

DL

LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL FORO EN LOS LITIGIOS QUE AFECTAN A LOS CONTRATOS DE TRABAJO INTERNACIONALES

M.^a José Serrano García

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS SISTEMAS NORMATIVOS QUE INTERVIENEN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMPETENTES Y EL DERECHO APLICABLE.—III. EL DERECHO COMUNITARIO: III.1. El tránsito del Convenio de Bruselas al Reglamento CE 44/2001. III.2. El ámbito material del Reglamento CE 44/2001: III.2.1. Delimitación general. El concepto de contrato de trabajo. III.2.2. La inclusión de los conflictos colectivos y de materias expresamente excluidas por el Reglamento CE 44/2001. III.2.3. La potencial incidencia del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I. III.3. La determinación del órgano judicial competente. III.3.1. El valor del domicilio del empresario y de los establecimientos secundarios como presupuestos de aplicación del Reglamento CE 44/2001. Los foros vinculados a ambas circunstancias. III.3.2. El foro del lugar de prestación de servicios. III.3.3. El foro del lugar de celebración del contrato. III.3.4. Los problemas interpretativos vinculados a la aplicación de las normas de competencia ubicadas fuera de la Sección 5.^a del Capítulo I del Reglamento CE 44/2001.—IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: IV.1. Las diferencias básicas entre la LOPJ y el Reglamento CE 44/2001. IV.2. Los elementos de conexión previstos en el primer apartado del artículo 25 LOPJ: IV.2.1. El lugar de prestación de servicios. IV.2.2. El lugar de celebración del contrato y de recepción de la oferta. IV.2.3. El domicilio del demandado y los establecimientos secundarios. IV.2.4. La nacionalidad. IV.3. Los elementos de conexión previstos en el segundo apartado del artículo 25 LOPJ.

RESUMEN

La creciente internacionalización de la economía se encuentra unida a un aumento cuantitativo de los contratos de trabajo internacionales y, derivadamente, de los litigios que afectan a ese tipo de vínculos jurídicos. A su vez, esta situación obliga a analizar y, en su caso, a articular normas que poseen naturaleza internacional, supranacional e interna, para determinar la nacionalidad de los juzgados y tribunales que deben dar una solución a tales litigios. A pesar de los esfuerzos y de los avances realizados por el legislador, especialmente el comunitario, estas normas plantean importantes interrogantes que dificultan la determinación de la competencia judicial internacional y que, consecuentemente, pueden generar conflictos de competencia entre los órganos judiciales de diversos Estados. En las siguientes páginas, se da una respuesta a muchas de estas cuestiones y, en particular, a las vinculadas al artículo 25 LOPJ y al Reglamento CE 44/2001.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cada día, los litigios vinculados a los contratos de trabajo internacionales son más frecuentes, porque los trabajadores prestan servicios en diversos Estados, a causa de que los empresarios extienden sus actividades más allá de las fronteras de un concreto país y, en ocasiones, participan en complicados fenómenos de colaboración empresarial que sobrepasan tales fronteras. La respuesta a este tipo de litigios siempre se encuentra unida a normas de conflicto, ya que son necesarias para determinar los órganos judiciales que deben dar esa respuesta y para individualizar la ley que éstos han de aplicar, en su búsqueda¹.

A lo largo del tiempo, estas normas han mejorado su contenido, con el deseo de evitar el *forum shopping* y la elección de la normativa aplicable basada en el simple interés de las partes. En el ámbito de las relaciones laborales, fundamentalmente en el único interés del empresario, debido a que es la parte contractual más fuerte y a la circunstancia de que el trabajo asalariado, desde un punto de vista estrictamente económico, constituye uno de los factores de producción que influye en la calidad y en el coste de los productos y de los servicios ofrecidos por una economía. Ahora bien, a pesar del esfuerzo y de los indiscutibles avances realizados por el legislador —especialmente, el comunitario—, estas normas siguen teniendo una serie de deficiencias originarias, que dificultan la búsqueda de la solución de los conflictos que afectan a los tradicionales contratos de trabajo internacionales, que son los relacionados básicamente con la exclusiva movilidad geográfica de la mano de obra. Pero también poseen unas deficiencias sobrevenidas, causadas por su incapacidad para dar una respuesta adecuada a las nuevas formas de colaboración empresarial y, en general, a los nuevos problemas laborales vinculados a la imparable internacionalización de la economía y a la deslocalización de empresas. Ambas deficiencias son el origen de la pri-

¹ Sobre el carácter internacional del litigio, *vid.* RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», *REDT*, 1995, núm. 71, págs. 436 y ss (BIB 1995, 1455).

mera dificultad que deben sortear los sujetos que, de un modo u otro, se ven inmersos en los litigios que afectan a los vínculos laborales que poseen un elemento de extranjería que permite considerarlos internacionales.

2. Esta situación otorga un protagonismo muy especial a los órganos judiciales, puesto que deja en sus manos la solución de las cuestiones de competencia judicial internacional² y de ley aplicable. Y, en sentido inverso, constituye la causa de que, en ocasiones y, muy especialmente, en el ámbito comunitario, su doctrina haya servido de modelo al creador del Derecho.

No obstante, con relativa frecuencia, los órganos judiciales no dan una solución clara y acertada a las dificultades prácticas derivadas de la articulación de las normas de conflictos, que, como tal, impida que sea posteriormente discutida. En primer lugar, debido a que se enfrentan a un fenómeno que engloba situaciones muy diferentes entre sí, que se escapa de los parámetros que tradicionalmente han venido utilizando y que, además, puede obligarles a combinar el análisis de normas que pertenecen a diversas ramas del Derecho. En segundo lugar, a causa de que no siempre conocen suficientemente estas normas, no sólo porque es factible que estén situadas en un sector del Derecho en el que no se encuentran especializados —como es el mercantil, en el caso de los juzgados de lo social—, sino también debido a que pertenecen al Derecho internacional, al Derecho supranacional y al Derecho interno de los Estados. Y este último, el Derecho interno, no tiene necesariamente que coincidir con el ordenamiento jurídico interno del país al que pertenezcan los órganos judiciales que finalmente resulten competentes. En tercer lugar, ha de valorarse que la naturaleza unilateral de las normas internas genera conflictos de competencia entre los órganos judiciales de diversos países, cuando todos ellos justifican su competencia en elementos de conexión distintos o, al menos, que son definidos de manera diferente por tales normas.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que los juzgados y tribunales españoles declaren su competencia, aplicando el artículo 25.1 de la LOPJ, porque el demandado tiene su domicilio en España; y, sin embargo, los de otro país afirmen su competencia, con fundamento en el lugar de prestación de servicios o de celebración del contrato, porque estas dos circunstancias actúan como elementos de conexión en su normativa interna. Además, si resultan competentes los juzgados y tribunales españoles, la articulación de

² En el presente estudio, a pesar de que desde un punto de vista técnico no sea exacta, en aras de una mayor brevedad, se utiliza la expresión competencia judicial internacional, al igual que lo hace el legislador español (arts. 36 y ss LEC), para identificar la extensión y límites de la jurisdicción de los Estados y, muy especialmente, de los órganos judiciales españoles, en los asuntos en los que están presentes elementos de extranjería. Si bien, realmente, los órganos judiciales de un concreto Estado carecen de jurisdicción, fuera del territorio del dicho Estado; es decir, carecen de competencia judicial internacional, entendida en sentido estricto; *Vid.* RIVAS VALLEJO, P.: «Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales», AL, 2007, t. I, núm. 5, págs. 557 y ss.

las normas de conflicto puede llevarles a aplicar el Derecho de otro Estado y, con él, reglas a las que probablemente nunca —o pocas veces— se habrán enfrentado. Y, en caso contrario, si finalmente la competencia se atribuye a los órganos judiciales de otro país, puede suceder que las reglas de conflicto les obliguen a aplicar nuestro Derecho interno; dándose la circunstancia de que esta labor, para nuestros juzgados y tribunales, en ocasiones, ya es bastante complicada y, lógicamente, lo será más, para aquellos que forman parte de la jurisdicción de otro Estado.

3. Al objeto de comprender el verdadero alcance de todas estas dificultades, sirven de ejemplo, muy especialmente, los conflictos vinculados a los fenómenos de colaboración empresarial. Estos fenómenos están sufriendo importantes transformaciones, desde un punto de vista cuantitativo y, lo que es más importante para un jurista, también desde un punto de vista cualitativo, porque al lado de aquellos que mantienen su tradicional fisonomía, están apareciendo otros que, a veces, son muy diferentes entre sí.

Limitándonos a nuestro Derecho interno, todos ellos y, muy especialmente, los más innovadores no han sido regulados de una forma completa por el ordenamiento jurídico; por lo que existen lagunas normativas que dejan importantes elementos de su arquitectura jurídica, en la incertidumbre de la atipicidad. De manera que su encuadramiento, dentro de las escasas categorías laborales dedicadas a la colaboración empresarial y, a veces, incluso en las categorías que son propias del Derecho mercantil, resulta difícil, cuando no imposible de realizar, si se desea que queden adecuada y completamente cubiertos todos y cada uno de sus componentes. Todavía más, algunos plantean importantes interrogantes relacionados con el tradicional carácter bilateral del contrato de trabajo. Y, lógicamente, los problemas crecen en intensidad, en aquellos supuestos en los que se produce una internacionalización de las relaciones empresariales y, derivadamente, de las relaciones laborales, debido a que la visión que de las colaboraciones empresariales y de los vínculos laborales posee el Derecho comunitario, el Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos de los diversos países, en mayor o menor medida, puede ser distinta. Y esta circunstancia tiene una repercusión directa, en la determinación del ámbito de aplicación material de las normas de conflicto y, derivadamente, en la individualización de los órganos judiciales competentes y el Derecho aplicable.

II. LOS SISTEMAS NORMATIVOS QUE INTERVIENEN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMPETENTES Y EL DERECHO APLICABLE

1. Con fundamento en el principio de primacía del Derecho comunitario, en la individualización de la competencia internacional, los órganos judiciales

han de utilizar, en primer lugar, el Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*³, al margen de que alguno o algunos de los elementos extranjeros que confluyan en la controversia sea o no europeo y, en particular, al margen de que el demandante esté domiciliado en un tercer país. Así, se desprende del contenido de la jurisprudencia comunitaria⁴ y de la más reciente doctrina de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo. Esta última ha puesto fin a una corriente jurisprudencial anterior que defendía la inaplicación del Derecho comunitario, precisamente en aquellos casos en los que el elemento que determinaba la naturaleza internacional de los contratos de trabajo no era comunitario⁵.

No obstante, si la solución no se encuentra en el Derecho supranacional, los órganos judiciales deberán acudir al Derecho internacional, integrado por un conjunto de tratados y convenios, como el firmado con Rumania y con el Salvador, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que prevalecen sobre las normas de origen interno, una vez publicados oficialmente en España. Y, en último lugar, si el Derecho internacional tampoco contiene la solución, los juzgados y tribunales deberán acudir al régimen previsto en los artículos 21 y siguientes de la LOPJ; y, respecto a lo que en este lugar interesa, más concretamente, al artículo 25 de esa misma norma. Sin embargo, los artículos 50 y siguientes de la LEC y el artículo 10 de la LPL carecen de toda virtualidad y eficacia, en la determinación de la competencia judicial internacional. Sólo son válidos, para identificar, si es que se plantea el tema, el concreto órgano judicial que deberá resolver la controversia, una vez que se haya declarado que los tribunales españoles son los competentes⁶.

³ DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001. Este Reglamento ha sido modificado por el Reglamento 1496/2002, de 21 de agosto de 2002, al objeto de incorporar los cambios producidos en las normas de jurisdicción nacionales y de la lista de tribunales o autoridades competentes de los Anexos I y II realizadas por los Países Bajos y Alemania. También ha sido modificado por el Reglamento 1937/2004, de 9 de noviembre de 2004, para adaptarlo a la incorporación de Letonia, Lituania, Eslovaquia y Eslovenia; y por el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, en lo que se refiere a alimentos.

⁴ SSTJCE C-8/1998, de 27 de enero de 2000; y C-412/1998, de 13 de julio de 2000, asunto Group Josi Reinsurance Company SA.

⁵ En efecto, inicialmente, el Tribunal Supremo señaló que «*para el caso examinado, en el que en la relación laboral se inmiscuye un elemento de extranjería argentina —ajeno al ámbito de aplicación de los Convenios de Bruselas (...) y Lugano (...), no existe Tratado, Convenio u otra norma internacional que establezca y reparta la competencia entre los órganos jurisdiccionales de los estados soberanos. Ello quiere decir que la norma a considerar ha de ser la española, y ésta ha de buscarse en el (art. 25 LOPJ)*» (STS, Sala 4.^a, de 29 de septiembre de 1988, FJ 4.º [RJ 1998, 8554]; reproducida por la STS, Sala 4.^a, de 20 de noviembre de 1998, FJ 2.º [RJ 1998, 10009]). Con posterioridad, sin embargo, ha indicado que «*el Convenio de Bruselas resulta aplicable al presente caso, aunque los demandantes sean de nacionalidad colombiana y residan en Colombia. Debe significarse que con la doctrina unificada que se sienta en este punto, se modifica la de distinto signo que establecieron (sentencias anteriores)*» (STS, Sala 4.^a, de 12 junio de 2003, FJ 3.º [RJ 2003, 4585]).

⁶ STS, Sala 4.^a, de 12 junio de 2003 [RJ 2003, 4585].

En definitiva, la intervención de uno u otro de los sistemas normativos señalados deberá efectuarse, a partir de los principios de primacía del Derecho comunitario, de jerarquía y de competencia. Además, siempre teniendo en cuenta la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación y las cláusulas de compatibilidad recogidas, normalmente, en los propios textos institucionales y convencionales⁷. Igualmente, ha de destacarse que el análisis de la competencia judicial internacional puede realizarse, a instancia de parte o de oficio⁸. De modo que el juez al que se someta el conocimiento del litigio deberá valorar si tiene o no atribuida competencia, aunque este tema no sea planteado por los litigantes, tan pronto como advierta la posible falta de jurisdicción, en cualquier momento del proceso y con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 38 LEC).

Tras su reconocimiento, la competencia judicial internacional no podrá ser alterada, aunque sufran cambios algunos de los elementos en los que se haya fundamentado, durante el transcurso del proceso (art. 411 LEC). Y sólo una vez que se haya llevado a cabo tal reconocimiento, los juzgados y tribunales estarán facultados, para individualizar la ley que habrá de guiarles en la solución del conflicto. Al igual que sucede en la determinación de la competencia judicial internacional, en esta misión, deberán partir de la existencia de sistemas normativos diversos.

2. Originariamente, la ausencia de normas europeas que determinaran el camino de la elección de la normativa aplicable llevó a los órganos judiciales que se declaraban competentes para resolver un concreto litigio a aplicar sistemáticamente las normas de su ordenamiento jurídico interno. Esta situación cambia, con la elaboración del sistema convencional-europeo, contenido básicamente en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, *sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales*⁹. Este Convenio es de aplicación preferente, con independencia de que la ley que designe sea o no la de un Estado no contratante (art. 2); y constituye una prolongación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, *relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*¹⁰ —que, por su parte, es el precedente inmediato del Reglamento CE 44/2001—. Ahora bien, el Reglamento CE 593/2008, de 17 de junio de 2008, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*

⁷ SABIDO RODRÍGUEZ, M.: «Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 114)», *Aranzadi Social*, 2008, núm. 9 (BIB 2008/1742).

⁸ Entre otras muchas, STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2007; y STC 140/2006, de 8 mayo. También, *vid.* RIVAS VALLEJO, M. P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», *REDT*, 1995, núm. 72, págs. 556 y 557.

⁹ DOCE C 334/01, de 30 de diciembre de 2005, versión consolidada.

¹⁰ FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la Ley aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, Navarra (Aranzadi), 2006, págs. 23 y ss.

(Roma I)¹¹, está llamado a sustituir al Convenio de Roma, salvo en lo que respecta a los territorios de aquellos Estados miembros «comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica (este) Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado» (art. 24.1)¹². Por ello, con estas excepciones, deberá entenderse hecha al Reglamento CE 593/2008 toda remisión realizada al Convenio de Roma (art. 24.2). Si bien, aunque ya ha entrado en vigor¹³, ha de tenerse en cuenta que este Reglamento comunitario se aplicará, a partir del 17 de diciembre de 2009 —excepto el art. 26, que será aplicable a partir del 17 de junio de 2009 (art. 29)— y a los contratos celebrados después de esa fecha (art. 28).

La nueva norma comunitaria pretende cerrar el círculo iniciado por el Reglamento CE 44/2001 y continuado, años después, por el Reglamento CE 864/2007, de 11 de julio de 2007, *relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (Roma II)¹⁴. Tras su entrada en vigor y una vez que haya llegado la fecha de aplicación, los diversos Estados miembros estarán obligados a articular normas de conflicto uniformes, con la ventaja de que todas ellas tendrán la naturaleza de Derecho comunitario y guardarán una relación de coherencia. En este orden de ideas, el Reglamento CE Roma I, en parecidos términos que el Reglamento CE 864/2007¹⁵, señala que su ámbito de aplicación material y sus disposiciones deben garantizar la coherencia con el Reglamento 44/2001 y con el Reglamento 864/2007 (considerando 7.º). Ahora bien, a pesar de sus indiscutibles logros, desgraciadamente, estos Reglamentos no resuelven todos los problemas que, de hecho o potencialmente, generan o pueden generar los contratos de trabajo internacionales.

En cualquier caso, cuando la solución del problema de determinación del de Derecho aplicable no se encuentre en el sistema europeo, los órganos judiciales deberán buscarla, en los acuerdos y tratados internacionales que, en su caso, existan en la materia. A ellos alude el Convenio de Roma, para

¹¹ DOCE L 177/6, de 4 de julio de 2008.

¹² «Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento» (considerando 44.º); Dinamarca no ha participado «y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación» (considerando 46.º); y «de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 del mismo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeta a su aplicación» (considerando 45.º).

¹³ Concretamente, ha entrado en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 29); es decir, a los veinte días computables desde el 4 de julio de 2008.

¹⁴ DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007.

¹⁵ Literalmente, el Reglamento CE 864/2007 dispone que «el ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) 44/2001 (...) y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales» (considerando 7.º).

poner de manifiesto que no incide sobre la aplicación de tales normas internacionales (art. 21). El Reglamento CE 593/2008 repite esta previsión y, además, precisa que, «por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en la medida en que dichos convenios versen sobre las materias reguladas por el mismo» (art. 25). Pero si no hay tratados o convenios internacionales ratificados por España que resulten aplicables, los juzgados y tribunales españoles tendrán que valorar los elementos de conexión entre el litigio y el derecho aplicable previstos en nuestro ordenamiento jurídico interno; y, en el concreto ámbito de las relaciones laborales, teóricamente tendrán que analizar, muy especialmente, los artículos 10.6 del CC y 1.4 del ET. Ahora bien, la doctrina científica discute si el Convenio de Roma ha desplazado o derogado tácitamente a ambos preceptos¹⁶.

3. En las siguientes páginas, únicamente se analizan las reglas destinadas a individualizar los órganos judiciales competentes para resolver los litigios que afectan a los vínculos jurídicos laborales; pero no todas, sino exclusivamente el Reglamento CE 44/2001 y el artículo 25 LOPJ.

Con la finalidad de no superar los límites propios de un estudio como el presente, se ha dejado a un lado, aparte de las normas de conflicto que

¹⁶ Así, un sector defiende la vigencia del art. 10.6 CC, argumentando que el art. 6 del Convenio de Roma se ha limitado a añadir unas previsiones específicas a las contenidas en dicho precepto, existiendo, en sustancia, una coincidencia con sus normas de conflicto; y también señalando que ambos preceptos someten el principio de la autonomía de la voluntad de las litigantes a límites similares. Otro sector considera que el art. 10.6 del CC, a pesar de no haber sido derogado, ha sido tácitamente desplazado por el Convenio de Roma, salvo en los conflictos generados antes de la entrada en vigor de esta norma; *vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la Ley aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, op. cit., pág. 51. Igualmente, se ha señalado que a pesar de que el principio de universalidad del Convenio de Roma supone la derogación formal del art. 1.4 ET, la promulgación de la Directiva 96/71/CE y, sobre todo, la DA 1.^a de la Ley 45/1999 ha acabado por confirmarla; *vid.* BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La aplicación del Derecho del trabajo en el espacio internacional», *AL*, 2003, núm. 39, pág. 692. Este mismo autor ha declarado que la jurisprudencia ha omitido por completo la discusión acerca de la compatibilidad del art. 1.4 ET con el Convenio de Roma. Lo que, a su entender, pone de manifiesto que los Tribunales españoles, desafiando el principio de legalidad, se niegan abiertamente a desprenderse de la norma estatutaria o, con otras palabras, a una reforma profunda del Derecho internacional privado español, y sostiene su vigencia y la compatibilidad con el Convenio; *vid.* el mismo autor y la misma obra, pág. 694. También hay quien ha afirmado que el art. 1.4 ET es contrario a la libre circulación de trabajadores proclamada en el seno de la Unión Europea, porque su articulación conduce, en muchos casos, a la aplicación de normas diversas, en función exclusivamente de la nacionalidad de los trabajadores y empresarios. Si bien, en contra, se ha argumentado que, en tales supuestos, en favor de la aplicación del criterio de la nacionalidad puede traerse a colación la articulación de la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos recogida en el art. 6.2 del Convenio de Roma y la circunstancia de que tal criterio resulta acorde con el carácter protector de esta norma convencional; *vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la Ley aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, op. cit., págs. 51 y ss.

determinan la ley aplicable, el análisis de las normas internacionales en sentido estricto que confluyen en la individualización de los órganos judiciales competentes. En la práctica, estas normas intervienen, en la solución de un número inferior de litigios que aquellos en los que lo hacen el Reglamento CE 44/2001 y el artículo 25 LOPJ. Tampoco se analizan los problemas generados en los supuestos de desplazamientos transnacionales; o, lo que es lo mismo, en aquellos en los que se produce una prestación de servicios ocasional o puntual de un trabajador en un Estado diferente del que se encuentra la empresa acreedora, con previsión inicial de regresar a este último. La necesidad de regular tales supuestos específicamente, para no generar desigualdades entre empleados que trabajan en un mismo lugar, pero que proceden de diversos Estados, llevó al legislador comunitario a elaborar la Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996. Finalmente, esta Directiva fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno, por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, *sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. El análisis detallado de ambos cuerpos normativos merece la construcción de un estudio específico y, por ello, supera los límites del presente.

III. EL DERECHO COMUNITARIO

III.1. El tránsito del Convenio de Bruselas al Reglamento CE 44/2001

1. En el ámbito europeo, el Convenio de Bruselas es la primera norma elaborada, con cierta vocación de generalidad, para determinar la competencia internacional de los órganos judiciales. Este Convenio se extendió, más tarde, a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio —Islandia, Noruega y Suiza—, mediante el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988¹⁷. En 1997, el Consejo encomendó iniciar la revisión paralela de ambas normas, con la finalidad de facilitar el acceso de los ciudadanos de la Unión Europea a una justicia eficaz, rápida y barata. El resultado de este encargo se concretó en el Reglamento CE 44/2001, que sustituye al Convenio de Bruselas. Por otro lado, mediante Decisión de 15 de octubre de 2007, el Consejo, en nombre de la Comunidad, ha aprobado la firma del Convenio de 28 de marzo de 2007¹⁸, destinado a sustituir al Convenio de Lugano y que, en lo esencial, es una reproducción literal del Reglamento CE 44/2001.

En la delimitación del ámbito de aplicación de estas normas, ha de destacarse que Dinamarca no participó en la elaboración del Reglamento CE 44/

¹⁷ RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», op. cit., págs. 430 y ss.

¹⁸ DOCE L 339/1, de 2 diciembre de 2007.

2001 y que, por ello, está sujeta al Convenio de Bruselas, en sus relaciones con los demás Estados miembros sometidos a dicho Reglamento. Además, el Convenio de Bruselas sigue aplicándose, en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros que entran en su ámbito de aplicación territorial y que están excluidos del Reglamento en virtud del artículo 229 del TCE. Y, al margen de lo anterior, el Reglamento CE 44/2001 no afecta a las reglas sobre la competencia judicial y el reconocimiento de las resoluciones judiciales contenidas en instrumentos comunitarios específicos (art. 18 y considerandos 21.º y ss Reglamento CE 44/2001)¹⁹.

2. En el Convenio de Bruselas, la única regla específica relativa al contrato de trabajo fue introducida, en 1989. Esta regla figura, en el artículo 5, ubicado en la Sección 2.^a, titulada «*Competencias especiales*», del Título II, como un supuesto específico de competencia en materia contractual, que posee reglas propias que complementan la regla general del domicilio del demandado. Este precepto, que constituye el resultado de una larga evolución en la que el texto convencional ha incorporado progresivamente la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁰, parte de que la obligación básica que generan los vínculos jurídicos laborales es la de prestar servicios por cuenta ajena. Por ello, en su primer apartado, tras disponer que «*las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante (,) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda*»; añade que «*en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo*». Si bien, «*si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador*».

No obstante, estas reglas especiales pueden ser desplazadas, mediante acuerdos atributivos de competencia y a través de la sumisión tácita del demandando. Los primeros, los acuerdos atributivos de competencia, surten efecto, si son posteriores al nacimiento del litigio; o bien el trabajador los invoca, ante tribunales distintos de los que corresponden al domicilio del demandado o de los previstos en el artículo 5.1 del propio Convenio (art. 17). Y la sumisión tácita no es válida, cuando la comparecencia del demandado que puede generarla tiene por objeto impugnar la competencia o existe otra jurisdicción exclusivamente competente (art. 18).

¹⁹ El considerando 9.º de Reglamento CE 44/2001 dispone que «*los demandados domiciliados en un Estado miembro no sujeto al presente Reglamento deberán seguir estando sujetos al Convenio de Bruselas*».

²⁰ IRIARTE ÁNGEL, J.L.: «El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo», *RL*, 1996, t. I, pág. 1325.

3. El Reglamento CE 44/2001 ha convertido al Convenio de Bruselas en un acto normativo institucional de clara aplicación directa, a la vez que ha dado valor normativo a determinadas precisiones realizadas posteriormente por la jurisprudencia comunitaria²¹. Al igual que la articulación del Convenio de Bruselas, la aplicación de este Reglamento requiere que el demandado esté domiciliado en uno de los Estados miembros (arts. 3, 18 y ss; y considerando 8.º). Este presupuesto hunde sus raíces en la premisa de que la regla general consiste en que la competencia judicial se basa, al margen de la nacionalidad de las partes (art. 2.1), en el domicilio del demandado (considerando 11.º). De forma que el resto de los elementos de conexión entre el foro y el litigio que recoge el Reglamento tienen un carácter excepcional y han nacido —limitándonos a lo que en este lugar interesa— de la necesidad de hacer frente a la mayor debilidad económica y jurídica que posee el trabajador, frente a la fortaleza del empresario (considerando 13.º).

Concretamente, el legislador ha creado la Sección 5.ª del Capítulo I del Reglamento 44/2001, rubricada por la expresión «*competencia en materia de contratos individuales de trabajo*» (arts. 18 a 21), que contiene reglas de competencia asimétricas que benefician a los trabajadores. Por un lado, esta Sección 5.ª prevé que los empresarios sólo pueden demandar a sus empleados, ante el tribunal del Estado miembro en el que éstos tengan su domicilio (art. 20.1)²². Y, por otro, dispone que los trabajadores pueden demandar a sus empleadores, utilizando un abanico de órganos potencialmente competentes que les resultan cercanos y, consecuentemente, que les son más ventajosos que el foro general del domicilio del demandado. En efecto, a su tenor, los trabajadores pueden demandar a los empresarios domiciliados en un Estado miembro, ante los órganos judiciales de este

²¹ La STS, Sala 4.ª, de 12 de junio de 2003 [RJ 2003, 4585] señala que «no cabe ignorar que el Convenio de Bruselas (...) ha sido sustituido por el Reglamento (CE) núm. 44/2001(...). Con ello las previsiones del Convenio han pasado a integrarse formalmente en el acervo comunitario, en el que ya lo estaban «de facto», dado el contenido de sus disposiciones finales, que regulan su vinculación y reconocen que el Convenio tiene como base jurídica el art. 220 del Tratado de Roma (...), y la decisión de sus signatarios, manifestada a través del Protocolo de 29 de noviembre de 1997 (DOCE de 26-1-1998), de establecer que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fuera competente para interpretarlo» (FJ. 3.º). Al respecto, vid. MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., págs. 36 y ss.

²² Un acto jurídico preparatorio del Consejo recoge la iniciativa del Reino de los Países Bajos, con vistas a la adopción de un Reglamento por el que se modifique el Reglamento 44/2001, para que, en su art. 20, se inserte el apartado siguiente: «1bis. Los empresarios podrán asimismo presentar demandas de extinción de un contrato de trabajo ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador» (art. 1) (DOCE C 311/09, de 14 de diciembre de 2002).

Estado; o, a su elección, ante los de aquel en el que desempeñen habitualmente su trabajo o ante los del último lugar de la Unión en que lo hubieran desempeñado. Y, si no lo desempeñaren o hubieran desempeñado habitualmente en un único Estado miembro, ante los órganos judiciales del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que les hubiese contratado (art. 19). Además, el Reglamento CE 44/2001 precisa que los empresarios que no están domiciliados en un Estado miembro pueden ser demandados, en aquel de los Estado miembros en el que tengan una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento (art. 18.2). Y, a todo ello, suma que lo dispuesto en la Sección 5.^a del Capítulo I del Reglamento no afecta al derecho de presentar una reconvencción ante el órgano judicial que entienda de una demanda principal de conformidad con lo previsto en esta sección (art. 20.2).

Por otro lado, al igual que el Convenio de Bruselas, el Reglamento CE 44/2001 permite los acuerdos atributivos de competencia y la sumisión tácita del demandado. Los primeros sólo prevalecen sobre las disposiciones de la Sección 5.^a, si son posteriores al nacimiento del litigio; o bien permiten al trabajador presentar una demanda, ante tribunales distintos de los previstos en dicha sección (art. 21). Y, también siguiendo a la norma que le precede, no es posible alegar la existencia de una sumisión tácita, cuando la comparecencia del demandado tiene por objeto impugnar la competencia o existe otra jurisdicción exclusivamente competente (art. 24).

4. En definitiva, en cuanto a la protección dispensada al trabajador, el Reglamento CE 44/2001 supera al Convenio de Bruselas, tanto porque amplía las opciones de aquél, como porque reduce las del empleador, al no regular para éste fueros alternativos —a salvo de la posibilidad de acuerdos atributivos de competencia y de la presencia de una sumisión tácita—, sino un único fuero, que le obliga a demandar al trabajador ante los tribunales de su domicilio. Es éste el aspecto más sobresaliente de la transición del Convenio de Bruselas, al Reglamento comunitario²³.

No obstante, a pesar del innegable avance que ha supuesto su elaboración, el Reglamento CE 44/2001 no ha resuelto todas las cuestiones que puede plantear la delimitación de la competencia internacional de los órganos judiciales, generando, por ello, importantes problemas interpretativos. Como veremos en las siguientes páginas, existen dificultades, a la hora de determinar su ámbito de actuación material, de concretar cada uno de los foros que enumera en la Sección 5.^a y de decidir si ciertas normas de competencia ubicadas fuera de esta sección pueden articularse, en los litigios vinculados a los contratos de trabajo internacionales.

²³ RIVAS VALLEJO, P.: «Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales», op. cit., págs. 557 y ss; y MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., págs. 73 y ss.

III.2. El ámbito material del Reglamento CE 44/2001

III.2.1. Delimitación general. El concepto de contrato de trabajo

1. En idénticos términos que el Convenio de Bruselas, el Reglamento CE 44/2001 prevé que ha de aplicarse, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que intervenga, «*en materia civil y mercantil*». Y, seguidamente, excluye «*las materias fiscal, aduanera y administrativa*», de su ámbito de aplicación (art. 1.1). Ahora bien, también al igual que la norma que le precede, no delimita el concepto al que se refiere con la expresión «*materia civil y mercantil*». Pero, de acuerdo con la doctrina elaborada por la jurisprudencia comunitaria, esta expresión no debe interpretarse «*como una mera remisión al Derecho interno de uno u otro de los Estados interesados, (sino que) hay que considerar(la) como un concepto autónomo, que debe ser interpretado refiriéndose, por una parte, a los objetivos y al sistema del Convenio (hoy, también Reglamento CE 44/2001) y, por otra, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales (...). Esta interpretación lleva a excluir determinadas acciones o resoluciones jurisdiccionales (...), en razón de los elementos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o el objeto de éste*»²⁴.

En particular, el Reglamento CE 44/2001 excluye e incluye determinadas materias que, partiendo de los dictados de nuestro ordenamiento jurídico interno, quedarían, respectivamente, dentro o fuera de la expresión «*materia civil y mercantil*». Así, son objeto de una exclusión expresa, y seguramente no exhaustiva, la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos, las sucesiones, la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y otros procedimientos análogos, la Seguridad Social y el arbitraje (art. 1.2).

2. Dado que dentro de nuestras fronteras no es así y, sin embargo, no ha sido objeto de una exclusión expresa, hipotéticamente podríamos preguntarnos si las cuestiones laborales caben dentro del radio de acción del Reglamento CE 44/2001. Pero, como se desprende de lo señalado hasta este momento, este planteamiento no tiene ninguna razón de ser, porque el Convenio de Bruselas regula ciertos aspectos de la competencia judicial internacional, refiriéndose literalmente a la «*materia de contratos individuales de trabajo*» (arts. 5.1 y 17)²⁵. Y esta misma expresión es utilizada por el legislador comu-

²⁴ STJCE C-292/05, de 15 de febrero de 2007, asunto Eirini Lechouritou y otros (apartados 29.º y 30.º). Al respecto, *vid.* GARCÍA LÓPEZ, J.A.: «El concepto de materia civil y mercantil en el Convenio de Bruselas y su formulación en la reciente jurisprudencia del TJCE», *Diario La Ley*, 2003, núm. 5883.

²⁵ STS, Sala 4.ª, de 12 de junio de 2003 [RJ 2003, 4585]. Igualmente, STS, Sala 4.ª, de 24 abril de 2000 [RJ 2000, 5504]. También se ha señalado que el Convenio de Bruselas «*cuenta con soluciones específicas relativas a los contratos individuales de trabajo (art. 5. ap.*

nitario, en la rúbrica de la Sección 5.^a del Capítulo I y en el artículo 18.1 del Reglamento CE 44/2001. De manera que no cabe la menor duda de que dicha materia sí se ubica, dentro de la expresión «*materia civil y mercantil*».

Ahora bien, ninguna de las citadas normas contiene una definición de lo que debe entenderse por «*materia de contratos individuales de trabajo*». Lo que obliga a analizar la jurisprudencia comunitaria, para delimitar sus márgenes de actuación. En este orden de ideas, ha de destacarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que «*el concepto de trabajador (y, con él, el de contrato de trabajo) en (el) Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate*»²⁶. Y, en el específico ámbito de la competencia judicial internacional, ha elaborado un concepto autónomo caracterizado por poseer unos márgenes de actuación amplios, con la finalidad de que, en su seno, quepan los distintos conceptos creados en los diversos Estados miembros —algunos de los cuales son muy diferentes entre sí y/o están sometidas a constantes cambios, con objeto de atender a las nuevas realidades de las prestaciones de servicios que regulan—. Concretamente, dando un papel destacado a las notas de dependencia y de ajenidad, la jurisprudencia comunitaria identifica el contrato de trabajo con toda relación jurídica que inserta al trabajador en el marco de cierta organización ajena a la que presta servicios, en el lugar que ésta determina; lugar que, por su parte, conlleva la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de concretos convenios colectivos²⁷. En la misma dirección, con cita de varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Informe Jenard²⁸ estableció, en su día, que «*aunque hasta el momento no existe un concepto autónomo de contrato de trabajo, se podrá considerar que supone un vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador*» (párrafo 41.º).

^{1º} *in fine*, art. 6 y art. 17 núm. 5 *in fine*), que carecerían de razón de ser de estimar que dentro de dicha materia no están incluidos los contratos de trabajo. Por otra parte debe advertirse que expresamente se excluye la Seguridad Social, materia tradicionalmente sometida al ámbito laboral, no pudiendo efectuar exclusión relativa al contrato de trabajo cuando la norma no excluye expresamente» (STSJ de Madrid, Sala 4.ª, de 26 junio de 2001, FJ 1.º [AS 2001, 2944]).

²⁶ STJCE C-256/01, de 13 de enero de 2004, asunto Debra Allonby, dictada en el ámbito de la igualdad retributiva.

²⁷ SSTJCE C-266/8, de 15 de enero de 1987, asunto Shenavai; y C-32/88, de 15 de febrero de 1989, asunto Soc. Six Constructions. En el ámbito del teletrabajo, la doctrina científica ha señalado que los indicios de dependencia deben ser distintos a los tradicionalmente admitidos. Así, medios informáticos y telemáticos de conexión, que el trabajador esté constantemente conectado a la empresa, que utilice la tecnología del empresario o, por el contrario, que tenga su propio know-how, etc. No debe olvidarse que el ordenador puede ser considerado como un auténtico cordón umbilical, que puede suponer una dependencia incluso más acentuada que la tradicional; *vid.* CARO GÁNDARA, R.: «Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de ciberempleo», Actualidad Jurídica Aranzadi, 1998, núm. 355, pág. 2 (BIB 1998\562).

²⁸ DOCE 1979, C 59.

Los contratos relativos a prestaciones de servicios que no caben dentro de este concepto se sitúan, fuera del régimen específico de los contratos individuales de trabajo. Y estarán sometidos a otras reglas del Reglamento CE 44/2001, siempre que el supuesto sea subsumible en el ámbito de aplicación material, personal, territorial y temporal de esta norma.

3. Nos encontramos ante un concepto cuya presencia afirmada inicialmente por el juez sólo sirve para determinar la competencia judicial internacional. De manera que no condiciona la respuesta que deba darse a la acción ejercitada, de acuerdo con lo previsto en la ley que resulte aplicable. O, lo que es lo mismo, la ley encargada de resolver el objeto del litigio puede llevar a negar la existencia de un contrato individual de trabajo, al margen de que la aplicación de las normas de conflicto encargadas de individualizar los órganos que poseen competencia internacional conduzca a la solución contraria. Con base en la jurisprudencia comunitaria, la doctrina científica ha precisado que sólo en los supuestos en los que en el momento de decidir sobre la competencia judicial internacional los órganos judiciales tengan serias dudas sobre la existencia de algún elemento de laboralidad, podrán efectuar una indagación más profunda, buscando una mayor coherencia entre su inicial pronunciamiento y el que resuelva el litigio, partiendo de los mandatos recogidos en la ley que previsiblemente vaya regir el vínculo contractual. Pero, incluso en estos casos, su valoración inicial no condicionará la decisión que emitan sobre el fondo del asunto, si resultan finalmente competentes²⁹.

III.2.2. La inclusión de los conflictos colectivos y de materias expresamente excluidas por el Reglamento CE 44/2001

1. La amplitud con la que el legislador se refiere a la «*materia de contratos individuales de trabajo*» permite afirmar que el Reglamento CE 44/2001 afecta a todos los litigios que se plantean en las relaciones entre los empleadores y los empleados, siempre que estos protagonistas de las relaciones laborales actúan como tales³⁰. Esta afirmación tiene base en una interpretación estricta de las reglas de competencia especial recogidas en el Reglamento CE 44/2001, que, como exige la jurisprudencia comunitaria³¹, no va más allá de los supuestos explícitamente contemplados por el legislador, en la medida en la que se mueve dentro de la expresión normativa «*materia de contratos individuales de trabajo*».

²⁹ MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., págs. 61, 62 y 203.

³⁰ Un sector de la doctrina científica ha excluido los litigios cuya pretensión tenga por objeto cuestiones relativas a relaciones colectivas de trabajo; *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, citados por M. SABIDO RODRÍGUEZ, en *Sucesión internacional de empresas...*, op. cit., BIB 2008\1742.

³¹ Entre otras, STJCE C-462/06, de 22 de mayo de 2008, asunto Glaxosmithkline.

En este orden de ideas, ha de destacarse que el Reglamento CE 44/2001 incide en una variedad heterogénea de ámbitos, que van desde el que es propio de las relaciones jurídicas que vinculan a los consumidores y a los usuarios, hasta aquel en el que existen obligaciones de dar alimentos a determinados sujetos protegidos. Y ello, porque esta circunstancia conduce a afirmar que la referencia expresa a los contratos individuales de trabajo tiene origen en el deseo del legislador comunitario de diferenciar los supuestos en los que sus protagonistas actúan como tales —es decir, como simples empresarios y trabajadores— y no, por ejemplo, como asegurados, aseguradores o consumidores. Además, el objetivo del Reglamento CE 44/2001 de proteger a la parte contractual más débil, sólo puede ser completamente satisfecho, si las reglas de competencia especial que contiene se aplican a todos los conflictos vinculados a tal actuación, incluidos los procedimientos colectivos y otros que inciden en cuestiones que han sido excluidas por el legislador comunitario del radio de acción de esta norma de conflicto.

2. En particular, a pesar de que la capacidad de las personas físicas es objeto de una exclusión expresa, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado que el Reglamento CE 44/2001 resulta aplicable, incluso si la controversia se refiere a la posible invalidez de un contrato de trabajo basada en la falta de capacidad de las partes³².

Respecto a los conflictos colectivos, si bien no puede darse un conflicto de este tipo sin la existencia de un grupo, ha de tenerse en cuenta que *«la configuración del grupo (...) no constituye una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, y a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y que pueden en su momento hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo»*³³. Además, la STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2007 [RJ 2007, 6961]³⁴ aplica directamente el Reglamento CE 44/2001, en un conflicto colectivo en el que los representantes de los trabajadores pretenden que se declare la existencia de una cesión ilícita de trabajadores entre una empresa Española y una empresa americana, sin cuestionarse la solución contraria ni efectuar ningún análisis ni precisión, al respecto³⁵. En último término, la

³² STJCE C-38/81, de 4 de marzo de 1982, asunto Effer.

³³ STS, Sala 4.^a, de 12 de junio de 2007, FJ 3.º [RJ 2007, 7502].

³⁴ La Sentencia de la Audiencia Nacional a la que afecta esta resolución judicial ha sido comentada por DJAMIL TONY KAHLE CARRILLO, en «Una peculiar resolución de inexistencia de cesión ilegal de pilotos bajo un conflicto colectivo. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 2006», *Aranzadi Social*, 2006, núm. 13.

³⁵ «Por otra parte, en el presente caso la pretensión podría considerarse dentro del límite del proceso de conflicto colectivo en la medida en que se trata de una práctica empresarial dotada de suficiente homogeneidad, si bien ha de aclararse (...) que el pronunciamiento que se adopte se mantiene en ese plano general sin prejuzgar las eventuales situaciones individuales que puedan tener fundamentos distintos de los examinados en este proceso» (STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2007, FJ 3.º [RJ 2007, 6961]).

ausencia de una diferenciación expresa entre los conflictos colectivos y los individuales, en la normativa comunitaria, no tiene otra consecuencia que la necesidad de aplicar a ambos tipos de litigios idénticos puntos de conexión.

3. Sin embargo, ya fuera del ámbito propio del Derecho del Trabajo y de «*la materia de contratos individuales de trabajo*», quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento comunitario aquellos supuestos en los que trabajadores y empresarios se encuentran inmersos en un pleito puramente de Seguridad Social, sobre afiliación, altas, bajas y prestaciones; y ello, porque, en este caso, intervienen las prerrogativas de un organismo público que justifican el ejercicio de poderes exorbitantes, en relación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares. No se puede dejar de lado que «*el Tribunal de Justicia ha considerado (...) que, si bien determinados litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas (...), la situación es distinta cuando la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público*»³⁶.

En su día, el Informe Jenard señaló que la exclusión de la Seguridad Social del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas sólo afecta a las controversias surgidas en las relaciones entre la Administración y los empresarios o trabajadores; no así, cuando la primera invoca el derecho a actuar directamente contra un tercero responsable de un perjuicio o se subroga en los derechos frente al tercero de una víctima asegurada por ella, puesto que, entonces, actúa con arreglo a las normas de Derecho común. Y la jurisprudencia comunitaria ha precisado que «*el contenido del concepto de Seguridad Social, en el sentido del artículo 1, párrafo segundo, del Convenio de Bruselas (...), comprende el ámbito de aplicación material del Reglamento núm. 1408/1971 (...), tal como está definido en su artículo 4 y tal como ha sido precisado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...). Ahora bien, con independencia del modo en que deban calificarse con arreglo al artículo 4 del Reglamento núm. 1408/1971 (...) unos subsidios abonados en concepto de asistencia social por un organismo público a personas carentes de recursos, la acción de repetición promovida por dicho organismo contra un tercero, persona de Derecho privado, en su condición de deudor de alimentos a las personas que recibieron asistencia, no tiene por objeto los requisitos de concesión de las prestaciones de que se trate, sino la recuperación de las cantidades abonadas en este concepto*»³⁷.

³⁶ STJCE C-292\05, de 15 febrero 2007, asunto Eirini Lechouritou y otros (apartado 31.º).

³⁷ STJCE C-271\00, de 14 noviembre 2002, asunto Gemeente Steenbergen y Luc Baten (apartados 45.º y 46.º). En el mismo sentido, la doctrina científica ha señalado que el Reglamento CE 44/2001 resulta aplicable, en aquellos supuestos en los que un organismo de la Seguridad Social reclama a un tercero obligado legalmente el pago de una cantidad que previamente ha abonado; *vid.* PEREZ VERA, E., y otros: *Derecho internacional privado*, vol. I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, págs. 324 y 325.

III.2.3. La potencial incidencia del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I

1. El Convenio de Roma constituye una prolongación del Convenio de Bruselas, que, por su parte, es el precedente inmediato del Reglamento CE 44/2001. Esta circunstancia puede justificar la utilización del contenido de la primera norma señalada, en la delimitación del ámbito material de la última. Pero, con ello, no se obtiene ningún fruto importante, porque el Convenio de Roma, aunque la menciona, no define «*la materia de contratos individuales de trabajo*». Además, no existe una doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que lo haya interpretado y que pueda servirnos de base, debido a que los dos Protocolos que lo acompañan y que hacen posible esta interpretación entraron en vigor, en octubre de 2004. Y, por su parte, la doctrina científica que lo ha analizado no es unánime, dado que ha señalado que es posible buscar el significado de la expresión contrato individual de trabajo, a través de vías diversas, como la elaboración de un concepto autónomo y la técnica de la calificación desde la perspectiva del Derecho internacional privado³⁸.

Ahora bien, el Convenio de Roma sí prevé que, para la interpretación y la aplicación de sus reglas, ha de valorarse «*su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme*» (art. 18). Y el Informe Giuliano-Lagarde declara, en primer lugar, que «*el juez no podrá asimilar las disposiciones del Convenio, por lo que se refiere a su interpretación, a las disposiciones de derecho meramente internas*». En segundo lugar, que «*el enunciado actual del artículo 6 habla de contrato de trabajo en lugar de relación de trabajo como lo hacía el anteproyecto inicial. (Y que), no obstante, conviene precisar que (...) cubre también los casos de contratos nulos; así como las relaciones de trabajo de hecho, en particular las que se caracterizan por un no respeto de las disposiciones contractuales establecidas por la ley con objeto de proteger a los trabajadores*»³⁹. Y, en tercer lugar, que «*el artículo 6 se aplica a los contratos individuales de trabajo y no a los convenios colectivos*». Si bien, el Convenio de Roma ha planteado importantes dudas interpretativas, a la hora de delimitar su actuación, en el ámbito de los convenios colectivos y en las relaciones colectivas de trabajo⁴⁰.

³⁸ Sobre las diferentes vías que pueden seguirse para efectuar la delimitación del concepto de contrato individual de trabajo, *vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la Ley aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, op. cit., págs. 61 y ss.

³⁹ Una particular visión de la ley aplicable a la capacidad de las partes ha sido desarrollada por P. MÉNDEZ SEBASTIÁN, en *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., págs. 203 y ss.

⁴⁰ FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la Ley aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, op. cit., págs. 66 y ss.

2. El Reglamento Roma I tampoco define «*la materia de contratos individuales de trabajo*». Pero, como se ha recordado en varias ocasiones, señala que su ámbito de aplicación material y sus disposiciones deben garantizar la coherencia con el Reglamento CE 44/2001 y con el Reglamento CE 864/2007 (considerando 7.º). Estas palabras se adecuan al contenido de la propuesta inicial de Reglamento de la Comisión (COM/2005/650 final), que dispone que las modificaciones que se realizan en el artículo 1 del Convenio de Roma «*tienen por objeto ajustar el ámbito de aplicación del futuro instrumento Roma I con el del Reglamento Bruselas I y tener en cuenta los trabajos del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el proyecto Roma II*» (Exposición de Motivos). A lo que añade que los cambios del contenido del artículo 6 se quieren introducir, «*con el fin de tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE en el marco del artículo 18 del Reglamento Bruselas I*» (Exposición de Motivos).

Consecuentemente, las nociones de contrato individual de trabajo y, con ellas, la de trabajador por cuenta ajena y la de empresario que han sido utilizadas por el legislador comunitario, en la individualización de la competencia judicial internacional, deben coincidir con las llamadas a actuar, en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a las extracontractuales. Y, al margen de lo anterior, por sí sola, la misma coherencia deseada por el legislador comunitario concede al Reglamento CE 44/2001 un campo de actuación más amplio que a los otros dos Reglamentos comunitarios, puesto que es el encargado de determinar la competencia judicial internacional en las cuestiones a las que éstos se refieren. Lógicamente, el Reglamento CE 864/2007 únicamente puede afectar a las obligaciones extracontractuales y el Reglamento Roma I a las obligaciones contractuales, tal y como cada uno de ellos las conciben de manera autónoma, pero respetando su relación de coherencia⁴¹.

3. Por último, aunque no forme parte de la «*materia de contratos individuales de trabajo*», ha de destacarse que el artículo 9 del Reglamento CE 864/2007 señala que «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, la ley aplicable a una obligación extracontractual respecto de la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o de empresario o de las organizaciones que representen sus intereses profesionales por los daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada, será la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse*» (art. 9)⁴². Este

⁴¹ El Reglamento CE 864/2007 señala que «*el concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. (Y), por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo*» (considerando 11.º).

⁴² Este Reglamento también señala que «*la norma especial sobre acción colectiva (...) se entenderá sin perjuicio de las condiciones relativas al ejercicio de esa acción de acuerdo con la legislación nacional y sin perjuicio de la situación legal o de los sindicatos de las organi-*

instrumento comunitario circunscribe el ámbito de actuación de la expresión conflicto colectivo a los derivados de una huelga o un cierre patronal. En este orden de ideas, declara que «el concepto exacto de acción de conflicto colectivo, ya sea huelga o cierre patronal, varía de un Estado miembro a otro y se rige por las normas internas de cada Estado miembro. Por ello, el presente Reglamento adopta como principio general el de aplicar la legislación del país en el que se lleve a cabo la acción de conflicto colectivo a fin de proteger los derechos y obligaciones de los trabajadores y empresarios» (considerando 27.^o).

Por otro lado, el artículo 1.2 j) del Reglamento Roma I excluye de su ámbito material a «los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales».

III.3. La determinación del órgano judicial competente

III.3.1. El valor del domicilio del empresario y de los establecimientos secundarios como presupuestos de aplicación del Reglamento CE 44/2001. Los foros vinculados a ambas circunstancias

1. A tenor de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento CE 44/2001, si la parte demandada no estuviera domiciliada en un Estado miembro, la competencia judicial se determinara, en cada Estado miembro, por la ley de este último, sin perjuicio de que proceda la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23; o, lo que es lo mismo, sin perjuicio del régimen aplicable en los casos en los que se articulan las competencias exclusivas o existe una prórroga de competencia. De manera que, como regla general, el domicilio del demandado en el momento de presentarse la demanda opera como un presupuesto de la aplicación del Reglamento CE 44/2001.

Este Reglamento comunitario repite el mismo esquema, cuando determina específicamente la competencia judicial internacional, en materia de contratos individuales de trabajo. Por un lado, en el artículo 19, condiciona la articulación de los foros que este precepto contiene a la circunstancia de que

zaciones representativas de los trabajadores, según prevea la legislación nacional respectiva de los Estados miembros» (considerando 28.^o).

«los empresarios (estén) domiciliados en un Estado miembro». Y, por otro, en el artículo 18, prevé que la competencia quedará determinada por la Sección 5.^a, sin perjuicio de los artículos 4 y 5.5 (apartado 1.^o). A lo que añade que «cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en (uno de ellos), se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro» (apartado 2.^o). Consecuentemente, salvando las excepciones señaladas por el legislador comunitario, si el domicilio del empresario demandado se encuentra en un tercer Estado, la competencia internacional de los órganos judiciales deberá determinarse, de acuerdo con lo previsto en el Derecho internacional y, en su caso, de acuerdo con el contenido del artículo 25 LOPJ.

2. Pero el legislador comunitario ha convertido al domicilio del empresario y a los establecimientos secundarios, no sólo en los presupuestos de la aplicación del Reglamento CE 44/2001, cuando la demanda se dirige frente al empresario, sino, además, en foros o criterios específicos de atribución de competencia. Respecto a estos últimos, como sabemos, la asimetría de la regulación europea se encuentra detrás de la circunstancia de que los empresarios sólo puedan demandar a sus empleados, ante los órganos judiciales del Estado miembro en el que éstos tengan su domicilio (art. 20.1). Y, sin embargo, los trabajadores, sólo si lo desean, presentarán sus demandas, ante los órganos judiciales del domicilio de la empresa o de uno de sus establecimientos secundarios.

Ahora bien, en el caso de que sean los trabajadores los que actúen como demandantes, estos foros resultan inadecuados, cuando los litigios no tienen una conexión real con el domicilio del empresario o con uno de sus establecimientos secundarios. Y ello, porque pueden dar cobijo a actuaciones de los empleadores dirigidas a controlar fraudulentamente la determinación de los órganos judiciales competentes. De hecho, un sector de la doctrina científica ha señalado que el foro subsidiario del establecimiento secundario resulta criticable, si se tiene en cuenta que puede no reflejar una proximidad, no ya con el trabajador, sino con la relación laboral; y, en cambio, puede tenerla tan sólo con el empleador y, por ello, no responder bien al principio de protección de la parte más débil del contrato de trabajo⁴³. Sin embargo, tampoco se puede dejar de lado que son los trabajadores los que deciden acudir a tales foros y que es posible que consideren que les conviene, entre otras razones, porque piensen que el proceso se resolverá con mayor celeridad, debido a la ausencia de eventuales demoras causadas por

⁴³ ZABALO ESCUDERO, M. E., citado por CARO GÁNDARA, R., en *Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de ciberempleo*, op. cit., pág. 3.

emplazamientos y citaciones dirigidas al empresario en otro país; o, en el caso del foro del domicilio, valoren que habitualmente los bienes del empleador están allí, de forma que, demandándole en dicho lugar, se evitarán los riesgos, gastos y dilaciones derivados de la ejecución de una decisión extranjera.

3. Por lo demás, en los supuestos de pluralidad de demandados, el artículo 6.1 del Reglamento CE 44/2001 prevé que podrán ser competentes los órganos judiciales del domicilio de cualquiera de ellos, *»siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo, a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente»*. No obstante, la STJCE C-462/06, de 22 de mayo de 2008, asunto Glaxosmithkline, niega la articulación de este precepto, en el ámbito de los contratos individuales de trabajo. Con anterioridad, partiendo de sus mandatos, algunos Tribunales Superiores de Justicia han señalado que basta con el hecho de que uno de los codemandados tenga su domicilio en un país de la Unión Europea, para articular la normativa comunitaria⁴⁴. Y, en otras ocasiones, han declarado que *«los Tribunales ante los que puede ser demandado un empresario por razón del contrato de trabajo (son): a) los del lugar del domicilio del demandado; b) los del lugar de la prestación habitual del trabajo, o los del lugar donde estuviera o hubiera estado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador (cuando no se presta el trabajo habitualmente en un sólo Estado); y c) los del domicilio de cualquiera de los demandados (si éstos son varios). Dichos foros son concurrentes entre sí, por tanto, es el demandante el que puede elegir en cuál de ellos presenta la demanda, según su propio criterio o interés»*⁴⁵.

4. La importancia que posee el concepto de domicilio nos lleva a analizar los artículos 59 y 60 del Reglamento CE 44/2001, en tanto en cuanto son los encargados de darle su contenido normativo.

⁴⁴ SSTSJ de las Islas Canarias/Las Palmas, Sala 4.^a, de 24 noviembre de 2004, FJ 3.º [AS 2004, 3693]; y de 7 marzo de 2005 [AS 2005,1016]. En parecida dirección, STSJ de Madrid, Sala 4.^a, de 26 junio de 2001 [AS 2001, 2944].

⁴⁵ STSJ de Castilla-La Mancha, Sala 4.^a, de 18 julio de 2005, FJ 2.º [AS 2005, 2583]. Este mismo pronunciamiento judicial declara que *«en supuestos de relaciones laborales sucesivas de un trabajador con distintos empresarios, que tengan su causa en contratos o acuerdos empresariales presididos por un legítimo interés empresarial en los mismos, y cuya consecuencia para el trabajador sea su tránsito por diversas legislaciones nacionales, al amparo de las cuales éste se haga acreedor de derechos y obligaciones, constituye una interpretación más garantizadora de tales derechos considerar que pueda exigir el cumplimiento de los mismos ante los Tribunales de cualquiera de los Estados, en los que tenga su domicilio alguno de los empresarios implicados o respecto de los cuales pudiera derivarse responsabilidad, en orden al cumplimiento de los derechos adquiridos, siempre que exista conexión entre el derecho ejercitado y el órgano judicial (...), pues no debe olvidarse que el artículo 5 del Convenio de Bruselas queda incluido entre los fueros especiales por razón de la materia o fueros de protección de la parte débil»* (FJ 9.º).

En este orden de ideas, ha de destacarse, por un lado, que el artículo 59 precisa que *«para determinar si una (persona física) está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna»* (apartado 1.º). Y, si de esta aplicación resultara que no está domiciliada en ese Estado miembro, para dilucidar si lo está en otro Estado miembro, se *«aplicará la ley de (este otro) Estado»* (apartado 2.º). En España, ambas remisiones conducen a lo dispuesto en el artículo 50 de la LEC, en relación con el artículo 40 del CC; y, en particular, para el domicilio de los cónyuges, a los artículos 69 y 70 del CC y, para el de los menores, a los artículos 154, 156 y concordantes del CC. Por otro lado, debe precisarse que el 60 del Reglamento CE 44/2001 realiza un importante avance, respecto al artículo 53 del Convenio de Bruselas, porque establece una serie de criterios alternativos que van más allá de los contemplados en la norma precedente. Concretamente, declara *«que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; (o) c) su centro de actividad principal»* (apartado 1.º). A lo que añade que, *«para el Reino Unido y para Irlanda, la expresión «sede estatutaria» se equipará al registered office y, en caso de que en ningún lugar exista una registered office al place of incorporation, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la formation (creación) de la sociedad o persona jurídica»* (apartado 2.º). Y, *«para determinar si un trust está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado»* (apartado 3.º).

Ahora bien, la noción jurídica de domicilio, aunque normalmente es recogida por las distintas legislaciones internas, no necesariamente tiene que poseer el mismo significado, en todas y cada una de ellas. Por ello, las remisiones que el Reglamento CE 44/2001 realiza a los ordenamientos jurídicos internos pueden dar lugar a situaciones en las que varios Estados se consideren competentes, o bien en las que ninguno de los implicados afirme su competencia. Para intentar paliar los efectos indeseables de la ausencia de coincidencia del concepto de domicilio, es posible atribuir al demandado, en la primera de las situaciones señaladas, el derecho a optar por los órganos judiciales de alguno de los países que afirman su competencia. En la segunda, sin embargo, se podría sustituir el foro del domicilio del demandado por el de su residencia habitual; si bien, aun así, podrían seguir existiendo problemas, debido a que el concepto de residencia habitual también puede ser diverso, en los diferentes ordenamientos jurídicos internos.

5. Dado que su presencia justifica la articulación de una excepción a la regla general del domicilio del empresario, en el ámbito de la competencia judicial internacional, también posee una gran importancia el concepto de sucursal, agencia o establecimiento. Pero, a diferencia de lo que sucede con

el domicilio, la norma comunitaria no ofrece ningún elemento que pueda servirnos, en la delimitación de este elemento. Sin embargo, sí lo hace el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que considera que «*un establecimiento secundario consiste en un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior, como la extensión de una casa matriz, y que está dotado de dirección y materialmente equipado para poder celebrar negocios con terceros de tal modo que éstos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la casa matriz, cuyo domicilio social se halla en otro Estado (...), quedan dispensados de dirigirse a ella directamente. Por consiguiente, (...) las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento secundario son entidades que pueden ser las interlocutoras principales, incluso exclusivas, de terceros en la negociación de contratos*»⁴⁶.

Esta jurisprudencia comunitaria lleva a pensar que no existe una exacta coincidencia entre el concepto de establecimiento secundario y el de centro de trabajo; sujeto, este último, en cada ordenamiento jurídico interno, a requisitos propios. Y tampoco parece necesario que el trabajador preste sus servicios en la sede física del establecimiento secundario que justifique la aplicación del Reglamento CE 44/2001; pero sí que la demanda derive de la explotación de tal establecimiento, para garantizar una mínima conexión entre el foro y el litigio y, a la vez, dar cumplimiento a las palabras del artículo 18.2 del Reglamento, que se refieren directamente a «*todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento*»⁴⁷.

III.3.2. El foro del lugar de la prestación de servicios

1. Los trabajadores pueden demandar a sus empleadores, en el Estado en el que prestan o hubieran prestado habitualmente sus servicios (art. 19.2 a) Reglamento CE 44/2001). Con esta previsión, el legislador comunitario garantiza la articulación del foro del lugar habitual de trabajo, tanto en los conflictos surgidos durante la vigencia de los vínculos laborales, como en los planteados después de su ruptura. Respecto a los primeros, al interpretar el Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado que sólo puede darse preferencia al último lugar de trabajo, cuando vaya a convertirse en el lugar habitual de prestación de servicios, aunque en el momento en el que surja el conflicto no lo sea todavía⁴⁸.

⁴⁶ STJCE C-439/93, de 6 de abril de 1995, Lloyd's Register of Shipping, apartados 18.º y 19.º. En igual sentido, STJCE C-33/78, de 22 de noviembre de 1978, asunto Somafer. Al respecto, *vid.* RIVAS VALLEJO, M. P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», *op. cit.*, págs. 541 y 542.

⁴⁷ MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, *op. cit.*, pág. 83.

⁴⁸ STJCE C-37/2000, de 27 de febrero de 2002, asunto Herbert Weber.

Siguiendo la doctrina contenida en la STJCE, C-437/00, de 10 de abril de 2003, asunto Pugliese, este foro se justifica en la presencia de una conexión especialmente estrecha entre la controversia y el órgano judicial. Y, además, es el más acto para resolver los litigios que pueden generar los contratos de trabajo, porque satisface, mejor que ningún otro, la necesidad de garantizar una protección adecuada al trabajador como parte contratante más débil, en la medida en la que, al menos como regla general, es en el que puede ejercer sus derechos con menos gastos. A ello, ha de sumarse que facilita la coincidencia entre el foro y el *ius*, debido a que el artículo 6.2 del Convenio de Roma y el artículo 8.2 del Reglamento Roma I declaran que, a falta de elección por las partes, ha de estarse a la ley del lugar en el que el trabajador —aun cuando haya sido enviado a otro país con carácter temporal— realice habitualmente su trabajo, salvo cuando del conjunto de circunstancias concurrentes resulte que el contrato tiene vínculos más estrechos con otro país. La eventual coincidencia entre el foro y el *ius* tiene la ventaja de que los juzgados y tribunales encargados de resolver los conflictos poseerán experiencia, en la interpretación y en la aplicación de la norma que deberán aplicar.

2. Ahora bien, la determinación del lugar en el que los trabajadores prestan habitualmente sus servicios no es siempre una tarea fácil. Para comenzar, la letra del artículo 19 del Reglamento CE 44/2001 cubre aquellos supuestos en los que la prestación de servicios se realiza en el espacio terrestre, marítimo y aéreo sometido a la soberanía de un Estado, al igual que lo hace el artículo 6.2 del Convenio de Roma y el artículo 8.2 del Reglamento Roma I⁴⁹. Pero hay trabajos que se realizan habitualmente, total o parcialmente, fuera de la soberanía de un concreto Estado. Esto es lo que sucede, con los efectuados en plataformas petrolíferas y en estaciones espaciales; y lo que puede suceder, al menos, en parte, con el transporte aéreo y el marítimo. Además, hay otros servicios en los que resulta imposible vincular temporalmente su habitualidad a un sólo Estado.

En todas estas prestaciones de servicios, al decaer la referencia territorial sobre la que descansa la normativa comunitaria, podría pensarse que no es correcto articular el punto de conexión analizado. No obstante, en el asunto Pugliese, tomando como referencia pronunciamientos anteriores, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recuerda que, en la determinación del lugar de prestación habitual de servicios, deben valorarse las circunstan-

⁴⁹ De manera que no cabe la menor duda de que, por estar sometido a su soberanía, «el trabajo realizado por un trabajador por cuenta ajena en instalaciones fijas o flotantes situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado contratante, en el marco de la exploración y/o explotación de sus recursos naturales, debe considerarse un trabajo realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del artículo 5, número 1, del Convenio de Bruselas» (STJCE C-37/00, de 27 febrero 2002, asunto Herbert Weber, apartado 36.º).

cias concurrentes, con el objetivo de facilitar que quede completamente satisfecha la finalidad tuitiva que posee el Reglamento CE 44/2001. Partiendo de esta premisa, señala que el lugar de cumplimiento, con carácter general, es aquel en el que trabajador ejerce en el tiempo las actividades pactadas con su empresa. Pero, en el supuesto de que el trabajador cumpla sus obligaciones en varios Estados, dicho lugar será aquel en el que o desde el cual, habida cuenta de todas las circunstancias concurrentes, satisfaga, de hecho, lo esencial de tales obligaciones, es decir, aquél en el que desarrolle la parte más importante de su actividad; o bien aquel en el que se ubique su centro de operaciones⁵⁰. Y, partiendo de esta doctrina, en los supuestos en los que el trabajo se desarrolle, en todo o en parte, fuera de la soberanía de un concreto Estado, habrá de acudir al centro o base de operaciones de la prestación de servicios.

3. El artículo 8.2 del Reglamento Roma I recoge este mismo criterio, puesto que prevé que *«en la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente»*. Para encontrar la razón de este paralelismo, recuérdese que el considerando 7.º del Reglamento Roma I declara que su ámbito de aplicación material y sus disposiciones deben garantizar la coherencia con el Reglamento 44/2001, aparte de con el Reglamento 864/2007.

Este mismo deseo de coherencia del legislador comunitario permitiría valorar, en la determinación del órgano judicial competente, el hecho de que el Reglamento Roma I disponga 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»* (art. 8.2); estando presente esta circunstancia, *«cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero»* (considerando 36.º). Lógicamente, este supuesto retorno o comienzo de la prestación de servicios en el lugar supuestamente definitivo es un elemento cuya presencia o ausencia sólo puede afirmarse, partiendo del contenido del contrato y de las demás circunstancias concurrentes. Además, si el litigio se refiere a una cuestión planteada con ocasión o como consecuencia del trabajo desarrollado tempo-

⁵⁰ También SSTJCE C-37/00, de 27 de febrero de 2002, asunto Herbert Weber; C-125/92, de 13 de julio de 1993, asunto Mulox IBC Limited/Hendrick Geels; y C-383/95, de 9 de enero de 1997, asunto Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd. En general, sobre la evolución del concepto de lugar habitual de prestación de servicios en la jurisprudencia comunitaria; *vid.* SABIDO RODRÍGUEZ, M.: «Sucesión internacional de empresas...», *op. cit.*, BIB 2008/1742; y RIVAS VALLEJO, M. P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», *op. cit.*, págs. 539 y ss. Igualmente, *vid.* MICHINEL ÁLVAREZ, M. A.: «Sobre la determinación del lugar de trabajo habitual como foro de competencia en el convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *Diario La Ley*, 2003, núm. 5836.

ralmente en un lugar diferente del habitual, deberán valorarse las normas especiales sobre desplazamientos —Directiva 96/71, de 16 de diciembre, y Ley 45/1999, de 29 de noviembre⁵¹.

Mayor importancia posee la circunstancia de que el Reglamento Roma I afirme que *«la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal»* (considerando 36.º).

4. Por su parte, la sentencia que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado en el asunto Pugliese declara que puede considerarse que el lugar de ejecución de un segundo contrato de trabajo es el de ejecución de un primer contrato, en aquellos supuestos en los que existe un interés del primer empresario en la ejecución del trabajo realizado para el segundo. En particular, en el supuesto de hecho sobre el que este pronunciamiento se elabora, un trabajador asalariado celebra sucesivamente dos contratos de trabajo con dos empresarios distintos, dándose la circunstancia de que el primer empresario había sido plenamente informado de la celebración del segundo contrato y había consentido la suspensión del primero.

En palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en supuestos como el descrito, la doctrina de la jurisprudencia comunitaria no puede aplicarse en su integridad, sino que ha de matizarse. El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas —que recoge el mismo foro que el artículo 19.2 a) del Reglamento CE 44/2001— *«debe interpretarse de forma que se evite la multiplicidad de órganos jurisdiccionales competentes, se permita al demandante prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional podrá interponer la demanda y se garantice una protección adecuada al trabajador, como parte contratante más débil»* (apartado 22.º). *»Los dos primeros objetivos implican que, cuando un trabajador por cuenta ajena está vinculado a dos empresarios diferentes, sólo puede demandarse al primero de ellos ante el tribunal del lugar en el que el trabajador ejerce su actividad para el segundo empresario si el primer empresario tiene, por su parte, en el momento de la celebración del segundo contrato, un interés en la ejecución de la prestación que el trabajador realizará para el segundo empresario en el lugar determinado por este último»* (apartado 23.º). *«El tercer objetivo implica que la existencia de dicho interés no ha de verificarse estrictamente, a la luz de criterios formales y exclusivos, sino que debe apreciarse de manera global,*

⁵¹ En este orden de ideas, el Reglamento Roma I dispone que *«la norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios»* (considerando 34.º).

tomando en consideración todas las circunstancias del caso de autos. Pueden figurar, en particular, entre los factores pertinentes: el hecho de que la celebración del segundo contrato estuviera prevista cuando se firmó el primero; el hecho de que el primer contrato se modificara habida cuenta de la celebración del segundo; el hecho de que exista un vínculo orgánico o económico entre ambas empresas(;) el hecho de que exista un acuerdo entre los dos empresarios por el que se establezca un marco para la coexistencia de los dos contratos; el hecho de que el primer empresario conserve una facultad de dirección sobre el trabajador (;) el hecho de que el primer empresario pueda decidir respecto a la duración de la actividad del trabajador para el segundo empresario» (apartado 24.º); y, en general, «otros datos pertinentes» (apartado 25.º).

5. Con esta concepción del lugar de prestación habitual de servicios, se favorece la centralización de los litigios ante unos mismos órganos judiciales, en los supuestos de pluralidad de demandados. Lo que puede atemperar, en cierto modo y en algunos casos, la imposibilidad de aplicar a los contratos individuales de trabajo el artículo 6.1 del Reglamento CE 44/2001, declarada, como sabemos⁵², en la STJCE C-462/06, de 22 de mayo de 2008, asunto Glaxosmithkline.

La concepción aquí defendida ha sido acogida por alguno de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en una cesión de un deportista profesional realizada entre dos entidades deportivas domiciliadas en distintos Estados de la Unión Europea, una en España y otra en Italia⁵³. No obstante, la STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2007 [RJ 2007, 6961] permite escindir el enjuiciamiento de las cesiones ilícitas de trabajadores, atribuyendo el conocimiento de cada una de sus implicaciones —la que deriva para el cedente y la que afecta al cesionario— a jurisdicciones distintas. En el caso que enjuicia este pronunciamiento judicial, una de estas jurisdicciones no era la de un Estado miembro, sino la de Estados Unidos; país, este último, en el que se encontraba el domicilio de uno de los demandados. De este modo, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo se distancia de la doctrina elaborada por alguno de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en el sentido de que basta con el hecho

⁵² Vid. epígrafes 3.3.1 y 3.3.4.

⁵³ En este orden de ideas, ha señalado que los contratos que el trabajador ha suscrito con ambos empresarios «no constituyen realidades independientes y ajenas la una de la otra, sino que por el contrario, entre uno y otro se establece una intensa relación (...). El derecho que ejercita el jugador deriva de la extinción del contrato de trabajo que le unía con (uno de los clubes), pero dicho derecho se hace efectivo porque la causa de la extinción fue debida a la cesión por dicha entidad deportiva del jugador, y con su consentimiento, (a otro club) con quien se inició otro contrato de trabajo. En realidad, la causa del derecho reclamado por el actor es el contrato celebrado entre las dos entidades deportivas demandadas que tuvo por objeto la cesión definitiva del jugador de uno a otro club, por un precio determinado o determinable» (STSJ de Castilla-La Mancha, Sala 4.^a, de 18 julio de 2005, FJ 7.º [AS 2005, 2583]).

de que uno de los codemandados tenga su domicilio en un país de la Unión Europea, para articular la normativa comunitaria⁵⁴.

6. Por último, ha de precisarse que la jurisprudencia comunitaria ha puesto de manifiesto que no es posible traer a colación el lugar de prestación habitual servicios, para determinar la competencia judicial internacional, en aquellos casos en los que dicha prestación de servicios se lleva a cabo íntegramente fuera del territorio de uno de los Estados contratantes⁵⁵.

III.3.3. El foro del lugar de celebración del contrato

1. Si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá presentar la demanda, «*ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que (le) hubiere empleado*» (art. 19.2 b) Reglamento CE 44/2001). Con esta fórmula, el legislador comunitario permite que los trabajadores elijan entre el foro del lugar en el que se encuentra dicho establecimiento en el momento de presentar la demanda y, de otro lado, si ha cambiado su ubicación originaria, el foro del lugar en el que se encontraba en el momento de la contratación. De modo que la letra de la norma comunitaria impide que los empresarios, con la finalidad de enervar la competencia de los órganos judiciales de un determinado Estado, trasladen fraudulentamente la localización de la entidad empleadora.

Sin embargo, la literalidad de las normas de conflicto encargadas de determinar la ley aplicable no lleva a la misma conclusión, sin perjuicio de que pueda ser corregida, mediante la utilización de diversos instrumentos interpretativos, entre los que cabe situar la finalidad de proteger a la parte contractual más débil. De un lado, el artículo 6.2 b) del Convenio de Roma dispone que «*si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país (se aplicará) la ley del país en que se encuentre el establecimiento que (le) haya contratado*»; y, de otro lado, el artículo 8.3 del Reglamento de Roma I, declara que «*cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento que haya contratado al trabajador*».

2. Por lo demás, el término establecimiento utilizado por el artículo 19.2 b) Reglamento CE 44/2001 debe entenderse en un sentido amplio, no tiene necesariamente que coincidir con el lugar en el que se encuentre la sede central o el establecimiento principal de la empresa, sino que puede ser una

⁵⁴ SSTSJ de las Islas Canarias/Las Palmas, Sala 4.^a, de 24 noviembre de 2004, FJ 3.º [AS 2004, 3693]; y de 7 marzo de 2005 [AS 2005, 1016]. En parecida dirección, STSJ de Madrid, Sala 4.^a, de 26 junio de 2001 [AS 2001, 2944].

⁵⁵ Con referencia al Convenio de Bruselas, STJCE C-32/88, de 15 de febrero de 1989, asunto Six Constructions.

sucursal o una agencia. Incluso, algún Tribunal Superior de Justicia ha señalado que, en los supuestos de empresario laboral único, es aquel en el que el trabajador suscribe el primero de los contratos con una de las empresas de un grupo⁵⁶. Y, a pesar de que el legislador comunitario no exija que el contrato se celebre, en el marco de la explotación de la entidad empleadora, es posible interpretar la norma en dicho sentido. La razón se encuentra en la circunstancia de que, aunque puede hacer coincidir el foro y el *ius*, la utilización de este punto de conexión no es muy adecuada, además de por los problemas que seguidamente mencionaremos, porque puede ser algo accidental en un contrato de ejecución continuada⁵⁷ y, consecuentemente, justificar la actuación de un foro desorbitado.

Además, téngase en cuenta que el Reglamento CE 44/2001 alude al lugar en el que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador. Ello ha permitido a un sector de la doctrina científica, partiendo de una interpretación literal de la norma, mantener que dicho lugar es el que corresponde al establecimiento que emplea al trabajador, no el de celebración del contrato, con el que puede coincidir o no. De manera que cuando tal coincidencia no se dé, resultará adecuado que el trabajador demandante elija entre los órganos judiciales de uno y otro lugar⁵⁸. Ahora bien, con mayor acierto, otro sector de esa misma doctrina científica, mantiene que el Reglamento CE 44/2001 ha consagrado el foro del lugar de celebración del contrato, puesto que, a través de sus palabras, procura localizar el tribunal competente en los supuestos en los que el trabajador ha prestado servicios —o, lo que es lo mismo, ha sido efectivamente empleado— en varios Estados⁵⁹.

3. En otro orden de ideas, en los supuestos en los que los vínculos laborales se suscriben en un territorio no sometido a la soberanía de un concreto Estado, la determinación del lugar de la contratación encuentra dificultades, al igual que sucede en la determinación del lugar habitual de prestación de servicios. Seguramente, también la solución se encuentre, en acudir a la ubicación de la base o del centro de operaciones. Si bien, en el presente caso, puede ser más discutida, debido a que no existe, o, al menos no hemos encontrado, ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que la avale.

⁵⁶ STSJ de Madrid, Sala 4.^a, de 26 junio de 2001 [AS 2001, 2944].

⁵⁷ Si bien, un sector de la doctrina ha señalado que su consagración debe valorarse positivamente, considerando su relación de subsidiariedad respecto del foro del lugar de prestación habitual del servicio, porque este foro no sólo responde a la tutela de los intereses del trabajador, parte débil de la relación jurídica, sino también a las necesidades del mercado integrado y a los retos de la globalización; *vid.* SABIDO RODRÍGUEZ, M.: «Sucesión internacional de empresas ...», *op. cit.*, BIB 2008\1742.

⁵⁸ *Vid.* los autores citados por M. SABIDO RODRÍGUEZ, en «Sucesión internacional de empresas ...», *op. cit.*, BIB 2008\1742.

⁵⁹ MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, *op. cit.*, pág. 85.

Aparte de lo anterior, la globalización y el imparable desarrollo técnico hacen que sean más frecuentes los contratos de trabajo en los que la oferta del empresario y la aceptación del trabajador se realizan en Estados o lugares diferentes. En tales supuestos, si se aplicara el artículo 1.262 CC, deberían ser competentes los órganos judiciales del lugar en el que el empresario haya efectuado la oferta, siempre que ésta contenga todos los elementos fundamentales del contrato de trabajo que permitan a los trabajadores conocer correctamente las condiciones ofrecidas. Pero esta solución tampoco es segura, porque se basa en la aplicación de un ordenamiento jurídico interno, en la delimitación de un elemento de conexión comunitario.

III.3.4. Los problemas interpretativos vinculados a la aplicación de las normas de competencia ubicadas fuera de la Sección 5.ª del Capítulo I del Reglamento CE 44/2001

1. Como sabemos, la STJCE C-462/06, de 22 de mayo de 2008, asunto Glaxosmithkline, ha negado la articulación del artículo 6.1 del Reglamento CE 44/2001, en los litigios vinculados a los contratos individuales de trabajo. Este precepto atribuye la competencia a los órganos judiciales del domicilio de cualquiera de los demandados, cuando las demandas formuladas contra distintos sujetos son conexas, en el momento de su presentación; *»es decir, cuando existe un interés en tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente. (No siendo necesario), además, establecer de manera clara que (...) no han sido formuladas (,) con el único fin de sustraer a uno de los demandados de la competencia de los tribunales del Estado en el que tiene su domicilio»*, ni tampoco que posean los mismos fundamentos jurídicos⁶⁰.

En el ámbito laboral, la inaplicación del artículo 6.1 del Reglamento CE 44/2001 obliga a los trabajadores a demandar a los empresarios implicados, ante los órganos judiciales del domicilio de cada uno de ellos, en casos como los de grupos de empresas, sucesión de empresas, de lícitas colaboraciones empresariales o de cesiones ilegales, en contra del criterio defendido por algunos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Y ello, a menos que tales empleados acudan al foro del lugar de prestación habitual de servicios, en los términos en los que ha sido definido en el asunto Pugliese⁶¹.

2. Concretamente, en el asunto Glaxosmithkline, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que *«las reglas de competencia en*

⁶⁰ STJCE C-98\06, de 11 octubre 2007, asunto Freeport plc y Olle Arnoldsson (apartado 54.º).

⁶¹ Vid. epígrafe 3.3.2.

materia de contratos individuales de trabajo que establece el Reglamento difieren considerablemente de las reglas aplicables en ese ámbito en virtud del Convenio de Bruselas» (apartado 15.º). Al efecto, señala que, hoy en día, «*la competencia en materia de contratos individuales de trabajo se regula en una sección específica»* (apartado 17.º), cuyas disposiciones «*tienen un carácter no sólo específico, sino además exhaustivo»* (apartado 18.º). Y añade que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18.1 del Reglamento CE 44/2001, «*todo litigio que tenga por objeto un contrato individual de trabajo debe ser planteado ante un tribunal designado conforme a las reglas de competencia previstas en la sección 5.ª del capítulo II del mismo Reglamento y, por otra parte, (que) esas reglas de competencia sólo pueden ser modificadas o completadas por otras reglas de competencia enunciadas en el propio Reglamento (,) en caso de que se haga una remisión expresa a éstas en la misma sección 5.ª»* (apartado 19.º). Fundamentalmente, porque «*según jurisprudencia reiterada, las reglas de competencia especial deben ser interpretadas de modo estricto, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados»* (apartado 28.º).

Este razonamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, además de estar excesivamente pegado a la literalidad de la norma, puede impedir el funcionamiento armonioso de la justicia. Ésta, la justicia, tal y como declara el considerando 15.º del Reglamento CE 44/2001, «*exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables, (debiendo prevalecer) un mecanismo claro y eficaz con objeto de resolver los casos de (...) conexidad»*⁶². Tampoco se puede dejar de lado que la solución a la que conduce tal argumentación no es la más adecuada, desde un punto de vista teleológico, porque ignora la necesidad de proteger a la parte contratante más débil, privándola de una posibilidad que tenía bajo la vigencia del Convenio de Bruselas. Con el agravante de que una de las finalidades del Reglamento CE 44/2001 es reforzar la protección otorgada a los trabajadores por dicho Convenio o, como dispone el considerado 5.º del citado Reglamento, «*garantizar la continuidad de los resultados obtenidos»*⁶³.

⁶² Incluso en el en el asunto Glaxosmithkline, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoce que «*es verdad que la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento en materia de contratos de trabajo permitiría extender a los litigios que tengan como objeto dichos contratos la posibilidad de interponer ante un solo tribunal demandas conexas dirigidas contra una pluralidad de demandados. Dicha extensión, al igual que la dispuesta expresamente por el legislador comunitario en el artículo 20, apartado 2, del Reglamento en relación con la reconvencción, respondería al objetivo general de una buena administración de justicia, que implica respetar el principio de economía procesal»* (apartado 27.º).

⁶³ En parecidos términos, Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 17 de enero de 2008. El déficit de protección que se genera con la inaplicación del precepto es innegable; *vid.* CARRILLO POZO, L.F.: «Error patente en la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional (Comentario a la STC 140/2006, de 8 de mayo)», *REDT*, 2007, núm. 134, pág. 430. Pero este autor también señala que «*el tenor de*

3. Ahora bien, en sentido contrario, en el asunto Glaxosmithkline, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas argumenta que es posible que la aplicación del artículo 6.1 genere consecuencias contrarias a la finalidad tuitiva de la normativa comunitaria, porque «*podría privar al trabajador de la protección que le garantiza el artículo 20, apartado 1, del mismo Reglamento*» (apartado 31.º), ya que permite que los empresarios demanden a sus empleados, ante el tribunal de un Estado en el que éstos no tengan su domicilio.

Para evitar esta indeseable consecuencia, el citado Tribunal estima que no puede limitarse la aplicación del artículo 6.1 sólo a los casos en los que el trabajador sea el demandante, porque ello «*sería opuest(o) tanto al texto de las disposiciones de la sección 5.ª (,) como al del artículo 6, número 1 (...). Además, no hay razón alguna para limitar la concepción protectora de tal argumentación únicamente al artículo 6, número 1, y se tendría que reconocer que sólo el trabajador debería poder invocar toda regla de competencia especial prevista por ese Reglamento que pudiera servir a sus intereses como justiciable. Ahora bien, la transformación por el juez comunitario de las reglas de competencia especiales, destinadas a facilitar una buena administración de justicia, en reglas de competencia unilaterales, protectoras de la parte a la que se considera más débil, iría más allá del equilibrio de intereses que el legislador comunitario ha establecido en el estado actual del Derecho comunitario (y) sería difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los objetivos del Reglamento y que exige en especial que la reglas de competencia se interpreten de manera que presenten un alto grado de previsibilidad, como indica el undécimo considerando de dicho Reglamento*» (apartado 32.º).

Con estas palabras, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pone de manifiesto algunos de los peligros vinculados a la aplicación sistemática del artículo 6.1 del Reglamento CE 44/2001. Pero olvida que la jurisprudencia comunitaria ha sido el motor principal de los cambios que la normativa comunitaria ha sufrido, en el régimen de la competencia judicial internacional. Basta con poner de manifiesto que, en el asunto Ivenel, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas creó un foro especial en materia de contrato individual de trabajo —el que corresponde al lugar de la prestación de servicios—, que, luego, fue recogido por el Convenio de Bruselas⁶⁴ y matizado,

la norma es claro, y si el legislador hubiera querido salvar la aplicabilidad de alguno de los foros derivados lo habría hecho, como ha sido el caso de la demanda reconventional». En el asunto Glaxosmithkline, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que la inaplicación del precepto queda corroborada por «la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, (ya que) señala (que) las competencias previstas en (la sección 5 del capítulo II del Reglamento) sustituyen a las (contenidas) en las secciones 1 [Disposiciones generales] y 2 [Competencias especiales]» (apartado 24.º).

⁶⁴ STJCE C-133/81, de 26 de mayo de 1982, asunto Ivenel.

para el caso de dispersión de los lugares de ejecución del trabajo por cuenta ajena⁶⁵. Por otro lado, la aplicación del artículo 6.1 únicamente en los supuestos en los que los trabajadores son los demandantes puede considerarse adecuada al equilibrio de intereses que el legislador comunitario ha establecido en el estado actual del Derecho comunitario. Este equilibrio, como se ha señalado anteriormente, es un equilibrio asimétrico que está basado en la creación de un abanico de potenciales foros cuya titularidad el legislador comunitario ha otorgado a los trabajadores y, sin embargo, ha negado a los empresarios⁶⁶. La asimetría del sistema se manifiesta también en el régimen de los pactos atributivos de competencia, puesto que son válidos, sólo si son posteriores al nacimiento del litigio; o bien facultan a los trabajadores a formular demandas, ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 5.^a (art. 21 Reglamento CE 44/2001)⁶⁷.

Por lo tanto, puede considerarse que la aplicación del artículo 6.1 es una consecuencia previsible de la finalidad protectora del Reglamento CE 44/2001, en los supuestos de conexión estrecha de demandas basada en la posibilidad de que la sentencia que resuelva el litigio declare la responsabilidad solidaria o subsidiaria de varios empresarios, o bien la presencia de un único empresario laboral acompañada de todas las consecuencias que le son propias. Con la afirmación de la previsibilidad de esta consecuencia, se impide que los empleadores realicen maniobras fraudulentas destinadas a generar un mayor coste y esfuerzo de los trabajadores y, consecuentemente, tendentes a impedir la satisfacción del imperativo de justicia.

4. Ahora bien, al margen de que no se comparta la doctrina que contiene, no se puede finalizar el presente epígrafe, sin recordar que el criterio defendido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lleva a no aplicar a los contratos de trabajo las reglas de competencia del Reglamento CE 44/2001 que están situadas fuera de la Sección 5.^a de su Capítulo II, a menos que así se contemple expresamente en esta sección.

Consecuentemente, en principio, sólo resultan aplicables los artículos 4 y 5.5 de la norma comunitaria, en la medida en la que el artículo 18.2 remite a ellos, en la determinación de la competencia judicial. Sin embargo, al igual que otros muchos, los mandatos del artículo 24 del Reglamento comunitario

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

⁶⁶ *Vid.* epígrafe 3.1.

⁶⁷ Si no concurren estos presupuestos, el pacto de sumisión no será eficaz (SSTS, Sala 4.^a, de 24 de abril de 2000 [RJ 2000, 5504] y de 12 de junio 2003 [RJ 2003, 4585]). Con mayor o menor acierto, hacen referencia a la necesidad de respetar estos límites, las SSTSJ de Madrid, Sala 4.^a, de 16 noviembre de 2004 [AS 2004, 3611] y de 21 septiembre de 2004 [AS 2004, 2756 y 3051]; la STSJ del País Vasco, Sala 4.^a, de 20 febrero de 2001 [AS 2001, 1277]; y la STSJ de Cataluña, Sala 4.^a, de 21 noviembre de 2000 [AS 2001, 1126]. Respecto al Convenio de Bruselas, SSTJCE C-71/83, de 19 de junio de 1984, asunto Tilly Russ; C-159/97, de 16 de marzo de 1999, asunto Castelletti; y C-387/98, de 9 de noviembre de 2000, asunto Coreck Maritime y otros.

no cumplen la condición que permitiría su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, puesto que la Sección 5.^a no realiza reenvío alguno en tal sentido. Ahora bien, la sumisión tácita que regula este artículo constituye una especie del género acuerdo atributivo de competencia previsto en el artículo 21 de la norma comunitaria, porque es siempre posterior al nacimiento del litigio y puede permitir al trabajador presentar la demanda ante tribunales distintos de los enumerados en la mencionada sección⁶⁸. Además, en el caso de que sea demandado el empleado, si no impugna la competencia del lugar en el que el empresario presenta la reclamación, seguramente será porque, en modo alguno, le perjudica; o bien porque le interesa litigar ante los órganos judiciales que ha recibido la demanda. Por ello, la satisfacción de la finalidad tuitiva del Reglamento CE 44/2001 puede quedar garantizada⁶⁹.

5. Por último, también ha de destacarse que la STJCE C-281/02, de 1 marzo 2005, asunto Andrew Owusu y otros, declara que no se puede articular la excepción del *forum non conveniens*, para enervar la competencia de un órgano judicial basada en las normas europeas. Literalmente, señala que «*el Convenio de Bruselas (...) se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante decline la competencia que le confiere el artículo 2 de dicho Convenio por considerar que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un foro más adecuado para conocer del litigio de que se trate, aun cuando la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante no se plantee o el litigio no tenga ningún punto de conexión con otro Estado contratante*» (apartado 46.º)⁷⁰.

⁶⁸ Literalmente, el art. 24 dispone que «*con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el tribunal de un Estado miembro ante el que compareciere el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 22*».

⁶⁹ MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., págs. 67 y 68. Respecto a la sucesión de empresas, un sector de la doctrina científica ha señalado que «*no siendo posible (...) el recurso al artículo 6.1 Regl. 44/01 para fundamentar la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado en el que se encuentra el domicilio de una de las empresas implicadas (...) para conocer respecto de la responsabilidad de la otra empresa domiciliada en otro Estado, el trabajador se verá obligado, a falta de otro foro de competencia de los previstos en el artículo 19 Regl. 44/01, a presentar demanda ante tribunales de distintos Estados miembros. Se trataría de demandas en las que hay identidad de objeto y causa e incluso de partes por lo que se podría plantear el recurso a instrumentos expresamente consagrados en el reglamento comunitario. En concreto, concurriendo las circunstancias exigidas en los artículos 27 ó 28 Regl. 44/01, se plantearía supuestos de litispendencia o conexidad procesal*»; vid. SABIDO RODRÍGUEZ, M.: «Sucesión internacional de empresas...», op. cit., BIB 2008/1742

⁷⁰ STJCE C-281/02, de 1 marzo 2005, asunto Andrew Owusu y otros, apartado 46.º.

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

IV.1. Las diferencias básicas entre la LOPJ y el Reglamento CE 44/2001

1. Ya dentro de nuestras fronteras, el silencio que la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 septiembre 1870 y la Constitución guardan, respecto a la competencia judicial internacional de nuestros órganos judiciales sirvió de caldo de cultivo a la denominada tesis del imperialismo jurisdiccional. Esta tesis defendía que los juzgados y tribunales españoles podían asumir la competencia, para conocer de todo asunto que se les planteara, abstracción hecha de la persona, materia y territorio involucrados en el mismo. Posteriormente, la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ha declarado que la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes (art. 4). Siendo competentes los Juzgados y Tribunales españoles, para conocer de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en la propia LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte —los artículos 3 y 36.1 LEC también remiten a lo dispuesto en estas normas internacionales—. Y ello, con las únicas excepciones de los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos en las normas del Derecho internacional público (art. 21 LOPJ)⁷¹.

En el específico ámbito de los contratos de trabajo internacionales, el artículo 25 de la vigente LOPJ es el encargado de enmarcar la actuación de nuestros órganos judiciales. En la redacción de este precepto, el legislador español ha utilizado, como modelo, el Convenio de Bruselas de 1968, del que la doctrina científica opina unánimemente que constituye una copia no muy acertada ni fiel, en ciertos casos⁷². Pero, realmente, la coincidencia entre ambas normas y, más concretamente, entre el Reglamento CE 44/2001 y la LOPJ no es absoluta, aunque sí superior de la que deriva del simple cotejo de sus palabras.

2. Para comenzar, a diferencia del artículo 19 del Reglamento CE 44/2001, el artículo 25 LOPJ divide el régimen de la competencia judicial internacional, en función de la naturaleza individual o colectiva del concreto conflicto laboral ante el que nos encontremos. Así, en su apartado primero,

⁷¹ Vid. FJ 4.º de la STS, Sala 4.ª, de 29 septiembre 1998 [RJ 1998, 8554]. En parecidos términos, STS, Sala 4.ª, de 20 noviembre 1998 [RJ 1998, 10009].

⁷² RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», op. cit., pág. 433. En alguno de sus pronunciamientos, la Sala 4.ª del Tribunal Supremo ha afirmado que los foros enumerados en el art. 25 de la LOPJ no sólo son compatibles, sino plenamente coincidentes con los recogidos en el citado Convenio (STS, Sala 4.ª, de 24 abril 2000 [RJ 2000, 5504]).

atribuye competencia a los órganos judiciales españoles, «*en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo*», utilizando un triple criterio que no coincide totalmente con el recogido en el Reglamento CE 44/2001. Por un lado, «*(un criterio) personal, exteriorizado en el hecho de que el (empresario ha de tener) su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España o en el dato de que el trabajador y (el) empresario tengan nacionalidad española, cualesquiera que sea el lugar de prestación de servicios o de celebración del contrato. (En segundo lugar, un criterio) territorial, concretado en que la prestación laboral se haya cumplido en España o en que el contrato se haya celebrado en territorio español. (Y, por último, un criterio) de defensa del trabajador español en el caso especial del contrato de embarque, cuando —aparte de los criterios expuestos— el contrato fuera precedido de una oferta recibida en España por el trabajador español*»⁷³. Sin embargo, en el segundo de sus apartados, el artículo 25 LOPJ prevé la competencia de nuestros órganos judiciales, «*en materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español*».

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comunitario, este precepto no diferencia entre aquellos supuestos en los que los trabajadores son los demandantes y aquellos otros en los que esta posición es ocupada por los empresarios. Si bien, el foro vinculado al domicilio de una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España cobra sentido, exclusivamente si son los empleados los que interponen una reclamación frente a sus empleadores.

3. Aparte de lo anterior, distanciándose del artículo 21 del Reglamento CE 44/2001, el artículo 25 LOPJ nada dice sobre la posibilidad de que los litigantes acuerden atribuir la competencia internacional a los órganos judiciales españoles. Este silencio, unido a la necesidad de proteger al trabajador como parte contractual más débil y al criterio que se desprende de las normas de competencia territorial internas —que establecen un catálogo cerrado de fueros territoriales, artículos 10 y 11 LPL—, podría llevar a negar

⁷³ STS, Sala 4.^a, de 29 septiembre 1998, FJ 4.º [RJ 1998, 8554]. En parecidos términos, STS, Sala 4.^a, de 20 noviembre 1998 [RJ 1998, 10009].

⁷⁴ RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», op. cit., pág. 436; y el mismo autor, en «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», op. cit., págs. 555 y 556; y en «Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales», op. cit., págs. 557 y ss. También STSJ de Madrid, Sala 4.^a, de 24 abril de 2006 [AS 2006, 1902]. Sin embargo, no es tan clara la solución que contiene la STSJ de Madrid, Sala 4.^a, de 5 octubre de 2004 [AS 2004, 2960], puesto que declara que «*en los contratos de trabajo no hay sometimiento a los Tribunales del Estado de Illinois, sino tan sólo a su legislación, por lo que hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como al 10.1 (LPL)*»(FJ 2.º).

la viabilidad de tales pactos⁷⁴, en la medida en la que pueden ser utilizados por los empresarios, con bastante facilidad, para imponer el foro a sus empleados⁷⁵.

No obstante, en sentido contrario, se ha señalado que «si alguien no quiere verse sometido a los tribunales españoles lo que tiene que hacer es introducir en su contrato una cláusula de prorrogación de la competencia, y después hacerla valer en el juicio. Para eso está el artículo 39 LECiv. El hecho de que la Ley Orgánica no permita la sumisión en las cuestiones de Derecho del trabajo no puede significar la imposibilidad de prórrogas a favor de otros tribunales y la nulidad de cualquier derogación de la competencia del foro español (...). No sólo eso, si bien la LOPJ mantiene una posición restrictiva, el reglamento 44/2001 admite el juego de la autonomía de las partes en materia laboral. (De manera que) puestos a construir un principio general de regulación, más bien parece que se deba hacer a partir de un reglamento comunitario y no de una Ley de fuente autónoma cuya propia aplicabilidad emana del reclamo operado por el artículo 4.1 de aquél. Si se quiere plantear en términos constitucionales, ni la cláusula del Estado social ni el artículo 24 CE ni ninguna de las normas sobre derecho al trabajo imponen la exclusión del juego de la autonomía de la voluntad»⁷⁶.

4. Por último, fuera de los conflictos estrictamente laborales y alejándose del artículo 1.2 del Reglamento CE 44/2001, el artículo 25.3 LOPJ atribuye competencia a los órganos judiciales españoles, para resolver las demandas relacionadas con prestaciones de la Seguridad Social y dirigidas frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia o delegación o cualquier otra representación en España. Por ello, si el objeto de la controversia no se refiere a prestaciones de Seguridad Social o no concurre el requisito de nacionalidad o domicilio señalados, el apartado 3.º del artículo 25 LOPJ no podrá justificar la competencia de nuestros juzgados y tribunales. En este orden de ideas, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha señalado que siempre que las pretensiones ejercidas estén vinculadas a prestaciones de la Seguridad Social previstas en el sistema español, pero la demanda se dirija contra una empresa que sea parte de un concreto contrato de trabajo, deberá aplicarse el primer apartado del artículo 25 LOPJ, aunque este contrato constituya la base de la relación con la Seguridad Social⁷⁷.

⁷⁵ RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», op. cit., pág. 442; y CARO GÁNDARA, R.: «Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de ciberempleo», op. cit., pág. 3.

⁷⁶ CARRILLO POZO, L.F.: «Error patente en la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional...», op. cit., pág. 416.

⁷⁷ Concretamente, la STS, Sala 4.^a, de 28 diciembre 2005 [RJ 2006, 1552] ha precisado que, en el supuesto al que da respuesta, la demanda «va dirigida frente al INSS, la TGSS, la Consejería de Sanidad y Consumo Autónoma de Madrid y el Fondo de Garantía Salarial (.) Pero sucede que en las sucesivas ampliaciones de la demanda, la acción se ha dirigido

5. Hasta aquí, se han expuesto las diferencias básicas que existen entre la LOPJ y el Reglamento CE 44/2001. En las siguientes páginas, al analizar cada uno de los elementos de conexión que la primera norma señalada enumera, aparte de otras diferencias, se irán descubriendo las coincidencias entre ambos cuerpos normativos; algunas de las cuales, por lo demás, derivan de una interpretación que supera el tenor literal del artículo 25 LOPJ.

IV.2. Los elementos de conexión previstos en el primer apartado del artículo 25 LOPJ

1. Antes de analizarlos de manera individual, ha de destacarse que los puntos de conexión contenidos en el primer apartado del artículo 25 LOPJ son alternativos, no excluyentes⁷⁸. Basta con la presencia de uno de ellos, para que los órganos judiciales españoles se declaren competentes. Esta circunstancia, unida a la naturaleza unilateral de la redacción del precepto —que, lógicamente, atribuye competencia a los tribunales españoles, sin determinar cuándo son competentes los extranjeros⁷⁹—, podría facilitar la existencia de eventuales conflictos de competencia surgidos entre nuestros órganos judiciales y los de otro Estado. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que los primeros declaren su competencia, porque el demandado tiene su domicilio en nuestro país; y, sin embargo, los segundos afirmen que son ellos los que deben resolver el conflicto, con fundamento en el lugar de prestación de servicios o de celebración del contrato⁸⁰.

En la práctica, las posibilidades de que situaciones como la descrita se hagan reales son escasas, porque es necesario que cada una de las partes interponga la demanda en un Estado diferente y, además, que no resulte aplicable el Derecho internacional o supranacional⁸¹. Debiendo valorarse, muy especialmente, que algunos de los puntos de conexión previstos en nuestro ordenamiento jurídico interno coinciden con los establecidos en tales

frente a (varias) empresas (una) domiciliada en Ginebra, (otra) en Panamá y (otra) en Venezuela. A ese dato debe añadirse que las prestaciones ejercitadas en la demanda están relacionadas todas ellas con prestaciones de la Seguridad Social previstas en el sistema español, en concreto, con la incapacidad temporal, invalidez provisional, larga enfermedad y pensión de gran invalidez. Por consiguiente, y en lo que respecta a las empresas demandadas, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 25.3 (LOPJ), pues no se trata de pretensiones ejercitadas en materia de Seguridad Social, frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España. Para estas demandadas la regla que decide la competencia es la que contiene el artículo 25.1 (LOPJ)» (FJ 5.º).

⁷⁸ STS, Sala 4.ª, de 12 de junio de 2003 [RJ 2003, 4585].

⁷⁹ RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», op. cit., pág. 434.

⁸⁰ RIVAS VALLEJO, M.P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», op. cit., pág. 552.

⁸¹ MENDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., págs. 90 y 91.

normas internacionales y supranacionales; y que, por ello, en múltiples ocasiones, su articulación se ve desplazada, con la entrada en juego de los contenidos en las mismas. Por otro lado, en el supuesto de que situaciones como las descritas se convirtieran en reales, el carácter no totalizador de la disciplina española y, añadimos, el peligro de que su formulación pueda justificar la presencia de foros desorbitados, debería llevar a los órganos judiciales españoles a respetar las opciones consagradas en otros ordenamientos jurídicos internos, con base en la jurisprudencia constitucional⁸². Lo que significa que siempre que existan otros tribunales en el mundo razonablemente previsibles para las partes —incluyéndose en el concepto de previsibilidad la ausencia de una obligación de realizar unas inversiones objetivamente desproporcionadas para acceder a ellos—, no hay objeción alguna, desde el prisma constitucional, para que un juez español se declare incompetente, sin vulnerar la proporcionalidad exigida por el Tribunal Constitucional entre la causa de inadmisión —ausencia de conexión suficiente, idoneidad de otros foros— y el resultado al que conduce —obligación de actuar ante unos tribunales bien situados⁸³.

⁸² Ha de recordarse que la jurisprudencia constitucional, al analizar el derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a los órganos judiciales, ha declarado que lo que ha de determinar la solución a adoptar, en cada caso particular, es «*el contraste entre la resolución (judicial impugnada) y los fines a cuya preservación sirven las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, a los efectos de comprobar que entre aquélla y éstos no existe una clara desproporción, (...) teniendo también en cuenta los intereses de las partes en presencia, al igual que el sacrificio relativo que les imponga la decisión inadmisoria y las concretas circunstancias del caso*» (FJ 4.º). Previamente, esta resolución señala que «*todos tienen derecho a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias (...), salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (...). La interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio «pro actione» que, teniendo siempre presente la «ratio» de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (...). Pues cuando la inadmisión cierra el acceso al proceso (,) el control constitucional ha de realizarse de modo más riguroso, puesto que estamos ante el derecho que constituye el núcleo de la tutela judicial efectiva*» (STC 2000/61, de 13 de marzo, FJ 3.º).

⁸³ «*Podríamos incluso considerar que en la hipótesis en la que un tribunal español no sea legalmente competente pero alguno de los contratantes implicados tiene cierta vinculación con nuestro foro, y se da el caso de que ese contratante habría desistido de contratar si hubiera sabido que para la defensa procesal de sus intereses iba a tener que comparecer ante un juez que para una persona medianamente diligente no era previsible, habría que habilitarle ante nuestros tribunales un foro de necesidad, porque nadie contrata si no tiene la expectativa de poder defenderse con un coste controlable y en todo caso no desproporcionado respecto a la ventaja esperada con el negocio. La situación contraria (inesperada aserción de competencia de nuestros tribunales) no puede ser despachada con la inhibición, porque tropieza con los principios de legalidad y seguridad jurídica que presiden la disciplina de la competencia judicial internacional (aparte de lo anormal que será, no conociendo nuestro Derecho foros per se exorbitantes)*»; *vid.* CARRILLO POZO, L. F.: «Error patente en la aplicación de las normas...», *op. cit.*, pág. 413 y nota 2.

4.2.1. *El lugar de la prestación de servicios*

1. El artículo 25.1 LOPJ prevé la competencia de nuestros órganos judiciales, cuando «*los servicios se hayan prestado en España*». Pero no exige la presencia de la nota de habitualidad que, en cambio, sí contiene el artículo 19.2 del Reglamento CE 44/2001⁸⁴. Esta omisión podría llevar a pensar que nuestros juzgados y tribunales deben resolver, incluso si el trabajo en territorio español es ocasional o la controversia no se refiere a los servicios realizados en España. Ahora bien, el artículo 25.1 LOPJ debe interpretarse en un sentido más estricto, exigiéndose que el trabajo se desarrolle en nuestro país habitualmente; o bien, como poco, que el litigio se refiera a los servicios prestados en España. Con esta solución, se garantiza la existencia de una mínima proximidad entre el asunto discutido y los órganos judiciales llamados a resolverlo y, consecuentemente, se impide que el lugar de prestación de servicios pueda justificar la actuación de un foro desorbitado⁸⁵.

2. Partiendo de esta interpretación, en la delimitación del ámbito de actuación del artículo 25.1 LOPJ, se podría utilizar la jurisprudencia comunitaria que se ha encargado de definir el significado del lugar habitual de prestación de servicios. Eso sí, a costa de desplazar la articulación de nuestro ordenamiento jurídico interno, en favor de la aplicación del artículo 19.2 del Reglamento CE 44/2001, siempre que el empresario demandado tenga su domicilio o un establecimiento secundario en un Estados miembro y la prestación de servicios en España sea habitual.

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, este no ha sido el criterio seguido por la STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2007 [RJ 2007, 6961], al enfrentarse a una supuesta cesión ilícita de trabajadores en la que participaron una empresa americana y una empresa española; y en la que algunos empleados de lo primera prestaron servicios, para la empresa española, en España, con fundamento último en un pacto suscrito por ambas. En esta ocasión, si hubiera seguido el criterio aquí defendido, la Sala 4.^a tendría que haber valorado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto Pugliese, ha declarado que cuando un trabajador está vinculado a dos empresarios diferentes, sólo puede demandar al primero de ellos ante los órganos judiciales del lugar en el que ejerce su actividad para el segundo empresario, si el primero tiene un interés en la ejecución de la prestación que dicho empleado realiza para el segundo. Ahora bien, en lugar de hacer suya esta doctrina, el Tribunal Supremo niega la competencia de nuestros juzgados y tribunales, entre otros razones, porque «*la prestación de servicios que tiene lugar en España no se ejecuta para (la empresa americana), sino para (la española)*» (FJ 2.^o).

⁸⁴ Vid. epígrafe 3.3.2.

IV.2.2. El lugar de celebración del contrato y de recepción de la oferta

1. El segundo punto de conexión que recoge el artículo 25.1 LOPJ atiende a la circunstancia de que «*el contrato se haya celebrado en territorio español*». Nuevamente, nos encontramos, con una clara diferencia entre la letra del Derecho comunitario y nuestra legislación interna. Esta última no exige que la empresa tenga un establecimiento en nuestro país y, sin embargo, el artículo 19.2 b) del Reglamento CE 44/2001, reproduciendo el contenido del Convenio de Bruselas, permite al trabajador presentar la demanda «*ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que (le) hubiere empleado*».

Ahora bien, dado que el lugar de celebración del contrato suele ser algo secundario e irrelevante para las partes y puede generar un elevado número de conflictos de competencia con los tribunales de otro Estado —debido a la posibilidad de que éstos se declaren competentes, en virtud del criterio del lugar de ejecución de los servicios⁸⁶—, la letra del artículo 25.1 LOPJ debería haber condicionado de alguna forma —al menos, exigiendo la presencia de un establecimiento en España— la articulación práctica de este punto de conexión⁸⁷. Y, aunque no lo haya hecho así, es posible corregir su literalidad, con la finalidad de garantizar la existencia de una mínima proximidad —aunque siempre mucho menor que la que puede darse, en el supuesto de que se utilice como elemento de conexión el lugar de prestación de servicios— entre el asunto discutido y los órganos judiciales llamados a resolverlo y, con ello, como siempre, evitar la actuación indiscriminada de un foro que fácilmente puede llegar a ser desorbitado.

Repárese, en la circunstancia de que, a diferencia del artículo 19.2 b) del Reglamento CE 44/2001, el artículo 25.1 LOPJ no otorga al trabajador la posibilidad de demandar al empresario en el lugar en el que se encuentra el establecimiento contratante en el momento de presentar la demanda, a pesar de que puede resultarle más ventajoso. Más concretamente, al exigir que el contrato se haya celebrado en territorio español, conduce a afirmar la competencia de nuestros órganos judiciales, con independencia de que el establecimiento en el que se haya suscrito el contrato de trabajo haya cambiado posteriormente de ubicación, situándose en el extranjero. Y, por el contrario, lleva a negar tal competencia, si ese establecimiento se sitúa en España, después de que las partes hayan firmado el vínculo contractual en el extranjero. De ahí que pueda afirmarse que el legislador interno ha petrificado la ubicación del lugar de la contratación, en el momento de la contratación.

⁸⁵ MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., pág. 92.

⁸⁶ RIVAS VALLEJO, M. P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», op. cit., pág. 553.

⁸⁷ MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., pág. 92.

2. Por otro lado, debe recordarse que es posible que la oferta de contrato de trabajo y la acepción se realicen en Estados diferentes. Partiendo de lo dispuesto en el artículo 1.262 CC, en tales casos, deberá otorgarse competencia a nuestros órganos judiciales, siempre que el empresario haya efectuado una oferta en España que contenga todos los elementos fundamentales del vínculo jurídico laboral, que, como tales, permitan a los empleados conocer correctamente las condiciones ofrecidas⁸⁸.

En esta misma dirección, actúa la circunstancia de que idéntica ubicación de la oferta la prevé expresamente, en quinto y último lugar, el artículo 25.1 LOPJ, respecto a los contratos de embarque suscritos por un trabajador español. En este caso, el legislador pretende atender a las peculiaridades de este tipo de vínculos jurídicos y proteger al trabajador, evitando que se vea obligado a litigar en un Estado que puede resultarle completamente desconocido. Esta exigencia, la necesidad de que la oferta se haya recibido en España, puede impedir que el privilegio que el legislador reconoce a los trabajadores españoles genere un foro exorbitante⁸⁹. Claro está, para que así suceda, exactamente igual que fuera del ámbito de los contratos de embarque, los empleados tendrán que demostrar que recibieron la oferta de trabajo en España o el órgano judicial presumir esta circunstancia, partiendo de los hechos declarados probados o admitidos (art. 386 LEC)⁹⁰.

Por último, en aquellos supuestos en los que en un único Estado se realice la oferta y la aceptación, sin ser documentadas por escrito, el lugar de celebración del contrato no podrá verse alterado, por la circunstancia de que el contrato escrito se suscriba, con posterioridad, en otro Estado diferente⁹¹. Y

⁸⁸ STSJ de Galicia, Sala 4.ª, de 16 de febrero de 1994 [AS 1994, 702].

⁸⁹ CARO GÁNDARA, R.: «Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de ciberempleo», op. cit., pág. 3.

⁹⁰ STSJ de las Islas Canarias, Sala 4.ª, de 24 noviembre de 2004 [AS 2004, 3693]. Igualmente, se ha señalado que la circunstancia de la recepción de la oferta en territorio español no debe presumirse, aunque tampoco debe rechazarse la posibilidad de que sea el juez quien realice las diligencias oportunas, para averiguar tal extremo, ya que éste constituye un presupuesto del proceso que impide su conocimiento; *vid.* RIVAS VALLEJO, M.P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», op. cit., pág. 555.

⁹¹ «El contrato se perfeccionó en España, para cuya conclusión es fundamental la propia cláusula que aparece en el contrato firmado por las partes y que hace referencia a que dicho contrato no es sino la plasmación de una previa carta de fecha 23 de mayo de 2001; por tanto son los Tribunales españoles los competentes para conocer de la pretensión ejercitada; todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de (LOPJ). Los hechos probados nos describen lo siguiente: 1. Ofrecimiento en Madrid, alrededor del 23 de mayo de 2001 de las condiciones de contrato (por una empresa española), que el (trabajador) acepta observar y cumplir en dichos términos. 2. Suscripción de contrato escrito en Inglaterra, (con) empresa inglesa, filial de matriz española (...) y comienzo de prestación de servicios para la misma en Manchester. 3. Prestación de servicios en Inglaterra (...)» (STSJ de Madrid, Sala 4.ª, de 12 diciembre de 2003, FJ 5.º [AS 2004, 2276]). Esta sentencia aplica la LOPJ, en un supuesto en el que seguramente debería haber acudido a la normativa europea, dado que el domicilio de la parte demandada se sitúa en uno de los países de la Unión Europea.

si se argumenta que el consentimiento de una o de ambas partes se ha verificado de forma tácita, tendrá que constar de manera clara e inequívoca, «*sin que sea lícito deducirl(o) de expresiones o actitudes de dudosa significación*»⁹².

IV.2.3. El domicilio del demandado y los establecimientos secundarios

1. En tercer lugar, el artículo 25.1 LOPJ atribuye competencia a nuestros órganos judiciales, «*cuando el demandando (tiene) su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España*». De manera que no exige que el litigio derive de la explotación de la representación de que se trate, a diferencia del artículo 18 del Reglamento CE 44/2001.

También ha de destacarse que la fórmula del 25.1 LOPJ es más amplia que la recogida en el citado Reglamento, puesto que, sujetándonos a su literalidad, basta con la existencia de cualquier tipo de representación en España, para que sean competentes los juzgados y tribunales españoles. Incluso, sería suficiente, con la presencia de una persona física que actuara como representante de la empresa, aunque no tuviera a su disposición ninguna de las sedes físicas a las que se refiere el artículo 25.1 LOPJ. De modo que no existe una exacta coincidencia entre el concepto de establecimiento secundario recogido en el Derecho comunitario y el utilizado en nuestra legislación interna. Lo que lleva a afirmar que sólo en la franja en la que ambos conceptos no coinciden, será posible articular el artículo 25.1 LOPJ; en el resto, el principio de primacía obligará a aplicar el Derecho comunitario. Recuérdese que el Reglamento CE 44/2001 atribuye a la situación del domicilio del empresario y de los establecimientos secundarios en el seno de la Unión Europea la naturaleza de presupuesto de actuación del sistema que el mismo recoge y de elemento de conexión; y que, por otro lado, los trabajadores únicamente pueden ser demandados en su domicilio⁹³.

2. En cierto grado, este foro es exorbitante, debido a que la vinculación que, por su sola presencia, pueden tener los tribunales españoles con un concreto litigio parece remota, sino se encuentra acompañada de una exigencia adicional —como la necesidad de que el litigio derive de la explotación de la representación española de que se trate—. Por ello, al igual que sucede con el resto de los foros, pero muy especialmente con éste y con el vinculado al lugar de celebración del contrato y a la nacionalidad, los órganos

⁹² STS, Sala 4.^a, de 19 de diciembre 2006, FJ 3.º [RJ 2007, 222].

⁹³ «*La ya citada sentencia del TJCE de 13-7-2000 recuerda (apartado 50) que el art. 3, párrafo segundo, del Convenio prohíbe al demandante invocar frente al demandado domiciliado en un Estado contratante las reglas de competencia nacionales basadas principalmente en el domicilio o la residencia del demandante*» (STS, Sala 4.^a, de 12 junio 2003, FJ 3.º [RJ 2003, 4585]).

judiciales deben impedir que se lleve a cabo un fraude de ley, mediante su articulación⁹⁴. Y, en particular, en los casos de grupos de empresas, han de valorar que no siempre que una de las empresas integrantes tenga una representación en España, esta circunstancia podrá actuar como punto de conexión, sino sólo cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca la posible existencia de un único empresario laboral⁹⁵.

IV.2.4. La nacionalidad

1. A través de los elementos de conexión que han sido analizados hasta este momento, el legislador ha querido garantizar una tutela judicial efectiva a los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad. Ahora bien, el artículo 25.1 LOPJ otorga competencia a nuestros juzgados y tribunales, «*cuando el trabajador y el empresario (tienen) nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios, o de celebración del contrato*»⁹⁶. Con esta previsión, se aleja del Derecho comunitario, que iguala a los nacionales y a los extranjeros (art. 2.2 Reglamento 44/2001).

2. La atribución de competencia basada en la nacionalidad aplica, en materia procesal, la excepción del principio de territorialidad de las leyes españolas que establece el artículo 1.4 del ET; según este precepto, la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo⁹⁷. Y ha sido justificada por la doctrina científica, trayendo a colación las implicaciones que puede tener para la economía del país el hecho de que ambas partes contratantes sean es-

⁹⁴ En este orden de ideas, se ha señalado que «*no resulta admisible tratar de llevar el litigio ante (los órganos judiciales españoles), eludiendo la aplicación de normas de carácter imperativo y «ius cogens» con el claro propósito de someter la resolución del caso a unas normas sustantivas más favorables para el interés del actor, mediante el refugio de demandar a una sociedad española que no es sujeto de la relación de trabajo ni responsable de sus consecuencias (...), máxime cuando el asunto litigioso, la rescisión del contrato que puso fin a la relación laboral del actor con la empresa (...), ha sido enjuiciado y sentenciado por los Tribunales de Marruecos, mediante demanda formulada por el propio demandante*» (STSJ de las Islas Baleares, Sala 4.^a, de 24 abril de 2006, FJ 10.º [AS 2006, 2257]).

⁹⁵ STSJ de Galicia, Sala 4.^a, de 1 de julio de 1999 [AS 1999, 1975]. También se ha señalado que los órganos judiciales son competentes, cuando el domicilio del demandado se encuentra en España, aunque el centro para el que se prestan servicios esté en Estados Unidos, en una de las filiales del empresario español (STSJ Madrid, Sala 4.^a, de 5 octubre de 2004 [AS 2004, 2960]).

⁹⁶ Al respecto, *vid.* STS, Sala 4.^a, de 17 julio 1998 [RJ 1998, 6263] y STSJ de las Islas Baleares, Sala 4.^a, de 26 noviembre de 2002 [AS 2003, 777].

⁹⁷ RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», *op. cit.*, pág. 441.

pañolas⁹⁸. Pero tampoco se puede dejar de lado que el elemento de conexión al que da origen configura un privilegio de los nacionales que puede plantear importantes problemas, en la ejecución de la decisión que finalmente adopten nuestros tribunales, si ha de ser cumplida en el extranjero. Y que, ya en origen, sería un foro exorbitante, a no ser porque se exige la común nacionalidad española de las partes⁹⁹. Todavía más, puede suceder que esta coincidencia de nacionalidad constituya un elemento secundario, incapaz, por sí sólo, de conectar el conflicto y el foro. Piénsese, por ejemplo, en el hipotético supuesto en el que el trabajador y el empresario estén domiciliados en el extranjero y el trabajo se ejecute en el extranjero, sin que ni siquiera haya ningún establecimiento de la empresa en España¹⁰⁰.

IV.3. Los elementos de conexión previstos en el segundo apartado del artículo 25 LOPJ

1. En el ámbito de los convenios colectivos, el segundo apartado del artículo 25 LOPJ recoge un punto de conexión que es paralelo del que configura el lugar de celebración del contrato de trabajo, en la medida en la que dispone que nuestros órganos judiciales son competentes, «*en materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España*». Por otro lado, el segundo apartado de este precepto, atribuye a esos mismos órganos judiciales la competencia, para resolver las «*pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español*».

2. El punto de conexión llamado a actuar en los conflictos colectivos plantea importantes dudas interpretativas, respecto al significado que debe darse a la expresión «*promovidos en territorio español*». Estas dudas encuentran su origen, en la circunstancia de que la interpretación literal del artículo 25.2 LOPJ lleva a una solución absurda. Concretamente, a atribuir competencia a nuestros órganos judiciales, en todos los conflictos colectivos iniciados o planteados en territorio español, al margen de que exista o no otro punto de conexión adicional con España. Piénsese, en el supuesto de un conflicto colectivo de trabajadores rusos que prestan servicios en Rusia, para una empresa que posee la misma nacionalidad, en virtud de un contrato celebrado en el mencionado país. A todas luces, en este caso, la atribución

⁹⁸ RIVAS VALLEJO, P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo», op. cit., pág. 453.

⁹⁹ CARO GÁNDARA, R.: «Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de ciberempleo», op. cit., pág.3; y MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable...*, op. cit., pág. 95.

¹⁰⁰ RIVAS VALLEJO, M. P.: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (II)», op. cit., pág. 554.

de competencia a los órganos judiciales españoles resultaría inadmisibile, si se fundamentara exclusivamente en la circunstancia de que la parte demandante ha presentado la demanda en nuestro país. Y ello, porque significaría vincular la competencia internacional de los juzgados y tribunales a la simple voluntad de los litigantes.

Afortunadamente, la STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2007 no interpreta literalmente el artículo 25.2 LOPJ, sino que exige que concurra algún punto de conexión real, entre el conflicto colectivo y el territorio español. Y, acto seguido, aplica los foros enumerados en el artículo 25.1 LOPJ, en un conflicto colectivo sobre una posible cesión ilegal de trabajadores, porque, a su entender, no se trata propiamente de una confrontación colectiva en sentido estricto, sino de una controversia sobre los contratos de trabajo¹⁰¹. De forma que el resultado del régimen jurídico contenido en nuestro ordenamiento jurídico interno puede ser el mismo que el que produce la articulación del Derecho comunitario; es decir, la identidad de los foros susceptibles de actuar en los conflictos individuales y en los conflictos colectivos. Esta solución es la más acertada, porque los primeros han sido establecidos con la finalidad de proteger a los trabajadores como parte contractual más débil —a la que la solución del conflicto colectivo afecta— y porque es difícil pensar en un litigio que tenga una cierta conexión con el territorio español y que no pueda ser resuelto por nuestros órganos judiciales, aplicando el artículo 25.1 LOPJ¹⁰². Más aun, aunque así sucediera, si nos encontráramos ante una confrontación colectiva en sentido estricto, debería valorarse que la Sala 4.^a del Tribunal Supremo no ha cerrado el paso a otros puntos de conexión distintos de los previstos en dicho precepto.

Además, recuérdese que el encuadramiento inicial de un conflicto dentro del género colectivo o individual se efectúa, simplemente para determinar la

¹⁰¹ «A partir de una interpretación literal podría concluirse que, como el presente conflicto colectivo se ha planteado en España, la competencia corresponde a los tribunales españoles. Pero esta interpretación, por excesiva, conduciría al absurdo. Para que los conflictos colectivos se sometan a los tribunales españoles tienen que tener un elemento de conexión con el territorio nacional. Cuando se trata además de un conflicto colectivo como el presente, que afecta de forma directa al contrato de trabajo, esos elementos de conexión tienen que ser los que precisa el núm. 1 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...). Es así porque no se trata propiamente de una confrontación colectiva en sentido estricto, sino de una controversia sobre los contratos de trabajo; controversia que se sustancia procesalmente de forma colectiva porque afecta a un grupo de trabajadores y se plantea desde una perspectiva más general. Pues bien, en relación con las pretensiones ejercitadas contra (la empresa americana), no se cumplen estas exigencias de conexión» (FJ 2.º). Sobre el cauce del proceso de conflicto colectivo, vid. MENDIAVILLA CRUZ, M. L.: «El conflicto colectivo como cauce procesal adecuado para reclamar por cesión ilegal de trabajadores (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007)», *Tribuna Social*, 2008, núm. 210.

¹⁰² No obstante, un sector de la doctrina científica señala que tales foros son aplicables, exclusivamente en las pretensiones derivadas de contratos individual de trabajo; Vid. PÉREZ VERA, E., y otros: *Derecho internacional privado*, Volumen I, Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid), 2001, pág. 359.

competencia judicial de los órganos judiciales, no con la intención de solucionar el fondo del asunto. De modo que nada cabe objetar a una calificación judicial más general o menos rigurosa, en el desarrollo de la primera de las tareas señaladas¹⁰³.

3. En cualquier caso, desafortunadamente, la STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2007 permita escindir el enjuiciamiento de una cesión ilegal de trabajadores, como fenómeno unitario, aunque complejo, atribuyendo a cada una de sus implicaciones —la que deriva para el cedente y la que afecta al cesionario— a jurisdicciones de distintos Estados, porque, a su entender, «*ésta es la consecuencia de las reglas de competencia y acumulación*» (FJ 2.º).

Como este mismo pronunciamiento judicial señala, para que exista una cesión ilícita, «*basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia de empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos de trabajo, dirige éste y lo retribuye, no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio*» (FJ 6.º). Esta circunstancia, por sí sola, genera un elemento de conexión con el territorio nacional capaz de justificar la competencia de nuestros órganos judiciales, con fundamento, al menos, en el lugar de prestación de servicios tal y como es definido en el asunto Pugliese¹⁰⁴. En este orden de ideas, ha de recordarse que la jurisprudencia constitucional, al analizar el derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a los órganos judiciales, ha declarado que lo que ha de determinar la solución a adoptar, en cada caso particular, es «*el contraste entre la resolución (judicial impugnada) y los fines a cuya preservación sirven las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, a los efectos de comprobar que entre aquélla y éstos no existe una clara desproporción, (...) teniendo también en cuenta los intereses de las partes en presencia, al igual que el sacrificio relativo que les imponga la decisión inadmisoria y las concretas circunstancias del caso*»¹⁰⁵.

¹⁰³ Vid. epígrafe 3.2.1.

¹⁰⁴ Vid. epígrafes 3.3.2 y 4.2.1.

¹⁰⁵ STC 2000/61, de 13 de marzo, FJ 4.º.