parte del Reglamento Bruselas I Bis, ni exista Convenio bilateral o multilateral de reconocimiento recíproco de sentencias, acudiremos para sentencias de estos terceros países a la *Ley de Cooperación Jurídica Internacional*⁶⁶, que sí que es aplicable en casos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras provenientes de tribunales estatales fuera de la UE y de países con los que no existe Convenio. En definitiva, la Ley 29/2015, de 30 de julio sólo se podrá aplicar cuando no resulten aplicables ni el Reglamento comunitario ni los Convenios.

⁶⁴ Artículo 10.6 del Código Civil “A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios.”

⁶⁵ Artículo 1.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. “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.”

⁶⁶ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

5. Normas de Derecho Internacional Privado aplicables al contrato de trabajo internacional.

5.1 Determinación de la competencia judicial internacional.

5.1.1 Bruselas I Bis.⁶⁷

De conformidad con lo analizado en este TFG⁶⁸ y habida cuenta la primacía absoluta de la normativa comunitaria, ante un litigio laboral en materia de relación individual de trabajo, para determinar si los tribunales españoles tienen o no competencia para conocer del asunto, analizar los ámbitos de aplicación de este Reglamento Comunitario

1) **Ámbito de aplicación.**

- **Ámbito de aplicación temporal:** El Reglamento I Bis es aplicable a todos los casos iniciados desde el 10 de enero de 2015, según sus artículos 66.1⁶⁹ y 81.1⁷⁰, sustituyendo desde esta misma fecha al Reglamento 44/2001.⁷¹
- **Ámbito de aplicación material:** Conforme a su artículo 1.1, el Reglamento Bruselas I Bis “...se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)”⁷², excluyendo en su artículo 1.2 c)⁷³ los casos relacionados con seguridad social y los casos de relaciones colectivas de trabajo, ya que el Reglamento solo hace referencia a contratos individuales

⁶⁷ Reglamento (UE) nº1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶⁸ Págs. 16-17 del presente Trabajo de Fin de Grado.

⁶⁹ Artículo 66.1 del Reglamento Bruselas I Bis “Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha”

⁷⁰ Artículo 81.1 del Reglamento Bruselas I Bis “El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014...”

⁷¹ Calvo Caravaca, A.L., Derecho internacional privado, Volumen II, Granada, 18^º edición, Ed. Comares, 2018, págs.714 y 715.

⁷² Artículo 1.1 del Reglamento Bruselas I Bis “El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*).”

⁷³ Artículo 1.2 c) del Reglamento Bruselas I Bis “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: c) la seguridad social.”

de trabajo. Regula el contrato de trabajo internacional en su sección quinta, en los artículos del 20 al 23.⁷⁴

- **Ámbito de aplicación territorial:** Este Reglamento es aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea, según los artículos 52 del Tratado de la Unión Europea⁷⁵ y 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.⁷⁶ Los tribunales de cada Estado miembro de la Unión están obligados a aplicarlo.⁷⁷

- **Ámbito de aplicación personal o subjetivo:** Este ámbito se ha convertido en “*cuasi general*”, permitiendo la aplicación del Reglamento independientemente de la nacionalidad de los sujetos.⁷⁸ Según su artículo 5.1⁷⁹, el demandado deberá tener su domicilio en el territorio de un Estado miembro de la UE, lo que se completa con el artículo 20.2⁸⁰, que dice que si el empresario no tiene su domicilio en un Estado miembro pero sí tiene algún establecimiento, agencia o sucursal de la empresa, se considerará que el empresario está domiciliado y por ende dentro del ámbito de aplicación de Bruselas I Bis. Además, el artículo 21.2⁸¹ permitiendo que en los casos en los que se el lugar habitual de la prestación esté en territorio de la UE se pueda aplicar el Reglamento. Este criterio no estaba presente en el Reglamento Bruselas I, fue agregado con el Reglamento Bruselas I Bis para

⁷⁴ Artículos 20 a 23 del Reglamento Bruselas I Bis.

⁷⁵ “Artículo 52 del Tratado de la Unión Europea “Los Tratados se aplicarán al Reino de Bélgica, a la República de Bulgaria, a la República Checa, al Reino de Dinamarca, a la República Federal de Alemania, a la República de Estonia, a Irlanda, a la República Helénica, al Reino de España, a la República Francesa, a la República Italiana, a la República de Chipre, a la República de Letonia, a la República de Lituania, al Gran Ducado de Luxemburgo, a la República de Hungría, a la República de Malta, al Reino de los Países Bajos, a la República de Austria, a la República de Polonia, a la República Portuguesa, a Rumanía, a la República de Eslovenia, a la República Eslovaca, a la República de Finlandia, al Reino de Suecia y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El ámbito de aplicación territorial de los Tratados se especifica en el artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

⁷⁶ Artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁷⁷ Calvo Caravaca, A.L., Derecho internacional privado, Volumen II, Granada, 18^º edición, Ed. Comares, 2018, pág.712.

⁷⁸ Calvo Caravaca, A.L., Derecho internacional privado, Volumen II, Granada, 18^º edición, Ed. Comares, 2018, pág.715.

⁷⁹ Artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I Bis “Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo”

⁸⁰ Artículo 20.2 del Reglamento Bruselas I Bis “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro.”

⁸¹ Artículo 21.2 del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).”

que se pudiese aplicar el Reglamento siempre que el lugar de la prestación de servicios estuviese en territorio Comunitario, dándole mayor aplicabilidad.

2) Foros de Competencia.

En la sección 5 del Reglamento Bruselas I Bis se encuentran los criterios para determinar la competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo.⁸² Esta sección está compuesta por 4 artículos, el primero, que nos explica la función de la sección quinta del Reglamento, y los tres siguientes, que contienen los foros o criterios de competencia judicial en litigios en materia de contrato individual de trabajo, agrupados, según:

- La demandada sea la empresa (Artículo 21)⁸³
- El demandado es el trabajador (Artículo 22)⁸⁴
- Exista acuerdo de sumisión, esto es, siempre que las partes, cualquiera que sea su domicilio o el lugar de prestación de servicios, hayan realizado un acuerdo de sometimiento al ordenamiento jurídico, de un país determinado, que veremos no obstante y a diferencia de otros contratos internacionales, que se va a limitar en protección de la parte débil en este contrato, a que lo haga valer el trabajador, o sea, posterior al litigio.

⁸² Idem. Artículo 20.1 del Reglamento Bruselas I Bis “En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1.”

⁸³ Artículo 21 del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o b) en otro Estado miembro: i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador. Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).

⁸⁴ Artículo 22 del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio. Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de formular una reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente sección.”

1) Artículo 21 R. Bruselas I Bis⁸⁵

A este artículo acudiremos siempre que la parte demandada sea la empresa, que es lo usual, por cuanto la empresa es quien toma las decisiones, despido, determina las retribuciones, sanciona... En definitiva, quien tiene la potestad usual de tomar decisiones en las relaciones laborales. A tenor del mismo:

- FORO GENERAL (Art. 21.1 a)). – Atribuye competencia a los Tribunales del domicilio de la empresa, los empresarios podrán ser demandados en el territorio donde esté domiciliada la empresa, y aún si la empresa no estuviese domiciliada en el país, pero tuviese una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se la considerará como domiciliada en ese Estado. Se trata del Foro General, del domicilio del demandado. Los tribunales españoles serán competentes si en España está el domicilio de la empresa demandada o su agencia, sucursal o establecimiento.

- FORO ESPECIAL. - También se podrá presentar una demanda en un Estado distinto al del domicilio del demandado, según el artículo 21.1.b.i, demandando frente al tribunal *“en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado.”*⁸⁶ Aquí se recoge el Foro Especial del *“loci laboris.”*

- FORO ESPECIAL ALTERNATIVO. – Si el tribunal no puede determinar un Estado como el lugar habitual de la prestación del trabajo, el apartado ii) del mismo artículo 21.1.b indica que se podrá demandar *“ante el*

⁸⁵ Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados o en otro estado miembro, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado el trabajador. Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).

⁸⁶ Artículo 21.1.b.i del Reglamento Bruselas I Bis *“Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados en otro Estado miembro: si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador”*

órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.”⁸⁷

Estableciéndose una variante, por tanto, al Foro Especial, para este supuesto diferenciado, que sea imposible determinar un país de prestación habitual de los servicios, lo cual como ya analizamos con el caso Koelzsch⁸⁸ es absolutamente excepcional ya que lo normal es que podamos determinar un lugar de prestación habitual (donde pasa la mayor parte del tiempo, de donde parte y a donde regresa, donde se reciben instrucciones).

2) Artículo 22 R. Bruselas I Bis.⁸⁹

El artículo 22 solo contempla el FORO GENERAL, es de aplicación cuando el trabajador es el demandado, lo que suele ser más inusual, con lo que este foro es de aplicación más limitada en aquellos supuestos más bien de relaciones especiales, alta dirección, deportistas o artistas, los empresarios sólo pueden demandar al trabajador en el Estado miembro en el que estén domiciliados.⁹⁰ Por tanto el mismo Foro General, en este caso único, del domicilio del demandado.

3) Artículo 23 R. Bruselas I Bis.⁹¹

Finalmente, el artículo 23 trata de SUMISIÓN, el acuerdo de sometimiento a un ordenamiento jurídico por ambas partes. El objetivo de este artículo es el de proteger al trabajador, ya que es la parte débil del contrato de trabajo, de tal manera que los acuerdos solo tienen validez si se suscriben después del nacimiento del litigio, si ya cuando ha surgido el conflicto se suscribe el acuerdo, el trabajador está advertido, o si permite al trabajador demandar ante órganos jurisdiccionales distintos a los indicados

⁸⁷ Artículo 21.1.b.ii del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados en otro en otro Estado miembro: si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador”

⁸⁸ Págs. 10-13 del presente TFG.

⁸⁹ Artículo 22 del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio. Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de formular una reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente sección.

⁹⁰ Artículo 22.1 del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio.”

⁹¹ Artículo 23 del Reglamento Bruselas I Bis “Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: posteriores al nacimiento del litigio, o que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección.

en la sección 5 del Reglamento Bruselas I Bis y los hace valer el propio trabajador, esto es, aun estando en el contrato el trabajador lo hace valer, pues manifiesta su voluntad de querer acudir a esos tribunales; en otro caso no vale el establecido en el propio contrato de trabajo, ya que el empresario lo impone al trabajador, que para entrar a trabajar firma este acuerdo sin más, quedando desprotegido si se le diera validez automática.⁹²

5.1.2 Convenio de Lugano⁹³

El Convenio de Lugano sigue los mismos criterios de determinación de Competencia Judicial Internacional que el Reglamento Bruselas I,⁹⁴ aplicándose a los países Noruega, Islandia y Suiza, que son los Estados parte del Convenio. Básicamente sigue las mismas bases explicadas en el apartado anterior exceptuando las adiciones hechas por el Reglamento Bruselas I Bis.

5.1.3 Artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁹⁵

El primer apartado del artículo 25 de la LOPJ⁹⁶ será aplicable en casos de contrato de individual de trabajo, sólo cuando se cumplan las condiciones del artículo 6.1 del Reglamento Bruselas I Bis, que dice que “*si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro,- y tampoco es la UE el lugar de prestación habitual de los servicios, tras Bruselas I bis-, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25.*”⁹⁷

⁹² Idem.

⁹³ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 octubre 2007 (Convenio de Lugano).

⁹⁴ Calvo Caravaca, A.L., Derecho internacional privado, Volumen II, Granada, 18^o edición, Ed. Comares, 2018, pág.830.

⁹⁵ Artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)

⁹⁶ 1º apartado del artículo 25 de la LOPJ “En el orden social, los juzgados y tribunales españoles serán competentes: En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.”

⁹⁷ Artículo 6.1 del Reglamento Bruselas I Bis “Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25.”

La mayoría de los criterios de aplicación del primer apartado del mencionado artículo 25 de la LOPJ son inaplicables como ya se ha señalado en las páginas 21 y 22 de este TFG,⁹⁸ ya que han sido desplazados por el Reglamento Bruselas I Bis, normativa con primacía, y que se deberá de aplicar siempre que esté dentro de su ámbito de aplicación, de tal manera que sólo se acudirá al artículo 25 de la LOPJ, que como ya se ha mencionado en este TFG,⁹⁹ es una norma de DIPr Autónomo, cuando no sea de aplicación el Reglamento ni el Convenio de Lugano.

Analizados los foros o criterios de atribución de competencia contenidos en el primer apartado del art. 25 de la LOPJ, resulta que no cabe acudir a aquellos previstos como domicilio en España o empresa española, o con agencia sucursal o establecimiento en España, o el lugar de prestación de los servicios está en España, porque si esto se diera estaríamos ante el ámbito de aplicación subjetiva o personal del Reglamento Bruselas I Bis (artículo 5, 20.2 y 21.2 del Reglamento), y nunca podríamos aplicar esta norma autónoma.

Sin embargo, hay dos criterios que sí que son aplicables actualmente, los cuales son *“que el contrato haya sido celebrado en territorio español”* aquí la jurisprudencia añade que exista alguna otra vinculación con territorio español como que la selección o la oferta de trabajo sea realizada en España y *“que se trate de un contrato de embarque presidido por oferta recibida en España por trabajador español.”*¹⁰⁰

Por último, cuando el Reglamento Bruselas I Bis no sea aplicable por no tratarse de una situación de contratación laboral internacional, sino de otros litigios laborales con elemento extranjero, se tendrá que acudir, para determinar si tienen o no competencia judicial internacional los tribunales españoles, como ya hemos señalado anteriormente,

⁹⁸ Págs. 21-22 del presente TFG

⁹⁹ Págs. 18-20 del presente TFG.

¹⁰⁰ Artículo 25.1 de la LOPJ “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

a los apartados de relaciones colectivas de trabajo (artículo 25.2¹⁰¹) y de litigios de Seguridad Social (artículo 25.3¹⁰²) de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

5.2 Determinación de la ley aplicable.

5.2.1 Reglamento Roma I¹⁰³

El Reglamento Roma I es aplicable a todas las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en todas aquellas situaciones en las que exista un conflicto de leyes, sin importar la nacionalidad de los ordenamientos jurídicos en conflicto, debido a su ámbito de aplicación universal.¹⁰⁴

A) Autonomía de la voluntad en elección de ley aplicable.

En su artículo 3.1,¹⁰⁵ el Reglamento contempla la posibilidad de que las partes del contrato escojan una ley como la aplicable a la totalidad o solo a alguna parte del contrato, a esto se lo denomina “autonomía de la voluntad conflictual”. Esta libertad de elección está limitada en materia de contrato de trabajo, y a diferencia de otros contratos internacionales, por el mismo Reglamento, creando un “mecanismo de defensa” a favor de la parte más débil del contrato de trabajo, el mismo trabajador, ya que si no existiese dicho mecanismo se crearía una situación de vulnerabilidad para el trabajador, ya que los empresarios intentarían, en la mayoría de las ocasiones, imponer la ley que más les convenga a ellos como la reguladora del contrato.¹⁰⁶

Este “mecanismo de defensa” está en el artículo 8 del mismo Reglamento Roma I¹⁰⁷, artículo de la determinación de la ley aplicable en contratos

¹⁰¹ Artículo 25.2 de la LOPJ “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

¹⁰² Artículo 25.3 de la LOPJ “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.”

¹⁰³ Reglamento (CE) N°593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

¹⁰⁴ Artículos 1 y 2 del Reglamento Roma I.

¹⁰⁵ Artículo 3.1 del Reglamento Roma I “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”

¹⁰⁶ Garcimartín Alférez, F.J., Derecho internacional privado, Navarra, 3ª edición, Ed. Thomson Reuters, 2016, pág. 377.

¹⁰⁷ Artículo 8 del Reglamento Roma I.

individuales de trabajo con elementos de extranjería. En el apartado 8.1,¹⁰⁸ se establece que *“el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los artículos 2, 3 y 4 del presente artículo.”* Aunque este mismo artículo reafirma la autonomía de voluntad conflictual, también le pone límites, ya que, aunque se permita escoger un ordenamiento jurídico como regulador del contrato de trabajo, no tendrá validez si no mejora las condiciones de trabajo de la que hubiese sido la normativa aplicable en defecto de elección.¹⁰⁹ Los criterios de la ley aplicable sin elección previa por las partes están recogidos en los siguientes apartados del artículo 8, como ya indica el artículo 8.1.

Si se confirma que la ley escogida por las partes no empeora la que hubiese sido aplicable en defecto de elección, se aplicará, pero el ordenamiento jurídico elegido supone un empeoramiento en las condiciones del trabajador, se ignorará la elección, procediendo a aplicar la que resulte de la aplicación de los criterios recogidos en el artículo 8.

Esta protección también está presente en el considerando 35 del mismo Reglamento Roma I, que dice que *“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.”*¹¹⁰

B) Otras soluciones en defecto de ley elegida o para su comparación:

Los criterios de determinación de ley aplicable a litigios sobre contratos en los que no se ha ejercido la autonomía de voluntad conflictual son:

¹⁰⁸ Artículo 8.1 del Reglamento Roma I *“El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.”*

¹⁰⁹ Calvo Caravaca, A.L., Derecho internacional privado, Volumen II, Granada, 18^º edición, Ed. Comares, 2018, pág.1154.

¹¹⁰ Considerando 35 del Reglamento Roma I *“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.”*

- Artículo 8.2.¹¹¹ Este artículo nos indica que “*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.*” La definición de “desplazamiento temporal” nos la da el propio Reglamento, en su considerando 36,¹¹² considerándolo como la realización de trabajo en otro país de forma temporal mientras se suponga que el trabajador va a volver al país de origen a reanudar su trabajo, por lo que siempre se aplicará la ley del país donde se realice la prestación de servicios de forma habitual, que es la regla clásica “*lex loci laboris*” en materia de contrato de trabajo.¹¹³

Ya veremos que esta regla solo se va a quebrar si el contenido material de la ley elegida mejora a esta, o bien, puede apreciarse en el caso concreto que el lugar de prestación de los servicios no implica un vínculo real, existiendo otra ley más vinculada (cláusula de escape del último apartado del artículo 8)

- Artículo 8.3.¹¹⁴ Este artículo regula aquellos casos en los que no se pueda determinar cuál es el país habitual de la prestación de servicios. Si el trabajo se presta en varios países de la misma forma, y no se dan los criterios jurisprudenciales que hemos analizado para determinar un país

¹¹¹ Artículo 8.2 del Reglamento Roma I “en la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual, o en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”

¹¹² Considerando 36 del Reglamento Roma I “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.”

¹¹³ Garcimartín Alférez, F.J., Derecho internacional privado, Navarra, 3ª edición, Ed. Thomson Reuters, 2016, pág. 378.

¹¹⁴ Artículo 8.3 del Reglamento Roma I “Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.”

de prestación habitual de los servicios,¹¹⁵ el contrato de trabajo se regulará por la normativa del país *“donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”*¹¹⁶

Esto también se puede observar en el “caso Navimer”,¹¹⁷ en el que se determina que en estos casos el lugar de prestación de servicios al que está vinculado el trabajador no será por el que se registró el contrato, sino que se registró por el establecimiento, sede u oficina en el que se realizó el contrato.

- Artículo 8.4.¹¹⁸ Este apartado incorpora una cláusula de escape ya que según el mismo, *“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”* Esto significa que aunque se puedan aplicar los anteriores apartados, este prevalece ante ellos siempre y cuando existan esos “vínculos más estrechos”, por ejemplo, si una empresa portuguesa contrata a un trabajador portugués en Portugal para que trabaje en su tienda de Madrid, se podrá aplicar este artículo y la ley que regulará el contrato será la portuguesa y no la regla general del art. 8.2 porque acudiremos a la cláusula de escape o reserva del apartado 4 para aplicar una ley más vinculada; para ello hay que buscar en el supuesto los índices de localización de esa relación laboral con otro ordenamiento jurídico distinto del que resulta automáticamente de aplicar el 8.2 o el 8.3 (según se trate de un supuesto con país de prestación de servicios o no).

Este artículo es muy importante en la materia de contrato de embarque internacional cuando se da la situación de abanderamiento de conveniencia.

¹¹⁵ Págs. 10-13 del presente TFG.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Fundamento Jurídico nº52, STJUE, 15 de diciembre de 2011, C-384/10, Navimer.

¹¹⁸ Artículo 8.4 del Reglamento Roma I “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”

6. El contrato de embarque internacional.

Se denomina “contrato de embarque” a aquel contrato de trabajo que se desarrolla a bordo de un barco. Cuando este presenta elementos de extranjería, será un contrato de embarque internacional.

El elemento de extranjería puede estar en la nacionalidad o domicilio de la empresa, y si existen varios posibles “empresarios” (armador, naviero, agencia, etc.), desde que uno de ellos sea extranjero se podrá considerar al contrato de embarque como internacional.

La extranjería también se puede encontrar en la nacionalidad o el domicilio del trabajador, aunque al tratarse de personas físicas, existen menos problemas de delimitación.

Por último, el elemento de extranjería puede estar en el país de abanderamiento, matrícula o registro del barco, ya que este, en virtud del principio del pabellón, implica el territorio del barco y, en consecuencia, el país de prestación habitual de los servicios.

En derecho internacional, el Estado del pabellón (el país de registro y en el que enarbola) es “*el Estado internacionalmente responsable de adoptar y poner en práctica las medidas necesarias que garanticen la seguridad en el mar, en especial, en lo que se refiere a condiciones de trabajo, independientemente de la nacionalidad de los marinos o del armador*”¹¹⁹

Como frecuentemente los trabajadores del mar realizan la prestación de servicios lejos de sus países de origen y, la gran mayoría de las veces los empleadores no están localizados en el mismo país de origen de los marinos, es fundamental que existan normas internacionales efectivas para este sector.¹²⁰

6.1 Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006.¹²¹

Antes de entrar a analizar la ley aplicable, el derecho laboral estatal aplicable, en litigios relativos a contrato de embarque, es necesario hacer referencia a un Convenio

¹¹⁹ Disponible en <http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/seafarers/lang-es/index.htm> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2021)

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Convenio sobre el Trabajo Marítimo, de febrero de 2006, aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT.

Internacional que regula unas condiciones mínimas de trabajo a bordo de buques y que es por tanto una regulación material aplicable convencionalmente.

*“Con el fin de proteger a la gente de mar en el mundo, así como su aporte al comercio internacional, la OIT adoptó más de 70 instrumentos (41 convenios y recomendaciones conexas) en el marco de reuniones marítimas especiales de la Conferencia Internacional del Trabajo.”*¹²² Tras esto, fue en febrero de 2006, con ocasión de la 10ª reunión marítima cuando se creó el Convenio sobre el Trabajo Marítimo, en el cual se revisaron y refundieron 37 convenios existentes, además de las recomendaciones conexas.¹²³

Este Convenio fija las condiciones mínimas de trabajo a bordo de buque, las cuales son:

- la edad mínima.
- el certificado médico.
- formación y calificaciones.
- horas de trabajo y períodos de descanso.
- vacaciones.
- alojamiento.
- salarios.
- esparcimiento.
- alimentación.
- servicio de fonda.
- protección de la salud y seguridad social.
- repatriación

Siempre que se realice un contrato de embarque, se deberán de respetar los mínimos que establece el Convenio, sin importar la ley aplicable al contrato, así que esta ley aplicable solo podría mejorar las condiciones de trabajo que dicta el Convenio.

¹²² Disponible en <http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/seafarers/lang-es/index.htm> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2021)

¹²³ Idem.

El Convenio es aplicable a todos los Estados que lo han ratificado.¹²⁴ El apartado 4 del artículo II del Convenio¹²⁵ establece su ámbito de aplicación, que será *“a todos los buques de propiedad pública o privada, que se dediquen habitualmente a actividades comerciales, con excepción de los buques dedicados a la pesca u otras actividades similares y de las embarcaciones de construcción tradicional, como los dhows y los juncos. El presente Convenio no se aplica a los buques de guerra y las unidades navales auxiliares.”*

Finalmente, es importante mencionar la solución que puso el Convenio a los casos de abandono a la gente del mar. El Comité del Convenio se reunió en abril de 2014 para solucionar este problema. Las cuales fueron aprobadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2014, entrando en vigor el 18 de enero de 2017.¹²⁶

Cabe mencionar que su aprobación fue gracias a la insistencia del ITF, ya que los empresarios marítimos se negaban a implementarlo, que hicieron casi imposible la tarea de que la normativa entrara en vigor.

El avance se logró gracias a la instauración de un seguro marítimo obligatorio, que está regulado por la Norma A2.5.2 apartado 3, del Texto de las enmiendas de 2014 del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006,¹²⁷ que dice *“todo Miembro deberá velar por que exista, para los buques que enarbolen su pabellón, un sistema de garantía financiera que cumpla los requisitos estipulados en la presente norma. El sistema de garantía financiera podrá consistir en un régimen de seguridad social, un seguro o un fondo nacional u otro sistema similar.”*

Esto supuso un gran avance, ya que antes de su entrada en vigor, cuando había problemas como embargos de buque, accidentes navales, etc.; los trabajadores del mar

¹²⁴ Apartado 2 del Artículo VIII del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006. “El presente Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.”

¹²⁵ Apartado 4 del artículo II del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006. “Salvo que se disponga expresamente otra cosa, el presente Convenio se aplica a todos los buques, de propiedad pública o privada, que se dediquen habitualmente a actividades comerciales, con excepción de los buques dedicados a la pesca u otras actividades similares y de las embarcaciones de construcción tradicional, como los dhows y los juncos. El presente Convenio no se aplica a los buques de guerra y las unidades navales auxiliares”

¹²⁶ Disponible en <http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/seafarers/lang-es/index.htm> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2021).

¹²⁷ Norma A.2.5.2 apartado 3, del Texto de las Enmiendas de 2014 del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006.

quedaban abandonados a su merced en puertos, sin poder volver a casa por sus propios medios y requiriendo de la ayuda externa de ONGs para volver a su hogar.

6.2 Identificación del empresario marítimo.

6.2.1 Concepto y criterios de identificación del empresario marítimo.

Respecto a la parte empresarial de la relación laboral a bordo de buque, resulta crucial en orden a determinar los criterios de competencia judicial internacional, o incluso poder determinar, como veremos en la ley aplicable, si existen vínculos más estrechos, y resulta que en el ámbito marítimo es donde más confusión se produce respecto de quien es el verdadero empresario y donde más supuestos se dan de cesión ilegal de trabajadores, por la aparición de empresas interpuestas.

El Derecho del Trabajo define al empresario como el que recibe la prestación de servicios de un trabajador, los cuales, según las notas configuradoras del contrato de trabajo, recogidas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores,¹²⁸ las cuales indican que los servicios han de prestarse de forma voluntaria, personal, a cambio de una remuneración, bajo dependencia del empresario y por cuenta ajena.

Respecto a la parte empresarial de la relación laboral a bordo de buque, resulta crucial en orden a determinar los criterios de competencia judicial internacional, o incluso poder determinar, como veremos en la ley aplicable, si existen vínculos más estrechos, y resulta que en el ámbito marítimo es donde más confusión se produce respecto de quien es el verdadero empresario y donde más supuestos se dan de cesión ilegal de trabajadores, por la aparición de empresas interpuestas.

El empresario marítimo sería entonces el empleador que recibe y dirige la prestación de servicios de trabajadores del mar.

Además, no es necesario que el empleador realice una actividad económica con fines lucrativos o no, así que para el Derecho del Trabajo no habrá diferencia alguna entre una persona que utilice un buque con fines propios y otra que lo use con fines mercantiles.¹²⁹ Finalmente, el buque adquiere mucha importancia en el ámbito

¹²⁸ Artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

¹²⁹ Idem.

marítimo, ya que sin el no existiría la empresa marítima y no podría existir tampoco el empresario marítimo.¹³⁰

En definitiva, el concepto de empresario marítimo se podría definir, según Meléndez Morillo-Velarde,¹³¹ como *“el que siendo titular de uno o más buques los destina a la navegación, con independencia de la finalidad económica o de mero disfrute perseguida con esa actividad, y que es al tiempo el titular originario de una o varias relaciones de trabajo.”*

La relación entre la propiedad del buque y la condición de empresario marítimo no es aceptable actualmente, ya que la propiedad y la explotación del buque están claramente diferenciados, y la consideración de un sujeto como el empresario marítimo conlleva a la titularidad de este de titular de la empresa marítima. Por lo que *“se constata que existe un empresario marítimo que no es propietario del buque que explota, y que no por carecer de la propiedad queda reducido a un mero representante del propietario del buque.”*¹³²

Existen dos tipos de contratos de explotación de un buque que tienen influencia a la hora de caracterizar al empresario marítimo:

- **Contrato de arrendamiento de buque:** Se cede un buque *“no armado ni equipado (sin tripulación), o armado y equipado. El arrendamiento de buque supone la obligación del arrendador de poner el buque a disposición del arrendatario durante un cierto tiempo, para que éste lo explote en su nombre y por su cuenta.”*¹³³ A cambio, el arrendatario se compromete a usar el buque en el tráfico marítimo de acuerdo con lo que se especifique el contrato y a pagar al arrendador.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 79.

¹³² Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 81.

¹³³ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, págs. 82 y 83.

Mientras dura el contrato, el arrendatario se convertirá en el “*único titular de la explotación marítima empresarial*”, ostentando la “gestión náutica o técnica” del navío, además de la “*gestión comercial*”.¹³⁴

El arrendatario en este contrato obtiene la gestión náutica y técnica, además de la gestión comercial, convirtiéndose en el único titular de la explotación marítima empresarial.¹³⁵

- **Contrato de fletamento por tiempo:** Este contrato consiste en la cesión por un tiempo de un buque con tripulación, durante cierto período de tiempo, el cual se deberá de fijar por las partes del contrato.

En este contrato hay dos partes, el fletante, que es que el cede la gestión comercial del buque y lo prepara para ponerlo a disposición de la otra parte, el fletador, que es el que contrata la puesta a su disposición del buque y será el que de las órdenes mientras dure el contrato.¹³⁶

La principal característica de esta modalidad contractual es que la gestión del buque queda dividida, por un lado, está el fletante, que mantiene la gestión náutica, y por otro el fletador, que tendrá la gestión comercial, que le permite dar órdenes al capitán sobre los aspectos relativos a la explotación del buque.¹³⁷

A pesar de que a priori el fletante debería de mantener la posesión del buque, se puede añadir una cláusula al contrato de fletamento para que se realice un traspaso de la posesión del buque, desvinculándose el fletante de la explotación del buque, convirtiéndose el fletador en el único que da órdenes en el barco, sosteniendo los ámbitos de gestión náutica y gestión comercial.¹³⁸

Al ver estos contratos, surge la duda de si al realizar estos contratos, el que se convierte en explotador del buque se convierte también en empresario marítimo o si se requieren de otras circunstancias.

¹³⁴ Idem, pág. 83.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 83.

¹³⁷ Idem, págs. 83 y 84.

¹³⁸ Idem, pág. 84.

Explotar el buque no es suficiente para ser considerado como empresario marítimo, ya que debe de “*ostentar la posesión del buque.*” Dicha posesión se obtiene “*mediante el ejercicio del poder de dirección sobre el capitán del buque, y, a través de éste, sobre los demás miembros de la tripulación.*”. Esta facultad, sobre los ámbitos de gestión náutica y gestión comercial se pueden conseguir a través de la contratación directa del capitán o por la facultad de impartir órdenes al capitán mediante contrato.¹³⁹

Por todo lo anterior, entendemos que se considera empresario marítimo al que haya contratado al capitán directamente, que es lo que sucede en el contrato de arrendamiento de buque no armado ni equipado, o armado, pero no equipado. Por otra parte, en el contrato de arrendamiento de buque armado y equipado, el arrendatario tiene el control de la explotación, así que será el que de órdenes directas al capitán y será el empresario marítimo.¹⁴⁰

En casos de contrato de fletamento, será importante saber si se ha incluido la cláusula de traspaso de la posesión del buque mencionada anteriormente, ya que cuando se incluya la cláusula, el capitán recibe órdenes del fletador, así que será el empresario marítimo. En cambio, cuando no se haya incluido la cláusula, el titular originario conserva el control sobre el capitán, así que será este el empresario marítimo.¹⁴¹

El Convenio de la OIT sobre el Trabajo Marítimo de 2006¹⁴² interpreta como empresario marítimo tanto al propietario del buque como al fletador a casco desnudo (que a efectos de la explotación del buque ha asumido la responsabilidad que incumbe al propietario o a otra entidad o persona).¹⁴³

6.2.2 Confusión al identificar al empresario marítimo.

Según Meléndez Morillo-Velarde, los problemas que surgen a la hora de identificar al empresario marítimo se deben principalmente a dos motivos, “*por la contratación de trabajadores marítimos a través de sujetos interpuestos*” y “*por la colaboración entre*

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 85.

¹⁴² Convenio sobre el Trabajo Marítimo, de febrero de 2006, aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT.

¹⁴³ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 85.

empresarios marítimos, en los sectores de transporte y de pesca cuando esa colaboración lleva aparejada la cesión de trabajadores de uno a otro empresario.”¹⁴⁴

A) Por la contratación de trabajadores marítimos a través de sujetos interpuestos: A menudo los empresarios marítimos contratan agencias de embarque para que realicen las gestiones de las relaciones laborales de su empresa, las cuales son “*entidades utilizadas normalmente por los empresarios marítimos con buques matriculados en Estados con banderas o pabellones de conveniencia, para que se encarguen de la gestión de sus tripulaciones.*”¹⁴⁵

Estas agencias de embarque actúan como representantes del empresario marítimo, pero el tipo de representación puede variar dependiendo del contrato, porque la agencia podrá “*actuar en nombre y por cuenta de su representado*”, pero también podrá “*actuar en interés de su representado, pero ocultando su condición de mero representante del titular del negocio.*”¹⁴⁶

Este tipo de representación genera confusión a la hora de identificar al empresario marítimo, ya que en los casos en los que se oculta la condición de representante de la agencia, el trabajador es contratado por la agencia sin conocer al empresario real, por lo que no podrá tomar acción contra el empresario ni viceversa. En estos casos, el trabajador podrá dirigirse contra la agencia, ya que es la que ostenta la legitimación pasiva al ser el único titular conocido de la relación laboral, pero esto no significa que sea la única responsable a la que se le puedan imputar los incumplimientos laborales. El Convenio de la OIT sobre el Trabajo Marítimo de 2006 se pronuncia en este tema, considerando que en estos casos tanto la agencia como el verdadero empresario serán considerados empresarios de los trabajadores y tendrán una responsabilidad solidaria entre ambos.¹⁴⁷

En cambio, en los casos en los que la agencia no oculte su condición de representante, el único responsable será el empresario marítimo representado.

¹⁴⁴ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 86.

¹⁴⁵ Idem, pág. 87.

¹⁴⁶ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 89.

¹⁴⁷ Idem, págs. 90 a 93.

B) Por la colaboración entre empresarios marítimos, en los sectores de transporte y de pesca cuando esa colaboración lleva aparejada la cesión de trabajadores de uno a otro empresario: Los empresarios a menudo intentan maximizar sus beneficios, y para lograrlo a menudo recurren a la cooperación empresarial, con las que consiguen abaratar costes, repartir los riesgos de la actividad empresarial y la aparición de nueva competencia.¹⁴⁸

Estos grupos empresariales también generan confusión a la hora de determinar el empresario marítimo, y aquellos trabajadores acaban prestando sus servicios a distintas empresas que forman parte del grupo.

De los grupos empresariales hay que destacar la figura del “consorcio”, que Meléndez Morillo-Velarde define como “*el instrumento de cooperación interempresarial por el cual dos o más personas singulares o colectivas, que ejercen una actividad económica, se vinculan entre sí para realizar de forma concertada cierta actividad*”¹⁴⁹ Los consorcios suponen una gran cooperación empresarial, ya que todos los empresarios consorciados ponen en común sus elementos materiales para realizar la explotación conjunta.¹⁵⁰

En definitiva, en el ámbito laboral marítimo las cesiones ilegales de trabajadores hacen muy difícil de identificar siendo muy problemático identificar al empresario real, por lo que todas las empresas tendrán responsabilidad solidaria con todas las que compongan la sociedad empresarial, y lo recomendable es siempre codemandar a todas, planteando un “liticonsorcio pasivo necesario”, que nos permita utilizar el criterio de determinación de la CJI en cuanto al domicilio de la empresa demandada de forma amplia ante la concurrencia de muchos “supuestos” empresarios.

En el sector pesquero se utilizan sociedades mixtas y uniones temporales de empresas pesqueras, a fin de garantizar la asignación de caladeros extranjeros, por ejemplo, marruecos, unido al abanderamiento de conveniencia del barco como veremos más adelante.

¹⁴⁸ Idem, pág. 94.

¹⁴⁹ Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009, pág. 99.

¹⁵⁰ Idem.

Las sociedades mixtas son “*sociedades de derecho privado constituidas por uno o varios armadores comunitarios y uno o varios socios de un país tercero creada en el marco de las relaciones formales entre la Comunidad y el país tercero y destinada a explotar y, en su caso, a aprovechar los recursos pesqueros situados en aguas de ese país tercero o bajo su soberanía o jurisdicción, con la perspectiva de abastecer prioritariamente al mercado comunitario*”.¹⁵¹

Las sociedades mixtas se definen como “*o el acuerdo contractual limitado en el tiempo, entre armadores de la Unión Europea y personas físicas o jurídicas de uno o varios países terceros con los que la Comunidad mantiene relaciones, destinadas a explotar y eventualmente a aprovechar en común los recursos de pesca de éste o de estos países terceros y a repartir los costes y los beneficios*”¹⁵²

A la hora de identificar al empresario en estas situaciones, hay que comprobar si las empresas mantienen su individualidad. Si la mantienen, no existe cambio en el empleador, pero si se produce el traspaso de trabajadores, ambos serán empresarios laborales al ser receptores de la prestación de servicios del trabajador.

Por último, podemos concluir que existen muchas situaciones en las que se hace difícil determinar quién es el empresario marítimo. Por ello, los trabajadores a menudo se ven obligados a demandar a todos los posibles involucrados en la relación laboral, lo que se denomina como “liticonsorcio pasivo necesario”, que está regulado en el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹⁵³ Estos liticonsortes tendrán responsabilidad solidaria con los demás siempre que sea probable que se han beneficiado de la prestación de servicios del trabajador.

Además, ya hemos mencionado también la cesión ilegal de trabajadores, que según la jurisprudencia existe cuando una empresa contrata a trabajadores de su

¹⁵¹ Idem, pág. 101

¹⁵² Idem, pág. 102

¹⁵³ Artículo 12.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil “Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio de la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como liticonsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

país para cederlos a una empresa extranjera para que presten servicios en el extranjero.¹⁵⁴ La jurisprudencia ha determinado que sólo las agencias privadas de colocación pueden realizar una cesión de trabajadores.

6.3 Pabellones de Conveniencia.

Un buque con pabellón o bandera de conveniencia es un buque que enarbola una bandera distinta a la del propietario del buque, con el fin de beneficiarse de una regulación mínima, unas tasas de matriculación baratas, unos impuestos bajos o inexistentes y de la libertad de contratar mano de obra barata en el mercado laboral mundial.¹⁵⁵

Este método se utiliza para aparentar el sometimiento del buque al ordenamiento jurídico de un Estado que no es el que realmente le corresponde, con el fin de aparentar estar regidos por un ordenamiento jurídico que no es el que realmente le corresponde.

Los pabellones de conveniencia tienen efectos muy negativos en los marinos, puede implicar que reciban salarios más bajos de lo que les corresponde, que trabajen en condiciones deficientes, carecer de los alimentos adecuados y de agua potable limpia y que tengan que trabajar durante largos períodos sin los descansos pertinentes, con el consecuente estrés y fatiga.¹⁵⁶

Según la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF), existen 35 países declarados como banderas de conveniencia.¹⁵⁷

Los pabellones de conveniencia complican la determinación de la ley aplicable a un contrato de embarque, porque en circunstancias normales la ley aplicable sería la del Estado de abanderamiento del buque en el que se realiza la prestación de servicios, según el principio del estado del pabellón, que se define como *“Estado en el que se abandera un buque, se matricula una aeronave o se registra un objeto espacial, a los que concede su nacionalidad y quedan bajo su jurisdicción y control, que deberá ejercer de manera efectiva y conforme a las normas vigentes para cada medio de*

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 159/2005, de 7 de marzo (jur2005/105359)

¹⁵⁵ Disponible en <https://www.itfglobal.org/es/sector/seafarers/banderas-de-conveniencia> (fecha de última consulta: 21 de junio de 2021)

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Disponible en <https://www.itfglobal.org/es/sector/seafarers/banderas-de-conveniencia> (fecha de última consulta: 21 de junio de 2021).

*transporte.*¹⁵⁸ y aplicando este principio llegaríamos al artículo 10.2 del Código Civil, que indica que *“los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen.”*¹⁵⁹ lo que significa que se aplicaría el derecho laboral del Estado del pabellón de conveniencia, el cual no es el que debería de aplicarse realmente. Ante este problema, se podrá aplicar el artículo 8.4 del Reglamento Roma I,¹⁶⁰ aplicando el derecho laboral del país que tenga vínculos más estrechos con las circunstancias del contrato.

Esto nos llevaría al artículo 8.2 del Reglamento Roma I,¹⁶¹ que nos obligaría a aplicar como ley al contrato de embarque el derecho laboral de un país que es una mera ficción, debido al abanderamiento de conveniencia, que normalmente conlleva unas condiciones laborales precarias. De ahí que nuestra jurisprudencia utilice ante estas situaciones el recurso de vínculos más estrechos del artículo 8.4 del Reglamento Roma I,¹⁶² aplicando el derecho laboral del país realmente vinculado al supuesto.

7. Determinación de la competencia judicial en el contrato de embarque internacional.

En el ámbito de contrato de embarque internacional, se aplicarán las reglas que se aplican normalmente a los contratos de trabajo internacionales, mencionadas anteriormente en este TFG.¹⁶³ Por esto, el orden natural para determinar si un tribunal es competente para conocer de un litigio de derecho internacional privado, será ver si se

¹⁵⁸ Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/estado-del-pabell%C3%B3n> (fecha de última consulta: 21 de junio de 2021).

¹⁵⁹ Artículo 10.2 del Código Civil *“los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen.”*

¹⁶⁰ Artículo 8.4 del Reglamento Roma I *“Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”*

¹⁶¹ Artículo 8.2 del Reglamento Roma I *“En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.”*

¹⁶² Artículo 8.4 del Reglamento Roma I *“Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”*

¹⁶³ Págs. 13-19 del presente TFG.

puede aplicar el Reglamento Bruselas I Bis, si no, el Convenio de Lugano, y finalmente si estos no fuesen aplicables, el artículo 25.1 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, al cual acudiríamos mediante el artículo 6.1 del Reglamento Bruselas I Bis.¹⁶⁴

Una de las particularidades que se presenta a la hora de determinar la CJI surge cuando existe la pluralidad de empresarios, ya sea por la existencia de agencias o agrupaciones de empresarios. En estos casos, bastará con que uno de los empresarios esté domiciliado en territorio comunitario para que sea aplicable el Reglamento Bruselas I Bis, según su artículo 8.1.¹⁶⁵ También se aplicará Bruselas I Bis cuando uno de los empresarios tenga una agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro.¹⁶⁶

En este sentido una de las peculiaridades en las demandas que afectan a contratos de embarque internacionales es que normalmente existe litisconsorcio pasivo necesario, de tal manera que por las dificultades de determinar al verdadero empresario las demandas se formulan frente a todos los “posibles” empresarios, sin perjuicio de probar en el proceso cualquier cesión ilegal existente entre ellos.

Por último, también constituye una especialidad en cuanto a la concurrencia de problemas de esta índole en el ámbito marítimo, que afecta al artículo 21.2 del Reglamento Bruselas I Bis,¹⁶⁷ referente a la aplicabilidad del Reglamento en casos de que se realice la prestación de servicios en un Estado miembro. Como ya sabemos, el lugar de la prestación de servicios en un contrato de embarque está determinado por el abanderamiento, la matrícula o el registro del buque. Debido a los pabellones o banderas de conveniencia, ajenas a matriculaciones en el ámbito de la Unión Europea, la posibilidad de aplicación del Reglamento Bruselas I bis en cuanto a que los servicios

¹⁶⁴ Artículo 6.1 del Reglamento Bruselas I Bis “Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25”

¹⁶⁵ Artículo 8.1 del Reglamento Bruselas I Bis “Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: si hay varios demandados, ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente.”

¹⁶⁶ Artículo 20.2 del Reglamento Bruselas I Bis “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro.”

¹⁶⁷ Artículo 21.2 del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).”

se presten en territorio comunitario, se ve más limitada, podemos apreciar que este artículo tiene menos probabilidades de aplicarse, ya que el país de prestación de servicios va a ser normalmente Estados extracomunitarios, con lo que salvo que concurra el ámbito subjetivo del Art. 5 del Reglamento (domicilio de la empresa demandada en territorio comunitario) o del Art. 20.2 (Agencia, sucursal o establecimiento en UE) “entraría en juego” el artículo 25.1 de la LOPJ, que contiene un foro específico para el contrato de embarque.¹⁶⁸ Si no fuese por la “vía de escape” que da el foro general del Reglamento, estarían obligados a litigar ante los tribunales de esos países de escasa vinculación y poca seguridad jurídica y en este sentido el mantenimiento del foro indicado del art. 25.1 LOPJ “in fine”¹⁶⁹ garantiza al menos que los Tribunales españoles puedan conocer en supuestos de pabellones de conveniencia y empresas extracomunitarios, si la oferta de embarque la recibió en España un marinero español, lo que consideramos adecuado y beneficioso en estos supuestos.

En caso de que la demanda sea frente al trabajador, lo cual es absolutamente inusual en contrato de embarque, ya que no se trata de relaciones especiales con posición más predominante del trabajador, como la de deportistas, alta dirección o artistas, y siempre toma las decisiones el empresario, acudiremos al artículo 22.1 del Reglamento Bruselas I Bis,¹⁷⁰ pudiendo solo demandarlo en el Estado miembro donde esté su domicilio.

8. Determinación de la ley aplicable en el contrato de embarque internacional.

Con respecto a la determinación de la ley aplicable en el contrato de embarque internacional, será aplicable el artículo 8 del Reglamento Roma I,¹⁷¹ ya que es de aplicación universal.

¹⁶⁸ Artículo 25.1 de la LOPJ “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.”

¹⁶⁹ Idem “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: ... en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.”

¹⁷⁰ Artículo 22.1 del Reglamento Bruselas I Bis “Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio.”

¹⁷¹ Artículo 8 del Reglamento Roma I.

Cómo ya sabemos, el Reglamento Roma I permite a las partes, en su artículo 3.1,¹⁷² escoger una ley por la que se regirá el contrato. Lamentablemente lo típico en los contratos a bordo de buque es que el empresario fuerce a escoger como ley aplicable al contrato la ley del país de abanderamiento, que también suele ser una bandera de conveniencia, que como ya sabemos son leyes mucho más “permisivas” para el empresario, generando problemas para el trabajador, como ya mencionamos anteriormente,¹⁷³ sabiendo el empresario que no se aplicará el derecho laboral que realmente correspondería hasta que se lleve el caso a los juzgados. Cuando no se haya escogido una ley se aplicará de todos modos la ley del país de abanderamiento, que sigue siendo la de un país de pabellón de conveniencia, generando los mismos problemas que acabamos de mencionar.

Esto genera una situación de desprotección para el trabajador del mar, ya que se le está aplicando una ley que no corresponde, en el sentido de que no existe vinculación real con el supuesto y que lo normal es que sea de bajas condiciones laborales, reduciendo la protección de la parte débil del contrato, cuando realmente hay una vinculación real y efectiva con otro ordenamiento mucho más protector.

Para solucionar este problema la jurisprudencia acude, ya sin necesidad de mucha prueba de índices en el contrato, sino solo con constatar que se trata de un pabellón o abanderamiento de conveniencia, en busca de la ley con efectiva vinculación del supuesto y que va a determinar el derecho laboral que debe ser aplicado en estos casos, a través de la cláusula de escape que hemos analizado,¹⁷⁴ prevista en el artículo 8.4 del Reglamento Roma I,¹⁷⁵ para aplicar el derecho laboral del país con vínculos más estrechos. La aplicación de este artículo conlleva a que no se aplique la ley del país de bandera de conveniencia, si no el que realmente correspondería al contrato de trabajo.

Según la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº1128/2012 de 29 de junio de 2012, lo que persigue este artículo 8.4 es que

¹⁷² Artículo 3.1 del Reglamento Roma I “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.

¹⁷³ Pág. 33 del presente TFG.

¹⁷⁴ Pág. 34 del presente TFG.

¹⁷⁵ Artículo 8.4 del Reglamento Roma I “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”

se mantenga, en la medida de lo posible, “*la vinculación con el sistema jurídico más conectado al contrato*”¹⁷⁶

9. Conclusiones.

Primero: Las relaciones laborales internacionales han experimentado un importante crecimiento fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX y fundamentalmente en el actual siglo XXI, debido a varios factores, como la globalización, las migraciones de personas por motivos políticos o económicos, las empresas multinacionales, que contratan trabajadores en otros países o desplazan a otros de su país de origen (estableciéndose en otros países).

Segundo: El mundo globalizado actual potencia las relaciones jurídicas internacionales y dentro de ellas las laborales, las empresas multinacionales, el transporte marítimo internacional, las migraciones con motivo laboral, pero no cabe duda de la transcendencia de la Unión Europea y sus principios de libre circulación de trabajadores, por un lado, y de libre establecimiento y prestación de servicios de empresas, por otro.

Tercera: Las situaciones privadas internacionales están regulados por normas, que pueden ser comunitarias (Unión Europea), convencionales (convenios internacionales) o autónomas (normas del legislador español). Estas normas se encargan de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a los litigios.

Cuarta: El Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006 de la OIT es el convenio internacional más importante en cuanto al contrato de embarque, fijando las condiciones mínimas de trabajo a bordo de un buque.

Quinta: Con frecuencia se confunde la figura del empresario marítimo, ya que en situaciones comunes como la contratación de trabajadores a través de terceros y la colaboración de empresarios, es difícil de identificar, de ahí que en el contrato de embarque haya concluido la importancia de su identificación, de demostrar en su caso la

¹⁷⁶ Fundamento jurídico nº3 STSJ de Las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº1128/2012 de 29 de junio de 2012.

existencia de cesión ilegal de trabajadores y que, para todo ello, sea siempre conveniente y necesario codemandar a todos los “posibles” empresarios marítimos.

Sexta: Los empresarios marítimos a menudo recurren a los pabellones de conveniencia con el fin de abaratar costes, lo que tiene consecuencias directas en las condiciones de trabajo de los trabajadores del mar. Esta situación hace inaplicable la solución general del artículo 8.2 Roma I, ya que el país de prestación habitual de servicios no refleja un vínculo efectivo. El artículo 8.4 del Reglamento Roma I¹⁷⁷ es especialmente importante en estos casos, ya que gracias a la consideración de países con vínculos más estrechos se acaba aplicando la ley correspondiente y efectivamente vinculada y no la del pabellón de conveniencia.

Séptima: A la hora de determinar la CJI, se aplicarán mayoritariamente el Reglamento Bruselas I Bis, acudiendo a la LOPJ en casos específicos. Sin embargo no sucede así en contrato de embarque y hemos descubierto en este TFG la importancia de mantener un foro de aplicación en materia de contrato de embarque en el Derecho Autónomo, la posibilidad existente en el vigente art. 25.1 L.O.P.J, permite que los tribunales españoles conozcan de demandas en materia de contrato de embarque cuando se trate de oferta recibida en España por marinero español, ya que la existencia generalizada de Pabellones de conveniencia y falsos empresarios, vinculados a países de fuera de la Unión Europea, hacen inaplicable el Reglamento Bruselas I bis en estos supuestos fraudulentos, la existencia de este foro no desplazado por el Reglamento, evita que tengan que litigar en estos paraísos laborales.

Octava: Para determinar la ley aplicable, se aplicará siempre el Reglamento Roma I, ya que es de aplicación universal. En materia de contrato de embarque internacional, la aplicación del recurso de los vínculos más estrechos es muy común, debido a los pabellones de conveniencia y permite inaplicar el artículo 8.2 que nos llevaría al derecho laboral de esos países de escasa protección laboral y aplicar efectivamente el verdadero derecho laboral vinculado a ese contrato de embarque internacional por la cláusula de escape del Artículo 8.4 del reglamento.

¹⁷⁷ Artículo 8.4 del Reglamento Roma I “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”

10. Bibliografía.

Libros, manuales y revistas.

Esplugues Mota, Carlos., Derecho Internacional Privado. 11ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. Print. Manuales.

Mansilla Y Mejía, María Elena. Derecho Internacional Privado. IURE Editores, 2017. Web.

Meléndez Morillo-Velarde, L., “El empresario marítimo, delimitación desde la perspectiva laboral”, en Revista del Ministerio del trabajo en inmigración, núm. 82, 2009.

Calvo Caravaca, A.L., Derecho internacional privado, Volumen II, Granada, 18ª edición, Ed. Comares, 2018.

Calvo Caravaca, A.L., Derecho internacional privado, Volumen I, Granada, 18ª edición, Ed. Comares, 2018.

Fernández Rozas. J.C., Derecho internacional privado, Navarra, 10ª edición. Ed. Aranzadi, 2018.

Garcimartín Alférez, F. J., Derecho Internacional Privado, Navarra, 3ª edición, Ed. Thomson Reuters, 2016.

Arroyo Martínez, I., Contenido de derecho marítimo, Madrid, 5ª edición, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2014.

Legislación.

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de la Unión Europea L 191, de 29 de julio de 1992.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto 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.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Reglamento (CE) nº593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

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

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

Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Constitución Española, de 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Reglamento (UE) nº1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Bruselas I Bis).

Reglamento (CE) nº44/2001 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.

Convenio sobre el Trabajo Marítimo, de febrero de 2006, aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, Überseering.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 13 de julio de 1993 Mulox IBC, C-125/92.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de enero de 1997, Rutten, C-383/95.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de febrero de 2002, Weber, C-37/00.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 159/2005, de 7 de marzo (jur2005/105359).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 15 de diciembre de 2011. Navimer, C-384/10.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011, Koelzsch, en el asunto C-29/10.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº1128/2012 de 29 de junio de 2012.

Recursos web.

Gobierno de España, Ministerio del Interior (s.a.) “Ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero”. Disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/ciudadanos-de-la-union-europea/ambito-de-aplicacion> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2021).

Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (s.a.) “Banderas de conveniencia”. Disponible en <https://www.itfglobal.org/es/sector/seafarers/banderas-de-conveniencia> (fecha de última consulta: 21 de junio de 2021).

Real Academia Española (s.a.) “Estado del pabellón”. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/estado-del-pabell%C3%B3n> (fecha de última consulta: 21 de junio de 2021).

EUR-Lex (s.a.) “Refuerzo de la aplicación y el cumplimiento de la legislación de la UE en materia de desplazamientos de trabajadores”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10508> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2021).

Organización Internacional del Trabajo (s.a.) “Gente de mar”. Disponible en <http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/seafarers/lang--es/index.htm> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2021)