

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Nuria García García
Derecho del Comercio Internacional
Curso de Especialista Universitario
Curso 2008/2009

1 INDICE

1	INDICE	2
2	ABREVIATURAS	4
3	INTRODUCCION	5
3.1	Regimenes Especiales De La Contratación Internacional	6
3.1.1	Tipos de Contratos Especiales	6
3.2	El Contrato Individual de Trabajo de Carácter Internacional	9
3.2.1	Determinación de la Presencia de Elementos Extranjeros en la Relación Internacional	9
3.2.1.1	Ámbito Personal	9
3.2.1.2	Ámbito Territorial	9
3.2.1.3	Ámbito Material	9
3.2.1.4	Ámbito Jurídico	10
3.2.2	Características Particulares	10
3.2.2.1	Autonomía de la Voluntad	11
3.2.2.2	Especial Protección de la Parte más Débil	12
4	LA REGULACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICADO A LA MATERIA	16
4.1	Derecho Aplicable a la Materia	16
4.1.1	Derecho Comunitario: Convenio de Roma, de 19 de Junio de 1980, Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales	17
4.1.1.1	Principio de Autonomía de la Voluntad	18
4.1.1.2	Principio de Protección de la Parte Más Débil. Conexiones Subsidiarias en Defecto de Ley Aplicable	19
4.1.1.3	Principio de Proximidad: Lugar que Presenta los Vínculos Más Estrechos	21
4.1.1.4	Limites a la Ley Aplicable	21
4.1.2	Derecho Autónomo: Artículo 10.5 y 10.6 del CC y 1.4 del ET	24
4.2	Competencia Judicial Internacional	25
4.2.1	Fuentes del Sistema Español	25
4.2.1.1	Derecho Comunitario	26
4.2.1.2	Derecho Convencional	27
4.2.1.3	Derecho Autónomo	29
4.2.1.4	Orden Jerárquico	30
4.2.2	Foros de Competencia Judicial	31
4.2.2.1	Sumisión Tácita	31
4.2.2.2	Sumisión Expresa	32
4.2.2.3	Foro General: El Domicilio del Demandado	33
4.2.2.4	Foros Especiales en Materia Laboral	35
5	CUESTIONES ESPECÍFICAS	38
5.1	Desplazamientos Temporales de Trabajadores	39
5.1.1	Aplicación de la Norma más Favorable	40
5.1.2	Ley Aplicable a la Materia	41
5.1.3	Condiciones Mínimas Necesarias	43
5.1.3.1	Tiempo de Trabajo	44
5.1.3.2	Protección de Colectivos Especiales	46
5.1.3.3	Derechos Fundamentales de los Trabajadores	46
5.1.3.4	Condiciones Salariales	47

5.2	Efectos del Proceso de Insolvencia Sobre los Contratos de Trabajo	48
5.2.1	Ley Aplicable	48
5.2.2	Competencia Judicial	50
5.2.3	Institución Competente Para el Pago de Créditos Impagados	52
5.2.4	Extensión de los Derechos de los Trabajadores	53
6	RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS EXTRANJERAS	53
6.1	Derecho Aplicable	54
6.1.1	Derecho Comunitario: Reglamento (CE) n° 44/2001 de 22 de Diciembre, Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia civil y Mercantil	54
6.1.1.1	Ámbito de Aplicación del Reglamento	55
6.1.1.2	Condiciones para el Reconocimiento y la Ejecución. Motivos de Denegación del Reconocimiento	55
6.1.2	Derecho Convencional	57
6.1.3	Derecho Autónomo	58
6.2	Reconocimiento y Ejecución de Sentencias	60
6.2.1	Efectos de las Decisiones Judiciales	60
6.2.2	Proceso de Reconocimiento y Ejecución	61
6.2.2.1	Reconocimiento a Título Principal	61
6.2.2.2	Declaración de Cosa Juzgada	61
6.2.2.3	Eficacia de la Decisión en un Juicio Pendiente	62
6.2.2.4	Inscripción Registral	62
6.2.2.5	Ejecución de la Sentencia Extranjera	62
6.2.2.6	Efectos sin Necesidad de Reconocimiento	63
7	CONCLUSIONES	65
8	BIBLIOGRAFIA	66

2 ABREVIATURAS

AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
CB	Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
CC	Código Civil
CL	Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, sobre la competencia judicial Internacional y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
CR	Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
CRum	Convenio bilateral con Rumania, de 17 de noviembre de 1997, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.
CS	Convenio bilateral con El Salvador, de 7 de noviembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.
CT	Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez, de 24 de septiembre de 2001 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales
ET	Estatuto de los Trabajadores.
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo

3 INTRODUCCION

El principal instrumento en las relaciones privadas de tráfico externo es hoy el contrato. De él nacen los derechos y las obligaciones entre las partes, de las relaciones contractuales. Estas se vinculan mediante el contrato dando así seguridad y previsibilidad a la hora de contratar. En el contrato, las partes pueden estipular las cláusulas de sometimiento a uno u otro ordenamiento jurídico a través del poder de auto-reglamentación que se les otorga, es decir, gozan de autonomía de la voluntad a la hora de asignar la ley rectora del contrato. Mediante esta voluntad pueden incluso aportar la nota de internacionalidad a un contrato que en principio estaría únicamente vinculado a un Estado.

Igualmente, los contratantes pueden determinar la competencia judicial. Es decir, que tribunal será el encargado de dirimir sus controversias en caso de que éstas aparezcan. Todo esto como decíamos, aporta seguridad a las partes, las cuales pueden estudiar que ley y que jurisdicción les será más ventajosa a la hora de regir la relación contractual.

Sin embargo, los conflictos en la relación contractual conllevan en sí una serie de problemas. Por un lado, a la hora de determinar que tribunal será el competente y por otro que ley será la rectora del contrato cuando las partes no asignan una determinada.

Si a esta relación contractual se le suma un elemento de extranjería, ya sea porque la empresa es extranjera, el trabajador es extranjero o la prestación de servicios se sitúa en un país extranjero, la problemática aumenta, en el sentido en que las leyes que entran en juego se multiplican, pudiendo en ese momento tratarse de leyes comunitarias o convencionales además de la autónomas.

La problemática no termina ahí, sino que cuando en dicha relación contractual se detecta una parte más débil, como es el caso de los trabajadores, es necesario crear los mecanismos necesarios para su protección.

El resultado es un conjunto de normas y reglas especiales para esos supuestos, entre las cuales el juzgador deberá analizar, comparar y decidir cuales son las aplicables al caso concreto.

Este trabajo, va enfocado precisamente a todas estas especialidades que aparecen cuando se trata de un contrato individual de trabajo con elemento de extranjero.

Se ha querido agrupar en un mismo análisis, todas y cada una de las peculiaridades que esta relación comporta, por ejemplo, la ley aplicable al contrato, la competencia judicial, etcétera.

Como hemos dicho, la problemática surge a la hora de determinar la competencia judicial, cuando el caso está en conexión con diferentes ordenamientos jurídicos; o que ley será la rectora del contrato cuando el trabajador presta sus servicios en diferentes estados; o que ocurre cuando un trabajador es desplazado temporalmente a otro estado; o que orden debe seguir el juez a la hora de decidirse entre el elenco de leyes posibles. Igualmente nos

interesa estudiar que ocurre con las sentencias que son dictadas en un Estado pero deben ser reconocidas o ejecutadas en otro.

Este tema nos parece sumamente importante, no sólo por el entorno actual, donde la libertad de circulación de los trabajadores está al orden del día, sino también por que están apareciendo modificaciones importantes en las leyes que actualmente regulan esta materia. Nos referimos tanto a Roma I como a Bruselas I. Dichas normas aparecen con el objetivo de asegurar a la parte más débil de esa relación contractual un mínimo de garantías básicas y evitar así un abuso de poder en las relaciones contractuales. Igualmente tienen como objetivo unificar los diferentes ordenamientos jurídicos con el fin de que haya una armonía dentro de las leyes que aplican los estados miembros en la materia, lo que facilitará el reconocimiento y ejecución de sentencias.

Este trabajo está dividido en tres apartados, uno dedicado a la regulación del derecho internacional privado en la materia, en el que se incluye tanto el derecho aplicable al contrato de trabajo, como la competencia judicial. Un segundo capítulo, enfocado a las peculiaridades que aparecen cuando un trabajador es temporalmente desplazado, y finalmente, un apartado dedicado al reconocimiento y ejecución de sentencias. Antes, sin embargo, se ha querido dedicar un capítulo introductorio donde se analizan las principales características de los contratos especiales, y concretamente del contrato individual de trabajo. Características que permitirán al lector seguir y comprender el enfoque y objetivo de las normas que regulan la materia.

En un primer lugar analizaremos los regimenes especiales de la contratación internacional y seguiremos con las características mas destacadas del contrato individual de trabajo.

3.1 Regimenes Especiales De La Contratación Internacional

Dentro de la contratación internacional aparecen una serie de contratos especiales. Esta especialidad viene dada en cuanto dentro de la relación contractual se detecta una parte más débil, a la cual se intenta proteger. Así, mientras para los contratos en general se establecen una serie de reglas generales a nivel comunitario, convencional y autónomo, estas mismas normas contemplan una regulación especial cuando se trata de un contrato especial.

3.1.1 Tipos de Contratos Especiales

Se establecen como tipos de contratos especiales, los contratos celebrados por consumidores, los contratos de transporte, los contratos de seguros y finalmente los contratos individuales de trabajo. A este último está dedicado este trabajo, sin embargo, antes de empezar con el mismo, nos parece importante hacer un breve repaso al conjunto de contratos especiales y sus características principales.

Como ya hemos dicho, el objetivo principal de esta regulación especial recae, en todos los casos, en proteger a la parte más débil en la relación contractual. Ciertamente podemos comprobar que en este tipo de contratos aparece una parte que merece una protección especial por parte del legislador para evitar posibles abusos de la parte más fuerte. En concreto se intenta proteger al consumidor, al transportista, al asegurado y al trabajador.

En cuanto a la ley aplicable, encontramos en la norma comunitaria un apartado dedicado a estos contratos especiales. Concretamente en el Convenio de Roma de 1980 así como en el Reglamento de Roma I (nº 593/2008), (DOUE L 177 DE 2008) que entrará en vigor en 2009. El CR dedica el artículo 5 a los contratos celebrados por consumidores y el artículo 6 al contrato individual de trabajo. Roma I además incluye un artículo para el contrato de transporte y uno para el contrato de consumo.

Si seguimos el articulado de Roma I observaremos esas notas especiales que acabamos de explicar, así:

Artículo 5: Contratos de Transporte

1. En defecto de elección de la ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías de conformidad con el artículo 3, la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes.

2. En defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros de conformidad con el párrafo segundo, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país.

Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual...

Artículo 6: Contratos de Consumo

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1...

Artículo 7: Contratos de Seguro

En la medida en que la ley aplicable no haya sido elegida por las partes, el contrato de seguro se regirá por la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual. Si del conjunto de circunstancias se desprende

que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país.

Artículo 8: Contratos Individuales de Trabajo

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

Como vemos una vez mas el legislador se encarga de de proteger a la parte mas débil. En el caso de los contratos individuales de trabajo, se trata del trabajador frente al contratador, el cual tiene capacidad para imponer sus condiciones.

En el artículo 8 de Roma I, esa protección se consigue dando libertad a la autonomía de la voluntad pero restringida. Es decir, se respeta la elección de las partes en cuanto a la ley rectora designada, pero asegurando un estándar mínimo sobre las normas protectoras del trabajador.

Una diferencia que encontramos entre el contrato de consumidores y el de trabajo es que mientras en aquel se protege al consumidor sedentario en este ocurre al contrario. Aquí la protección se establece para el trabajador desplazado al extranjero o aquel que entra en relación con una empresa extranjera, por ejemplo.

En cuanto a la competencia judicial, encontramos las normas especiales en el ámbito comunitario tanto en el Reglamento 44/2001 como en el Convenio de Bruselas. Así el Reglamento dedica la sección 3 a los contratos de seguros (artículos de 8 a 14); la sección 4 a los contratos de consumidores (artículos 15 a 17) y la sección 5 a los contratos de trabajo (artículos 19 a 21). De igual modo el CB regula en la sección 3 los contratos de seguros (artículos 8 a 14); la sección 4 a los contratos de consumidores (artículos 15 a 17) y la sección 5 a los contratos individuales de trabajo (artículos 18 a 21). Citar cabe el CL, el CRum. Y el CS todos ellos dedicados a la materia también dedican una regulación especial a este tipo de contratos.

A continuación pasamos a exponer las características particulares de los contratos de trabajo. En un primer lugar se hace una referencia a la presencia de elementos extranjero y seguidamente a las peculiaridades del trabajo de trabajo individual.

3.2 El Contrato Individual de Trabajo de Carácter Internacional

3.2.1 Determinación de la Presencia de Elementos Extranjeros en la Relación Internacional

Se considera que un contrato es internacional cuando aparece en el una vinculación con mas de un Estado. Así, cuando todos los elementos están conectados con un mismo ordenamiento jurídico hablamos de un contrato interno. Este sería el caso, por ejemplo, de un nacional contratado por una empresa Española para realizar un trabajo en España.

En contrapartida, un español que trabaja en Francia para una empresa americana, es sin duda una relación con elemento de extranjero, ya que dentro de la relación laboral aparecen vinculados más de un estado.

Los vínculos que pueden aportar un elemento de extranjería a la relación contractual son, de índole personal, territorial, material o jurídico. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

3.2.1.1 Ámbito Personal

Dentro del ámbito personal debemos analizar la nacionalidad de cada una de las partes en la relación contractual. Así, en el momento en que las partes implicadas tengan nacionalidades distintas aparecerá una vinculación personal con diferentes Estados. Esta nos llevará a declara el contrato de internacional. A contrario sensu, cuando ambas partes ostentes la misma nacionalidad no se presentara un elemento de extranjero por lo se deberá analizar si a través de otros vínculos aparece o no, en cuyo caso estaremos ante un contrato interno.

3.2.1.2 Ámbito Territorial

El ámbito territorial hace referencia a diferentes aspectos. Aquí deberá compararse la residencia habitual de las partes, el lugar de celebración del contrato y el lugar de ejecución del mismo. Así, cuando todos estos vínculos compartan el mismo ordenamiento jurídico, hablaremos de un contrato interno. Por el contrario, si en ellos aparece más de un Estado vinculado, estaremos delante de un contrato internacional. Un ejemplo sería aquel contrato entre españoles que se celebra y ejecuta en Francia.

3.2.1.3 Ámbito Material

El ámbito material corresponde al objeto del contrato. El hecho de que el objeto se sitúe en un estado extranjero o no es lo que será determinante a la hora de calificar el mismo de internacional o interno. En el caso del contrato de trabajo, el objeto es la prestación por parte del trabajador de servicios retribuidos. Así, cuando la prestación de servicios se realice en varios estados, se considera internacional, en caso que se presten los servicios en un único Estado se considerara, amen de los otros vínculos, interno.

3.2.1.4 Ámbito Jurídico

Dentro de los vínculos posibles no podemos olvidar el ámbito jurídico. Este, viene dado por la ley rectora del contrato. Así cuando la ley aplicable corresponda a un Estado extranjero hablaremos de un contrato internacional, mientras que cuando la ley corresponda al mismo Estado estaremos ante un contrato interno. No debemos olvidar que la ley rectora puede ser asignada por las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la que gozan. Así, dependerá de ellas en estos casos, aportar esta nota de internacionalidad al contrato. Es decir, será internacional, aquel contrato en que todos los elementos compartan un mismo Estado y es la ley rectora la que aporta un vínculo extranjero, eso aun cuando han sido las partes las que han asignado dicha ley. Es decir, son las partes las que deciden aportar esa nota de internacionalidad en un contrato que de lo contrario sería totalmente interno. Lo que sería un contrato interno se convierte en internacional por voluntad de las partes.

Así queda reflejado en el artículo 3.3 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR), que estipula:

La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo " disposiciones imperativas.

Esta posible vinculación internacional es de notable importancia a la hora de determinar que ley y que jurisdicción van a ser aplicables al caso concreto. Es cierto que las partes gozan de autonomía de la voluntad para escoger las mismas, pero también es cierto que en el contrato de trabajo, entra dentro de los contratos especiales y que esa autonomía de la voluntad viene en determinados casos matizada. Así será necesario determinar que ley y que jurisdicción hay que estudiar. Pero que ocurre cuando un contrato es internacional y presenta vínculos con varios estados? Como se determina que ley es aplicable? Que normas hay que seguir, comunitarias, convencionales, autónomas?

Como vemos, una vez aparece un vínculo internacional, la relación contractual toma una dimensión más amplia. El juez encargado de determinar tanto la ley como la jurisdicción tiene un elenco de posibilidades que necesitan ser analizadas correctamente.

En el capítulo siguiente se van a analizar tanto las normas que regulan, como el orden jerárquico que siguen; la ley aplicable y la competencia judicial en la materia.

3.2.2 Características Particulares

El contrato de trabajo, como contrato especial, ostenta dos características particulares. En primer lugar hablaremos de la autonomía de la voluntad que gozan las partes contratantes y en un segundo lugar, de la especial protección que goza una de esas partes, en

concreto el trabajador. Así nos encontramos que la libertad que por un lado se les otorga, por otro queda restringida al asegurar un mínimo estándar.

3.2.2.1 Autonomía de la Voluntad

Una de las características que se destaca del contrato individual de trabajo es la autonomía de la voluntad de la que gozan las partes. Este principio otorga a las partes la seguridad necesaria para actuar en el tráfico jurídico ya que de ellas depende no sólo la elección de la ley rectora del contrato sino también el tribunal que va a encargarse de dirimir los posibles conflictos que vayan surgiendo a lo largo de su relación.

Así por un lado la libertad alcanza la elección de la ley rectora, eso significa que las partes antes de entrar en un contrato pueden estudiar que ley les va a resultar más favorable y designarla como ley aplicable. Otra ventaja es la opción de asignar más de una ley a distintas partes del contrato, dando así más facilidades a la hora de escoger la ley rectora. Es decir, para una parte del contrato puede resultar más beneficioso si se aplica la ley de un estado, mientras que para otros aspectos puede resultar más beneficioso si se aplica la ley de otro estado.

Como vemos las ventajas son múltiples, entre ellas la estipulada en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en su artículo 3, donde establece que las partes podrán asignar una ley extranjera aunque se trate de un contrato principalmente interno, es decir que en una relación puramente interna las partes pueden estimar que les resulta más beneficioso aplicar a su contrato la ley de un Estado extranjero.

La autonomía de la voluntad es tan amplia, que incluso una vez que las partes ya han designado una ley aplicable al contrato, estas pueden decidir modificarla si lo estimas conveniente.

El principio de autonomía de la voluntad abarca igualmente la elección del tribunal que va a dirimir las controversias en caso de que estas aparezcan a lo largo de la relación contractual.

Efectivamente, las partes podrán asignar al contrato, el tribunal va a ser el responsable de resolver los litigios planteados. Existen diferentes métodos para la elección del mismo. Las partes pueden expresamente asignar un tribunal o pueden asignarlo de manera tácita, es decir, cuando el demandado no rechaza el tribunal ante el cual el demandante ha presentado la demanda. Esto puede ocurrir aunque las partes tuvieran un tribunal asignado o bien cuando no habiendo un tribunal determinado, las partes aceptan que sea este el que se ocupe del asunto. Así queda estipulado en los artículos 23 y 24 del Reglamento 4/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, también llamado “Bruselas I”.

La autonomía de la voluntad va incluso más allá, en cuanto, este mismo Reglamento facilita al trabajador una serie de foros entre los cuales va a poder elegir a la hora de presentar la demanda en caso de que las partes no hubieran asignado uno. Aquí la libertad

de elección, sólo la ostenta el trabajador, el que puede escoger entre el foro general del domicilio del demandado o los foros especiales en materia laboral. Estos son, el lugar en que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o el lugar de contratación.

Como vemos el margen de libertad que ostentan las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable y de la competencia judicial es muy amplio y eso como decíamos es lo que da seguridad a las partes. Así la norma comunitaria otorga plena confianza para que ellas puedan regir, como mejor les convenga, su contrato.

3.2.2.2 Especial Protección de la Parte más Débil

Como hemos mencionado, estas dos peculiaridades se limitan la una a la otra. Así, mientras el principio de autonomía de la voluntad da libertad a las partes, el principio de protección de la parte más débil restringe esa libertad en el momento en que para proteger al trabajador impone una serie de normas a aplicar, de las cuales las partes no van a poder prescindir aunque así lo deseen.

Estos límites aparecen igualmente en la elección de la ley rectora del contrato como de la competencia judicial. Asimismo se establecen límites para los casos en que el trabajador es desplazado temporalmente a otro país. En esos casos también se imponen unas condiciones mínimas que las partes deben respetar siempre con el objetivo de proteger al trabajador.

En un primer lugar es importante recordar que este principio de protección de la parte más débil es el principio esencial por el cual el legislador ha incorporado reglas especiales para estos contratos. Así veíamos que dentro de los contratos especiales, el objetivo era, en todos ellos, precisamente el de la protección de la parte más débil. Es una vez el legislador detecta que existe esa parte que puede resultar perjudicada en algunos tipos de contratos, que tras regulación se van incorporando mecanismos para prevenir esos posibles abusos y facilitar a la vez el acceso a los tribunales a la parte más débil.

Cuando analicemos más en profundidad todos los aspectos de los contratos y sus regulaciones, veremos efectivamente que con cada modificación normativa, se va cada vez tomando más en consideración esta protección, añadiéndose nuevas formulas de protección. Así, por ejemplo vemos como en el Reglamento 44/2001 también llamado “Bruselas I” se añaden nuevos foros de protección al trabajador que no aparecían anteriormente en el Convenio de Bruselas.

Dicho esto, pasamos a analizar como y a través de que mecanismos se intenta proteger a la parte más débil.

Si analizamos la libertad que ostentan las partes a la hora de determinar la ley aplicable, encontraremos que igualmente se imponen unos límites con el objetivo de asegurar que el trabajador no salga perjudicado en esa elección. Es decir, que la parte más fuerte no imponga sus condiciones sin dejar opción al trabajador de escoger aquellas reglas que le son más favorables. Recordemos que se trata de una relación especial donde en la mayoría de los casos el trabajador no tiene fuerza para negociar y se ve obligado a aceptar aquello que se le propone, por ejemplo en lo que se refiere a los contratos tipo.

Así, aun en el caso en que las partes hayan decidido la ley rectora del contrato, las partes deberán aceptar la imposición de las leyes imperativas. Se trata de analizar la ley que sería objetivamente aplicable al caso en el supuesto en que las partes no hubieran designado una ley, (leyes subsidiarias), y aplicarla, en los campos en que esta sea más beneficiosa para el trabajador que ley escogida por las partes. Así se trata de complementar una ley con otra para que el trabajador no salga perjudicado en cuanto a la elección hecha para regir el contrato.

Así se desprende del artículo 6 del Convenio de Roma,

1. *No obstante lo dispuesto en el artículo, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.*
2. *No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá:*
 - a) *por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o*
 - b) *si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país*

A modo de ejemplo, si las partes escogen que el contrato será regido por la ley francesa, pero la prestación habitual se realiza en España, estas no podrán prescindir de aquellas leyes españolas que, comparadas con la ley francesa, resulten más beneficiosas para el trabajador. De ese modo, aunque las partes gozan de libertad a la hora de asignar la ley francesa como rectora del contrato, el trabajador, como parte más débil, queda protegido en cuanto deberán respetarse igualmente las leyes españolas que resulten más beneficiosas para él. Se evita, una vez más, que el trabajador se vea obligado a aceptar una ley que de no haberla aceptado le hubiera resultado más ventajoso para él.

En el caso en que las partes no escojan una ley rectora, el legislador ha previsto en las normas comunitarias unas normas de sustitución que protejan al trabajador. Así, en primer lugar será aplicable la ley donde el trabajador realice habitualmente su trabajo, y en el caso de que no se pudiera determinarse un lugar habitual, sería la ley del lugar de contratación la que se establecería como ley aplicable al caso. Sin embargo, a pesar de estas dos opciones, en el caso en que el asunto presente vínculos más estrechos con otro estado, serán las leyes de este las que rijan. Recordemos que quien determina la ley aplicable en este caso es el juez, que deberá analizar caso por caso que ley resulta aplicable. En cualquier caso todas estas opciones han estado pensadas para proteger al trabajador.

El segundo apartado en el que parece una especial protección al trabajador es en la competencia judicial. Así el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su articulado dedica un apartado especial a la protección de los trabajadores, se trata de los artículos 18 a 21.

Como decíamos el objetivo aquí es facilitar el acceso a los tribunales al trabajador, es decir que aun siendo el trabajador el demandante, posición que normalmente ostenta este en los conflictos laborales, no se vea obligado a litigar en un estado que no tiene conexión ni con el ni con el asunto. Este sería el caso de aplicar el foro general establecido en la normativa, el cual recordemos que es el domicilio del demandado. Así en el caso en que no su hubiera previsto ningún tipo de protección, el trabajador, en el momento en que quisiera interponer una demanda tendría que dirigirse al domicilio del contratador que no tiene por que ser ni el suyo ni en lugar en que se realiza la prestación. Por ese motivo, el legislador ha querido establecer unos foros especiales para el trabajador, el cual en el momento en que tenga la necesidad de interponer una demanda pueda escoger entre unos foros que le sean accesibles.

Como venimos diciendo, dependerá del trabajador, y no del empresario, la elección de estos foros especiales, ya que este, solo podrá demandar al trabajador siguiendo el foro general, es decir, el domicilio del trabajador, en este caso. Cuando sea el trabajador el demandante podrá escoger entre el foro general y los especiales. Estos son: el lugar en que el trabajador presta habitualmente sus servicios y el lugar de contratación.

Finalmente debemos mencionar las leyes especiales en cuanto el trabajador es desplazado temporalmente a otro estado. En ellas también se ha regulado una protección especial al trabajador para evitar una vez más que este sea contratado en un estado y luego desplazado a otro con condiciones más ventajosas. Así se trata de imponer una vez más, al margen de la voluntad de las partes, que en el caso de que existan condiciones más beneficiosas en el estado de acogida, estas sean respetadas por las partes. Se evita así que el trabajador se encuentre trabajando en condiciones inferiores a la del resto de trabajadores del país donde realiza sus servicios.

Al igual como ocurría con la ley rectora, estas normas no se aplicaran directamente, ni de manera global, sino que el juez deberá analizar ambas normas. Por un lado deberá analizar la ley rectora del contrato y por otro la ley del país de acogida, posteriormente aplicará, solo en aquellos campos que vienen estipulados, las ventajas que la ley del país de acogida pueda aportar al trabajador.

Así es la ley, en este caso la Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, la que establece que condiciones mínimas son obligatorias para las partes, las cuales deberán respetarlas aun cuando la ley rectora del contrato no las contemple. Esos campos mínimos se encuentran en las reglas que regulan; el tiempo de trabajo, la protección a colectivos especiales, los derechos fundamentales y las condiciones salariales.

A modo de ejemplo, si un trabajador es contratado en Francia y posteriormente trasladado a España, a este le serán aplicables las normas que resulten más ventajosas de entre la ley rectora y la ley española en cuanto a estos campos mínimos que acabamos de mencionar. En otras palabras, el trabajador se beneficia de las ventajas que pueda aportar la ley española en lo referente a las condiciones mínimas establecidas.

Citar cabe que será el juez el encargado de determinar si las leyes del país de acogida son o no más beneficiosas para el trabajador, en cuyo caso, de no ser así, estas no serían aplicables. Recordemos que el objetivo no es cambiar una norma por otra sino proteger al trabajador, complementando, en lo que resulte más ventajoso para él, la norma rectora del contrato con la del país de acogida.

En conclusión y para finalizar este capítulo introductorio, destacar que existen dentro de la contratación internacional unos contratos especiales que por sus características precisan de unas normas de control que permitan proteger a una de las partes por encontrarse esta en una posición de inferioridad.

Dentro de los contratos especiales hemos destacado las características que presentan los contratos individuales de trabajo. Estos, tanto en las normas comunitarias como convencionales así como autónomas, gozan de mecanismos necesarios para que esta protección surta efecto. Mencionar cabe las mejoras que el legislador comunitario añade a las nuevas normas sobre la materia siempre otorgando nuevos instrumentos de protección al trabajador.

Igualmente nos parece importante destacar la gran autonomía de autorregulación que gozan las partes en los contratos. Una autonomía que les permite no sólo asignar que ley o leyes van a regir el contrato sino además que órgano judicial será el encargado de resolver los conflictos entre las partes.

Todos estos aspectos nos parecen más que necesarios en cuanto el ámbito de las relaciones laborales internacionales está tomando un alcance mayor y mayor en nuestros días. La movilidad geográfica tanto de trabajadores como empresarial, las nuevas tecnologías, las inversiones internacionales entre otros aspectos, hacen que surjan una serie de relaciones laborales internacionales que hasta hace poco eran impensables. Es por eso necesario que el legislador comunitario debe revisar, modificar y dedicar apartados específicos a esta materia siempre teniendo en cuenta que estamos ante unas relaciones que presentan desigualdad de condiciones. Efectivamente la parte más débil en estas relaciones precisa, para seguir actuando en el tráfico jurídico, que se le otorguen unos mecanismos de protección sin los cuales su posición no podría desarrollarse al mismo ritmo que la de las demás partes. Es necesario que los trabajadores, puedan gozar no solo de autonomía a la hora de escoger foro y ley aplicable al caso, sino que además en el caso en que su elección no sea la más ventajosa sea la ley la que imponga unos mínimos a respetar.

A continuación pasaremos a abordar la regulación del derecho internacional privado en el Contrato individual de trabajo.

4 LA REGULACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICADO A LA MATERIA

Este capítulo se ha dividido en dos apartados. En un primer lugar, se analiza la ley aplicable al contrato. En este caso, se estudian por un lado la ley comunitaria, nos referimos la Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y por otro las leyes autónomas, concretamente el artículo 10.5 y 10.6 del Código Civil (CC) y 1.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El segundo apartado a tratar, es la competencia judicial internacional. Aquí también se hace un repaso de las leyes relevantes en la materia tanto a nivel comunitario como convencional, sin olvidar el derecho autónomo. Asimismo se compararan los diferentes foros que cada norma establece destacando las diferencias entre ellos.

A continuación pasamos a exponer el derecho aplicable al contrato de trabajo individual con elemento de extranjero.

4.1 Derecho Aplicable a la Materia

Al igual como sucede con la competencia judicial, una vez el juez español recibe una demanda laboral internacional debe buscar entre las normas disponibles cual es la que corresponde aplicar al caso concreto. Deberá determinar entre el Derecho comunitario, convencional y autonómico cual de las leyes aplicables a la materia es la rectora del contrato según el caso planteado.

A nivel comunitario, encontramos el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR). En el plano autonómico, la ley aplicable aparece regulada en los artículos 10.5 y 10.6 del CC y 1.4 del ET.

En este apartada debemos hacer referencia a la existencia de normas especiales en materia de desplazamientos temporales de trabajadores, que no vamos a analizar en este capítulo, sino que se analizan en un capítulo aparte.

Antes de pasar a estudiar el derecho aplicable, es necesario exponer que la norma comunitaria sobre el tema, el CR, será brevemente modificada. Se trata del Reglamento de Roma I (nº 593/2008), (Doue I 177 De 2008) que entrará en vigor en diciembre de 2009. Esta actualización de CR supondrá varias ventajas, entre ellas, garantizará la armonía entre competencia y ley aplicable, y además, será de obligado cumplimiento para todos los estados miembros, los cuales deberán todos aplicar la misma versión del CR, lo que facilitara el reconocimiento y ejecución de sentencias.

El objetivo que tiene el CR es asegurar un estándar mínimo comunitario que garantice la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho laboral internacional, sin que las partes puedan prescindir de el en sus relaciones contractuales. Asimismo, se pretende que la

parte más débil en la relación contractual goce de unas condiciones mínimas que la proteja frente a posibles abusos de la parte más fuerte.

A la hora de determinar la ley rectora del contrato, el juez deberá dar preferencia al derecho comunitario, hasta que Roma I entre en vigor, la norma aplicable es el CR de 1980. El derecho autónomo quedará en un plano residual. Este sólo será aplicable si temporalmente no procede el CR. Es decir, cuando el conflicto planteado recaiga sobre un contrato acordado con anterioridad a la entrada en vigor del CR, entonces el juez podrá aplicar el derecho autónomo para determinar la ley rectora del mismo.

4.1.1 Derecho Comunitario: Convenio de Roma, de 19 de Junio de 1980, Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales

El Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, entró en vigor el 1 de abril de 1991 y fue ratificado por nuestro país el 18 de mayo de 1992. Sin embargo, la versión actual que se aplica no es ésta, sino la última de 1998.

La aplicación del CB es *erga omnes*, es decir, todos los Estados miembros deberán aplicar esta norma en materia de obligaciones contractuales.

El ámbito temporal del CB corresponde al 1 de septiembre de 1993, por lo que para los contratos celebrados con anterioridad a esta fecha serán aplicables las normas de derecho autónomo y no el CB. Como vemos, lo que determina el ámbito temporal no es la fecha de presentación de la demanda, sino la fecha en la que se estableció la relación contractual.

En cuanto al ámbito material, y tal como establece el artículo 1 del CR, corresponde a las obligaciones contractuales en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Nótese que dentro de las mismas se encuentran las obligaciones contractuales laborales a las que el CR ha dedicado el artículo 6. Citar cabe que dentro de esta norma comunitaria queda excluido el estatuto personal de las partes.

El artículo 2 del CR declara su carácter universal, así cita “La ley designada por el presente Convenio se aplicara incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”.

Si analizamos el contenido de esta norma veremos que se basa en tres principios a la hora de determinar la ley aplicable a las relaciones contractuales, así establece:

- El principio de autonomía de la voluntad que las partes pueden ejercer determinado que ley será la rectora del contrato
- El principio de protección a la parte más débil, en nuestro caso el trabajador. A él van destinadas las conexiones subsidiarias
- El principio de proximidad, por el que la ley rectora del contrato será aquella que presente unos vínculos más estrechos con el caso

A continuación analizaremos cada uno de estos principios que nos ayudaran a entender la elección de la ley rectora en cada caso concreto.

4.1.1.1 Principio de Autonomía de la Voluntad

El principio rector e inspirador de muchas normas europeas es el principio de autonomía de la voluntad. Principio que como veremos no aparece en la norma autónoma.

Esta es pues la primera regla del juego en el CR que aparece en el artículo 3, que cita:

1. *Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.*
2. *Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regia antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstara a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectara a los derechos de terceros.*
3. *La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo "disposiciones imperativas".*
4. *La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11.*

Así, las partes gozarán de la voluntad para determinar cual será la norma rectora en sus relaciones contractuales. Como vemos y al igual como sucede con la competencia judicial, la manifestación de esa voluntad puede ser expresa o tácita. Siendo posible que las partes cambien o fijen una ley después de que haya nacido la relación contractual.

En los casos en que las partes no hagan uso de esa elección de ley, o que no quede clara en el caso concreto, el juez deberá, siguiendo las normas establecidas, determinar cual es la norma de sustitución, es decir aquella que corresponde en su defecto.

Una nota a destacar es que las partes, haciendo uso de esa autonomía pueden asignar diferentes leyes a diferentes partes del contrato. Esto mismo puede suceder cuando el juez estima necesario aplicar las normas imperativas de un ordenamiento jurídico distinto a la ley rectora y combinarlas entre sí, obteniendo así un contrato regido por más de una ley.

Este hecho puede ser útil teniendo en cuenta los contratos internacionales complejos que regulan diferentes ámbitos.

Citar cabe, que las partes pueden incluir el elemento de extranjero necesario mediante la ley rectora del contrato. Es decir, que para una relación principalmente interna, se convierta en internacional al ser la ley rectora la de un estado extranjero. Por ejemplo, siendo las partes españolas, y realizando la prestación de servicios en España, si las partes escogen que la ley francesa sea la rectora del contrato, introducen así el elemento de extranjero necesario.

Como vemos en el apartado 3.3, este amplio margen de voluntad que otorga el CR se ve sin embargo limitado por la aplicación preferente de la norma más próxima al asunto cuando esta ofrezca mayor protección a la parte más débil, en nuestro caso al trabajador. Nos referimos a las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable a falta de elección, las cuales no pueden dejarse al margen en los casos en que estas sean más beneficiosas para el trabajador.

Junto a este límite, encontramos el establecido en el artículo 9.1 referente a la forma del contrato. Este establece “Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se haya celebrado.”

A continuación se analizarán las conexiones subsidiarias, concretamente, la ley del país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo y la ley del lugar donde se sitúa el establecimiento del empleador. Estas conexiones responden al principio de protección de la parte más débil.

4.1.1.2 Principio de Protección de la Parte Más Débil. Conexiones Subsidiarias en Defecto de Ley Aplicable

El CR establece unas normas subsidiarias para los casos en que la ley rectora del contrato no viene asignada por las partes. Así establece una norma general, regulada en el artículo 4.1, que cita,

En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.

Citar cabe que en cuanto a los vínculos más estrechos se deberán tener en cuenta aquellos respecto al caso concreto no respecto al trabajador, a diferencia de lo que ocurre con los consumidores.

Y dos normas especiales reguladas en el artículo 6.2 a) y b) para los contratos individuales de trabajo, que establecen:

No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá:

- a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o*

- b) *si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador...*

La jerarquía a seguir en este caso será la de aplicar en un primer lugar, las normas especiales del artículo 6 y subsidiariamente la norma general.

4.1.1.2.1 Ley del País Donde el Trabajador Realiza Habitualmente su Trabajo

La norma rectora del contrato en caso de que las partes no estipulen una, es en primer lugar aquella donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo.

Esta regla seguirá aplicándose aun cuando el conflicto surja durante un desplazamiento a otro territorio. *“aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país...”*

Así, la ley rectora del contrato está prevista que lo sea durante toda la vida del contrato, así en caso de desplazamiento temporal, la ley rectora será la misma. Diferente es cuando el trabajador es trasladado a otro territorio, en cuanto el lugar de prestación habitual cambia, en cuyo caso es lógico que la ley rectora pase a ser la de aquel estado.

El hecho de que se trate de un desplazamiento temporal puede llevar la problemática del *dumping social*, para ello se ha redactado una norma específica que resuelve este problema. A ella se le ha dedicado un capítulo a parte. Sin embargo citar cabe que estas dos normas, tal y como se estudiará más tarde no colisionan entre sí, sino que se complementan.

La Directiva sobre desplazamientos temporales, no desplaza a la ley rectora sino que se encarga de asegurar unas condiciones mínimas necesarias para proteger a la parte más débil desplazada a un estado distinto del que fue contratada. Se trata de que el trabajador no sea perjudicado por ser contratado en un estado menos ventajoso y luego desplazado a otro con mejores condiciones, para prestar sus servicios.

Así cada norma actúa dentro de un campo y con un objetivo específico. Una rigiendo la totalidad del contrato y la otra asegurando un mínimo estándar cuando el trabajador es temporalmente desplazado.

Como hemos dicho, el único motivo para cambiar la ley rectora en este caso es que se tratara de un traslado en lugar de un desplazamiento temporal. Una crítica que se puede hacer al CB y que se espera se resuelva con Roma I es la determinación de que se entiende por desplazamiento y que por traslado.

4.1.1.2.2 Lugar De Contratación

En el caso de que no se pueda determinar un lugar habitual de prestación de servicios el CR establece como segunda conexión subsidiaria el lugar de contratación.

No se debe asumir que por el simple hecho de que el trabajador presta servicios en diferentes estados significa que no existe un lugar habitual, sino el contrario, aun habiendo diferentes estados implicados esta norma procederá sólo cuando de entre ellos no se pueda determinar uno como lugar habitual de prestación de servicios.

Así, el lugar de contratación será la ley rectora del contrato cuando las partes no hayan designado una ley y cuando del caso concreto no se pueda determinar un lugar de prestación habitual de servicios.

4.1.1.3 Principio de Proximidad: Lugar que Presenta los Vínculos Más Estrechos

Las dos reglas subsidiarias ahora expuestas quedaran excepcionadas en el caso en que exista una regla que presenta unos vínculos más estrechos con el asunto (recordemos, no con el trabajador).

El juez deberá seguir el orden jerárquico a la hora de determinar la ley rectora, en primer lugar se aplicara la ley que elijan las partes, sino, la del lugar donde el trabajador preste habitualmente sus servicios, sino el lugar de contratación.

Sin embargo, si una vez estudiado el caso, el juez determina que existe otro ordenamiento jurídico que presenta unos vínculos más estrechos con el mismo, podrá en ese caso determinar la ley de ese estado como ley rectora.

Esta cláusula de excepción nos remite a la norma general que citaba el artículo 4 del CR. El problema surge cuando no se determina que se entiende por vínculos más estrechos, dejando un amplio margen al juzgador a la hora de determinar estos vínculos. Si nos remitimos al artículo 4 como norma general podemos obtener entonces las pautas para determinar que se entiende por vínculos más estrechos, así se determina:

Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos mas estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad , asociación o persona jurídica , su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento”

Es de entender que la aplicación de esta norma por el juez es de carácter excepcional, y que sin duda debe ser suficientemente argumentado para evitar que el juez pueda acudir a ella con la finalidad de designar su ordenamiento jurídico como ley rectora.

4.1.1.4 Limites a la Ley Aplicable

4.1.1.4.1 Las Normas Imperativas

Como se lleva diciendo, uno de los objetivos de la norma comunitaria es la protección de la parte más débil en la relación contractual.

Como se verá en la competencia judicial, aquí también existen unos límites a la autonomía de la voluntad con el objetivo de proteger a la parte más débil.

Así, se establece que estas normas subsidiarias que acabamos de estudiar pueden servir para limitar la ley rectora escogida por las partes. Esto es así cuando las leyes subsidiarias, es decir aquella que sería aplicable en el caso de que las partes no hubieren hecho uso de la autonomía de la voluntad, aportan mayor protección al trabajador.

De hecho, las partes gozan de autonomía para designar la ley rectora, pero se garantiza un mínimo estándar que deberán respetar. Ese mínimo viene impuesto por las leyes subsidiarias y los beneficios que ofrecen al trabajador. Será el juez el que deberá determinar si es necesario poner límite o no a la ley rectora asignada y las partes quedarán en lo que corresponda, obligadas a respetar ese mínimo estándar de protección.

Como ocurre con la ley de desplazamiento temporal y la ley rectora, no se trata de un cambio total de una ley por otra. En los casos en que proceda aplicar la ley subsidiaria se deberán comparar ambas y completar la ley rectora con aquella, pero sólo en los campos en que se presenten unos beneficios para el trabajador. Recordemos que el objetivo es garantizar una protección a la parte más débil y esta debe ser la finalidad que debe perseguir el juzgador a la hora de aplicar esta regla.

Queda claro, que la ley rectora seguirá siendo la misma establecida por las partes pero incluyendo o modificando las normas imperativas impuestas por la ley subsidiaria en los casos en que aporte una especial protección para el trabajador.

Como decimos, será la tarea del juez que en primer lugar deberá determinar que ley subsidiaria debe compararse (la ley del lugar habitual de prestación de servicios o la ley de contratación), en segundo lugar, comparar ambas y finalmente determinar que normas deben aplicarse por aportar una especial protección, en caso de que sea así. Si una vez hecho este análisis el juez no encuentra que existan condiciones más ventajosas, la ley rectora del contrato no sufrirá este límite.

Un problema que se plantea aquí es la determinación de que se entiende por leyes imperativas. Cada ordenamiento jurídico establece en sus normas ese mínimo que deberá respetarse, no siendo esta una cuestión uniforme. Pero podemos decir que se trata de aquellas normas que intentan proteger al trabajador, en cuanto a parte más débil. A modo de ejemplo podemos decir que se tratan de las leyes que regulan la edad mínima del trabajador, el trabajo de menores, la igualdad, la libertad sindical, el salario mínimo... como vemos todas ellas, cuestiones que deben ser respetadas a fin de garantizar unas condiciones mínimas a los trabajadores.

Es importante sin embargo no confundirlas con las leyes de policía, de las cuales hablaremos a continuación.

En cualquier caso, será el juez el que deba determinar las normas imperativas impuestas por cada ordenamiento jurídico

Como se anunciaba, el hecho de aplicar la norma de sustitución no es automático. Al igual como sucede con la Directiva sobre los desplazamientos temporales, para que se limite la ley rectora, es necesario que esta aporte, en determinados campos, unos derechos

indispensables al trabajador, de modo que de no hacerlo, estos no serían reconocidos o no se harían con la misma intensidad por la ley rectora del contrato.

Para realizar esa comparación, puede hacerse o bien de manera global o bien de manera particular, lo cual parece la mejor solución. De este modo se permite una comparación de la norma concreta y ver si realmente se consigue el mismo objetivo con una que con otra. Recordemos que se trata de corregir aquella parte donde la norma rectora no llega a ofrecer todas las garantías que se ofrecen en la norma de sustitución.

4.1.1.4.2 Las Leyes de Policía

Otro límite a la autonomía de la voluntad se encuentra en las leyes de policía. Así el artículo 7 del CR establece:

- 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación.*
- 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.*

Como ya hemos dicho no hay que confundir la protección que se establece mediante las normas imperativas de la ley de sustitución y las leyes de policía. Unas y otras responden a objetivos diferentes. Mientras las leyes imperativas responden a la protección del trabajador, las leyes de policía tienen como objetivo salvaguardar el orden público.

Como vemos el artículo 7 está dividido en dos apartados, por un lado tenemos el orden público interno y por el otro el orden público internacional.

Citar cabe que será la decisión del juez la aplicación o no de estas normas, ya que el precepto estipula que el juez *podrá*, sin estar obligado a ello, optar por aplicar las mismas cuando sin ellas se vulnera alguna norma de orden público justificando siempre que el hecho de no aplicarlas conlleve perjuicios graves. Dependerá entonces del juez, hacer una comparación entre las normas y decidir si aplicarlos o no.

Con esto se pretende que el juez que está aplicando la ley rectora no deba ir en contra de unos principios establecidos en su propio sistema constitucional. Dando así la posibilidad en caso de conflicto de que el juez pase a aplicar normas de su propio ordenamiento jurídico que son indispensables. Es el caso de las normas constitucionales.

Seguidamente pasaremos a analizar el derecho autónomo español aplicado a la materia.

4.1.2 Derecho Autónomo: Artículo 10.5 y 10.6 del CC y 1.4 del ET

Respecto a la ley aplicable al contrato, junto al derecho comunitario encontramos el derecho autónomo. Este se aplicará cuando temporalmente no sea posible dar paso al derecho comunitario. Es decir, cuando las relaciones contractuales se hayan contraído con anterioridad a la entrada en vigor del CR, esto es antes del 1 de septiembre de 1993.

Las normas sobre ley aplicable las encontramos en los artículos 10.5 y 10.6 del CC y 1.4 del ET. Los cuales establecen:

Artículo 10.5 y 10.6 del CC

*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna **conexión con el negocio de que se trate**; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la ley de residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”*

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

Como vemos también se reconoce aquí la autonomía de la voluntad pero con dos matices, uno que muestre relación con el negocio y dos que se declare de manera expresa.

En cuanto a la norma subsidiaria vemos que no se hace mención alguna a la habitualidad citando únicamente el lugar donde se presten los servicios.

La mención del artículo 8.1 nos lleva al respeto una vez más a las leyes de policía para salvaguardar el orden público.

En cuanto al **Artículo 1.4 del ET**, establece,

La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

Este artículo presenta un carácter residual ya que al tratar sobre el desplazamiento de trabajadores deberá tenerse en cuenta la normativa específica sobre la materia. En todo caso este sólo será aplicable cuando por el CC, el juez determine la ley española como ley aplicable y se trate de trabajadores españoles desplazados al extranjero siempre y cuando la normativa comunitaria no sea de aplicación.

Citar cabe que nuestro ordenamiento no admite el contrato sin ley, es decir, que las partes diseñen un contrato a medida donde prevean todas las consecuencias jurídicas posibles. Así las partes tienen libertad contractual pero será el ordenamiento jurídico que determinará la validez del contrato.

En conclusión debemos resaltar la gran labor realizada por el legislador a la hora de crear una regulación específica que resuelva los problemas que presentan estas relaciones de desigualdad entre empleador y trabajador. Recordemos que en 2009 entró en vigor el nuevo Reglamento de Roma I (n° 593/2008), (DoUE L 177 De 2008) el cual mejora todos estos instrumentos mencionados en el CR. Asimismo permitirá a todos los estados aplicar la misma redacción de la norma, lo cual facilitará el reconocimiento y ejecución de sentencias a nivel comunitario.

Nos parece esencial que se siga trabajando con el objetivo de paliar los posibles abusos por parte de las grandes empresas frente a los trabajadores, que en muchos casos se ven obligados a aceptar las condiciones impuestas. Es a través de la labor de la regulación comunitaria que el trabajador goza por un lado de una gran voluntad de elección, lo cual es imprescindible para la contratación internacional pero sin dejar que esa libertad pueda en un momento dado llegar a perjudicarlo, ya que no será el que tenga que poner los límites sino que estos vienen impuestos por la ley comunitaria, obligando a así a las partes a su respeto, sea o no su voluntad inicial.

A continuación pasaremos a analizar la competencia judicial internacional en la materia. Aquí veremos igualmente como las partes gozan de libertad de elección pero una vez más restringida con el objetivo de proteger al trabajador.

4.2 Competencia Judicial Internacional

Este capítulo está dividido en varios apartados, así, en un primer lugar analizaremos, siguiendo un orden jerárquico, las diferentes normas en competencia judicial internacional. Compararemos el Reglamento 44/2001, el Convenio de Bruselas, el Convenio de Lugano, los convenios bilaterales entre España y Rumania y el Salvador, y finalizaremos con la LOPJ en esta materia.

En otro apartado estudiaremos los foros competenciales que cada una de estas normas establecen, y sus diferencias.

4.2.1 Fuentes del Sistema Español

El juez español ante el que se le presenta una demanda, lo primero que tiene que establecer es si es o no competente para conocer el caso. Para determinar esa competencia deberá acudir a las fuentes del sistema español dedicadas a la materia.

Cuando el caso no presente ningún elemento extranjero el juez se remitirá a sus leyes nacionales. Por el contrario cuando se presente este elemento de extranjería, el juez deberá

buscar dentro de sus leyes de competencia, ya sean estas internacionales, convencionales o autónomas, si la competencia le pertenece o no.

En ningún caso estas leyes le habilitaran para pronunciarse sobre el fondo del asunto, sino únicamente sobre la competencia.

Las reglas de competencia distribuyen la misma ya sea en el caso internacional, entre los diferentes estados, o en el caso nacional, entre los diferentes tribunales. Así en el caso en que el juez español declare que los tribunales españoles son competentes según las normas de competencia internacional, entraran en juego las reglas del sistema interno español, que determinarían cual de entre los tribunales españoles es el competente en ese caso concreto.

Podemos decir que las normas de competencia internacional y de competencia nacional son independientes.

4.2.1.1 Derecho Comunitario

Actualmente, el sistema general internacional sobre competencia internacional es el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, también llamado Bruselas I.

Como vemos, este Reglamento es relativamente reciente, ya que hasta ese momento el Convenio que se aplicaba de manera general era el 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 (CB). Este convenio era aplicable *erga omnes*, y se aplicaba preferentemente sobre los demás instrumentos internacionales en la materia. Como hemos comentado, esto ha cambiado desde su sustitución por Reglamento 44/2001, que es ahora de aplicación preferente.

Citar cabe que aunque el CB ha sido sustituido por el Reglamento mencionado, este sigue siendo vigente para las relaciones entre los Estados miembros y Dinamarca así como los territorios citados en el art. 299 del Tratado de la Comunidad, ya que ninguno de ellos ha ratificado el Reglamento. En adelante cuando nos refiramos a las relaciones entre España y Dinamarca también se incluirán aquellos territorios enumerados en dicho artículo.

En nuestro ordenamiento, a partir del 1 de marzo de 2002, en materia de competencia internacional, el régimen general aplicable es el Reglamento 44/2001, el cual pasamos a analizar a continuación.

4.2.1.1.1 Reglamento 44/2001, de 22 de Diciembre de 2000, Relativo a la Competencia Judicial Internacional y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, "Bruselas I."

Como ya hemos mencionado anteriormente, el Reglamento 44/2001 viene a sustituir (parcialmente) al CB. El 1 de marzo de 2002 el Reglamento entró en vigor, y desde ese momento es de aplicación preferente entre los Estados miembros a excepción de Dinamarca (y los demás territorios).

En cuanto al ámbito material, el Reglamento 44/2001 regula las cuestiones de carácter civil y mercantil con algunas exclusiones (artículo 1.2). Dentro de ellas, la exclusión que afectaría al contrato de trabajo es la referente al estatuto personal. Este problema aparece igualmente en el CL, CB, CRum. y CS.

Citar cabe, que las cuestiones referentes a desplazamientos temporales de trabajadores no se regirán por el Reglamento sino que vienen regidas por reglas comunitarias específicas. Así lo contempla el propio reglamento en su artículo 67.

En cuanto a la competencia judicial, el Reglamento 44/2001 establece un foro general y tres especiales. El foro general será el domicilio del demandado, independientemente de la nacionalidad de este, igual como estipula el CB. En el mismo nivel jerárquico se encuentran los tres foros especiales, para los contratos de seguros (sección 3), para los contratos celebrados por consumidores (sección 4), y finalmente para los contratos individuales de trabajo se dedica la sección 5.

El objetivo de estos foros especiales es proteger a la parte más débil, en estos casos, el tomador del seguro, el consumidor y el trabajador. Para ello se intenta facilitar el acceso a los tribunales más próximos a estas partes, sin necesidad de acudir a los tribunales del domicilio del demandado.

Es lógico que dentro de una relación en la que ambas partes no ostentan el mismo poder, el legislador haya querido proteger a aquella que es más vulnerable, facilitándole el acceso a los tribunales más próximos en lugar de asumir un agravante más a la hora de acudir a los tribunales de la parte del demandado.

En materia laboral el reglamento dedica la sección quinta a las competencias en materia de contratos individuales de trabajo (artículos de 18 a 21). En esta sección se establece los foros en materia laboral.

En la segunda parte de este capítulo analizaremos detalladamente los foros en materia laboral, tanto los generales como los especiales, así como la autonomía de la voluntad que gozan las partes.

En este aspecto, recordemos que las partes gozan de una voluntad de elección de la competencia judicial, esa voluntad puede manifestarse a través de la sumisión expresa, o a través de una sumisión tácita. Esta actúa cuando aun habiendo una sumisión expresa, el demandado se presenta en el foro en que se ha interpuesto la demanda y no alega su incompetencia. En ese momento ambas partes asumen la competencia de ese tribunal desplazando así la anteriormente elegida.

4.2.1.2 Derecho Convencional

En materia de competencia internacional encontramos en primer lugar los tratados comunitarios y a continuación tres Tratados bilaterales celebrados entre España y otros países. Así esta:

4.2.1.2.1 Convenio de Lugano, de 16 de Septiembre de 1988, Sobre la Competencia Judicial Internacional y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil

Este convenio comparte el mismo cuerpo legal que el CB y es aplicable a los Estados integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).

El CL entró en vigor el 1 de noviembre de 1994, y su contenido coincide prácticamente por entero con el CB.

En cuanto a la competencia judicial. Este Convenio deberá aplicarse cuando el demandado este domiciliado en un Estado del AELC (recordemos, Islandia, Suiza y Noruega), cuando los tribunales de alguno de estos Estados tengan competencia exclusiva en determinada materia, o cuando las partes se sometan tácita o expresamente a su jurisdicción.

Como Tratados bilaterales debemos aquí incluir el CB ya que como se ha expuesto, actualmente tras la entrada del Reglamento 44/2001, este es sólo aplicable de manera bilateral entre España y Dinamarca (incluyendo los demás territorios mencionados).

4.2.1.2.2 Convenio de Bruselas, de 27 de Septiembre de 1968, Sobre la Competencia Judicial y el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil

Como ya hemos comentado, el objetivo del Reglamento 44/2001 era la plena sustitución del CB en esta materia. Ello debía permitir la directa aplicación del mismo a todos los estados miembros. Debido a que no todos ellos han ratificado el Reglamento dicha sustitución no ha podido ser más que parcial. Es decir, el CB sigue estando vigente para aquellos Estados que no forman parte del Reglamento. En concreto, nos referimos a Dinamarca y los demás territorios enumerados en el artículo 299 del Tratado de la Comunidad Europea.

Una peculiaridad es que el CB se aplicara de manera unidireccional, ya que solo se aplicara si el demandado se encuentra domiciliado en Dinamarca, de lo contrario, excepto si el Tribunal competente se encuentra en Dinamarca, será el Reglamento el que será aplicable.

Una ventaja que muestra el CB es que reúne en un mismo instrumento tanto la competencia como el reconocimiento y ejecución. Eso facilita mucho la tarea de reconocimiento ya que las sentencia provienen de un tribunal que se ha declarado competente acorde con las normas aplicables por todos los Estados firmantes.

En cuanto al ámbito temporal del CB, los tribunales españoles deberán aplicarlo para los supuestos entre el 1 de febrero de 1973, entrada en vigor del CB y el 1 de febrero de 1991 fecha que entró en vigor el Reglamento. Para Dinamarca el CB entró en vigor el 9 de octubre de 1978 y desde entonces sigue vigente.

En cuanto a la aplicación espacial. Hasta la entrada en vigor del Reglamento el CB era de aplicación preferente. Actualmente es necesario que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que el demandado esta domiciliado en Dinamarca, que los Tribunales daneses

sean competentes, o que las partes hayan designado los Tribunales de Dinamarca haciendo uso de la sumisión expresa o tácita.

Respecto a los foros que establece el CB, demos decir que se asemejan a los establecidos en el Reglamento. Las dos novedades que este presenta frente al CB son: por un lado, el cambio en la regla general de presentación de la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado, y por otro una mayor protección hacia los colectivos más débiles, entre ellos, los trabajadores. En concreto el reglamento ha ampliado los foros en los que el trabajador puede demandar a la parte contraria.

4.2.1.2.3 Convenio bilateral entre España y Rumania (CRum), de 17 de Noviembre de 1997 Sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia Civil y Mercantil y Convenio Bilateral con El Salvador (CS), de 7 de Noviembre de 2000, Sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia Civil y Mercantil

De estos convenios conviene destacar, en primer lugar que cada uno de ellos responde a un ámbito de aplicación temporal concreto, así el CRum. Esta vigente desde el 13 de junio de 1999 y el CS desde el 1 de septiembre de 2001.

El ámbito espacial determina que los tribunales españoles aplicaran ambos convenios cuando el domicilio del demandado se encuentre en alguno de estos países. Mientras que ambos comparten el ámbito material (civil y mercantil) con el Reglamento 44/2001.

Respecto a los foros, demos citar que tanto el CRum. Como el CS tienen unas competencias exclusivas prácticamente iguales a las del Reglamento. Si existe sin embargo alguna diferencia en cuanto a la regla general de competencia. Así, mientras el CS se refiere al domicilio del demandado, el CRum. hace referencia al domicilio o lugar donde las personas jurídicas tengan su sede.

4.2.1.3 Derecho Autónomo

En lo que se refiere al derecho interno español, sobre competencia judicial encontramos los artículos 21 a 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)

En materia laboral debemos centrarnos en el artículo 25, que establece:

En el orden social, los juzgados y tribunales españoles serán competentes

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

2. En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.
3. En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.”

Así, los tribunales españoles sólo podrán aplicar el derecho interno cuando ni el derecho internacional ni el convencional aquí expuesto sean aplicables.

Citar cabe, antes de dar por terminado el sistema de fuentes en materia de competencia judicial internacional, que existen otras reglas de competencia sobre materias específicas. Nos estamos refiriendo a la Directiva 96/71, de 21 de enero, sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios y la Ley 45/1999 de 29 de noviembre, de transposición. Por su especialidad, estas leyes han sido estudiadas en un capítulo aparte.

4.2.1.4 Orden Jerárquico

Una vez repasadas las fuentes que dispone el juzgador para determinar la competencia nos damos cuenta del entramado jurídico existente en la materia. Nos parece oportuno hacer un breve repaso a las pautas que deberá seguir el juzgador para determinar que ley aplicar a la hora de declararse o no competente en el caso concreto.

En un primer lugar debemos aclarar que el orden de prelación viene ya determinado, facilitando así de entrada la tarea. Tanto el artículo 21.1 de la LOPJ como el 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) dan prioridad a los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte. Así quedara el derecho autónomo como supletorio en aquellos casos en que no exista o no se puedan aplicar dichas normas internacionales.

El criterio a seguir es el que material, espacial y temporalmente determinan los instrumentos mencionados. Materialmente todos estos instrumentos tratan sobre asuntos civiles y mercantiles (con algunas exclusiones).

Citar cabe que Reglamento 44/2001 será de aplicación preferente, ya que al ser un reglamento y no una directiva le otorga una primacía frente a los demás instrumentos y goza de una aplicación preferente a respetar por todos los estados miembros. Desde el punto de vista espacial este, es de aplicación universal, es decir, se aplica este el domicilio del demandado en un Estado parte o no.

En un segundo plano serán de aplicación los Convenios en que España es parte: El CB, es de aplicación a partir de 1991 para las relaciones entre España y Dinamarca; CL se aplica desde 1 de noviembre de 1994 para los países de la AELC; el CRum es temporalmente aplicable desde el 13 de junio de 1999, para Rumania; El CS desde el 1 de septiembre de 2001 para el Salvador.

Así el juez deberá observar los límites temporal, espacial y material marcados por cada instrumento y sólo en el caso en que ninguno de ellos sea aplicable podrá aplicar el derecho autónomo. Asimismo debemos recordar que este orden de prelación es aplicable siempre y

cuando las partes no hayan optado por someterse expresa o tácitamente a alguno de los tribunales de dichos territorios.

4.2.2 Foros de Competencia Judicial

Este segundo apartado está enfocado al análisis de los diferentes foros expuestos en la normativa sobre la materia anteriormente estudiada.

Como se ha mencionado, una vez el juez español recibe ante el una demanda, lo primero que debe determinar es, si es o no competente. Hemos visto en el primer apartado todas las normas sobre competencia que pueden ser aplicadas, así de entre ellas deberá determinar, cual es la aplicable y según esta ver si el es o no competente de conocer el asunto.

Así, tenemos el Reglamento 44/2001, el CL, el CB, el CRum. , el CS y cuando ninguno de estos sea aplicable la LOPJ (en concreto el artículo 25).

Aunque a primera vista parezca un entramado de normas, ya hemos establecido que su aplicación debe seguir un orden jerárquico establecido siempre claro respetando el ámbito material, temporal y espacial determinado en cada una de ellas.

Recordemos una vez más, que todas estas normas comparten el mismo ámbito material al tratar sobre asuntos civiles y mercantiles.

Citar cabe que estas normas serán de aplicación para los Estados contratantes, así cuando el contrato de trabajo se ejecute fuera de estos (ya sean comunitarios, de la AELC, Rumania o El Salvador) no se aplicaran estas normas sino las leyes internas sobre competencia.

Seguidamente vamos a ver los diferentes foros que aparecen en cada una de ellas. Todos ellos coinciden casi plenamente así que su estudio será global, destacando las posibles diferencias que vayan apareciendo en cada una de las normas.

Siguiendo el orden jerárquico de primacía, en primer lugar estudiaremos la sumisión tácita y expresa. A continuación analizaremos el foro general, para finalizar con los foros especiales en materia laboral.

4.2.2.1 Sumisión Tácita

En todas las normas sobre competencia aparece regulada la sumisión tácita. Esta tiene lugar cuando aun habiendo las partes designado un tribunal, el demandado responde a la demanda sin impugnar la competencia del tribunal.

Así queda recogido en el artículo 24 del Reglamento el cual establece:

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.

La sumisión tácita se encuentra en la cúspide del orden jerárquico ya que en materia laboral no existen foros de competencia exclusiva y, como decíamos esta puede desplazar a la sumisión expresa. Para que ello sea posible, es decir para que un juez pueda declararse competente según la sumisión tácita es necesario: que el demandado comparezca, que no impugne el tribunal y que se defienda o reconvenga sobre el caso.

Parece lógico deducir que si el demandado no impugna un tribunal que no estaba asignado es porque no le interesa y no considera que esa elección le perjudique. A partir de ahí, no se puede decir que el trabajador no ha tenido la protección suficiente, ya que ha sido su elección aceptar este foro.

4.2.2.2 Sumisión Expresa

La sumisión expresa también aparece en todas las normas sobre competencia. Se trata de la elección que hacen las partes escogiendo un Tribunal haciendo uso de la autonomía de la voluntad de la cual gozan las mismas.

Como hemos dicho esta sumisión es de aplicado cumplimiento y sólo la sumisión tácita puede desplazarla, debiendo ser respetada por jueces y tribunales, en caso contrario.

En su artículo 23 el Reglamento establece los requisitos necesarios para la validez de la sumisión expresa. Así:

1. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o*
- b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o*
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados*

En cuanto a que una de las partes al menos debe residir en un Estado miembro, debemos decir, que el juez español deberá aplicar el CB cuando el domicilio se encuentre en Dinamarca o el CL cuando este en un Estado de la AELC.

Existe la posibilidad, en el caso en que ninguna de las partes este domiciliada en un estado miembro, que el Tribunal designado decline su competencia. Es ese caso permitiría a un Estado parte declararse competente siguiendo sus normas internas sobre la materia, aun no estando las partes domiciliadas.

Respecto a convenios bilaterales (CRum y CS) para que el juez sea competente el demandado deberá estar domiciliado en Rumania o en el Salvador, ya que si estuviera en España, el juez debería acudir en primer lugar al Reglamento.

Antes de concluir, debemos mencionar el límite impuesto por el artículo 21 del Reglamento. Una vez más se trata de un límite que comparte con las demás normas.

Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos atributivos de competencia:

- 1) *posteriores al nacimiento del litigio, o*
- 2) *que permitieran al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección.*

El objetivo de este límite no es otro que asegurar la protección al trabajador, considerado como parte débil en la relación contractual.

4.2.2.3 Foro General: El Domicilio del Demandado

El foro general en cuanto a la competencia judicial es el domicilio del demandado, así queda reflejado en el artículo 19 del Reglamento donde dice, *“Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados 1) ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados,....”*

La determinación del domicilio del demandado será entonces un elemento importante ya que de él dependerá la norma a aplicar, así para los domiciliados en Dinamarca, se aplicará el CB; para los domiciliados en los estados pertenecientes al AELC será de aplicación el CL; y para Rumania y el Salvador el CRum. Y CS respectivamente. El Reglamento será aplicable cuando temporalmente corresponda, así como cuando el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro. Para los demás casos, será la LOPJ la que entre en juego. Es importante no caer en el error de determinar la LOPJ como ley aplicable cuando el demandado este domiciliado en España, ya que en ese caso es el Reglamento el que tiene prioridad.

El domicilio del demandado actúa independientemente de la nacionalidad de este, así se tendrá en cuenta el lugar de residencia y no su nacionalidad a la hora de determinar que norma procede. Esto no ocurre sin embargo cuando aplicamos la LOPJ, que en su artículo 25.1 no descarta la nacionalidad, *“los juzgados y tribunales españoles serán competentes:.... cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española...”*

El foro general del domicilio del demandado tiene como objetivo acercar el ordenamiento jurídico competente a las partes, facilitando así su defensa.

Este foro, será desplazado ante la sumisión tácita o expresa así como ante las reglas especiales de competencia. Estas reglas están diseñadas para proteger a la parte más débil, en este caso el trabajador, ante posibles abusos de la parte más fuerte.

Ambos foros actúan de manera alternativa.

La libre elección entre uno y otro aparece claramente sólo en el Reglamento, cuando establece en su artículo 19:

Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados

- 1) *ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados, o*
- 2) *en otro Estado miembro:*
 - a) *ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado; o*
 - b) *si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador.*

Así el Reglamento otorga únicamente al trabajador la opción de elección entre el foro general o los especiales dejando al empresario únicamente el foro general. Así queda establecido en el artículo 20 del Reglamento cuando dice:

- 1) *Los empresarios sólo podrán demandar a los trabajadores ante el tribunal del Estado miembro en el que estos últimos tuvieren su domicilio.*
- 2) *Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de presentar una reconvencción ante el tribunal que entendiere de una demanda principal de conformidad con la presente sección.*

Esta diferencia está pensada para proteger una vez más al trabajador y que estos foros especiales diseñados para su protección no puedan ser utilizados en su contra por el Empresario, considerado aquí la parte las fuerte.

En conclusión diremos que, el hecho de que el trabajador pueda elegir libremente entre el foro general y los foros especiales nos indica que el domicilio del demandado pasa en realidad a ser un foro residual. Debemos pensar que normalmente será el empresario la parte demandada, por lo que parece lógico que el trabajador opte por alguno de los foros especiales, que serán sin duda más conveniente para el, (ya que están precisamente diseñados para serle mas beneficiosos) que el domicilio del empresario, que no debe necesariamente coincidir con el domicilio del trabajador. Recordemos que en caso de que sea el trabajador el demandado, si seguimos el Reglamento, el empresario sólo podrá acceder al foro general, es decir el domicilio del trabajador.

4.2.2.4 Foros Especiales en Materia Laboral

Este apartado lo hemos dividido de manera que los foros especiales del Derecho autónomo serán estudiados al final. A continuación pasamos a ver los foros laborales especiales del derecho comunitario y convencional.

4.2.2.4.1 Derecho Comunitario Convencional

4.2.2.4.1.1 Lugar de Prestación Habitual

Uno de los foros laborales especiales que comparten las normas antes mencionadas es el lugar en que habitualmente el trabajador presta sus servicios.

Así, por ejemplo, queda establecido en el artículo 19.2 a) del Reglamento.

Quede claro que esta norma deberá incluir tanto los contratos temporales como indefinidos, ya que la habitualidad, aunque no queda definida, se entenderá independientemente de la duración del contrato.

De igual modo deberá aplicarse cuando el trabajador realice sus servicios en diferentes Estados, siempre y cuando se pueda alegar uno como aquel donde habitualmente realice sus servicios.

En todo caso, se deberá analizar cada caso concreto para poder determinar que estado será el que se considere como habitual. Así a modo de ejemplo podemos citar el caso en que se considere como habitual el último lugar aunque este no haya sido en el que más tiempo haya prestado sus servicios el trabajador, pero sí el que a partir de ese momento será el lugar habitual de la prestación.

4.2.2.4.1.2 Lugar de Contratación

En los casos en que no sea posible determinar el lugar de la prestación habitual el apartado b) del citado artículo establece como foro el lugar de contratación. En este apartado encontramos que cada norma aporta sus matices a la hora de establecer el lugar de contratación.

Así el CB establece: "...ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador..." (19.1.b)

Mientras que para el CL será: "...lugar será aquél en que estuviere situado el centro de actividades a través del cual hubiere sido contratado..." (5.1)

Este foro permite en realidad dar la opción al trabajador de escoger entre aquel donde fue contratado y aquel donde actualmente se encuentre el establecimiento en el momento de la demanda, en caso que no sea el mismo lugar.

Tanto el Reglamento como el CB establecen que este un foro sólo lo podrá alegar el trabajador y no el empresario, dándole así a la parte más débil la opción de escoger el Estado que le resulte más ventajoso. No es tan protector el CL, que sólo da la opción de demandar en el lugar en que "...estuviere situado el centro de actividades a través del cual hubiere sido contratado" y a diferencia del reglamento y del CB esta opción a ambas partes.

En lo que respecta a los convenios bilaterales, decir que, aunque será sólo el trabajador el que pueda demandar en este foro, sólo le dan la opción de hacerlo en el lugar donde se encuentre el establecimiento en el momento de la demanda.

4.2.2.4.2 Derecho Autónomo

Los foros establecidos en el derecho autónomo los encontramos en el artículo 25.1 de la LOPJ, el cual establece:

...los juzgados y tribunales españoles serán competentes: En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo,

cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español;

cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España;

cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato;

y además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

A continuación expondremos estos cinco foros del derecho autónomo español.

Antes, debemos recordar que la LOPJ será de aplicación cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado comunitario, ni de la AELC, ni se encuentre en Rumania ni el Salvador. Tampoco será aplicable si el demandado aun no estando domiciliado tiene una sucursal, agencia, o establecimiento en alguno de los territorios mencionados.

Todo esto amén de la sumisión ya antes mencionada y por descontado cuando no puedan ser aplicadas temporalmente.

Los cinco foros aquí establecidos no responden a ningún orden jerárquico ni deben ser aplicados respetando ninguna preferencia, así el juez español podrá declararse competente siempre que concurra alguno de ellos. Esta competencia sin embargo determinará que son los tribunales españoles los que pueden conocer del asunto, pero serán las normas internas del sistema español las que establezcan, en concreto, que tribunal será el responsable del mismo.

Citar cabe, que en materia laboral, normalmente es el tribunal del lugar de la prestación de servicios o del domicilio del demandado el que se declara competente.

Una nota a destacar de estos foros antes de pasar a analizarlos, es la ausencia a la autonomía de la voluntad. Igualmente destacamos la equiparación entre las partes a la hora de poder alegar estos foros, ya que tanto trabajador como empresario podrán hacer uso de

los mismos, a diferencia de lo que observábamos en las normas comunitarias, concretamente en el Reglamento.

La diferencia la podemos encontrar en que aquí el objetivo es declarar a los tribunales españoles competentes, sin necesidad de dar una protección especial a la parte más débil.

4.2.2.4.2.1 Prestación de Servicios en el Territorio Nacional:

Este foro es independiente de la nacionalidad de las partes, por lo que nos parece un foro desorbitado y demasiado amplio que lo único que consigue es dar margen al juez español para que se declare competente.

4.2.2.4.2.2 Celebración del Contrato en España:

Este foro aporta al trabajador un foro más para poder demandar al trabajador aunque habrá que ver si realmente presenta conexión con el caso. En todo caso protegerá al trabajador en el caso en que éste sea contratado en España y más tarde desplazado a otro territorio.

4.2.2.4.2.3 Domicilio del Demandado:

Este foro coincide con el foro general de la norma comunitaria. En el incluiremos el domicilio de la agencia, sucursal, delegación o representación cuando tengan relación con el caso. No podremos incluir sin embargo las empresas del grupo si esta no es la directamente implicada.

4.2.2.4.2.4 Nacionalidad de los Litigantes:

Ya hemos comentado que la mayoría de normas comunitarias prescinden de la nacional en lo que a los foros se refiere. El derecho autónomo, establece como foro el país de la nacionalidad, cuando ambas partes comparten la española. Recordemos que han de ser ambos los que la ostenten y que en caso de poderse aplicar la norma comunitaria esta tendrá preferencia sobre la autónoma.

4.2.2.4.2.5 Oferta de Contrato de Embarque a un Español en Territorio Nacional:

Tres son los requisitos que se necesitan para poder alegar este foro:

- Que el trabajador sea español
- Que reciba una oferta de empleo en España
- Que se trate de un contrato de trabajo

Sólo si los tres requisitos se cumplen, se podrá en ese momento alegar el mismo.

El objetivo aquí es proteger al trabajador del mar permitiéndolo que pueda demandar en el Estado en el que recibió la oferta.

Recordemos que todos estos foros pueden ser utilizados tanto por el trabajador como por el empresario.

A modo de conclusión, y para finalizar con el capítulo referente a la competencia judicial internacional diremos que nos parecen muy importantes las novedades introducidas por el Reglamento comunitario. Además de necesarias, son importantes para conseguir el objetivo de proteger al trabajador ya que sólo el puede alegar los foros especiales y no el empresario. Este trabajo va enfocado a resaltar las peculiaridades que representa para el trabajador como parte más débil y creemos que el Reglamento respecto a la competencia judicial consigue el objetivo propuesto.

Asimismo, diremos una vez más, que las partes, a través de la autonomía de la voluntad pueden designar la jurisdicción estatal que se encargara de resolver los posibles conflictos que surjan entre ellas. Así queda claro en el artículo 23.1 del Reglamento aquí estudiado, el que cita:

Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes

Recordemos que la elección del tribunal presenta numerosas ventajas para las partes; ya sea acudir a los tribunales de su propio país, en su propia lengua, por abogados conocidos, etcétera.

Citar cabe que igualmente las partes podrán hacer uso de la cláusula compromisoria, es decir, podrán someter sus controversias ante un órgano arbitral.

En caso de que las partes no hicieran uso de esta facultad, las normas aquí estudiadas indicaran al juez que órgano jurisdiccional es el encargado de conocer el asunto.

En todo caso, el juez una vez se encuentra delante de un conflicto relacionado con un contrato de trabajo individual deberá en primer lugar determinar que normas son aplicables de entre las que regulan el tema; Reglamento 44/2001, CB, CL, CRum, CS y LOPJ siempre respetando el orden jerárquico y los parámetros temporales y territoriales que cada una de estas normas determina. Recordemos que únicamente se aplicara la norma interna cuando ninguna norma comunitaria ni convencional sea aplicable al caso.

5 CUESTIONES ESPECÍFICAS

Este capítulo está dedicado a dos cuestiones específicas relacionadas con la materia. En primer lugar se trata el problema que presentan los desplazamientos temporales de trabajadores y en un segundo lugar los efectos del proceso de insolvencia en los contratos de trabajo.

Dentro de la contratación laboral internacional, debemos dedicar un apartado a aquellos casos en los que los trabajadores son desplazados temporalmente a otro Estado. La regla

general no contempla este caso, por lo que surge una laguna legal, que en caso de conflicto, puede presentar problemas. El legislador comunitario ha creado para resolver este asunto, la Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. A continuación pasaremos a analizar dicha Directiva así como la Ley 45/99 que transpone la misma en nuestro país. Veremos en que caso son aplicables así como las diferencias que presentan entre ellas.

5.1 Desplazamientos Temporales de Trabajadores

Este apartado está centrado en la problemática que plantean los desplazamientos temporales de trabajadores. Esta problemática aparece en el momento en que la regla general no contempla este tipo de desplazamientos dejando así un vacío legal que el legislador comunitario a suplido mediante la Directiva creada al efecto.

Con un amplio mercado europeo de trabajo y la libre circulación de trabajadores, surge la necesidad de crear mecanismos que eviten el *dumping* social. Es decir, que protejan a los trabajadores que son contratados en un Estado y luego desplazados temporalmente a otro para realizar sus servicios, ya que como es sabido, no todos los países gozan de las mismas protecciones laborales.

El objetivo es pues, asegurar al trabajador desplazado, que allí donde realice sus servicios, gozará, al menos en lo que a las condiciones mínimas se refiere, de la misma protección que gozan los trabajadores del país de acogida.

Con este objetivo fue creada la Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Para conseguirlo, se establece, por un lado, un foro especial de competencia a favor del Estado de acogida; y por el otro, una norma de conflicto que da entrada, en determinadas circunstancias, a la ley del Estado de acogida.

En España, dicha Directiva ha sido transpuesta a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Dicha ley ha dilatado en ciertos aspectos las condiciones mínimas establecidas por la Directiva Europea.

Como hemos anunciado, esta Directiva es de aplicación en los casos en que se trate de un desplazamiento temporal, de lo contrario, será la regla general la que deba aplicarse al caso. Así el juez español sólo podrá declararse competente en razón de un desplazamiento temporal si la causa del litigio recae precisamente en ese desplazamiento. De lo contrario, deberá analizarse la regla general para determinar el juez del foro.

Así se establece tanto en el artículo 6 de la Directiva 96/71, como en el artículo 16.1 de la Ley 45/99, el cual establece: “Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a los que se refiere el [artículo anterior](#) cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo con el [artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#), y sin perjuicio de la plena

vigencia de los criterios de competencia que establecen el artículo 5.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, y el artículo 5.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988.”

Así por ejemplo, si el proceso se refiere a un elemento de la relación contractual ajeno al desplazamiento temporal, sólo serán competentes los tribunales españoles si lo son conforme a las reglas generales de competencia judicial.

En cuanto a la ley aplicable, la Directiva garantiza la entrada de la ley del Estado de acogida en determinados apartados. Así, se establece un núcleo indisponible, que deberá analizarse en cada caso concreto, y sólo en el caso en que la ley del país de acogida sea más favorable para el trabajador, en cuanto a esas condiciones mínimas, que la ley rectora del contrato, podrá entonces esta ser introducida.

En conclusión, como regla general se aplicaran el Reglamento, el CB, el CB o el CR según corresponda, y en los casos de desplazamiento temporal, se aplicara la Directiva 96/71, en nuestro caso transpuesta por la Ley 45/99.

Citar cabe que para asegurar el cumplimiento de esta normativa, la Ley 45/99 en su capítulo III establece las diferentes competencias administrativas de las que goza el estado de acogida. Asimismo determina un principio de cooperación con las diferentes administraciones públicas de los demás Estados en materia de información e inspección.

5.1.1 Aplicación de la Norma más Favorable

Como venimos diciendo, los derechos laborales del ordenamiento de acogida sólo tendrán cabida en el momento en que estos resulten más favorables para el trabajador desplazado que los establecidos en la ley rectora del contrato. El objetivo no es que se igualen los derechos laborales sino evitar la mis protección del trabajador una vez este es desplazado a otro estado.

El estudio comparativo de ambas reglas se hace necesario en el momento en que la propia Directiva permite la inaplicación de determinadas condiciones y deja libre al legislador nacional para dilatar el contenido de las condiciones mínimas, que, ya de entrada, puede variar de un Estado a otro.

Así, dependiendo del Estado de acogida y su legislación al respecto, las condiciones mínimas serán unas u otras. Citar cabe que la nacionalidad del trabajador, en este caso no resulta relevante, ya que lo que se analiza son, tanto las normas del Estado de origen como las del Estado de acogida.

Esta diferencia entre ambas normas, es la que dificulta la tarea del juzgador, que deberá analizar ambos contenidos a la hora de determinar cual resulta más favorable. Para comparar ambas normas, se establece un criterio de exclusión por el cual una norma se superpone a la otra, descartando la suma de ventajas. Lo más ventajoso es agrupar las normas en bloques,

mejor que realizar una valoración global de todo el articulado, siguiendo así lo establecido por la normativa sobre la materia donde se dividen las condiciones mínimas en grupos.

Es importante recordar el objetivo de la protección, para ello, no debe hacerse una comparación literal, sino buscar el propósito que resulta de ella. Puede resultar que de formas distintas de regular, se obtengan finalidades similares. En ese caso no será necesario introducir la ley del estado de acogida. Será pues el juzgado el encargado de analizar ambas normas, de estudiar su contenido y finalidad y decidir si en ese caso concreto la norma del Estado de acogida resulta más beneficiosa para el trabajador, o si por el contrario, la norma rectora del contrato presenta igual o mejores ventajas.

Recordemos que la finalidad de la Directiva es otorgar al trabajador desplazado unas condiciones no inferiores a las que ostentan los trabajadores de aquel país. En ningún momento se busca la superprotección que otorgue al trabajador unas condiciones más ventajosas.

5.1.2 Ley Aplicable a la Materia

Tanto la Directiva como la ley establecen como objetivo “establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo.” (artículo 1 de la Ley 45/99).

Para la Ley 45/99, deben darse una serie de requisitos para que pueda considerarse desplazamiento temporal, así, su artículo 1.2 establece necesario: un desplazamiento limitado, una prestación de servicios transnacional y que exista una relación laboral entre la empresa y el trabajador.

Es necesario subrayar la diferencia entre desplazamiento temporal y traslado, ya que la regla aplicable cambia de uno a otro supuesto. Así, en caso de traslado, será la norma general la que deba interpretarse, mientras que cuando se trate de un desplazamiento temporal, será la Directiva la norma que deberá aplicarse.

Aunque ni la Ley ni la Directiva determinan un tiempo mínimo de desplazamiento, si hay que entender, que por muy corto que sea el periodo, en el momento en que este resulta temporal, es la ley (con sus excepciones) la que deberá aplicarse. Decimos excepciones, ya que efectivamente en el caso de vacaciones y salario mínimo, para que la ley sea aplicable, los desplazamientos deberán ser de al menos 8 días de duración

El segundo requisito es que el desplazamiento se realice entre estados miembros, independientemente de la nacionalidad del trabajador, ya que lo que se tiene en cuenta es la nacionalidad de la empresa que desplaza. En el caso de que el desplazamiento tuviera lugar fuera de este marco, deberían entonces aplicarse los acuerdos y Tratados internacionales que el Estado de origen tenga con el estado de acogida.

El último de los elementos, es que debe existir una relación laboral. Mientras que la Directiva establece que dicha relación debe establecerse antes del desplazamiento, la Ley, da

a entender que no es necesario que dicha relación exista antes del desplazamiento siendo posible que se inicie dicha relación con el desplazamiento.

Dentro de los desplazamientos transnacionales, debe darse de igual modo una serie de condiciones para que la ley 45/99 sea aplicable. Así, siguiendo el artículo 2.1.1 vemos que se aplicara en los siguientes supuestos:

- *El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España.*
- *El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.*
A los efectos del párrafo anterior, se entiende por grupo de empresas el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas en los términos del [artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.](#)
- *El desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España.*

Fuera de estos casos, la relación se regirá por la ley rectora del contrato durante el periodo de tiempo que el trabajador resulte desplazado.

Nos parece importante hacer una breve referencia a los instrumentos normativos utilizados en ambos cuerpos, ya que como vemos existen algunas diferencias entre ellos. Mientras la Ley 45/99 establece en su art. 3.4 “*A los efectos de esta Ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias **del Estado** y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el **lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.***”

La Directiva en su artículo 3.1 pone de manifiesto que las condiciones serán las previstas por disposiciones legales, reglamentarias o **administrativas**, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 en la medida en que se refieran a las **actividades contempladas en el Anexo**”

Respecto al contenido de la normativa, destacamos que tanto la Directiva como la ley tienen como objetivo garantizar al trabajador desplazado las mismas condiciones que tienen los demás trabajadores en el país de acogida, quedando desplazada, si fuera necesario, la ley rectora del contrato en los casos en que la ley de dicho Estado fuera más ventajosa.

Es importante recordar que estas garantías recaen únicamente sobre condiciones laborales y no sobre toda la normativa. Y es sólo cuando analizando el núcleo indisponible, se detecten unas condiciones más ventajosas para el trabajador, que tendrá cabida dicha incorporación. De lo contrario, debemos tener presente que la ley rectora del contrato seguirá vigente en los desplazamientos temporales.

5.1.3 Condiciones Mínimas Necesarias

A continuación vamos a desarrollar las condiciones mínimas tasadas por la ley y la Directiva en la materia. Como veremos el contenido de esas condiciones, no coincide plenamente, entre una y otra. Así, el artículo 3 de la Directiva cita como condiciones de trabajo las siguientes:

- *los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso;*
- *la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;*
- *las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;*
- *las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino;*
- *la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;*
- *las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;*
- *la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.*

Por su parte, la Ley establece en su artículo 3 las condiciones de trabajo:

- *El tiempo de trabajo, en los términos previstos en los [artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.](#)*
- *La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el [artículo 4 de esta Ley.](#)*
- *La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.*
- *El trabajo de menores, de acuerdo con lo establecido en el [artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores.](#)*
- *La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores.*
- *La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial.*
- *El respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.*
- *La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión...*

y dedica su artículo 4 a la cuantía mínima de salario:

Los empresarios que desplacen trabajadores a España deberán garantizar a éstos la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos a que se refiere el [artículo 3.4](#) para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado...

Para mejor comparar ambas normas, vamos a agruparlas en cuatro grupos de estudios, así, se analizará, el tiempo de trabajo, la protección de colectivos especiales, los derechos fundamentales de los trabajadores y el salario mínimo.

5.1.3.1 Tiempo de Trabajo

Aquí también vemos una diferencia entre ambos cuerpos, y es que mientras el legislador comunitario hace una mención expresa a cada uno de sus componentes, el nacional ha optado por hacer referencia al Estatuto de los Trabajadores. En concreto los artículos 34 a 38 donde se establecen las condiciones sobre el tiempo de trabajo.

En cuanto a la jornada de los trabajadores desplazados, el artículo 34 ET establece:

1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual...

3. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas...

A título comparativo, podemos citar que en Francia el artículo L212-1 del Código de Trabajo establece la duración máxima en treinta y nueve horas semanales, pudiendo quedar en treinta y cinco por convenio colectivo. Y entre jornadas, el descanso es de once horas. (artículo L220-1 du Code du Travail)

La Ley también incluye dentro de las condiciones mínimas, el cómputo de horas extraordinarias que se pueden realizar. El hecho que se intenta proteger aquí ya no es el del trabajador, sino el mercado laboral español. El hecho de regular las horas extraordinarias permite al legislador nacional asegurar un reparto de empleo equitativo.

El artículo 35 del ET, regula esta apartado diciendo:

Se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización...

El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el número 3 de este artículo...

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

El artículo 37.1 del ET regula los descansos de los trabajadores, así:

Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo...

Mientras que en Francia el descanso se reduce a un solo día (artículo L221-2 y 4 du Code du Travail).

Siguiendo las condiciones mínimas establecidas por la Ley 45/99, encontramos el periodo de vacaciones. El artículo 38 del ET establece que será de aplicación el cómputo nacional siempre que el Estado de origen garantice menos de treinta días naturales por año trabajado.

En referencia a las vacaciones debemos recordar que la Ley 45/99 establece que no se tendrá en cuenta el cómputo de las vacaciones en los desplazamientos cuya duración no rebase los ocho días (artículo 3.3 Ley 45/99)

En Francia, de igual modo, se reconoce el derecho a un mes de vacaciones, ampliable por convenio colectivo (artículo L223-2 du Code du Travail).

Una vez más, nos parece importante recordar que estas normas solo serán de aplicación en el caso que la ley rectora del contrato garantice unas condiciones inferiores. Se trata así de un mínimo indisponible que el juzgador deberá comparar para asegurar que estas normas aquí mencionadas son como mínimo respetadas.

Entre los artículos 34 a 38 del ET se regulan además; los permisos, los cuales no serán concedidos de manera general, sino que deberán compararse con los permisos del Estado de origen y aplicar aquellos que sean más favorables en su conjunto. Los días de fiesta, que lógicamente se concederán en el momento en que el trabajador desplazado se encuentre en el territorio, aunque estos no coincidan con los días festivos del Estado de origen. Y finalmente, el trabajo nocturno, donde el artículo 36 del ET, establece que será el que se lleve a cabo entre las diez de la noche y las seis de la mañana y que no podrá exceder de ocho horas diarias.

5.1.3.2 Protección de Colectivos Especiales

Como veíamos, la Directiva en su apartado f del artículo 3 cita dentro de las condiciones mínimas una especial atención a las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, a los niños y a los jóvenes.

A contrario sensu, el artículo 3.d de la Ley 45/99 sólo hace referencia a los menores, a los cuales le será de aplicación el artículo 6 del ET, el cual establece:

1. *Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de 16 años.*
2. *Los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana.*
3. *Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de 18 años.*
4. *La intervención de los menores de 16 años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para la salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.*

Igualmente el artículo 34.3 del ET dedica un apartado a la protección de los jóvenes diciendo: “Los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.”

La Ley, establece en su apartado e) que para la protección de la maternidad al igual que a los menores serán de aplicación las normas de prevención de riesgos laborales.

5.1.3.3 Derechos Fundamentales de los Trabajadores

Este apartado hace referencia a la igualdad de trato en las condiciones laborales y la no discriminación. Así lo establece la Directiva en su apartado g.

Por lo que se refiere a la Ley, el legislador español ha querido aludir a las distintas razones de no discriminación citando entre otras la no discriminación por razón de sexo, religión, raza, orientación sexual...

Debemos recordar que todos los trabajadores desplazados a nuestro país les serán de aplicación todas aquellas normas sobre la materia incluidas en el ET, entre otros los artículos 4.2c, 17 y 22.4.

Igualmente, la Ley ha querido hacer una mención especial a la no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, así como incluir dentro de las condiciones mínimas la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión. En este caso el juzgador deberá, una vez más comparar los derechos establecidos en la ley rectora del contrato y la ley del país de acogida, y decidir si son o no más ventajosas para el trabajador.

5.1.3.4 Condiciones Salariales

Finalmente, se regulan las condiciones salariales, en la ley aparecen expuestas en el artículo 4, mientras que en la Directiva se mencionan el apartado c.

En un primer momento ya podemos subrayar la diferencia existente entre ambas normas. Por un lado la Directiva hace mención al salario mínimo, mientras que la Ley prefiere referirse al salario mínimo para el grupo profesional o la categoría profesional a la que corresponda el trabajador.

Es importante matizar que el salario mínimo que se establece a nivel general para todos los trabajadores viene fijado anualmente. Mientras que el salario por grupos profesionales, vendría fijado en su caso por las leyes, reglamentos o convenios colectivos aplicables a cada sector. La diferencia se encuentra en que el legislador nacional ha querido igualar las condiciones salariales de los trabajadores dentro de su mismo grupo o categoría profesional, mientras que la Directiva se contenta con establecer una igualdad mínima general, que en mi opinión no protege lo suficiente al trabajador desplazado, que puede verse en inferioridad de condiciones.

Citar cabe que la Ley establece una excepción en este apartado a los trabajadores desplazados cuya duración sea inferior a ocho días. (artículo 3.3). Así para que sea aplicable la ley, el desplazamiento deberá ser superior a este periodo.

A modo de conclusión, diremos que corresponde al juzgador decidir si la ley del país de acogida aporta o no ventajas al trabajador desplazado y que sólo en ese caso, esta puede entrar a desplazar la ley rectora del contrato. Recordemos igualmente que no todas las normas deben ser analizadas sino sólo aquellas cuestiones que el legislador ha incluido dentro de las condiciones mínimas que deben ser respetadas. Citar cabe igualmente que aunque la Directiva enumera el conjunto de condiciones, el legislador nacional a través de la ley transpuesta ha personalizado esas mismas condiciones incluyendo en algunos casos ciertos aspectos ya comentados. En todo caso, cuando el litigio verse sobre un aspecto distinto al mencionado, o que la ley del país de acogida no sea más ventajosa, será la ley rectora del contrato la que deberá aplicarse.

Es importante subrayar, que la tarea de comparación no se refiere a un aspecto literal, sino que deberá siempre guiarse por el objetivo global, y ver si realmente la se va a conseguir una ventaja para el trabajador. Sobre ese aspecto citamos las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo de 23 de noviembre de 1999, en los asuntos C-369/96 y C-376/96, así como la del 4 de diciembre de 1986, asunto 205/84.

A continuación pasaremos a analizar la segunda cuestión de este apartado. Se trata de los efectos que tiene el proceso de insolvencia sobre los contratos de trabajo.

5.2 Efectos del Proceso de Insolvencia Sobre los Contratos de Trabajo

Aquí nos encontramos ante la problemática que surge en la relación contractual cuando la empresa abre un procedimiento de insolvencia.

En determinados casos, las empresas pasan por dificultades económicas, lo que comporta que a veces lleguen a estados de insolvencia debiendo en esos casos empezar un procedimiento concursal. Cuando la relación contractual aporta un elemento de extranjero, como ya hemos visto anteriormente, surge la problemática de determinar que ley será aplicable para resolver las controversias originadas. De igual modo se deberá establecer que ordenamiento de los implicados va a ser competente para estudiar el caso. Y finalmente, en estos casos aparece la necesidad de apuntar que institución será competente para el pago de los créditos de impagados, así como establecer que ley va a encargarse de la extensión de los derechos de los trabajadores.

Todos estos puntos, van a ser tratados a continuación siguiendo la normativa aplicable al caso, nos referimos al Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) y finalmente a la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

5.2.1 Ley Aplicable

La ley aplicable al proceso de insolvencia viene definida tanto el Reglamento 1346/00 como en la LC.

Así, el Reglamento tiene como objetivo regular la determinación de la ley aplicable y la competencia judicial cuando se trata de un deudor situado en un estado miembro. Ello proporciona unificación en cuanto a que todos los estados aplican la misma normativa en materia de insolvencia. De igual modo encontramos en la LC las normas para determinar la ley aplicable.

El artículo 4.1 del Reglamento establece

Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo "el Estado de apertura".

Mientras que el artículo 200 de la LC cita, como regla general,

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes, la ley española determinará los presupuestos y efectos del concurso declarado en España, su desarrollo y su conclusión.

Para los procedimientos secundarios debemos remitirnos al artículo 28 del Reglamento.

El hecho de que sólo se determine la ley de un sólo estado como ley aplicable aporta sin duda varias ventajas, destacamos de entre ellas el hecho de que todos los acreedores del deudor se verán sujetos a un mismo derecho estatal, dando así seguridad en el tráfico y agilidad en el proceso.

La segunda parte del artículo 4 del Reglamento nos indica las cuestiones que quedan sujetas a la ley aplicable, estas son:

La Ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:

- a) los deudores que puedan ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales;*
- b) los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos por el deudor después de la apertura del procedimiento de insolvencia;*
- c) las facultades respectivas del deudor y del síndico;*
- d) las condiciones de oponibilidad de una compensación;*
- e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte;*
- f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso;*
- g) los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia;*
- h) las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos;*
- i) las normas del reparto del producto de la realización de los bienes, la graduación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente indemnizados después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación;*
- j) las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, mediante convenio;*
- k) los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia;*
- l) la imposición de las costas y gastos del procedimiento de insolvencia;*
- m) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores*

Paralelamente a la regla general expuesta, en un segundo apartado, tanto el Reglamento como la LC determinan una regla especial para los contratos de trabajo. Estas conexiones

especiales actúan, en efecto como excepción a la norma general expuesta. El objetivo de estas es la protección de los derechos adquiridos extra-concursalmente en un Estado diferente, así como agilizar los procedimientos concursales.

Si seguimos el artículo 10 del Reglamento vemos que, “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la Ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo.”

Así, en el caso de estos contratos, el objetivo es que los efectos concursales adquiridos en el extranjero sean los mismos que los del estado la cual se atribuiría si se hubiere abierto un procedimiento local de insolvencia. Una vez más el legislador ha querido que el trabajador no salga perjudicado por serle aplicado una ley concursal extranjera diferente a la ley contractual. Sin embargo debemos citar que la ley contractual solo regirá la apertura del procedimiento, en cuanto a los demás aspectos, será la ley concursal la que rija.

Así se desprende del artículo 207 de la LC,

Los efectos del concurso sobre el contrato de trabajo y sobre las relaciones laborales se regirán exclusivamente por la ley del Estado aplicable al contrato.

En conclusión vemos que los contratos de trabajo se encuentran regulados como contratos especiales, a los cuales se les aplica la norma de excepción, la cual establece que se regirán por la ley contractual en lugar de la ley concursal.

Así, será el artículo 6 del CB el que determine cual será la ley contractual en los casos generales, mientras que para los desplazamientos temporales deberemos remitirnos a la Directiva creada al efecto y a su ley de transposición.

Una crítica que debemos hacer al establecimiento de la ley contractual, es que cada contrato de trabajo puede estar regulado por una norma distinta, lo que implicaría que los afectados en un procedimiento de insolvencia estén conectados a ordenamientos distintos.

Ello conllevará que el juez encargado de resolver los efectos que producen este tipo de procedimientos se vea limitado a la hora de establecer las medidas necesarias para resolver estos casos.

5.2.2 Competencia Judicial

La competencia judicial viene determinada en el artículo 3.1 del Reglamento 1346/2000, el que cita,

*Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el **centro de los intereses principales** del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.*

Así como el artículo 10.1 de la LC, que establece,

La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél.

*Por centro de los intereses principales **se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual** y reconocible por terceros la administración de tales intereses.*

En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

*Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará concurso principal, tendrán **alcance universal**, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el caso de que sobre los bienes situados en un Estado extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el [capítulo III del título IX de esta Ley](#)*

Como vemos se determina como centro de los intereses principales aquel donde el deudor ejerce de modo habitual. El objetivo es evitar que el deudor establezca un domicilio diferente según sean sus intereses.

De igual modo podemos ver que se asignan como centro de intereses lugares distintos según estemos antes una persona jurídica, una persona física, y para los de más casos.

Citar cabe que los efectos serán de carácter universal, es decir, la competencia judicial tendrá un ámbito de aplicación que incluye todo el patrimonio del deudor independientemente de donde este situado.

Igualmente se contempla una competencia territorial para los casos en que el deudor aun no ejerciendo de modo habitual en un estado miembro, si tenga un establecimiento en ese estado.

Así tanto el Reglamento como la LC determinan,

Si el centro de los intereses principales no se hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante. (artículo 10.3 LC)

Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dichos procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.(artículo 3.2)

"establecimiento": todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes. (artículo 2.b)

Este determina que en los casos en que el deudor no ejerza habitualmente en España pero si tenga un establecimiento en el territorio nacional, los jueces españoles podrán asignarse la competencia para conocer del asunto e iniciar así un procedimiento concursal territorial. Una mención sin embargo a este tipo de competencias es que así como antes veíamos que la competencia era universal, en el caso de la competencia territorial esta estará limitada a los bienes situados en el territorio nacional.

Esto nos hace concluir que cuando sea el deudor el que inicie el proceso, la competencia recaerá normalmente donde este tenga su centro habitual. Mientras que cuando sean los acreedores los que inicien el proceso, estos intentaran que los tribunales competentes sean aquellos de su domicilio, facilitándoles así el proceso.

5.2.3 Institución Competente Para el Pago de Créditos Impagados

Como se ha comentado en un inicio la asignación de la institución competente para el pago de créditos impagados esta determinada en la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

En concreto en el artículo 8.1 que cita,

Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia en el sentido del apartado 1 del artículo 2, la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores será la del Estado miembro en cuyo territorio éstos ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo.

Como vemos la Directiva prevé que solo sea un Estado la institución competente para el pago de créditos impagados. Esto facilita, agiliza y sobre todo evita posibles abusos, ya que no será posible acudir a varios estados para el pago de un mismo crédito.

Sin embargo esta regla deja una laguna en los casos en que no se pueda determinar un estado como de ejercicio habitual o en los casos en que el trabajador no preste los servicios habitualmente en un estado miembro.

Nos parece necesario en este aspecto una regulación más amplia que incluya estos casos mencionados.

Si nos remitimos a la jurisprudencia encontramos una posible solución al problema aquí planteado. En el caso *Mosbaek* de 1997, se estableció que la institución de garantía sería aquel estado donde; o bien se hubiera abierto el procedimiento concursal; o bien el estado donde se ha concretado el cierre definitivo de la empresa o centro de actividades.

Sin embargo, recalamos que sigue existiendo una laguna legal que debería ser regulada.

5.2.4 Extensión de los Derechos de los Trabajadores

La extensión de los derechos de los trabajadores viene igualmente regulada en la Directiva 2002, así, se determina,

La extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente. (Artículo 8.2)

Así la norma comunitaria, en lugar de establecer la ley aplicable se remite a la ley del Estado de la institución competente para el pago de créditos de impagados, sin embargo esto presenta el problema en que esta ley puede que no coincida ni con la ley concursal ni con la ley contractual aplicable al caso.

En conclusión podemos decir, que así como la Directiva sobre desplazamiento temporal de trabajadores aportaba una cierta armonía en relación a la regulación general aportando soluciones a las lagunas que el Reglamento presentaba. En el caso de la Directiva sobre insolvencia destacamos que no se regula una protección especial para los trabajadores ni se establecen unos mecanismos que permitan suplir la laguna que la norma deja. Por un lado no comparten Reglamento y Directiva una misma regla de asignación de ley aplicable y por otro no se concede al trabajador, en cuanto a parte más débil, unos cauces que le permitan protegerse sobre posibles abusos.

En conclusión podemos alegar que este es un tema en el cual el legislador debería aportar nuevas soluciones enfocadas a resolver los problemas que estos casos presentan. Y en concreto, poner una especial atención a la parte más débil. Creemos necesario que el legislador tome en cuenta las necesidades que el trabajador tiene en un procedimiento de insolvencia y se establezcan cauces que le permitan por un lado, tener una ley que le ampare y por otro un acceso a los tribunales que le faciliten el proceso. Asimismo sería necesario que tanto la institución de garantía como la ley que debe extender los derechos del trabajador estén en armonía.

6 RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

En este apartado se van a tratar los diferentes procesos existentes a la hora de reconocer y ejecutar sentencias en nuestro país provenientes de países extranjeros. Se pretende comparar los diferentes mecanismos de reconocimiento de sentencias extranjeras así como

los controles de regularidad que cada uno precisa. Para ello, se empezará repasando los cuerpos legales aplicables a la materia, siguiendo el orden de fuentes establecido. En concreto se analizará el Derecho comunitario, convencional y autónomo.

En un segundo apartado se estudiarán, según los efectos pretendidos, los diferentes procesos que cada una de las leyes en la materia exige a la hora de reconocer y ejecutar las sentencias extranjeras.

6.1 Derecho Aplicable

Como ya hemos comentado el sistema de fuentes del derecho español sigue un orden de prelación, así en primer lugar deberá aplicarse el derecho comunitario cuando la sentencia provenga de un Estado miembro. En segundo lugar y en caso de que no sea aplicable el derecho comunitario, se aplicará el derecho convencional, para los casos en que exista un tratado entre España y el Estado extranjero. Por último y a falta de estos, se aplicará el derecho autónomo español. A continuación analizamos según cada caso las leyes aplicables a la materia.

6.1.1 Derecho Comunitario: Reglamento (CE) nº 44/2001 de 22 de Diciembre, Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia civil y Mercantil

El Reglamento 44/2001 entró en vigor el 1 de marzo de 2002, con las excepciones de Dinamarca y los demás territorios. Desde ese momento, se extienden al Reglamento todas las remisiones del Convenio de Bruselas.

Este es el reglamento aplicable en el derecho español comunitario en materia civil y mercantil, asimismo se trata del reglamento más importante en cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias.

Una de las características de este reglamento es que no sólo se ocupa del reconocimiento y ejecución de sentencias sino que también abarca la competencia judicial. Esto facilita enormemente la tarea de reconocimiento y favorece la libre circulación de decisiones al gozar ambas de coherencia y unidad. Así, mientras el Capítulo II trata sobre la competencia, el Capítulo III está dedicado al Reconocimiento y la ejecución.

Junto a esta característica encontramos otras generalidades que facilitan la aplicación del reglamento, así:

Podemos ver como el Reglamento aplica un sistema de reconocimiento automático sin necesidad de procedimiento especial, característica que permite agilizar el proceso.

Igualmente, el procedimiento especial de exequátur que aparece regulado goza de una rapidez y sencillez sin demasiados motivos para el rechazo de la resolución.

Todas estas características son importantes a la hora de que se garantice una libre circulación de decisiones y se facilite su reconocimiento, lo que supone ventajas múltiples en cuanto economía procesal, seguridad jurídica, armonía de decisiones, etcétera.

6.1.1.1 Ámbito de Aplicación del Reglamento

El Reglamento regula todas aquellas decisiones judiciales provenientes de un estado miembro. (Artículo 32)

Citar cabe que dentro de los Estados miembros no se incluye Dinamarca, el cual quedara regulado por el Convenio de Bruselas (CB) (artículo 1.3)

Por tanto, todos los estados miembros deberán seguir los cauces establecidos en el Reglamento en materia de reconocimiento y ejecución, incluyendo los casos en los que la competencia judicial no haya sido establecida por el mismo Reglamento.

Como ya hemos mencionado, el objeto del Reglamento se centra en materia civil y mercantil, con las exclusiones del artículo 1.2 e incluyendo la materia laboral como indica la sección 5ª. del mismo.

En cuanto al ámbito temporal debemos citar el artículo 66 del Reglamento, el cual dispone lo siguiente:

Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento.

2. No obstante, las resoluciones dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas en el Estado miembro de origen con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III, a) si la acción se hubiere ejercitado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano en el Estado miembro de origen y en el Estado miembro requerido; b) en todos los demás casos, si las reglas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.

6.1.1.2 Condiciones para el Reconocimiento y la Ejecución. Motivos de Denegación del Reconocimiento

Efectivamente el hecho de que el reglamento prevea un reconocimiento automático no impide un control de regularidad, ya que se establecen ciertos cauces, condiciones y autoridades para que garanticen el control de las decisiones reconocidas.

Para los casos de reconocimiento incidental, el reglamento no establece procedimiento alguno, dejando en manos de la autoridad ante la que se convoca, el control de regularidad. (artículo 33.3)

El reglamento prevé un cauce especial de exequátur para los casos de reconocimiento y ejecución de sentencias. Así, las condiciones que establece el reglamento son las mismas para el reconocimiento a título principal que para el reconocimiento a título incidental, lo único que se modifica es la forma de control, que en una recae en la autoridad y en la otra se lleva a cabo mediante el procedimiento de exequátur.

El reglamento expone de esta manera el principio de confianza mutuo entre los diferentes ordenamientos jurídicos de los estados miembros, facilitando así el reconocimiento y ejecución de sentencias entre los mismos.

Siguiendo ese objetivo, el Reglamento facilita el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras estableciendo escasos motivos de rechazo.

A continuación vamos a citar brevemente cuales son los casos en los que el reconocimiento puede rechazarse.

6.1.1.2.1 Motivos de Rechazo:

Los motivos enumerados podemos clasificarlos en tres apartados:

- 1) Aquellos que están expresamente rechazados
- 2) Las excepciones
- 3) Los motivos que se admiten en todo caso

El primer motivo que existe expresamente rechazo es que el juez no puede entrar a revisar la decisión extranjera en cuanto al fondo del asunto. (art. 36 y 45 del Reglamento) En cuanto a la jurisprudencia podemos señalar la Sentencia del TJCE de 25 de julio de 1982, en el Asunto C- 228/81, caso *Pendy Plastics c. Pluspunkt*.

En el segundo grupo se encuentran aquellos motivos rechazados pero que en determinados casos pueden admitirse. Se trata del control de la competencia judicial. (artículo 35)

Finalmente encontramos los motivos de aplicación general. Así, siempre que se rechace un reconocimiento deberá estar suficientemente motivado, de acuerdo con el artículo 34 del Reglamento.

Las decisiones no se reconocerán:

- 1) *si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estadomembro requerido,*
- 2) *cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo,*

- 3) *si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido,*
- 4) *si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniere las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.*

Citar cabe que el artículo 33 del Reglamento reconoce el reconocimiento automático de las resoluciones, es decir sin procedimiento alguno. Como ya se ha mencionado eso no implica que dicho reconocimiento esté exento de control de regularidad. Estos motivos de rechazo han de ser respetados, aun cuando no sea necesario un procedimiento para el reconocimiento de sentencias.

Igualmente, cuando se establece un reconocimiento a título incidental, es decir, cuando se alegue la resolución judicial extranjera para que el Tribunal que conoce de otra causa tenga en cuenta esta para su propio fallo, o como excepción de cosa juzgada en otro proceso; se deja en manos del Tribunal que esta conociendo de la cuestión principal la tarea de controlar y verificar la regularidad. Así, será este Tribunal el que deberá asegurarse que las condiciones mencionadas sean respetadas. Recordemos que el reconocimiento a título incidental queda limitado al reconocimiento de la cuestión principal debatida ante el Tribunal.

A contrario sensu, cuando se trata de un reconocimiento a título principal, es decir, con independencia de cualquier otro proceso, bien sea porque ha habido oposición o porque se prefiere tener la seguridad del reconocimiento y que este produzca efectos en todo el Estado, será necesario entonces acudir al proceso especial de exequátur. Se trata en efecto del mismo procedimiento para el reconocimiento a título principal que para la ejecución.

Citar cabe, que la parte interesada en el reconocimiento deberá pasar por el procedimiento de exequátur, no siendo posible iniciar un nuevo proceso en otro estado miembro.

El procedimiento de exequátur se encuentra regulado en los artículos 39 a 56 del Reglamento.

6.1.2 Derecho Convencional

El Reglamento 44/2001 tiene su ámbito de aplicación en las resoluciones judiciales procedentes de un Estado Miembro. Para los demás casos el juez español deberá aplicar los Convenios bilaterales y multilaterales existentes y a falta de ellos se aplicará el derecho autónomo.

En cuanto a los convenios multilaterales, esta en primer lugar, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este convenio extiende el sistema de Bruselas a los países de la Asociación Europea de Libre Cambio (Noruega, Islandia, Suiza).

Este Convenio se aplicará siempre que el Estado de origen o el Estado requerido no formen parte de las Comunidades Europeas.

Así para Dinamarca, deberá aplicarse el Convenio de Bruselas. Más que un convenio multilateral se trata hoy en día de un convenio bilateral, ya que se aplica solamente entre las relaciones que cada uno de los Estado establece con Dinamarca.

En cuanto a los tratados bilaterales citaremos los siguientes:

El Convenio bilateral que España tiene con Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil de 17 de noviembre de 1997 (BOE núm. 134/1999, 5 de junio de 1999), el cual establece un reconocimiento automático.

El Convenio entre España y El Salvador de 7 de noviembre de 2000 (BOE de 25 de octubre de 2001) que prevé las reglas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento recíproco de resoluciones.

Y finalmente, el convenio formalizado entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, que entro en vigor el 1 de marzo de 2003.

Donde en su artículo 19.1.i se establece que

Se reconocerá la competencia de la autoridad judicial del Estado en que se haya dictado la resolución cuando la acción se refiera a un contrato de trabajo o a derechos derivados de ese contrato y el establecimiento del centro de trabajo este situado en el Estado de origen, aun cuando el lugar de ejecución del contrato este fuera del Estado de Origen.

6.1.3 Derecho Autónomo

La entrada de estas normas autónomas quedará pues supeditada a la imposibilidad de aplicar la normativa comunitaria (Reglamento 44/2001) y los Tratados y Convenios internacionales de los que España es parte (CL, CB, CRum., CS, CT)

En España se establece el régimen de reciprocidad. Así, si analizamos los artículos 952 a 954 de la LEC de 1881 aun vigente, veremos, que existe una reciprocidad positiva y una reciprocidad negativa.

Si no hubiere Tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España. (Artículo 952 LEC)

Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrá fuerza en España. (Artículo 953 LEC).

Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

- 1) *Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.*
- 2) *Que no haya sido dictada en rebeldía.*
- 3) *Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.*
- 4) *Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.*
(Artículo 954 LEC)

En conclusión, a falta de Derecho comunitario y convencional aplicables, serán las normas de la LEC de 1881 las que deberán aplicarse.

Para que se apliquen dichas normas deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- Que las resoluciones provengan de un Tribunal estatal
- Que traten materias civil, mercantil o laboral
- Que sean sentencias firmes en su país de origen

En estos casos será la LEC la que establezca el procedimiento de reconocimiento. Como ya se ha mencionado antes, el derecho autónomo español no contempla ni los reconocimientos automáticos ni a título incidental lo que significa que todos los reconocimientos deberán pasar por el procedimiento especial de exequátur.

El órgano competente será siempre el Juez de primera instancia del domicilio o lugar de residencia de la persona a la que se refieren los efectos de aquella.

Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:...5.De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal. (Artículo 85 LOPJ 2003)

Y subsidiariamente la competencia territorial se determinara por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones puedan producir sus efectos.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.” (artículo 955 LEC)

Citar cabe que la labor del juez no es la de entrar a revisar el fondo del asunto sino la de controlar que se cumplan las condiciones de regularidad antes expuestas. A los requisitos ya citados del artículo 954 de la LEC se suman otros dos establecidos en los Autos dictados por el Tribunal Supremo. Estos son:

- 1) El control de la competencia del Tribunal de origen de la decisión
- 2) Inexistencia de contradicción con una sentencia española o un procedimiento en trámite ante los Tribunales españoles

A continuación pasaremos a analizar los diferentes procesos que se exigen en las normas ahora estudiadas según los efectos pretendidos.

6.2 Reconocimiento y Ejecución de Sentencias

Una resolución extranjera es aquella donde el proceso se inicia y se desarrolla en el extranjero a diferencia de aquella que proviene de un procedimiento iniciado en España.

Por resolución judicial se entiende aquel acto procesal proveniente de un tribunal, quedando así excluidas las decisiones provenientes de otras organizaciones.

Por extranjera se entiende aquella decisión proveniente de un Estado diferente a aquel que pide el reconocimiento. Así si Francia pide el reconocimiento de una decisión, todas aquellas provenientes de un Estado diferente al francés serán consideradas extranjeras.

En el reconocimiento y ejecución de sentencias, no existe conflicto de leyes, sino que se trata de ver si conforme al derecho español, ya sea este comunitario, convencional o autónomo, una sentencia extranjera puede ser reconocida o ejecutada. Es decir, si puede llegar a producir efectos en nuestro estado, y en ese caso, que efectos.

Citar cabe, que el aceptar o no el reconocimiento de una sentencia extranjera se limita a ese mismo reconocimiento sin que en ningún caso pueda revisarse la resolución de fondo ya dictada. Si es posible, sin embargo que se efectuó un reconocimiento parcial de la decisión.

A continuación pasaremos a analizar, según los efectos pretendidos, los procedimientos que hay que seguir. Para ello vamos a empezar enumerando los posibles efectos que se pueden desprender de una resolución.

6.2.1 Efectos de las Decisiones Judiciales

En determinados casos interesa que una resolución dictada en el extranjero pueda ser reconocida o reconocida y ejecutada en nuestro estado, sin embargo no siempre es así y a veces lo que se pretende es que se obtenga una declaración de cosa juzgada para que no sea posible iniciar un nuevo proceso en España con la misma causa.

Otro efecto posible, sería el de permitir la inscripción registral de una resolución en los registros españoles; o que una decisión fuera considerada como medio de prueba durante un proceso iniciado en España.

No todos estos efectos precisan de un mismo instrumento para su reconocimiento, así para la ejecución de una resolución veremos que es necesario acudir a un proceso especial llamado *exequátur*; mientras para la inscripción registral, en el derecho comunitario, no se requiere de instrumento alguno, aplicándose un reconocimiento automático.

Es necesario precisar que incluso en los casos en que el reconocimiento automático sea posible ello no implica que no exista control de regularidad. Es cierto que cada instrumento de reconocimiento tiene unos cauces de regularidad determinados, pero aun en los casos en que el reconocimiento automático, esa regularidad existe y esta prevista.

6.2.2 Proceso de Reconocimiento y Ejecución

A continuación pasamos a analizar los diferentes instrumentos según los efectos pretendidos. Mas adelante analizaremos la regulación existente para cada uno de estos efectos.

6.2.2.1 Reconocimiento a Título Principal

Cuando lo que se pretende es la plena eficacia de una decisión extranjera debemos recurrir al reconocimiento a título principal. Mediante este, se obtiene la plena eficacia de esa decisión permitiendo así integrarla dentro de su ordenamiento jurídico. El reconocimiento permite que un estado haga suya la decisión proveniente de un estado extranjero. El instrumento que debemos utilizar en este caso es el procedimiento especial llamado *exequátur*.

El reconocimiento puede llevar una extensión de efectos o bien una equiparación de los mismos.

Por extensión de efectos se entiende que se extienden al estado requerido los efectos que esa decisión tiene en el estado extranjero.

Por el contrario, cuando hablamos de equiparación de efectos, nos referimos a que la decisión despliega los mismos efectos en el estado requerido que tendría si hubiera sido una decisión interna.

Citar cabe que el derecho comunitario opta por un reconocimiento con extensión de efectos.

6.2.2.2 Declaración de Cosa Juzgada

Para que una decisión extranjera obtenga valor de cosa juzgada en nuestro estado es necesario un proceso especial llamado *exequátur*. Como ya hemos dicho se trata de que una decisión extranjera se reconozca en España impidiendo así un nuevo proceso con la misma causa.

6.2.2.3 Eficacia de la Decisión en un Juicio Pendiente

En este caso se trata de hacer uso de un reconocimiento “incidental” ya que sólo se pretende que esa decisión surta efectos en un proceso.

*El reconocimiento judicial “incidental” está pensado para el supuesto de que, en el marco de un proceso judicial cualquiera, una de las partes alegue la existencia de una resolución extranjera que no haya sido objeto antes de una previa declaración judicial de específico reconocimiento. En un caso así, el precepto faculta al órgano jurisdiccional de que se trate para “pronunciarse al respecto”, es decir, para calificar la resolución extranjera como “reconocible” o, en su caso, como no susceptible de reconocimiento a pesar de que no haya existido un previo exequátur. Sobre este tipo de reconocimiento, únicamente convendrá subrayar que, por tratarse de una decisión adoptada “incidenter tantum” y a los solos fines de resolver el proceso en el que la cuestión incidental se suscita, si la resolución extranjera se alega de nuevo en otro proceso posterior, el Tribunal que deba entender de ese segundo litigio no queda vinculado por la decisión que se haya tomado en el proceso anterior y podrá pronunciarse con libertad de criterio sobre si concurren o no los requisitos necesarios para el reconocimiento a los efectos del nuevo proceso. **

* Extr: www.aspadisa.org/7D413196.doc- *El reconocimiento "incidental"*

6.2.2.4 Inscripción Registral

Para que se permita la inscripción registral, no es necesario procedimiento alguno, así se establece un reconocimiento automático ya que los efectos pretendidos son limitados y provisionales.

Citar cabe que a diferencia del derecho comunitario, en el derecho autónomo español no existen ni reconocimiento automático ni el incidental, el cual solo reconoce el procedimiento especial llamado exequátur.

6.2.2.5 Ejecución de la Sentencia Extranjera

La ejecución de una sentencia extranjera supone ir más allá. Por un lado es necesario que esa decisión sea reconocida en el estado requerido y por otro que ese Estado la ejecute.

Esto implica un poder coactivo que como es obvio una autoridad extranjera no posee. Por todo ello es lógico que en estos casos se exija el procedimiento especial de exequátur.

El hecho de que antes de la ejecución se tenga que proceder al reconocimiento, implica que los requisitos para uno y otro procedimiento sean los mismos. Así, aunque en este caso se trate de un exequátur para el reconocimiento y ejecución, las condiciones para el procedimiento serán las mismas.

Lo que se pretende es equiparar la decisión extranjera a una decisión nacional. Mencionábamos antes que mediante el reconocimiento, un Estado hace suya dicha decisión. Este hecho es el que permite después tener ese poder coactivo haciendo posible entonces su ejecución como si de una decisión nacional se tratara.

Esto nos hace llegar a la conclusión de que son los cauces y mecanismos de ejecución nacional, los que se pondrán en marcha en ese momento, siendo entonces los límites nacionales, y no los del Estado extranjero, los que actuarán a la hora de la ejecución.

6.2.2.6 Efectos sin Necesidad de Reconocimiento

Cuando la sentencia provenga de un Estado miembro se aplicara el derecho comunitario. Este, como hemos visto, prevé el reconocimiento automático basándose en la confianza de las sentencias emitidas por un estado miembro.

De igual modo cuando la sentencia provenga de un Estado en el que España tenga un tratado se aplicara lo establecido en el derecho convencional, el cual determinara o no la posibilidad de reconocimiento automático.

Sin embargo, cuando sea el derecho autónomo el que entre en juego, el reconocimiento deberá siempre ir acompañado del procedimiento de exequátur, ya que no se contempla ni el reconocimiento incidental ni el automático. Desde hace tiempo, sin embargo, se admite que las decisiones extranjeras desplieguen efectos en España sin necesidad de reconocimiento. Así se admite que la sentencia extranjera pueda ser admitida como medio de prueba en un proceso en España.

Como ejemplo podemos enumerar el artículo 84 del Reglamento del Registro Civil:

No es necesario que tengan fuerza directa en España, excepto cuando lo impida el orden público:

1. Las sentencias o resoluciones extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible.

En cuanto al control de regularidad, en España, para que una sentencia produzca efectos debe tener los requisitos establecidos en el art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC):

- 1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 3 19 de esta Ley,*
- 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:*
 - a. Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.*
 - b. Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.*
- 3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia*

será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.”

En conclusión, en un primer lugar el juez español deberá determinar que derecho es aplicable a cada caso concreto. Así, el derecho comunitario para los casos en que las decisiones provengan de un Estado miembro, el derecho convencional en los casos en que exista un tratado aplicable a la materia; y a falta de estos, el derecho autónomo. Una vez establecido el régimen a aplicar, deberá analizar según los efectos que se pretendan, que procedimiento de reconocimiento procede, ya sea automático, incidental o especial.

7 CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos podido ver las peculiaridades que ofrecen los contratos especiales y en concreto aquellas que presentan los contratos laborales.

Hemos analizado la ley aplicable así como la competencia judicial, y nos hemos dado cuenta de la importancia que tiene el principio de autonomía de la voluntad de la que gozan las partes en ambos campos. Asimismo hemos podido ver como el legislador, con el objetivo de proteger a la parte mas débil se ha dedicado a imponer unos límites a esa voluntad. En mi opinión tanto la regulación dedicada a la ley aplicable como a la competencia judicial consigue el objetivo de, por un lado dar libertad a las partes para que acuerden la relación contractual que mas les conviene y, por otro, proteger al trabajador para que en libertad no le suponga sufrir abusos por parte del empresario.

Como ya se ha mencionado, estos límites nos parecen no solo necesarios sino la clave para que las relaciones laborales internacionales sigan prosperando de la manera que lo han hecho. Creemos igualmente, que el trabajo no termina aquí y que en un entorno dinámico como este, va ser necesario que se sigan modificando y perfeccionando estos instrumentos de protección para que vayan adaptándose a los nuevos problemas que vayan apareciendo.

Debemos tener presente que este campo ha sufrido una evolución importante en los últimos años y que las nuevas tecnologías y libertad de circulación aportaran en los años a venir nuevas maneras de contratación. Ello nos hace pensar que asimismo aparecerán nuevos conflictos, nuevas situaciones no aun reguladas, que precisaran soluciones a fin de proteger la seguridad en el tráfico jurídico.

En este trabajo se ha tratado igualmente de las cuestiones específicas que plantean tanto el desplazamiento temporal de trabajadores como el procedimiento de insolvencia transnacional. Estos son dos problemas que el legislador una vez ha detectado la laguna existente en la normativa, ha dedicado una regulación especial. Así nos parece importante que a medida que estas lagunas se vayan detectando, aparezcan nuevas Directivas que puedan abordar el tema y aportar a las partes la protección necesaria para que sigan actuando. En cuanto a estos dos apartados es necesario apuntar la diferencia entre uno y otro a la hora de dar protección y garantía a los trabajadores. Mientras en la Directiva sobre desplazamientos temporales de trabajadores veíamos medidas reales enfocadas a proteger a la parte mas débil, en la regulación de insolvencia, tanto el Reglamento como la Directiva creada al efecto no nos parece que las medidas actuales sean las mas apropiadas.

Como decíamos al empezar, este es un tema que actualmente esta aportando nuevos cambios por lo que nos ha parecido muy interesante profundizar en la problemática existente, en como la regulación trata de resolver esa problemática y todos los parámetros que establece para que las relaciones contractuales laborales lleguen a buen termino sin que ninguna parte salga perjudicada.

8 BIBLIOGRAFIA

Abarca Junco, A. P. (et al.): *Derecho Internacional Privado Vol. I* (Universidad Nacional de Educación a Distancia), Colex, Madrid 2003

Abarca Junco, A. P. (et al.): *Derecho Internacional Privado Vol. II* (Universidad Nacional de Educación a Distancia), Colex, Madrid 2001

De Miguel Asensio, P. A.: *Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales*, Anuario español de derecho internacional privado, 2004.

De Miguel Asensio, P. A.: *Tratado Bilateral entre España y El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil de 7 de noviembre de 2000*, Anuario español de derecho internacional privado, 2003.

Méndez Sebastián, P.: *Competencia Judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento de extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

González Cano, M.I.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito comunitario*, Facultad de Derecho Universidad de Sevilla, Barcelona, 2003