



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Competencia judicial internacional y Ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo en el régimen europeo

Presentado por:

Carlota María García Merino

Tutelado por:

Diana Gluhaia

Valladolid, 24 de enero de 2020

RESUMEN

Con el nacimiento de las Comunidades Europeas, y la posterior Unión Europea, se ha hecho necesaria la redacción de unos instrumentos que posibiliten la efectiva unión económica y jurídica. En el marco del contrato internacional de trabajo, los progresivos cambios sociales han dado lugar a una legislación que ha ido modificándose, en primer lugar a través de las delimitaciones hechas por la vía jurisprudencial, y con posterioridad, mediante diversas legislaciones. En este trabajo de fin de grado se realiza un estudio de la competencia judicial internacional y la Ley aplicable a los contratos individuales de trabajo en la normativa de la Unión Europea a través de la evolución de su regulación, y de la jurisprudencia que ha ido afinando sus términos; además de realizar una disertación final acerca del futuro de esta materia, de viva actualidad.

PALABRAS CLAVE

Contrato individual de trabajo, Competencia judicial internacional, Ley aplicable

ABSTRACT

Upon the birth of the European Communities, and the following European Union, the drafting of some acts that implement the effective economic and legal union has become necessary. In the framework of individual contracts of employment, the successive social changes have entailed a new legislation that has changed progressively, firstly through the delimitation made by case law, and later, through the different legal acts. This thesis studies the international jurisdiction and the Law applicable to individual contracts of employment in the European Union legal framework, by the means of the evolution of its regulation and the case law that has gradually refined its terms, as well as writing a final dissertation on the future of this matter, which is of living relevance.

KEY WORDS

Individual contract of employment, International Jurisdiction, Applicable Law

ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	1
LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	4
1. INTRODUCCIÓN	6
2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS	9
I. Contrato de trabajo internacional.....	9
II. Trabajador.....	10
III. Empresario.....	11
3. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRABAJO	13
I. Convenio de Bruselas de 1968.....	14
I. La noción genérica de obligación y de lugar de ejecución según el art. 5.1 del Convenio de Bruselas	15
II. Reglamento Bruselas I.....	17
III. Reglamento Bruselas I <i>bis</i>	18
i. Concepto de competencia judicial internacional.....	18
ii. Ámbito de aplicación.....	18
iii. Foros de competencia.....	21
i. Foro del domicilio del demandado.....	21
ii. Lugar de prestación de los servicios.....	24
iii. Lugar en el que estuviera o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador.....	27
iv. Lugar de prestación temporal de los servicios laborales. El supuesto específico del desplazamiento de trabajadores (Directiva 96/71/CE)	28
v. Sumisión de las partes al Tribunal de un Estado miembro.....	30

IV. Convenio de Lugano.....	31
i. <i>Brexit</i> : ¿es posible la aplicación automática del Convenio de Lugano?.....	32
4. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRABAJO.....	34
I. Antecedentes. Características generales del Reglamento Roma I.....	34
II. Convenio de Roma.....	35
III. Propuesta de Reglamento de Roma.....	36
IV. Reglamento Roma I.....	38
i. La Ley elegida por las partes.....	40
ii. La Ley del lugar de prestación del trabajo.....	42
iii. La Ley del establecimiento que contrata.....	45
iv. Breve comentario sobre la Ley aplicable a la forma del contrato y a la capacidad de los contratantes.....	47
v. El supuesto específico de la Ley aplicable a los desplazamientos temporales de trabajadores (Directiva 96/71/CE).....	49
5. CONCLUSIONES.....	52
6. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.....	54
7. FUENTES NORMATIVAS.....	56
8. FUENTES JURISPRUDENCIALES.....	57

LISTADO DE LAS ABREVIATURAS Y LAS SIGLAS

AELC: Asociación Europea de Libre Cambio

Art.: Artículo

As.: Asunto

CB: Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 *relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*

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

CE: Constitución Española

CL I: Convenio *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. *DOUE nº L-319/9 de 25 de noviembre de 1988.*

CL II: Convenio *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, hecho en Lugano el II, de 30 de octubre de 2007, *DOUE nº L-339/3, de 21 de diciembre de 2007.*

CR: Convenio de Roma. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma I).

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

EEE: Espacio Económico Europeo

ET: 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

FD: Fundamento de Derecho

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

RBI: REGLAMENTO (CE) No 44/2001 DEL CONSEJO de 22 de diciembre de 2000 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DO L 12/1 de 16.1.2001)

RBI *bis*: REGLAMENTO (UE) No 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DO L 351, de 20-12-2012).

RRI: REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”) (DO L 177, de 4-7-2008, cde DO L 309, de 24-11-2009).

Sent.: Sentencia

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Los desplazamientos por motivos laborales han tenido lugar con gran frecuencia a lo largo de la Historia, y se hace aún más evidente en nuestros días gracias al proceso de globalización que estamos viviendo.

Como señalan los autores CARINCI y PIZZOFERRATO, a partir de la década de 1980 y debido a la creciente integración de las economías de los Estados miembros de la UE, se ha acentuado la frecuencia de las relaciones laborales internacionales, ya sea porque los empresarios y los trabajadores están domiciliados en Estados miembros diversos, o ya sea porque la prestación de trabajo debe realizarse en uno o más Estados distintos de los del domicilio del empresario y/o el trabajador. Todas estas actividades de trabajo dependiente presentan elementos de transnacionalidad que comportan un riesgo de conflictos de competencia judicial internacional y de Ley aplicable que el legislador comunitario intenta resolver¹, y que, con el paso del tiempo, ha sufrido progresivas reformas y novedades legislativas que deben observarse con detenimiento.

Presenciamos movimientos internacionales por motivos laborales por parte tanto de trabajadores de terceros Estados en dirección a la UE, como de empleados nacionales que se trasladan a otros países fuera la Unión, y en el interior de ésta. En este último caso, estos traslados se han visto favorecidos por la libre circulación de trabajadores y por el principio de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad², consagrados por el Derecho originario de la Unión, y de los cuales disfrutaban a la hora de desempeñar sus empleos. En el caso de los empresarios, el reconocimiento de la libertad de establecimiento ha facilitado la expansión de las empresas en la Unión Europea³.

Otra de las causas que ha planteado una actualización de la regulación, ha sido la aparición de nuevas formas de contratación, – como sucede con la cuestión de las ofertas de trabajo realizadas a través medios telemáticos (teléfono, correo, o actual y más comúnmente,

¹ CARINCI, F. e PIZZOFERRATO A. (2015), *Diritto del lavoro e dell'Unione Europea*. P. 323.

² El artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, publicado en *DOUE C-340* de 10 de noviembre de 1997, y el artículo 4, apartado 2, letra a), y artículos 20, 26 y 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DO C-83/47* de 30 de marzo de 2010

³ El artículo 3, apartado 3 del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, publicado en *DOUE C-340* de 10 de noviembre de 1997; el artículo 4, apartado 2, letra a), y artículos 49 a 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DO C-83/47* de 30 de marzo de 2010

internet) – y de nuevas formas desempeño de trabajo, – como es el caso del teletrabajo –, además de la abundante creación de empresas multinacionales.

A la hora de regularlo se tiene en cuenta, además, la posición de superioridad del empleador, que hace que los Estados brinden una especial protección a los trabajadores a través de las distintas legislaciones.

Por lo tanto, nos encontramos ante una materia muy característica por varios motivos:

- Se carece de una calificación uniforme que blinde la noción de contrato individual de trabajo a nivel internacional, ya que, en cada Estado se contempla un concepto diferente del mismo. Debemos atender a doctrina y jurisprudencia para obtener una noción común que permitirá decidir qué competencia y qué legislación serán de aplicación.
- Se debe lidiar con un desequilibrio entre las partes de este tipo de contratos, con respecto al que el legislador busca proteger a la parte más vulnerable: el trabajador.
- La presencia de elemento extranjero en las relaciones laborales a menudo supone el desconocimiento de la legislación y la dificultad de acceso a los órganos jurisdiccionales para los trabajadores. Además, éstos tendrán que acudir a normas de muy diversa índole – nacionales, internacionales y europeas –, con cuyas incompatibilidades se ha ido lidiando a lo largo de una muy amplia jurisprudencia.
- La contratación laboral internacional es una materia que tanto en estos momentos como en el futuro está llamada a ser de gran actualidad, y seguirá estando sujeta a frecuentes actualizaciones que se reflejarán, previsiblemente en legislación y jurisprudencia.

En consecuencia, la sistemática a seguir en este trabajo será la realización de un recorrido a lo largo de la evolución de esta materia hasta llegar a la legislación presente, analizando textos normativos, documentos doctrinales y jurisprudenciales.

El primer capítulo estará destinado al estudio de la competencia internacional en materia de contratos individuales de trabajo con elemento extranjero, iniciando por el Convenio de Bruselas de 1968 y el posterior Reglamento Bruselas I, hasta llegar a la normativa actual refundida en el Reglamento Bruselas I *bis*, que abarcará tanto los foros en los que el demandado sea el empresario como aquéllos en los que el demandado sea el trabajador. Se tratará, además, de la cuestión especial de los trabajadores desplazados, regulado por la

Directiva 96/71/CE, y del Convenio de Lugano, aplicable a los Estados miembros de la AELC.

Se procederá de la misma forma a la investigación de la Ley aplicable a los mencionados contratos, desde sus inicios con el Convenio de Roma de 1980, hasta el presente Reglamento Roma I.

El principal objetivo a lograr es el conocimiento de la determinación de la competencia judicial internacional y la Ley aplicables a los contratos individuales en la actualidad. Paralelamente y de forma secundaria, se pretende la consecución de una comprensión de los conceptos que han suscitado controversia a lo largo de las distintas normativas aplicadas, y la correlativa respuesta del TJUE y los tribunales.

La metodología empleada para ello consistirá en la revisión e interpretación crítica de la normativa. A tal fin, se procederá a la selección y análisis de la parte de las normas reguladoras relativa a los contratos individuales de trabajo con elemento de extranjería, y se elaborará un estudio descriptivo de las mismas. Se ha completado sobre dos ejes:

- Jurisprudencial: se llevará a cabo un estudio sobre los pronunciamientos de mayor relevancia para la materia, desde la publicación de las normas hasta la actualidad, y se realizará una síntesis de los de mayor interés para el Trabajo.
- Bibliográfico: se tomará como referencia diversos estudios doctrinales recogidos de artículos y monografías para acercarse a las distintas posiciones interpretativas.

2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

La legislación en materia de contratación laboral internacional es altamente dispersa en el ordenamiento jurídico español, por lo que se da lugar a una combinación de soluciones de origen institucional, convencional y estatal⁴.

I. Contrato de trabajo internacional

El concepto de “*contrato de trabajo*” varía en función de las características con las que cada país ha decidido delimitarlo. En materia de Derecho Internacional Privado europeo, es clave contar con una uniformidad conceptual que permita asegurar la exhaustividad de los temas que se están tratando. Al carecer de una definición universal de “*contrato de trabajo*”, debemos

⁴ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (2017). Derecho Internacional Privado, 11ª Edición. P. 623

acudir a la jurisprudencia para concretar su significado. La doctrina coincide en que este concepto debe de ser objeto de una interpretación autónoma, que ha realizado el TJUE a lo largo de una rica jurisprudencia, el cual, a este respecto, se pronunció diciendo que “*no pueden precisarse e interpretarse por remisión al Derecho interno del Estado miembro de que se trata, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario cuyo contenido debe precisarse por referencia al sistema y a los objetivos del Convenio*”⁵.

Así pues, hacemos referencia a la Sent. *Ferbo*, que señala que “*la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución*”⁶. El carácter de subordinación, por lo tanto, es consustancial. Además, debe encontrarse en el marco de una determinada forma de organización de los asuntos de la empresa o el empresario⁷.

De manera más específica, a efectos del art. 8 RRI, que determina la Ley aplicable al trabajo internacional, se entiende por tal el contrato relativo a un servicio por cuenta ajena y bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración, debiendo ser este personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena (VIRGÓS SORIANO, M., 1986, citado en CALVO CARAVACA, A.L., 2017)⁸. Se entienden incluidos en esta noción los “*contratos nulos*” y las “*relaciones de trabajo de hecho*”⁹. Añadimos, además, que la Sección 5ª del Capítulo II RBI *bis*, que para los contratos de trabajo rige de manera excluyente, es también aplicable a la regulación de los contratos de trabajo prestados en o mediante Internet (*cyberwork*)¹⁰.

II. Trabajador

⁵ Informe para la vista de la STJCEE de 8 de marzo de 1988, *Arcado/Haviland*, C-9/87, apartado II, ECLI:EU:C:1988:127

⁶ STJUE As. C-47/14, *Ferbo*, de 10 de septiembre de 2015, ECLI:EU:C:2015:574, apartado 57 y STJUE As. C-533/07, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, de 23 de abril de 2009, ECLI:EU:C:2009:257, apartado 29

⁷ STJUE, As. C-266/85, de 15 de enero de 1988, *Shenavai/Kreischer*, ECLI:EU:C:1987:11.

⁸ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Derecho Internacional Privado Vol. II, 17ª Edición. P. 1281.

⁹ Artículo 6.2.f) de la Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, GIULIANO, M. y LAGARDE, P. C 282/1 DO 31.10. 80

¹⁰ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. Pág. 1270-1271.

Con respecto al concepto de “*trabajador*”, el TJUE se ha pronunciado señalando que, para ser considerado como tal, debe “*ejercer actividades reales y efectivas, excepto aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio*”¹¹.

La Sent. *Le Manoir* indica que se produce cuando “*una persona realice durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración*”¹².

Un caso que ha suscitado controversias ha sido el de los directores y los consejeros de las empresas. El TJUE ha resuelto que, “*en la medida en que estas personas físicas disponen de un poder de control autónomo sobre la gestión corriente de los asuntos de la sociedad, y sobre los ejercicios de sus propias funciones*”, se carece de esta nota de subordinación. Por lo que se puede determinar que la labor de los directores y los miembros de los Consejos de Administración de las empresas no entra dentro de lo que se considera un trabajador a los efectos de este Reglamento¹³.

Teniendo esto en cuenta, el concepto de “*contrato de trabajo*” que manejaremos a lo largo de este trabajo será el de la relación duradera existente entre una persona que proporciona a otra, bajo cuya dirección se encuentra, determinadas prestaciones a cambio de una retribución, en el marco de una concreta forma de organización de los asuntos del empresario. El “*trabajador*” será, entonces, la persona que realice durante un tiempo determinado, en favor y bajo la dirección de otra, ciertas prestaciones a cambio de las cuales percibirá una remuneración; excluyéndose de esta definición los directores y consejeros de las empresas.

III. Empresario

Como consecuencia de la definición apenas dada de los conceptos de “*contrato de trabajo*” y de “*trabajador*”, podemos afirmar que un “*empresario*” es aquella persona, que, ocupando una posición de superioridad, otorga una remuneración a las personas de las que recibe, bajo su dirección y en el marco de una concreta forma de organización de sus asuntos, un servicio voluntario y dependiente, durante un periodo de tiempo limitado.

Cabe destacar que no se establece ninguna diferencia, ni por la vía normativa ni por la jurisprudencial, entre los empresarios de pequeñas empresas, medianas empresas o multinacionales, ya que lo característico del papel del empresario en la relación

¹¹ STJCEE As. C-27/90, de 26 de febrero de 1992, *Bernini*, ECLI:EU:C:1992:89, apartado 13

¹² STJCEE As. C-27/91, de 21 de noviembre de 1991, *Le Manoir*, ECLI:EU:C:1991:441, apartado 7

¹³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J (2019). Derecho Internacional Privado. 5ª Edición. P 134.

laboral es el llevar a cabo la toma de decisiones de la empresa desde una posición predominante.

3. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRABAJO

Entendemos por competencia judicial internacional, “*la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria*”¹⁴.

Se trata con ello de especificar los criterios y principios que rigen a la hora de determinar qué órganos jurisdiccionales y autoridades conocerán del litigio que tuviera lugar, para evitar la adopción de sentencias contradictorias, y facilitar el reconocimiento y la ejecución de las mismas en Estados distintos de aquél en que se dictó. Las normas empleadas conforman un sistema complejo, al ser éstas tanto de carácter tanto interno como externo.

En lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, para determinar la competencia judicial internacional rigen las siguientes normas:

- Reglamento Bruselas I *bis*;
- O, en su caso, Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 o Convenio de Lugano II de 30 de septiembre de 2007

I. CONVENIO DE BRUSELAS (1968)

En el año 1968, el Convenio de Bruselas *sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* de 17 de septiembre de 1968 (en adelante, CB), así como su homólogo el Convenio *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (en adelante, CLI), ha sido durante treinta años el instrumento jurídico al que acudir en materia de litigios surgidos de la existencia de un contrato de trabajo relacionado con varios ordenamientos jurídicos. Fue previsto por el art. 293 TCEE¹⁵ (antiguo art. 220 TCE), cuyo contenido integrado a la legislación española a través del Convenio de San Sebastián, el cual, además de propiciar la adhesión española a la

¹⁴ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Derecho Internacional Privado Vol. I, 17ª Edición. P. 143.

¹⁵ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957

UE, incluía modificaciones en materia de contratación laboral¹⁶. Fue modificado posteriormente por los convenios de adhesión de nuevos Estados miembros al mismo¹⁷.

Los contratos individuales de trabajo con elemento de transnacional tenían cabida en el ámbito de aplicación de este Convenio, enunciado en el art. 1, ya que éste era de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles. Este excluye de entre sus materias aplicables, entre el sentido que este Trabajo nos ocupa, la Seguridad Social¹⁸, por estar regulada en el ámbito del Derecho público¹⁹.

No obstante, es de destacar que la redacción originaria del CB no contemplaba la desigualdad de fuerzas entre las partes, otorgando las mismas consecuencias jurídicas a las relaciones entre empresario y trabajador, que con posterioridad verían reconocida su posición de superioridad y de inferioridad, respectivamente. De esta forma, se obviaba la especificidad de los contratos y las relaciones laborales, ya que, al asimilarlas a las relaciones contractuales civiles, se presuponía una posición de igualdad, que, con el tiempo, la jurisprudencia dejaría de considerar como tal.

No obstante, esta diferencia se fue teniendo en cuenta gracias a los progresivos pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE.

i. La noción genérica de obligación y de lugar de ejecución según el art. 5.1 CB

El planteamiento de una cuestión prejudicial en el As. *De Bloos*²⁰ provocó que el TJUE estableciese que el término “obligación” contenido en el art. 5.1 CB aludía a que “la obligación que había de tenerse en cuenta era la que se correspondía con el derecho contractual en el que se basaba la acción del demandante”²¹. Y, como al alegar el incumplimiento de dicha obligación, tal y como sucedió en el As. *De Bloos*, será esta obligación la que determine el lugar de ejecución; por lo

¹⁶ FONTINOPOLOU BASURKO, O. (2008). El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario. P. 51

¹⁷ Considerando 7 del 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*

¹⁸ Artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1968 de 27 de septiembre de 1968 *relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. DOCE n° 299/72, de 31.12.1972.

¹⁹ ABARCA JUNCO y otros (2016). Derecho Internacional Privado. 2ª Edición. P. 114

²⁰ STJCE, As. C-14/76, de 6 de octubre de 1976, *De Bloos/Bouyer*, ECLI:EU:C:1976:134

²¹ STJCE, As. C-14/76, de 6 de octubre de 1976, *De Bloos/Bouyer*, ECLI:EU:C:1976:134, citada en STJUE, As. C-266/85, de 15 de enero de 1985, *Shenavai/Kreischer*, ECLI:EU:C:1987:11, apartado 9

que, en un primer momento, el TJUE señala que la interpretación de un foro de competencia especial debía hacerse mediante una referencia al Derecho de un Estado miembro – postura que fue duramente criticada por parte de la Doctrina²².

El concepto de “*lugar de ejecución*” puede referirse al lugar de donde parte el mandato de llevar a cabo la obligación laboral, o bien el lugar donde debe efectivamente cumplirse la misma. El art. 5.1 CB se refiere al “*lugar de cumplimiento de la obligación*”, si bien no especifica qué se entiende por tal. De nuevo, se debe acudir a las sentencias del TJUE: en el As. *Pugliese*, los jueces entendieron que la noción “*debe determinarse sobre la base de criterios uniformes que corresponde definir al Tribunal de Justicia fundándose en el sistema y en los objetivos del Convenio*”, el cual apeló, a lo largo de una copiosa jurisprudencia, que la delimitación de este concepto debía realizarse de forma autónoma. Así las cosas, el órgano jurisdiccional que entendió del As. *Pugliese*, determinó que se trataba del “*lugar en el que el trabajador ejerce de hecho las actividades pactadas con su empresa*”²³.

El concepto se afinó paulatinamente, cuando dos cuestiones prejudiciales más fueron elevadas ante el TJUE. La primera de ellas, en el As. *Ivenel*²⁴, se determinó que, en el caso de diversas demandas fundadas en diversas obligaciones resultantes de un mismo contrato de representación entre un trabajador y una empresa, la obligación que se tendrá en cuenta será la que caracterice al contrato. Asimismo, ante la situación de que existan distintas obligaciones a cumplir en distintos Estados, se interpretará el artículo de forma que sea competente el Tribunal que más protección otorgue al trabajador, que normalmente coincide con el lugar en que el trabajador presta sus servicios (*locus laboris*).

La segunda sentencia a mencionar es la relativa al As. *Shenava*²⁵, que se aparta de la concepción del As. *De Bloos* y confirma la tesis del As. *Ivenel*. El TJUE reconoció la diferencia entre la noción de obligación sostenida para los conflictos derivados de contrato de trabajo y para los litigios derivados de otro tipo de relaciones contractuales. Apoyándose en la consideración de que la relación laboral es duradera y de que se ubica al trabajador en el marco de los asuntos de la empresa y en el lugar de ejercicio de las actividades, el Tribunal

²² FONTINOPOLOU BASURKO, O. (2008). Op. Cit. P. 54

²³ STJUE, As. C-437/00, de 19 de septiembre de 2002, *Pugliese*, ECLI:EU:C:2002:511, FD 16 y 19

²⁴ STJUE, As. C-133/81, de 23 de mayo de 1982, *Ivenel*, ECLI:EU:C:1982:199

²⁵ STJUE, As. C-266/85, de 15 de enero de 1985, *Shenava/Kreischer*, ECLI:EU:C:1987:11

sostuvo que, por obligación, en materia contractual laboral, se debe entender la obligación característica del contrato: la realización del trabajo²⁶.

La última sentencia que cabe indicar a este respecto es la relativa al As. *Six Constructions*²⁷, en la que el TJUE se vio obligado a rechazar la teoría del *locus laboris*, cuando los servicios fueran realizados en países extracomunitarios, al ser inaplicable este punto de conexión en esas circunstancias. Por lo tanto, se entenderá como únicamente aplicable el foro del domicilio del demandado²⁸.

La evolución jurisprudencial que acabamos de mencionar llevó a la redacción de un foro especial por razón de la materia, modificado por el Convenio de San Sebastián de 1989. Este Convenio establecía un primer punto de conexión en razón de la proximidad (el *locus laboris*), y, en segundo lugar, una vía para cuando se desconociera el lugar donde se prestasen los servicios laborales (lugar en el que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador), los cuales han estado vigentes hasta la entrada en vigor del CB y el CL I.

II. REGLAMENTO BRUSELAS I (2001)

El Reglamento (CE) 44/2001, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, (en adelante, RBI) nace para superar la dispersión legislativa de la normativa anterior. Los cambios introducidos buscan obtener una mayor facilidad y equilibrio al determinar el órgano judicial competente en materia de contratos individuales de trabajo con elementos de extranjería, ya que sistema de una forma más ordenada las interpretaciones realizadas por el TJUE y se actualiza a los cambios sociales en materia de contratación laboral. El ejemplo más representativo de esta voluntad es la unificación en una única Sección de los arts. 5.1 y 17.VI que se encontraban desperdigados en los antiguos CB y CL: la Sección 5ª del Capítulo II (arts. 18 a 21)²⁹. Esta estructura se encontraba ya presente en el Convenio de Roma de 19 de julio de 1980 sobre la ley aplicable

²⁶ STJUE, As. C-266/85, de 15 de enero de 1985, *Shenavai/Kreischer*, ECLI:EU:C:1987:11

²⁷ STJCE, As. 32/88, de 15 de febrero de 1989, *Six Constructions*. ECLI:EU:C:1989:68

²⁸ FONTINOPOLOU BASURKO, O. (2008). Op. Cit. P. 56

²⁹ MARTÍN BRAÑAS, C. (2011) Competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo en el ámbito de la Unión Europea.

a las obligaciones contractuales³⁰. El RBI da una vuelta completa al tratamiento de los litigios en materia laboral que se otorgaba con el Convenio de 1968.

El cambio más notable es la realización de una Sección independiente que tiene un carácter especialmente tuitivo para la figura del trabajador, a quien reconoce como la parte débil de la relación. Este carácter marcadamente tuitivo del Reglamento se traduce en que el legislador confirió al empleado reglas de competencia que le fueran más favorables que las generales³¹, permitiéndole al trabajador demandar a su empresario ante el órgano jurisdiccional que considere más cercano a sus intereses³².

Es por ello que, si bien la autonomía de la voluntad de elección de los órganos está limitada en cuanto a la elección del órgano competente, el trabajador se ve beneficiado con un número mayor de tribunales ante los que poder demandar al empresario: el Estado del domicilio del empresario, cualquier otro Estado miembro en el que el trabajador desempeñare su trabajo habitualmente o en el último en que lo hubiere hecho, o en el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado el trabajador³³.

A diferencia de las posibilidades abiertas al trabajador, el empleador solo podía interponer una demanda ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro del domicilio del trabajador³⁴.

Otra de sus características es que el Reglamento Bruselas I, en sus artículos 67 y siguientes, se limita a regular sus supuestos de especialidad, no la incompatibilidad del Reglamento con un Convenio que pudiera abarcar la misma materia. En consecuencia, se aplica la regla de Derecho internacional *lex specialis derogat legi generali*³⁵.

³⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SANCHEZ LORENZO, S. (2018). Derecho Internacional Privado 10ª Edición.

³¹ Considerando 18 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 12/2, de 16.1.2001

³² STJUE, As. C-154/11, de 19 de julio de 2012, *Mabamdía*, ECLI:EU:C:2012:491, FD 45

³³ Artículo 19 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12/7, de 16.1.2001

³⁴ Artículo 20 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12/2, de 16.1.2001

³⁵ FONTINOPOLOU BASURKO, O. (2008). Op. Cit. P. 48

Este Reglamento permaneció en vigor hasta el 10 de enero de 2015, fecha en la que fue derogado por el comienzo de la vigencia del Reglamento Bruselas I *bis*.

Por otra parte, el 16 de septiembre de 1988, los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea, firmaron un Convenio análogo al Convenio de Bruselas de 1968 con los Estados de la AELC: el Convenio de Lugano de 1988, también relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁶.

III. REGLAMENTO BRUSELAS I BIS (2012)

i. Concepto de competencia judicial internacional

El nacimiento del 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* (en adelante, RBI *bis*), se produce con el objeto de mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia³⁷. De la misma forma que la regulación precedente, el RBI *bis* cuenta con una sección dedicada a la contratación laboral internacional, la Sección V del Capítulo II, que abarca los artículos 20 a 23.

ii. Ámbito de aplicación

Estudiado el concepto de la competencia internacional en materia de contratos individuales de trabajo con elementos de extranjería, debemos destacar que, para su determinación, en la actualidad se aplican varias normas. En primer lugar, el RBI *bis*, con la excepción realizada en su Considerando 9, para cuyos casos mencionados seguirá aplicándose el Convenio de

³⁶ Considerando 7 del 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, *DOUE* L 351/1, del 20.12.2012

³⁷ Considerando 1 del 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, *DOUE* L 351/1, del 20.12.2012

Bruselas de 27 de septiembre de 1968³⁸. También es de aplicación el Convenio de Lugano II de 30 de septiembre de 2007, firmado entre la Unión Europea y los Estados miembros de la AELC.

En cuanto a la cuestión del ámbito de aplicación, debemos abordar esta cuestión desde distintos puntos de vista.

En lo que se refiere al ámbito espacial, el RBI *bis* se aplica a la totalidad del territorio de los Estados miembros en términos del art. 355 TFUE. Una novedad del presente Reglamento es la inclusión de Dinamarca, tras el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca de 19 de octubre de 2015³⁹. El concepto de “*territorio de un Estado miembro*” será determinado por las normas de Derecho internacional público. Tras la jurisprudencia emanada del As. *Weber* (2002)⁴⁰, también se considera que “*las instalaciones situadas sobre la plataforma continental adyacente*” a un Estado miembro deben considerarse situadas en el territorio de dicho Estado.

En el aspecto temporal, siguiendo el art. 81 RBI *bis*, según el cual el Reglamento debía entrar en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOUE*, entró en vigor el 10 de enero de 2013, y fue de aplicación desde el 10 de enero de 2015. Los arts. 75 y 76 constituyen una excepción, al ser aplicables desde el 10 de enero de 2014. Se debe señalar, además, el carácter de irretroactividad del Reglamento⁴¹.

En lo que respecta al ámbito de aplicación material, conviene recordar que dos requisitos son necesarios: el carácter de internacionalidad, considerando éste como la presencia de algún elemento de extranjería; y el hecho de que el objeto principal sea una materia civil o mercantil. Entendemos, tal y como lo hacen los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, que el Reglamento “*se aplica a los litigios que se plantean entre personas particulares o sujetos que actúan a título particular, y que se refieren a materias concernientes a la actividad económica no relacionada con el Derecho de Familia*”, de ahí que se aplique a los litigios derivados del Derecho del Trabajo, con la excepción de los relativos a la Seguridad Social, tal y como se concluyó

³⁸ Considerando 9, 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, *DOUE* L 351/2, de 20.12.2012

³⁹ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 204

⁴⁰ STJCE, As. C-37/00, de 27 de febrero de 2002, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122

⁴¹ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017) Op. Cit. P. 206

en el As. *Sanicentral*⁴². El propio Reglamento nos indica, además, la inaplicabilidad del mismo en materia de arbitraje⁴³.

- iii. En consecuencia, este Reglamento es de aplicación en los territorios de los Estados miembros de la UE, incluidas las plataformas continentales de sus Estados miembros, tiene carácter irretroactivo y es de aplicación para asuntos civiles o mercantiles con elementos de transnacionalidad, dentro de los que entra la materia que nos ocupa: los contratos individuales de trabajo. **Foros de competencia**

De forma similar a su Reglamento precedente, el RBI *bis* otorga una protección especial a la parte que reconoce más débil, con normas favorables a sus intereses⁴⁴. Ésta es la razón por la que continúa la técnica del Reglamento precedente, y concede un abanico más amplio de posibilidades al trabajador para demandar al empresario, que viceversa.

Cuando exista una pluralidad de demandados, el trabajador no puede someter a todos ellos a los tribunales del Estado miembro donde tiene su domicilio un demandado a través del art. 8 RBI *bis*. Esto tiene que ver con la aplicación exclusiva de la Sección 5ª del Capítulo II del RBI *bis*, que impide fundamentar la competencia de los tribunales en normas que no se encuentren en esa Sección⁴⁵.

Cabe destacar que el RBI *bis* introduce una novedad en su Considerando 14º: el demandado no domiciliado en un Estado miembro se someterá a las normas nacionales sobre competencia judicial que sean de aplicación en el Estado miembro del tribunal que esté conociendo del asunto. Sin perjuicio de que en este Reglamento se contemplen normas sobre la competencia judicial que deban aplicarse independientemente del domicilio del demandado, en los siguientes casos: para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados

⁴² STJCE, AS 25/79, de 13 de noviembre de 1979, *Sanicentral/Collin*, ECLI:EU:C:1979:255, apartado 5

⁴³ Considerando 12, Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

⁴⁴ Considerando 14 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351/1, del 20.12.2012

⁴⁵ STJUE, As. C 462/06, de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline*, ECLI:EU:C:2008:299, apartado 18

miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes⁴⁶.

i. Foro del domicilio del demandado

El domicilio es el criterio que emplea, de forma general, la legislación europea en materia de competencia judicial internacional. ABARCA JUNCO justifica el empleo de este foro en tres motivos lógicos⁴⁷:

En primer lugar, en el hecho de que es un foro altamente previsible para las partes. El segundo motivo se basa en la concesión de una mayor proximidad a la parte que debe soportar la carga del proceso con respecto al sistema jurídico que pueda conocer mejor. Por último, se entiende que será el foro que garantice al demandante la ejecución de una sentencia favorable, en vista de que lo ordinario es que los bienes del demandado se encuentren en el lugar donde esté situado su domicilio.

Se debe establecer una diferencia entre los tipos de personas a las que se puede aplicar la regulación actual: físicas y jurídicas.

El art. 62 del Reglamento Bruselas I *bis* remite a la Ley interna del Estado cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto litigioso, para determinar si una de las partes, como persona física, está domiciliada en el mismo⁴⁸. Sin embargo, con respecto a las personas jurídicas, el art. 63 da una serie de criterios uniformes.

Este es el foro general por excelencia, existente tanto para el caso en que el demandante sea trabajador – el cual, a diferencia del empresario, tendrá la posibilidad de acogerse a más foros ante los que demandar –, como para cuando sea el empresario.

El art. 21.1.(a) faculta al empleado para demandar al empresario, si éste es persona jurídica, ante los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio de este último, entendiéndose

⁴⁶ Considerando 18 del 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, DOUE L 351/1, del 20.12.2012

⁴⁷ ABARCA JUNCO y otros (2016). Op. Cit. P. 643

⁴⁸ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Bruselas I bis). DOUE n° L-315/1 de 20 de diciembre de 2012.

como tal el lugar donde se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal⁴⁹.

La noción de domicilio del empresario ha sido afinada por la jurisprudencia: en cuanto a los litigios que se den contra empresas que, a pesar de no estar domiciliadas en un Estado miembro, tengan una sucursal, agencia o establecimiento en un Estado miembro, se considerará que tiene su domicilio en el Estado de dicha sucursal, agencia o establecimiento, para los litigios derivados de la explotación de éstos⁵⁰.

Existen casos especiales: la jurisprudencia española ha reiterado que, en el caso de trabajadores al servicio de organismos oficiales que se hallen en el extranjero y que sean dependientes de la Administración Española, podrá ser esta demandada ante los tribunales españoles, ya que la Administración Española tiene, inequívocamente, su domicilio en España⁵¹. El art. 10.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social señala que “*En las demandas contra las Administraciones públicas empleadoras será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandante, a elección de éste; salvo para los trabajadores que presten servicios en el extranjero, en que será juzgado competente el del domicilio de la Administración pública demandada*”⁵². Por el contrario, en lo que respecta a los trabajos realizados en entes sitios en España pero que dependan de Estados extranjeros, se entiende que el lugar de prestación es España⁵³.

Tal y como señala el profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ, es importante tener en cuenta que “*el domicilio debe subsistir en el momento de la demanda, lo que provoca perpetuatio iurisdictionis. Ulteriores cambios de domicilio no alteran la competencia judicial internacional*”⁵⁴. En cuanto a la estructura de las sociedades, cuando una persona sea contratada por una sociedad filial, aunque su sociedad matriz esté domiciliada en España, si la demandada es la sociedad filial no se podrá demandar al empresario en España⁵⁵. Este foro opera especialmente en el caso de trabajos prestados en su integridad en el territorio de terceros Estados, en favor de

⁴⁹ Art. 63 del 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, DOUE L 351/1, del 20.12.2012

⁵⁰ STJUE, As. C-154/11, de 19 de julio de 2012, *Mabamdia*, ECLI:EU:C:2012:491, FD 41

⁵¹ STSJ Madrid, Social, de 11 de junio de 2014, ECLI:ES:TSJM:2014:8067, FD 1, apartado 3

⁵² Art. 10.1 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, de 10 de octubre de 2011, *BOE* núm. 245 de 11 de Octubre de 2011.

⁵³ STSJ Madrid, Social, de 23 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TSJM:2015:14999, FD 4.

⁵⁴ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). *Op. Cit.* P. 1273

⁵⁵ STSJ Baleares, Social, de 26 de noviembre de 2002, ECLI:ES:TSJBAL:2002:1203. FD 1

empresarios domiciliados en un Estado miembro, ya que el foro del lugar de prestación de servicios contemplado en el art. 21.2 de este Reglamento no es de aplicación para la atribución de competencias. Esto se debe a que entre las notas de este artículo contemplan específicamente que la prestación de un trabajo se realice o hubiere realizado habitualmente en un Estado miembro o hubiera sido contratada por un establecimiento que se encuentre en un Estado miembro⁵⁶. La consecuencia lógica implica que los trabajos prestados en Estados extracomunitarios en favor de empresarios domiciliados en Estados miembros no entren dentro del marco de aplicación de este artículo, por lo que se debe recurrir al 21.1.

La exclusividad en la aplicación de la Sección 5 del Capítulo II, implica que no sea posible, en materia de responsabilidad solidaria, atraer a los demás demandados al foro del domicilio de uno de ellos por la vía del art. 8 del RBI *bis*, porque no es posible aplicar artículos que se encuentren fuera de esta Sección.

En el caso de que los demandantes sean los empresarios, el foro enunciado en el art. 22 del RBI *bis* constituye la única opción que les es concedida para demandar al trabajador. Los autores FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO señalan que, en puridad, el empresario no cuenta con foros especiales, ya que esta única posibilidad se da “sin perjuicio de su derecho a reconvenir ante el Tribunal que haya sido demandado”, lo cual no constituye un foro especial⁵⁷.

La mención al “tribunal” competente, de la misma forma que sucede en el art. 4 RBI *bis*, y a diferencia de la redacción de otros artículos ya mencionados, parece indicar de forma directa el tribunal territorialmente competente⁵⁸.

Por lo tanto, al demandar en el foro del domicilio del empresario, debemos tener en cuenta que se considerará como domicilio de una persona jurídica el lugar donde tenga su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal, y que los ulteriores cambios de domicilio no alterarán la competencia judicial. En el caso de las sociedades filiales, el demandar a una no implica que se pueda emplear el foro de la sede estatutaria de la sociedad principal. El del domicilio del demandado es el foro prioritario, sin perjuicio de que las circunstancias aconsejen emplear los posteriormente descritos en el Reglamento.

⁵⁶ STSJ Asturias social 13 sept 2016, ECLI:ES:TSJAS:2016:2477, FD 4

⁵⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2018). Op. Cit. P. 649

⁵⁸ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1276

Al demandar en el foro del domicilio del trabajador, ésta constituirá la única opción para el empresario, sin perjuicio de su derecho a reconvenir.

ii. Lugar de prestación de los servicios en el caso de trabajo desarrollado habitualmente en un mismo país

Este artículo 21.1.b.i también posibilita, en su segundo apartado, que el trabajador demande al empresario en otro Estado miembro, sea ante el tribunal del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo, o del último lugar en que lo haya desempeñado.

La noción de “*habitualidad*” no queda concretada con la mera lectura del artículo, sino que se debe recurrir a la interpretación hecha por el TJUE. En numerosas sentencias, como *Ivenel*, *Six Constructions* o *Shenavai*⁵⁹, identifica la prestación “*habitual*” con el lugar donde se “*desarrolla principalmente, se tiene el centro de actividades profesionales*”. Este se concreta mediante el criterio temporal del lugar donde el trabajador “*pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero*” por cuenta de su empresa, tal y como se expone en el As. *Rutten*⁶⁰. Este mismo asunto establece que, si el trabajo se presta en una instalación situada en la plataforma continental de un Estado, se considera desarrollada en el territorio de dicho Estado, y también nos informa de la imposibilidad de que opere este foro si no se puede identificar el país de “*prestación habitual*” de servicios con arreglo a “*criterios fácticos*”⁶¹. La naturaleza de algunos empleos, como pueden ser los relacionados con los transportes o los artistas, las prestaciones de trabajo realizadas en varios Estados, o los recientemente aparecidos teletrabajo y cibertrabajo internacional, hacen que, en ocasiones, la localización de los mismos sea complicada, como es el caso de la prestación de servicios en aviones. En los Ass. *Nogueira*⁶², *Rutten*⁶³ y *Mulox*⁶⁴, el Tribunal dejó claro que este lugar no

⁵⁹ STJCE, As. C-133/81, de 28 de mayo de 1982, *Ivenel*, ECLI:EU:C:1982:199; STJCE, As. 32/88, de 15 de febrero de 1989, STJCE, As. 32/88, de 15 de febrero de 1989, *Six Constructions*. ECLI:EU:C:1989:68; STJUE, As. C-266/85, de 15 de enero de 1988, *Shenavai/Kreischer*, ECLI:EU:C:1987:11

⁶⁰ STJCE, As. C-383/95, de 9 de enero de 1997, *Rutten/Cross Medical Ltd*, ECLI:EU:C:1997:7, apartado 27

⁶¹ STJCE, As. C-37/00, de 27 de febrero de 2002, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122, apartado

⁶² STJUE C-168/16 Y C-169/16, de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira y otros*, ECLI:EU:C:2017:688

⁶³ STJCE, As. C-383/95, de 9 de enero de 1997, *Rutten/Cross Medical Ltd*, ECLI:EU:C:1997:7, apartado 27

⁶⁴ STJUE C-125/92, de 26 de mayo de 1993, *Mulox*, ECLI:EU:C:1993:217, citada en IRIARTE ÁNGEL, J.L., *La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos*, contenido en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 477-496 ISSN 1989-4570

puede asimilarse al concepto de “base”, y es por ello que se hace necesario atender a una serie de indicios que faciliten su situación:

- El Estado miembro en el que esté situado el lugar a partir del cual el trabajador desempeña sus misiones de transporte
- El Estado miembro al que regresa una vez finalizadas sus misiones
- El lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones
- El lugar donde posea un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero
- El lugar en el que se encuentran las herramientas de trabajo⁶⁵
- El Estado contratante en que el trabajador pase la mayor parte de su tiempo de trabajo

Estos indicios, además, son de extrema utilidad para “reflejar mejor la realidad de las relaciones jurídicas, puesto que obliga a tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador”, tanto como para evitar que la utilización de un concepto como el de “lugar en el cual, o a partir del cual” se desempeñe habitualmente el trabajo suponga una elusión de obligaciones⁶⁶. Y, en consecuencia, este concepto no es asimilable a ningún otro del Derecho de la Unión⁶⁷.

Se aprecia que entrará en juego el “último lugar en que hubiere desempeñado su trabajo el trabajador” si corresponde con el lugar del “trabajo habitual”, para los litigios en los que el trabajador ya no preste sus servicios en el lugar habitual de trabajo.

Por lo tanto, el lugar de prestación de servicios es un concepto autónomo, que destaca por la nota de habitualidad, entendida ésta con arreglo a criterios fácticos, como, por ejemplo, el lugar donde el trabajador pase la mayor parte del tiempo de trabajo.

- iii. Lugar en el que estuviera o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador; en el caso de que el trabajador no desempeñara o hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado

⁶⁵ STJUE C-168/16 Y C-169/16, de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira y otros*, ECLI:EU:C:2017:688, FD 63 y 67

⁶⁶ STJUE C-168/16 Y C-169/16, de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira y otros*, ECLI:EU:C:2017:688, FD 62

⁶⁷ STJUE C-168/16 Y C-169/16, de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira y otros*, ECLI:EU:C:2017:688, FD 65

El tercero de los foros es una posibilidad que, de nuevo, solo asiste al empleado. El art. 21.1.b.ii del Reglamento indica que, cuando se hubiera realizado una prestación plurilocalizada, en la que sea difícil identificar el Estado de prestación habitual o principal, la única opción que existe para demandar al empleador es la de demandar ante los tribunales del lugar donde esté sito el establecimiento a través del cual fue contratado el trabajador⁶⁸. La determinación del lugar donde ha sido empleado el trabajador es compleja en la práctica. Por ello, para localizar el lugar desde el que efectivamente se ha empleado al trabajador, esta localización se limita al lugar de captación, sin importar dónde recibió la oferta el trabajador, desde donde partió ésta, o dónde deba cumplirse la obligación.

La ventaja de emplear este foro se encuentra, en palabras de PALAO MORENO, en que “*no suele llevar a una solución imprevisible para las partes y posee una clara vinculación con la relación contractual que les une*”⁶⁹. Mientras que, entre sus inconvenientes, en palabras de CARRASCOSA GONZÁLEZ, se encuentra el que solo pueda ser empleado cuando el empresario está domiciliado en un Estado miembro⁷⁰.

Encontramos otros casos con particularidades, como es el que constituye el de las Embajadas. Ante esta situación, la Sent. *Mahamdia* ha determinado que los empleados por las legaciones diplomáticas en territorios europeos podrán demandar empleando este foro cuando se trate de contratos que queden fuera de la inmunidad de jurisdicción⁷¹.

En consecuencia, entendemos que el lugar de establecimiento es aquél desde el que se ha realizado la captación, y solo puede utilizarse este foro si el empresario tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión.

iv. Lugar de prestación temporal de los servicios laborales

⁶⁸ Artículo 21.b.II del 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*, L 351/10, DO 20.12.2012

⁶⁹ PALAO MORENO, G. (2006) La comunidad europea y el contrato individual de trabajo internacional: aspectos de jurisdicción competente y de ley aplicable. *Revista Seqüência*, Num. 52, p. 35-54, julio 2006

⁷⁰ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). *Op. Cit.* P. 1256

⁷¹ STJUE, As. C-154/11, de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491, FD 57

La Directiva 96/71/CE *sobre el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios*⁷² (la Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico español a través de La ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional⁷³), establece un cuarto foro de competencia: el del lugar de prestación temporal de los servicios. Esta Directiva nace de una serie de sentencias emanadas del TJUE a lo largo de los años Noventa, sobre las cuestiones prejudiciales que les exigían pronunciarse acerca de la interpretación de las normas del TFUE que tenían como objeto la libertad de prestación de servicios, con respecto a los casos de empresas que se habían transferido temporalmente con sus propios trabajadores de su Estado miembro de establecimiento a otro Estado miembro para realizar un trabajo.

Esta Directiva, en palabras de ABARCA JUNCO, es “*una norma de conflicto especial, contenida en un acto de Derecho europeo derivado, que prevalece, por tanto, sobre la solución general*”⁷⁴.

El Tribunal comenzó resolviendo estrictamente sobre la base de las disposiciones del Tratado, pero inmediatamente se observaron delicados problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario de varias disposiciones nacionales que limitaban la libertad de prestación de servicios de esas empresas. Por ejemplo, los Estados miembros que imponían una visa o un permiso de trabajo para los trabajadores desplazados que eran ciudadanos de terceros Estados⁷⁵, o que preveían una obligación de pago de una doble contribución de la Seguridad Social para cubrir los mismos riesgos⁷⁶, o que imponían el respeto a las disposiciones legales o emanantes de contratos colectivos válidos *erga omnes* en materia de salario mínimo⁷⁷, o que imponían a la empresa de la UE dependían los trabajadores

⁷² Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, *OJ L* 18, 21.1.1997, p. 1–6.

⁷³ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, *BOE* núm. 286 de 30 de Noviembre de 1999

⁷⁴ ABARCA JUNCO y otros (2016). *Op. Cit.* P. 643

⁷⁵ STCE, As. C-113-89, de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*; STJCE, As. C-43/93, de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*

⁷⁶ STJCE, As. C-272/94, de 28 de marzo de 1996, *Gniot*, ECLI: ; STJCE, As. C-396/96 y C-376/96, de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; STJCE, C-49/98, de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*

⁷⁷ STCE As. C-396/96 y C-376/96, de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; STCE As. C-165/98, de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162; STCE C-164/99, de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, ECLI:EU:C:2001:564.

desplazados particulares obligaciones de información a la Administración competente o la disposición de determinada documentación sobre los trabajos que se estuvieran realizando⁷⁸.

Es una evidencia que se encontraron varios intereses públicos en potencial conflicto entre ellos: los de la protección a los trabajadores, la libre prestación de servicios por parte de las empresas, además del papel de las Administraciones Públicas de los distintos Estados. Es por ello que se decidió llevar a cabo una legislación que los alejase de la perspectiva del *caso por caso* del Tribunal de Justicia, especialmente en lo referido a la “*admisibilidad de la validez de las causas de justificación a la restricción de las cuatro libertades del Tratado*”⁷⁹, dentro de las cuales se encuadra la libertad de prestación de servicios. Entre sus objetivos se encuentran la facilitación de la libre prestación de servicios, y la coordinación de las legislaciones.

Así pues, en su art. 6 (art. 16.1 Ley 45/1999) establece que, con el objeto de asegurar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo enumeradas en la propia Directiva, se permite iniciar una acción judicial en el Estado de desplazamiento del trabajador, lo cual no obsta para que se permita entablarla en otro Estado, de acuerdo con la legislación internacional en materia de competencia judicial⁸⁰.

v. Sumisión de las partes al Tribunal de un Estado miembro

El Reglamento, en su art. 23, establece uno de los foros que existen en común tanto cuando el demandado es el empresario como cuando lo es el trabajador. Se abre a la opción de que se produzca un acuerdo de sumisión al Tribunal de un Estado miembro elegido por las partes, debiendo concurrir alguna de las dos condiciones requeridas.

En primer lugar, estos acuerdos deben ser posteriores al nacimiento del litigio. El segundo de los requisitos consiste en que los acuerdos de sumisión deben permitir que el trabajador formule una demanda ante tribunales distintos de los mencionados en el art. 21⁸¹, sean o no

⁷⁸ STJCE, As. C-396/96 y C-376/96, de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; STCE, C-49/98, de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*

⁷⁹ CARINCI, F. e PIZZOFERRATO A. (2015). Op. Cit. P. 156

⁸⁰ Artículo 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, *sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, DOCE n° L-18/1 de 21 de enero de 1997

⁸¹ Art. 23 del 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*, L 351/10, DO 20.12.2012

de un Estado miembro⁸². El foro acordado debe ser alternativo a los previstos como especiales en la Sección, siempre que el acuerdo no prive al trabajador de los foros a los que tiene derecho.

La razón de ser de estas exigencias radica, de nuevo, de la posición de debilidad que se presupone en el trabajador, y que puede que, mediante su firma, renuncie a derechos que le corresponden, pero de los que ni siquiera tuviera conocimiento de que le asistieran.

En consecuencia, ante la ausencia de estas circunstancias, el pacto de sumisión no es válido ni eficaz⁸³. Asimismo, se deduce que las cláusulas de sumisión que permiten al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el art. 21 no se pueden interpretar de forma que pudieran “*aplicarse de manera exclusiva y prohibir, en consecuencia, al trabajador formular demandas ante los tribunales que son competentes*”⁸⁴ en virtud del art. 21.

Por lo tanto, es posible que exista un acuerdo de sumisión, únicamente si se da con posterioridad al litigio o si se ofrece en él exclusivamente un foro alternativo a los previstos como especiales; con la limitación de que no se prive al trabajador de los foros a los que tiene derecho: los contemplados en defecto de elección por el Reglamento.

VI. EL CONVENIO DE LUGANO

Dos décadas después de la ratificación del CB, en el año 1988, entró en vigor el Convenio de Lugano. Se trataba de un instrumento firmado entre la Comunidad Europea con los de la Asociación Europea de Libre Cambio, entre los cuales ya existían vínculos por haber sancionado acuerdos de libre cambio⁸⁵. Se debe subrayar que la competencia para celebrar este Convenio no recayó sobre los Estados miembros, sino sobre la Comunidad Europea⁸⁶.

Esta firma tenía el objeto de ampliar la aplicación de las reglas de competencia contenidas en CB a Islandia, Noruega y Suiza⁸⁷. Se planteaba aumentar la protección jurídica en esos territorios, determinar la competencia judicial en el orden internacional, facilitar el

⁸²STJUE, As. C-154/11, de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491, FD 40

⁸³ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1257

⁸⁴ STJUE, As. C-154/11, de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491, FD 63

⁸⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. DOUE n° L-319/9 de 25 de noviembre de 1988.

⁸⁶ ABARCA JUNCO y otros (2016). Op. Cit. P. 117

⁸⁷ Considerando 1 del Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DO L 147, de 10 de junio de 2009.

reconocimiento y agilizar el procedimiento de ejecución de las sentencias, y reforzar la cooperación tanto judicial como económica tanto entre Noruega, Suiza e Islandia entre sí, como con respecto a éstos con los Estados miembros de la UE, además de garantizar una interpretación uniforme del propio Convenio⁸⁸. En el caso de Dinamarca, se hizo necesario que participase de un nuevo Convenio sobre la misma materia para que las disposiciones puedan ser aplicables en su territorio, por lo que no está propiamente vinculada ni sujeta al CL⁸⁹.

Para promover los cambios necesarios del CB, se sancionó en el año 2001 el RBI, por lo que se hizo necesario que el acuerdo firmado con los Estados miembros de la AELC se adaptase a esta modificación. El CL II reproduce *mutatis mutandi* las disposiciones del RBI cuando el domicilio del demandado se encuentre en alguno de los Estados ya mencionados. Sin embargo, “*el Convenio no se ha adaptado a la extensión de su aplicación frente a empresarios domiciliados en Terceros Estados*”⁹⁰.

En cuanto a su relación con el RBI *bis*, el Convenio deja claro en su art. 64 que no prejuzgará la aplicación del Reglamento, si bien en el segundo apartado indica que se aplicará en cualquier caso en materia de competencia cuando el demandado estuviere en un Estado en el que solo fuere de aplicación este Convenio; y en los casos de litispendencia y conexidad cuando la demanda se presentare ante los tribunales de un Estado en el que rijan este Convenio en exclusiva, y en otro en el que rijan el Convenio y algún otro instrumento, dentro de los que menciona el RBI *bis*⁹¹.

Para la aplicación de este Convenio, debe cumplirse el requisito de que el caso litigioso entre dentro de las materias incluidas en su ámbito de aplicación (art. 1 del CL II), y de que el demandado tenga su residencia habitual en uno de los Estados parte. De donde se deduce que, si la residencia habitual del demandado se encuentra en un Estado miembro de la UE,

⁸⁸ Preámbulo del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. DO L-319/9 de 25 de noviembre de 1988.

⁸⁹ Considerandos 5 y 9 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. DO L-319/9 de 25 de noviembre de 1988.

⁹⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J (2019). Op. Cit. P 136

⁹¹ Art. 64 del Considerandos 5 y 9 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. DO L-319/9 de 25 de noviembre de 1988.

los tribunales de ese Estado solo podrán declararse competentes en virtud del RBI *bis*, mientras que, si se encuentra en Noruega, Suiza o Islandia, se declararán competentes solo en virtud del CL II⁹².

i. **Brexit: ¿es de aplicación el Convenio de Lugano como alternativa al RBI *bis*?**

La salida del Reino Unido de la Unión Europea cambia por completo el panorama legal, y el cambio será aún más notable si esta separación se produce sin un acuerdo entre las partes.

En primer lugar, es evidente que el régimen del RBI *bis* en materia de competencia, ejecución y reconocimiento de resoluciones dejaría de ser de aplicación al Reino Unido si este saliera de la Unión Europea sin acuerdo, provocando un vacío legal, si bien continuarían aplicándose los convenios bilaterales firmados entre el Reino Unido y otros Estados cuando pudiera entenderse que siguen vigentes – por ejemplo, cuando no entrasen en el reconocimiento y la ejecución de resoluciones⁹³. No obstante, es importante subrayar que la caída del RBI *bis* no supondría que la alternativa directa fuera la aplicación del Convenio de Lugano de 2007.

El Reino Unido quedaría al margen tanto de la aplicación del RBI *bis* como del CL II, el cual, de momento, solo ha sido ratificado por Noruega, Suiza, e Islandia. El propio art. 63 del Convenio indica que sus disposiciones solo serán de aplicación tras la entrada en vigor del mismo en el Estado de origen – en el caso de las acciones judiciales y de los documentos públicos-, y en el Estado de requerimiento – cuando se requiera el reconocimiento o la ejecución de los documentos y resoluciones con fuerza ejecutiva⁹⁴.

En consecuencia, se abren dos posibilidades para el Reino Unido.

En primer lugar, este vacío normativo podría suplirse mediante la celebración de nuevos convenios o la adhesión a los ya existentes⁹⁵.

⁹² ABARCA JUNCO y otros (2016). Op. Cit. P. 118

⁹³ TORRALBA MENDIOLA, E. *En caso de 'Brexit' sin acuerdo, el Convenio de Lugano no será aplicable automáticamente al reconocimiento de resoluciones procedentes del Reino Unido*. Gómez-Acebo & Pombo.

⁹⁴ Art. 64 del Considerandos 5 y 9 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. DO L-319/9 de 25 de noviembre de 1988.

⁹⁵ BUIL ALDANA, I. y VALENCIA GARCÍA, F. (2016). El 'Brexit' y sus consecuencias jurídicas en el ámbito de las reestructuras e insolvencias: una primera aproximación. La Ley Diario, nº 8821/2013 (septiembre).

La segunda opción que podría darse es que Reino Unido se incorporase a la AELC, para que el CL II le fuera de aplicación en su relación con los Estados miembros del EEE. Se hace necesario recordar que esta adhesión es necesaria para su aplicación, ya que una característica del Convenio de 2007, como previamente se ha mencionado, es que la competencia para firmarlo fue de la Unión Europea, no de cada uno de los Estados miembros particularmente.

La tercera vía propuesta es desechada por la mayor parte de la doctrina: la recuperación del antiguo CB, de 1968. A diferencia de los Reglamentos posteriores, en el Convenio de Bruselas sí que se permitió que los Estados lo ratificasen, por la vía del art. 220 TCE, el cual facultaba a los Estados miembros de la Comunidad para que celebraran acuerdos entre ellos. El problema es que fue pensado como un convenio multilateral cerrado, ya que la condición para adherirse era la pertenencia a la Comunidad Europea. No se encontraría coherencia jurídica en que el hecho que motivase la recuperación de este instrumento jurídico fuera, precisamente, la salida de un Estado miembro de la Unión Europea⁹⁶.

4. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRABAJO

La lucha contra la determinación desigual de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales comenzó en la Comunidad Económica Europea, cuyos Estados miembros firmaron en Roma el año 1980 el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales; conocido como Convenio de Roma (en adelante, CR). En su preámbulo, las partes firmantes coinciden en la necesidad de “*proseguir, en el ámbito del Derecho Internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad*”⁹⁷, con especial mención a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales. Se vuelve a apelar a la uniformidad en la normativa, de la misma forma que se ha venido haciendo con la determinación de la competencia judicial y con la interpretación jurisprudencial de las normas.

A pesar de haberse planteado de forma similar la regulación de la competencia judicial, por un lado, y de la Ley aplicable, por el otro, se observa la diferencia que supuso una brecha de una década entre la redacción de ambas. Mientras que el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial, del que ya hemos tratado, no contemplaba el desequilibrio

⁹⁶ TORRALBA MENDIOLA, E. Op. Cit.

⁹⁷ Preámbulo del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, de Roma 19 de junio de 1980, 80/934/CEE, DO de las Comunidades Europeas 266/1

de fuerzas entre el trabajador y el empresario en sus relaciones contractuales, en el Convenio de Roma de 1980 ya se redactó un artículo específicamente referido a los contratos de trabajo, que delimitaba la aplicación de la normativa general de los artículos 3 y 4.

I. CONVENIO DE ROMA (1980)

Esta primera normativa en lo concerniente a la Ley aplicable, cuenta con un régimen general dividido entre la posibilidad de elección de la Ley por las partes (art. 3), y la determinación de la Ley a falta de *electio iuris* (art. 4). La novedad, en lo que se refiere al ámbito contractual laboral, la encontramos en el art. 6, el cual prohíbe que la elección de las partes prive al trabajador de la protección que le proporcionasen las normas imperativas de la Ley que les fuera de aplicación⁹⁸. De ahí que se pueda deducir con claridad que, a diferencia de la primera regulación en materia de competencia judicial, que se redactó con una década de diferencia con respecto al Convenio de Roma, esta primera regulación de la Ley aplicable ya reconoce al empleado como la parte más débil de la relación contractual.

En el segundo apartado del art. 6 se describen los criterios jerárquicos que intervienen en la determinación de la Ley aplicable a los contratos de trabajo en defecto de elección de las partes: lugar donde el trabajador preste habitualmente su trabajo; en su defecto, lugar donde se encuentre el establecimiento que hubiere contratado al trabajador; todos ellos con la salvedad de que prevalecerá la Ley del país con el que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos.

⁹⁸ Art. 6 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, de Roma 19 de junio de 1980, 80/934/CEE, DO de las Comunidades Europeas 266/1

II. PROPUESTA DE REGLAMENTO ROMA I (2005)

Los profesores CARRELLA y DAMASCELLI plantean las razones que hicieron necesario un cambio desde el Convenio de Roma a lo que acabaría siendo el Reglamento Roma I, y que comenzó en la Propuesta de Reglamento.

En primer lugar, el desarrollo de una rica normativa de carácter sectorial en materia de contratos acabó planteando importantes problemas de coordinación con la disciplina convencional. A ello se añaden delicadas cuestiones derivadas de la posibilidad de dirigir la elección de la ley aplicable, más allá que hacia las normativas de origen estatal, también hacia normas no vinculantes (por ejemplo, los principios UNIDROIT, que establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales), y derivadas de la progresiva formación de un núcleo de normas imperativas de origen comunitario aplicables a los casos intracomunitarios. En el momento de la aplicación del Convenio, se dieron problemas debidos al establecimiento de nuevas técnicas, como, por ejemplo, la difusión de la contratación telemática, y a la necesidad de actualización de las normas en materia de forma y de contratos con consumidores, etc. Todo ello llevó a la Comisión Europea a presentar un proyecto de Reglamento, el conocido como Roma I, que no solo incluye la materia de los contratos en el proceso de comunitarización del Derecho internacional privado, sino que además modifica el contenido de las disposiciones convencionales sobre aspectos significativos⁹⁹.

En lo estrictamente referido a los contratos individuales de trabajo, en la Propuesta se apunta que, con el fin de “*tener en cuenta la jurisprudencia del antiguo TJCE en el marco del art. 18 del RBP*”, que extiende el concepto de “lugar habitual de trabajo”, se decide completar el art. 6 del Convenio, en su apartado 2, letra a) con la expresión “*país a partir del cual*”. De esta forma, el apartado b) se aplica con menor frecuencia¹⁰⁰.

⁹⁹CARRELLA, G. y DAMASCELLI, D. Prefazione. Il nuovo Diritto Europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento “Roma I”. I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato.

¹⁰⁰ Artículo 6 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Bruselas, 15.12.2005, COM (2005), 2005/0261 (COD).

En el caso de que el trabajador se encuentre en situación de “*desplazamiento temporal*”, el Convenio no daba una definición estricta. De ahí que la modificación invite al juez a tomar en consideración las intenciones de las partes¹⁰¹.

III. REGLAMENTO ROMA I (2008)

El Reglamento Roma I, relativo a las obligaciones contractuales, nace con el objetivo de hermanar y modernizar al Convenio de Roma de 1980, para que pueda formar parte de la codificación de DIP común sobre competencia, ley aplicable, y reconocimiento de decisiones en materia contractual y extracontractual, junto con el Reglamento Bruselas I *bis*, que ya hemos analizado, y el Reglamento Roma II relativo a las obligaciones extracontractuales¹⁰².

En lo referente a la Ley aplicable a los contratos individuales de trabajo, la legislación comunitaria se nutre, principalmente, del art. 8 del Reglamento Roma I. Se trata de una norma de conflicto de leyes bilateral con dos puntos de conexión, uno principal y otro subsidiario. De la misma forma que sucedía en lo que respecta a la competencia judicial internacional, este régimen difiere tanto en su estructura jurídica como en sus funciones del modelo general de los contratos de dicho Reglamento.

Reconociendo la debilidad del trabajador frente al empresario, el objetivo de este artículo es el impedimento de la imposición de la elección de la ley por parte del segundo al primero¹⁰³. El profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ apunta que, en consecuencia, no debe pensarse que el objetivo sea la obtención de la ley más favorable al trabajador, por lo que no se trata de una “*norma de conflicto materialmente orientada*”¹⁰⁴.

En cuanto al ámbito de la Ley del contrato, tal y como recoge CARRASCOSA GONZÁLEZ, la Ley designada por el art. 8 RRI regula tanto la formación del contrato de trabajo como su ejecución y extinción, no siendo así con los tratos previos a la celebración

¹⁰¹ Artículo 6 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Bruselas, 15.12.2005, COM (2005), 2005/0261 (COD).

¹⁰² Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”), DO L 177, de 4-7-2008; Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*; REGLAMENTO (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), DOUE L 199/40, de 31-7-2007

¹⁰³ STCE As. C-29/10, de 16 diciembre de 2010, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2010:789, FD 40 y 46

¹⁰⁴ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P.1280

del mismo¹⁰⁵. La Ley mencionada regula asimismo la cuestión de decidir quién será considerado como empleadores en caso de pluralidad de tales¹⁰⁶. El contrato podrá suscribirse tanto entre los propios contratantes como entre los representantes de éstos¹⁰⁷. En cuanto a su ámbito espacial, cabe señalar que el Reglamento, a pesar de que lo apliquen los particulares, se dirige “a las autoridades nacionales del territorio de los Estados miembros”¹⁰⁸. Este Reglamento es de alcance universal, y de nuevo, en lo tocante a su ámbito material, quedan fuera de su aplicación los convenios de arbitraje y la elección de tribunal competente¹⁰⁹.

i. **La Ley elegida por las partes**

La elección de Ley constituye el punto de conexión principal del primer apartado del art. 8 del Reglamento. Este artículo defiende la autonomía de la voluntad del trabajador y del empresario, siempre que no se prive al empleado de protección otorgada por las disposiciones imperativas del Estado de la prestación de trabajo; o, si el trabajador presta habitualmente sus servicios en dos o más Estados a la vez, siempre que no se le prive de la protección concedida por disposiciones imperativas del Estado del establecimiento que haya contratado al trabajador¹¹⁰. No se descarta la autonomía en la elección de la Ley, sino que se limita: la elección solo resulta lícita en la medida en que favorezca al trabajador, como consecuencia de la consideración del empresario como parte fuerte de la relación contractual laboral. La previsión de las normas imperativas que serían de aplicación en defecto de elección, las cuales son indisponibles, es la medida tomada por el legislador para conseguir que la Ley elegida sea, efectivamente, la más beneficiosa para el trabajador.

La libertad para elegir el derecho rector del contrato se justifica por dos motivos: se permite elegir el ordenamiento jurídico que más se ajuste a los intereses de las partes, y además, se dota a la relación de seguridad jurídica, al poderse aplicar una legislación que conozcan ambas

¹⁰⁵ Considerando 10 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”), DO L 177, de 4-7-2008

¹⁰⁶ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. Pág. 1293

¹⁰⁷ Artículo 11 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”), DO L 177, de 4 de julio de 2008.

¹⁰⁸ ABARCA JUNCO y otros (2016). Op. Cit. P. 643

¹⁰⁹ Artículo 1.e del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”), DO L 177, de 4 de julio de 2008.

¹¹⁰ Art. 8 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 *sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma I).

partes¹¹¹. De nuevo, se observa que la justificación de este punto de conexión radica en hacer disfrutar al trabajador de una familiaridad con respecto al ordenamiento jurídico que opere, el cual es, normalmente, es el más favorable a sus intereses.

La elección de Ley se realiza conforme a los requisitos enunciados en el art 3 RRI: podrá ser expresa, tácita o incluso, verbal; y cambiarse en cualquier momento. En el caso de que sea tácita, deberá “*resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”¹¹².

Puede designarse con respecto a la totalidad o a una parte del contrato, por lo que se aplicará la Ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección al resto de cuestiones no para las que las partes no hayan acordado una Ley aplicable¹¹³. También está permitido la elección de varias leyes estatales, conocida como la técnica del “*dépéçage*”. Esta técnica consiste en el “despedace” del contrato, sometiendo las partes a diversas leyes, cuya limitación es la coherencia interna del propio contrato¹¹⁴.

Ya que se busca evitar que los empresarios impongan a los trabajadores una Ley que pudiera perjudicar los derechos de éstos últimos recogidos por las normas imperativas de la Ley del país de ejecución de los servicios, cuando el contrato de trabajo contiene una elección de Ley en favor de una Ley estatal distinta a ésta, existe una presunción *juris tantum* por parte del legislador de que dicha elección perjudica al empleado porque le ha sido “impuesta” en su perjuicio¹¹⁵. Sin embargo, es evidente que la elección de la Ley no siempre lleva aparejado un perjuicio para el trabajador: puede permitir la elección de una legislación conocida por las partes o que otorgue una protección mayor al empleado.

Es importante destacar que, una vez hecha la elección la Ley, si la escogida como reguladora del contrato es una Ley extranjera, no podrán estimarse por los tribunales las demandas presentadas por los trabajadores que se funden en la Ley sustantiva española y/o en los convenios colectivos “*españoles*”¹¹⁶. Deben aplicarse los convenios colectivos vigentes en la Ley extranjera elegida por las partes, siempre que se verifiquen las condiciones aplicativas de

¹¹¹ ABARCA JUNCO y otros (2016). Op. Cit. P. 643

¹¹² ABARCA JUNCO y otros (2016). Op. Cit. P. 643

¹¹³ Art. 3 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

¹¹⁴ ABARCA JUNCO y otros (2016). Op. Cit. P. 643

¹¹⁵ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P.1281

¹¹⁶ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Derecho Internacional Privado Vol. I, 17ª Edición. P.1284

dicho convenio colectivo¹¹⁷, y, en este sentido, “*conviene recordar que el contenido de los convenios colectivos forma parte indisociable de la Ley aplicable al contrato individual de trabajo*”¹¹⁸. Por lo tanto, nos hallamos ante una libertad de elección parcial de las partes, ya que se encuentra limitada por la protección de la que pudiere disfrutar el trabajador según la Ley del Estado en el que trabajase, si fuera en un Estado; o según la Ley del establecimiento que haya contratado al trabajador, si éste prestase habitualmente sus servicios en dos o más Estados. Además, no se pueden ignorar las disposiciones de los convenios colectivos al realizar la elección de la Ley.

ii. La Ley del Estado de prestación del trabajo

Los profesores FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO indican que la ley designada en defecto de elección, contemplada en el segundo apartado del art. 8, tiene una doble finalidad: “*designa la ley aplicable al contrato cuando no media elección de la ley aplicable*” e “*indirectamente, determina el marco de protección mínimo del trabajador*”¹¹⁹, ya que estos mínimos no pueden ser anulados por las normas señaladas en la Ley elegida.

El autor DÉPREZ indica que la utilidad del empleo del criterio de la *Lex loci laboris* radica en que es menos gravoso para las partes la aplicación de “*una Ley que ambas partes conocen y cuya aplicación al contrato pueden prever con facilidad*”¹²⁰. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ añaden una justificación de corte estatal, ya que para el Estado es más efectiva la organización de su mercado laboral si todos los trabajadores están sujetos al mismo régimen jurídico¹²¹.

En este apartado 2 del art. 8 se hace referencia a la Ley de un solo Estado: la “*Ley del lugar de prestación laboral realizada en ejecución del contrato*”. De la misma forma que ya se ha mencionado con respecto al RBI *bis*, se considera que *locus laboris* es el lugar donde se realiza la prestación principal del trabajador o donde pasa la mayor parte de su tiempo. Si el “destino” de la prestación laboral es de complicada determinación, entonces se tendrá en cuenta el “origen”, es decir, el “*lugar a partir del cual el trabajador realiza su trabajo*” habitualmente. Con respecto a la

¹¹⁷ STSJ Madrid Social 23 de noviembre 2015. ECLI:ES:TSJM:2015:13769

¹¹⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2018). Op. Cit. P. 649

¹¹⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2018). Op. Cit. P. 649

¹²⁰ DÉPREZ, J., citado en CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1287

¹²¹ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1287

característica de habitualidad, como ya se ha expuesto con anterioridad, habrá que atender a los criterios fácticos dados por la jurisprudencia.

Este punto hace referencia a la *lex loci laboris*: el Estado en cuyo territorio se realiza habitualmente el trabajo. Es posible que se aplique este criterio cuando se dé la prestación laboral en varios Estados, pudiéndose aplicar solo una Ley estatal, que atenderá siempre al criterio de habitualidad que establece el artículo¹²².

En lo tocante a la interpretación del concepto de “*lugar de prestación habitual del trabajo*”, la jurisprudencia del TJUE, establece que debe interpretarse de manera amplia y autónoma, no pudiendo el concepto restringirse ni definirse con respecto a ningún Derecho nacional concreto, para evitar una aplicación no uniformizada¹²³.

Es el propio TJUE, en su As. *Koelzsch*, indica el conjunto de circunstancias que se deben evaluar para determinar dicho lugar: “*en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo, debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones*”¹²⁴. De esta forma, se podrá determinar el lugar donde el trabajador desarrolla “*la mayor parte de su trabajo*” o el lugar desde el que o a partir del cual el trabajador “*cumple la parte principal de sus obligaciones*”¹²⁵.

Con respecto al momento de verificación de la habitualidad de dicho trabajo, el precepto no menciona nada. El autor ESPLUGUES MOTA afirma que “*todo apunta a que deberá atenderse al lugar donde normalmente se desarrolla la actividad laboral en el instante de ocurrir el acto que fundamenta la disputa, no en el momento de celebración del contrato*”¹²⁶.

Los criterios recogidos en el apartado 2 del artículo, obedecen al objetivo de “*previsibilidad*”, entendida ésta como “*la seguridad jurídica en las relaciones contractuales*”¹²⁷.

iii. Ley del Estado del establecimiento que contrata al trabajador

¹²² CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1287

¹²³ STCE As. C-29/10, de 16 diciembre de 2010, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2010:789, FD 32 y 43

¹²⁴ STCE As. C-29/10, de 16 diciembre de 2010, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2010:789, FD 43

¹²⁵ STCE As. C-29/10, de 16 diciembre de 2010, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2010:789, FD 45 y 50

¹²⁶ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (2017). Op. Cit. P. 629

¹²⁷ STJUE As. C-64/12, de 12 septiembre 2013, *Boedeker*, FD 35. ECLI:EU:C:2013:551

La aplicación de esta norma recogida en el apartado tercero de este art. 8 será de aplicación, de forma subsidiaria, cuando entren dos o más Estados en juego y no sea posible determinar el lugar de prestación principal o habitual. Existen diferencias entre el “*establecimiento*” al que se hace referencia en el RBI *bis*, y al que se alude en este artículo, pues mientras que, en materia de competencia judicial internacional, se hace referencia a un modo de equiparar el establecimiento al domicilio del empresario que carezca de tal en el territorio de la Unión Europea, en lo tocante a la Ley aplicable, lo que interesa es el establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador.

La Sent. *Navimer* aporta varias notas acerca de la norma enunciada en este art. 8.3 RRI. Para individualizar la *Lex loci delegationis*, se deben tomar en consideración “*no los elementos relativos a la realización del trabajo, sino únicamente los relativos al procedimiento de conclusión del contrato*”. Debe atenderse en exclusiva al procedimiento de contratación, lo que no imposibilita la aplicación de la cláusula de excepción contenida en el apartado siguiente de este artículo, relativa al lugar con el que exista una vinculación más estrecha¹²⁸.

Se debe entender por “*establecimiento*” aquél que “*que procedió a contratar al trabajador y no a aquél al que está vinculado por su ocupación efectiva*”. Además, este concepto no está sujeto a requisitos formales como lo pueda ser la personalidad jurídica, sino que puede ser considerado establecimiento cualquiera de las “*estructuras estables de una empresa. En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa*”¹²⁹ La doctrina destaca la condición de presencia efectiva y estable.

En cuanto a la posibilidad de considerar como “*establecimiento*” a una empresa distinta de la que figure formalmente como empleador, pero con la que mantenga vínculos, el TJUE se pronuncia al respecto afirmando que se podría considerar tal si “*concurren elementos objetivos que permiten establecer la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, y ello aun cuando no se haya transferido a esa otra empresa la facultad de dirección*”¹³⁰.

De igual modo, corresponde subrayar que, en la situación de captación por medios telemáticos, el lugar donde radica el *locus* de captación del trabajador no tiene por qué

¹²⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2018). Op. Cit. P. 651

¹²⁹ STJUE As. C-384/10, de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd/Navimer*, ECLI:EU:C:2011:842, FD 50, 52 y 54

¹³⁰ STJUE As. C-384/10, de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd/Navimer*, ECLI:EU:C:2011:842, FD 65

coincidir con el lugar de recepción de la oferta por parte del trabajador, ni de partida de ésta por parte de la empresa¹³¹.

iv. Ley del Estado con el que presente vínculos más estrechos

La Sent. *Schlechter* nos indica que se puede hacer uso de esta regla subsidiaria “*incluso si el trabajador realiza su trabajo durante un largo periodo de tiempo de modo habitual y continuado en el mismo país*¹³²”, si, efectivamente, se observa que concurre una vinculación más estrecha con la Ley de otro país.

Se permite aplicar esta cláusula de excepción cuando el único elemento de extranjería del que se dispone es el del país de prestación de servicios. De esta forma, se evita aplicar la *Lex loci laboris*, y se acude a la Ley del lugar mayor vinculación, la cual suele ser la del Estado de residencia o sede común de empresario y trabajador¹³³.

Parte de la doctrina describe esta opción como una cláusula de escape “*de aplicación no excepcional y de orientación conflictual*”¹³⁴. La doctrina coincide en que esta no excepcionalidad es debida a que no se exige que la vinculación del caso con un Estado diferente al de prestación de servicios se desprenda claramente, al no incluirse el adverbio “*manifestamente*”. Por el contrario, se debe acreditar mediante un estudio de las circunstancias en su conjunto, lo que la convierte en una cláusula de escape más que de excepción.

En lo que respecta a esa “orientación conflictual”, ésta estriba en la aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculado al litigio. En ningún caso se trata de aplicar la Ley cuyo Derecho material sea de mayor beneficio para el empleado¹³⁵. De ahí que la jurisprudencia cargue esta cláusula de una “orientación conflictual” en vez de una “orientación material”¹³⁶.

En cuanto a la determinación de la operatividad o no de la cláusula de excepción, será el órgano jurisdiccional que entiende del caso el competente para resolver esta cuestión, y lo hará atendiendo a, como se ha mencionado con anterioridad, el conjunto de las circunstancias. La Sent. *Boedeker* indica que han de tenerse en cuenta “*los elementos más*

¹³¹ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. Pág. 1287

¹³² Sent. TJUE sala 3ª de 12 de septiembre de 2013. As C-64/12

¹³³ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. Pág. 1291

¹³⁴ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. Pág. 1291

¹³⁵ STJUE As. C-64/12, de 12 de septiembre 2013, *Boedeker*, FD 34. ECLI:EU:C:2013:551

¹³⁶ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. Pág. 1291

*significativos*¹³⁷. Esto conlleva que este análisis no consista en un simple recuento de elementos, porque lo trascendental es determinar la importancia de cada uno y sopesarla en el cómputo global. En la misma sentencia encontramos que algunos de los elementos que se deben tomar en consideración son los Estados de pago de impuestos y tributos que gravan las rentas de su actividad, afiliación a la Seguridad Social y a los distintos regímenes de jubilación, seguros por enfermedad o invalidez; y los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo, la nacionalidad o el domicilio del empresario¹³⁸.

v. **Breve comentario sobre la Ley aplicable a la forma del contrato y a la capacidad de los contratantes**

El RRI, en su art. 11, trata la validez formal de la contratación laboral internacional. No es un asunto trivial, ya que la forma o ausencia de ella conlleva consecuencias muy diversas y de gran incidencia en el contrato.

En el caso de que los contratantes, o sus representantes, se encuentren en el mismo Estado a la hora de formalizar su contrato, la Ley válida en cuanto a la forma será aquella que rijan el fondo del asunto conforme al propio Reglamento, o a la Ley del país de celebración. En cuanto a la capacidad para contratar tanto del trabajador como del empresario, se trata de una de las cuestiones expresamente excluidas por el RRI¹³⁹.

Para el caso de las personas jurídicas, su capacidad para contratar vendrá determinada por su Ley nacional. En el caso del empleado y del empresario, como personas físicas, también regirá su Ley nacional, aunque el Reglamento, en su art. 13, realiza una apreciación con respecto a la incapacidad de éstas. En palabras de CARRASCOSA GONZÁLEZ, es aplicable la “*excepción de interés nacional*”¹⁴⁰: Si las partes que se hallasen en el mismo Estado, fueran capaces y contratasen con arreglo a dicha capacidad conforme a la Ley de dicho Estado, tendrán la posibilidad de invocar su incapacidad resultante de la Ley de otro Estado. Para ello, debe darse el requisito de que, en el momento de la celebración del contrato, la

¹³⁷ STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Boedeker*, FD 40. ECLI:EU:C:2013:551

¹³⁸ STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Boedeker*, FD 29 y 41. ECLI:EU:C:2013:551

¹³⁹ Artículos 1.2.a y 1.2.b 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). DOCE n° L-266/1 de 9 de octubre de 1980.

¹⁴⁰ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1294

otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte¹⁴¹.

En la fijación de la capacidad contractual de las partes, deben observarse los requisitos administrativos impuestos por la Ley nacional de los contratantes, en especial, en los casos de carencia inicial de permiso de trabajo del empleado, como en el de la caducidad y no renovación del mismo.

vi. El supuesto específico de la Ley aplicable a los desplazamientos temporales de trabajadores (Dir. 96/71/CE)

El art. 8 del RRI hace una mención expresa al desplazamiento temporal de los trabajadores y a la consideración de éste, al fijar que “*no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país*”. Por tanto, quedará sujeta esta prestación de servicio a la Ley que le fuera de aplicación en el lugar de realización habitual del trabajo.

Añade el Considerando 36 del Reglamento que “*la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un nuevo 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 forma temporal*”¹⁴².

A las prestaciones realizadas en esta localización temporal no se les aplica la Ley de ese Estado, lo que, sumado a que la regulación del art. 8 favorece la introducción temporal de trabajadores en el territorio de un Estado¹⁴³, favorece de forma clara el “*dumping social internacional*”.

Para paliar los efectos de esta regulación, como lo son la importación y exportación de empleados a costes inferiores a los establecidos en el Estado miembro, alterando la libre circulación de trabajadores, afectando a la competencia leal, y promoviendo una desigualdad entre los derechos de los mismos, se debió completar con la Directiva 96/71/CE *sobre el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios*. Este régimen jurídico, desarrollado en España por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, *sobre el desplazamiento de*

¹⁴¹ Artículo 13 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), DO L 177, de 4 de julio de 2008.

¹⁴² RODRÍGUEZ BENOT, A. y otros (2019). Manual de Derecho internacional privado, 6ª Edición. P. 255.

¹⁴³ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1297

trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, prima sobre la regulación contenida en el RRI¹⁴⁴. El objetivo de esta Directiva consiste en la garantía de que, en situación de desplazamiento de un trabajador, le serán de aplicación disposiciones imperativas del Estado miembro de desplazamiento temporal, “*referidas en particular a la regulación del salario mínimo y a las normas de seguridad o higiene*”¹⁴⁵.

Esta regulación solo es de aplicación entre Estados miembros de la Unión, por lo que, entre un Estado miembro y un tercer Estado, seguirá rigiendo la Ley que regulase el contrato conforme al art. 8 RRI¹⁴⁶.

La Directiva deja claro lo que ha de entenderse por “*prestación de servicios*”: en la ejecución de trabajos por una empresa, por cuenta de ésta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios, ya sea en el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa, en el marco de un contrato público o privado¹⁴⁷.

Lo que la Directiva no describe es lo que se entiende por desplazamiento “*temporal*”, más allá de referirse a un “*periodo limitado*”¹⁴⁸. Este vacío se ha colma por la vía jurisprudencial, ya que los jueces deben examinar el caso específico¹⁴⁹.

Por último, en relación con el “*dumping social internacional*”, la Directiva recoge que el trabajador temporalmente desplazado disfrutará de unos derechos laborales mínimos recogidos por la Ley del Estado en el que esté temporalmente prestando sus servicios, independientemente de la Ley que rija su contrato de trabajo¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Considerando 34 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”), DO L 177, de 4-7-2008.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ BENOT, A. y otros (2019). Manual de Derecho internacional privado, 6ª Edición. P. 255.

¹⁴⁶ CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Op. Cit. P. 1298

¹⁴⁷ Considerando 4 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 *sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, DOCE Nª L 18/1 de 21/1/97

¹⁴⁸ Artículo 1 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DOCE Nª L-18/1 de 21/1/97

¹⁴⁹ STSJ Galicia, Social, de 20 de octubre de 2005, ECLI:ES:TSJGAL:2005:2178, FD 3

¹⁵⁰ Artículo 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DOCE Nª L 18/1 de 21/1/97

5. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La legislación europea actual aplicable tanto en materia de competencia judicial internacional, como de Ley aplicable, es fruto de la voluntad de uniformizar la normativa europea. Esta uniformización debe además tener lugar a nivel jurisprudencial, ya que tampoco pueden caber diferencias a la hora de que los tribunales interpreten las normas.

SEGUNDA.- En consecuencia, no debe haber lugar para que la interpretación de los conceptos, que son propios y autónomos de los Reglamentos, se realice en base al Derecho nacional de los jueces que entiendan de los casos. El TJUE otorga unos indicios que deben seguirse para que la interpretación de éstos sea autónoma y no varíe en función del tribunal que conozca de ellos, provocando desigualdad en su aplicación. Esto forma parte del reconocimiento que el legislador hace del trabajador como parte más débil de la relación, al incluir normas de protección tanto en materia de competencia judicial internacional como de Ley aplicable.

TERCERA.- En lo referente a los contratos individuales de trabajo con elemento de extranjería, no se considerarán como trabajadores a los directores de las empresas y a los miembros de los Consejos de Administración de las mismas, puesto que se carece del elemento de subordinación característico de la relación laboral. Coincido con esta opinión, ya que de ninguna manera cabría pensar que se deba tratar como empleado a las personas que forman parte de la toma de decisiones de la empresa mediante las cuales pueden provocar abusos en la persona del trabajador., es decir, aquellas personas “*bajo cuya dirección*” están los verdaderos empleados.

CUARTA.- Para la determinación de la competencia en lo tocante a los contratos individuales de trabajo, se entenderá que el domicilio de la persona jurídica es su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. En caso de que ésta no se encuentre en un Estado miembro, tendrá la misma consideración de domicilio, en lo que respecta a su explotación, un establecimiento, agencia o sucursal.

QUINTA.- Siempre con el ánimo de garantizar la protección del trabajador con respecto a los posibles abusos del empresario, se prohíbe realizar acuerdos entre las partes con respecto a los órganos competentes que sean anteriores al nacimiento del litigio o que priven al trabajador de los foros a los que tiene derecho en función de la regulación aplicable. La decisión de introducir este artículo es, en mi opinión, totalmente adecuada, ya que cabe pensar que el trabajador que firma un contrato de trabajo está en una situación de necesidad

de un empleo – si bien, no necesariamente en situación de precariedad – que le empuje a firmar un acuerdo sin pensar que laminará sus derechos en el caso de que entre en conflicto con el empresario; además de que es conveniente presumir que el empresario contará con un apoyo jurídico mayor que el del empleado.

SEXTA.- En el caso de los contratos acordados telemáticamente, que son tan corrientes en la actualidad y que están llamados a ser empleados con mayor frecuencia en el futuro, se considerará que el punto de conexión para determinar la Ley aplicable será el del propio lugar de captación. Es una medida muy acertada, ya que acaba con la incertidumbre y la complicación que podría suponer, en estos casos, establecer como punto de conexión el de la partida o la recepción de la oferta, según fuera determinada por la situación del empresario o del trabajador, respectivamente.

SÉPTIMA.- Con respecto al desplazamiento temporal de los trabajadores, les será de aplicación la Ley que correspondiese a la del Estado de prestación habitual de servicios, sin perjuicio de que también se les aplique la regulación imperativa de los Estados donde estén prestando sus servicios de forma temporal, con respecto a cuestiones como el salario mínimo o las condiciones de higiene o salud. Considero que es una forma adecuada de abordar lo que fue un problema, ya que no se está sometiendo a la persona empleada temporalmente en otro Estado a otra regulación, pero a la vez se está poniendo freno a un fenómeno tan peligroso para la libertad de empresa como es el *dumping* social.

6. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Derecho Internacional Privado Vol. I, 17ª Edición. Editorial Comares, Granada.

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Derecho Internacional Privado Vol. II, 17ª Edición. Editorial Comares, Granada.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G. (2019). Derecho Internacional Privado 13ª Edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2018). Derecho Internacional Privado 10ª Edición. Editorial Thomson Reuters, Navarra.

FONTINOPOLOU BASURKO, O. (2008) El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario. Editorial del Consejo Económico y Social de Andalucía

CARINCI, F. e PIZZOFERRATO A. (2015), Diritto del lavoro e dell'Unione Europea. Editoriale G. Giappicchelli, Torino.

RODRÍGUEZ BENOT, A. y otros (2019). Manual de Derecho internacional privado, 6ª Edición. Ediorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid.

ABARCA JUNCO, A.P. y otros (2016). Derecho Internacional Privado. 2ª Edición. Editado por Universidad Nacional de Educación a Distancia, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J (2019). Derecho Internacional Privado. 5ª Edición. Editorial Aranzadi, Navarra.

WEBGRAFÍA

MARTÍN BRAÑAS, C. (2011) Estudio doctrinal: Competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo en el ámbito de la Unión Europea. Boletín del Ministerio de Justicia de España, Año LXV, Num. 2134, septiembre 2011. ISSN: 1989-4767

SERGIO MARIA CARBONE: Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario. *Il nuovo Diritto Europeo dei Contratti: dalla*

Convenzione di Roma al Regolamento "Roma I". I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2006) Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento "Roma I" de 15.12.2005. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 3, 2006,

PALAO MORENO, G. (2006) La comunidad europea y el contrato individual de trabajo internacional: aspectos de jurisdicción competente y de ley aplicable. Revista Sequência, Num. 52, p. 35-54, julio 2006

IRIARTE ÁNGEL, J.L. (2018) *La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos*, contenido en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, N° 2, pp. 477-496 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4385>

CARRELLA, G. y DAMASCELLI, D. Prefazione. *Il nuovo Diritto Europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento "Roma I". I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato.* Consultar en: <http://elibrary.fondazionenotariato.it/>

BUIL ALDANA, I. y VALENCIA GARCÍA, F. (2016). *El 'Brexit' y sus consecuencias jurídicas en el ámbito de las reestructuras e insolvencias: una primera aproximación.* La Ley Diario, n° 8821/2013 (septiembre). Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/el-brexit-y-sus-consecuencias-juridicas-en-el-ambito-de-las-reestructuraciones-e-insolvencias.html>

TORRALBA MENDIOLA, E. *En caso de de 'Brexit' sin acuerdo, el Convenio de Lugano no será aplicable automáticamente al reconocimiento de resoluciones procedentes del Reino Unido.* Gómez-Acebo & Pombo. Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/04/En-caso-de-brexit-sin-acuerdo-el-Convenio-de-Lugano.pdf>

7. FUENTES NORMATIVAS

Europeas:

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOCE n° L-83/47 de 30 de marzo de 2010.

Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, DOUE n° C-340 de 10 de noviembre de 1997.

Unión Europea. Convenio de Bruselas de 1968 *relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. DOCE n° L-299/72, de 31 de diciembre de 1972.

Unión Europea. Convenio *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. DOUE n° L-319/9 de 25 de noviembre de 1988.

Unión Europea. Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, DO L 147, de 10 de junio de 2009.

Unión Europea. Convenio de Roma. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma I). Bruselas, 15.12.2005, COM (2005), 2005/0261 (COD).

Unión Europea. Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. (Bruselas I). DOUE n° L-12/1 de 16 de enero de 2001.

Unión Europea. 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*. (Bruselas I bis). DOUE n° L-315/1 de 20 de diciembre de 2012.

Unión Europea. 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). DOCE n° L-266/1 de 9 de octubre de 1980.

Unión Europea. Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 *sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, DOCE n° L-18/1 de 21 de enero de 1997.

Unión Europea. GIULIANO, M. y LAGARDE, P. (1980) *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, DOCE N° C-282/1 de 31 de octubre de 1980.

Españolas

España. Constitución Española. *BOE*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

España. Ley 36/2011, *reguladora de la Jurisdicción Social*, de 10 de octubre de 2011. *BOE*, 11 de octubre de 2011.

8. FUENTES JURISPRUDENCIALES

STJCEE, As. C-9/87, de 8 de marzo de 1988, *Arcado/Haviland*, apartado II, ECLI:EU:C:1988:127 (Informe para la vista)

STJUE, As. C-266/85, de 15 de enero de 1988, *Shenavai/Kreischer*, ECLI:EU:C:1987:11

STJUE, As. C-47/14, de 10 de septiembre de 2015, *Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574, apartado

STJCE, As. C-27/90, de 26 de febrero de 1992, *Bernini*, ECLI:EU:C:1992:89, apartado 13

STJCE, As. C-27/91, de 21 de noviembre de 1991, *Le Manoir*, ECLI:EU:C:1991:441

STJCE, As. C-14/76, de 6 de octubre de 1976, *De Bloos*, ECLI:EU:C:1976:134

STJUE, As. C-437/00, de 10 de abril de 2003, *Pugliese*, ECLI:EU:C:2003:219

STJUE, As. C-133/81, de 23 de mayo de 1982, *Ivenel*, ECLI:EU:C:1982:199

STJCE, As. 32/88, de 15 de febrero de 1989, *Six Constructions*. ECLI:EU:C:1989:68

STJCE, As. C-37/00, de 27 de febrero de 2002, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122

STJCE, As. C-25/79, de 13 de noviembre de 1979, *Sanicentral/Collin*, ECLI:EU:C:1979:255

STJUE, As. C 462/06, de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline*, ECLI:EU:C:2008:299

STJUE, As. C-154/11, de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491

STSJ Madrid, Social, de 11 de junio de 2014, ECLI:ES:TSJM:2014:8067

STSJ Madrid, Social, de 23 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TSJM:2015:14999

STSJ Baleares, Social, de 26 de noviembre de 2002, ECLI:ES:TSJBAL:2002:1203

STSJ Asturias, Social, de 13 septiembre de 2016, ECLI:ES:TSJAS:2016:2477

STCE, As. C-113-89, de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142

STCE, As. C-43/93, de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:310

STCE, As. C-272/94, de 28 de marzo de 1996, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147

STCE, As. C-396/96 y C-376/96, de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575

STCE, As. C-49/98, de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564

STJUE As. C-396/96 y C-376/96, de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575

STJUE As. C-165/98, de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162

STJUE As. C-164/99, de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, ECLI:EU:C:2001:564

STCE As. C-29/10, de 16 diciembre de 2010, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2010:789

STSJ Madrid, Social, de 23 de noviembre de 2015. ECLI:ES:TSJM:2015:13769

STJUE As. C-384/10, de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd/Navimer*, ECLI:EU:C:2011:842

STJUE As. C-64/12 de 12 de septiembre de 2013, *Boedeker*, ECLI:EU:C:2013:551

STSJ Galicia, Social, de 20 de octubre de 2005, ECLI:ES:TSJGAL:2005:2178