

Universidad de Huelva

Departamento Theodor Mommsen



La protección del trabajador en los contratos individuales de trabajo internacionales en el marco de la Unión Europea

Memoria para optar al grado de doctora
presentada por:

Ana María Moncayo Hormigo

Fecha de lectura: 17 de junio de 2024

Bajo la dirección de la doctora:

Hilda Aguilar Grieder

Huelva, 2024





Universidad
de Huelva

Departamento Theodor Mommsen

Área de Derecho Internacional Privado

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO INTERNACIONALES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Memoria para optar al grado de Doctora

Presentada por

Ana María Moncayo Hormigo

Bajo la dirección de la Doctora

Hilda Aguilar Grieder

Huelva, 2024

A mi padre in memoriam... referente de toda mi familia

Agradezco el trabajo, empeño, así como, la valiosa orientación a lo largo de la elaboración de la presente Tesis doctoral, a Hilda Aguilar Grieder, directora de este trabajo de investigación, sin la que, aunque suene a tópico, nada de esto hubiera sido posible.

Igualmente, agradezco a la directora del Departamento Theodor Mommsen, Aurora M. López Medina y al coordinador del programa de doctorado, Carlos Petit Calvo, su sincero interés para que esta Tesis, finalmente, sea hoy una realidad.

Extiendo mi agradecimiento por el apoyo incondicional a numerosos compañeros de la Facultad de Derecho. Sería injusto enumerarlos porque seguro que me dejaría algún nombre en el tintero, pero me gustaría mencionar el apoyo y entrañables ratos de conversación con nuestra recordada y querida Charo Domínguez Matés.

Asimismo, quiero expresar mi gratitud a los compañeros del Personal de Administración y Servicios, tanto de la Biblioteca Central de la Universidad de Huelva como de los Departamentos de la Facultad de Derecho, por su profesionalidad, atención y ayuda en toda circunstancia.

Por último, agradezco especialmente los ánimos constantes y prolongados en el tiempo de mi familia, en la que incluyo, como no puede ser de otra forma, a mis amistades de toda la vida, por su soporte y tantos momentos compartidos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
 CAPÍTULO 1º: CONTEXTO Y MARCO NORMATIVO DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	 6
I. EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA: HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	7
1. Origen y avances en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil.....	7
A) Planteamiento general.....	7
B) Transformación del Convenio de Bruselas de 1968 en instrumento europeo: el Reglamento (CE) nº 44/2001 y el Reglamento (CE) nº 1215/2012	31
C) Transformación del Convenio de Roma de 1980 en instrumento europeo: el Reglamento (CE) nº 593/2008	52
2. La regulación del contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado de origen europeo: contexto	58
II. ALCANCE DE LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LA DIRECTIVA 96/71/CE Y OTRAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA LABORAL	69
III. EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA: IDEA DE “FLEXISEGURIDAD”	72
1. Importancia del concepto de “trabajo atípico” en la Unión Europea	73
2. Propuesta de la Comisión de la Unión Europea encaminada a modernizar el Derecho laboral de los Estados miembros: “flexiseguridad” laboral europea	74
 CAPÍTULO 2º: PROBLEMAS DE LEY APLICABLE EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: PLANTEAMIENTO GENERAL.....	 77
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA LEY APLICABLE EN MATERIA CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	78
1. Planteamiento general.....	78

2.	Dualidad de regímenes en sede de ley aplicable: justificación del régimen especial de Derecho aplicable	83
3.	Correlación <i>forum-ius</i> : dualidad de regímenes en sede de competencia judicial internacional	104
II.	LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: CONSIDERACIONES PREVIAS Y PRINCIPIO INSPIRADOR.....	119
III.	ÁMBITO DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO	122
IV.	ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: ANÁLISIS DE SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO EUROPEO	129
1.	Aspectos generales	129
2.	Compatibilidad del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores con el Derecho europeo	138
A)	Relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y las normas contenidas en el Reglamento “Roma I” (arts. 8 y 9)	138
B)	Relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y los principios europeos de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad en el marco de la libre circulación de trabajadores	147
C)	Relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios	154

CAPÍTULO 3º: CRITERIOS DE CONEXIÓN UTILIZADOS Y EVENTUAL INTERVENCIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.....157

I.	EL CRITERIO DE CONEXIÓN PRINCIPAL: AUTONOMÍA CONFLICTUAL LIMITADA	158
1.	Análisis del <i>modus operandi</i> del criterio de conexión principal	158
2.	Correlación <i>forum-ius</i>	161
II.	LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN SUBSIDIARIOS: LA LEY OBJETIVAMENTE APLICABLE	166
1.	Análisis del <i>modus operandi</i> de los criterios de conexión subsidiarios	166
2.	Correlación <i>forum-ius</i>	171

III.	LA INTERVENCIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO	180
1.	Significado y función de las cláusulas de excepción.....	180
2.	La intervención de la cláusula de excepción en la generalidad de los contratos internacionales	186
3.	La intervención de la cláusula de excepción en los contratos individuales de trabajo: características y peculiaridades	198
4.	Análisis de la jurisprudencia del TJUE: especial referencia al asunto <i>Schlecker</i>	206

CAPÍTULO 4º: EL DERECHO EUROPEO MATERIAL EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO: ALCANCE INTERNACIONAL Y COORDINACIÓN CON LOS REGLAMENTOS “ROMA I” Y “BRUSELAS I BIS”

I.	ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 96/71/CE SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS	225
1.	Ámbito de aplicación y definición de “trabajador desplazado”	225
2.	Condiciones de empleo y trabajo que han de ser garantizadas.....	238
3.	Problema del “ <i>dumping</i> social internacional”: necesaria referencia a la Directiva 96/71/CE y a la Directiva (UE) 2018/957.....	243
II.	ALCANCE DEL FORO DE COMPETENCIA JUDICIAL PREVISTO EN LA DIRECTIVA 96/71/CE.....	245
1.	El lugar de prestación temporal de los servicios como regla especial de competencia judicial internacional: foro <i>ad hoc</i> en relación con los foros previstos en el Reglamento (UE) nº 1215/2012	245
2.	Análisis del artículo 16 de la Ley 45/1999 y del Título VI del Real Decreto- Ley 7/2021.....	250
III.	OTRAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN LA MATERIA.....	253
IV.	CONCILIACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) Nº 593/2008 CON EL DERECHO EUROPEO MATERIAL EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO.....	259
1.	Principio de conciliación en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea	259
2.	Mecanismos de conciliación del Reglamento “Roma I”	265
3.	Alcance de las normas materiales internacionalmente imperativas en materia de contratos individuales de trabajo.....	277

CONCLUSIONES FINALES.....	290
BIBLIOGRAFÍA	295

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación versa sobre la materia relativa a la contratación internacional, más concretamente nos referiremos a los contratos individuales de trabajo internacionales en el marco de la Unión Europea. Para ello hemos abordado distintas perspectivas de estudio basándonos en dos sectores propios del Derecho internacional privado como son el Derecho aplicable y la competencia judicial internacional, puesto que cada uno de los mencionados sectores nos va a solucionar problemas propios que plantean en general las situaciones privadas internacionales y, en particular, las relaciones contractuales que presenten, al menos, un elemento de internacionalidad. Por tanto, nos encontramos ante problemas específicos que sólo plantean este tipo de relaciones jurídico-privadas, siendo tales situaciones el objeto del que se ocupa esta rama de nuestro ordenamiento jurídico estatal como es el Derecho internacional privado, de aquí precisamente deriva su peculiaridad.

Una vez realizada la necesaria contextualización histórica y se haya tratado el marco normativo de la regulación del contrato individual de trabajo en el marco de la UE, el propósito principal del presente trabajo es analizar los problemas de ley aplicable que se plantean en dicha categoría contractual en el ámbito de la UE, siendo, precisamente, el sector del Derecho aplicable, el fundamental en esta rama del Derecho, como es el Derecho Internacional Privado.

El material utilizado para adentrarnos en materia de contratos internacionales consiste en normas de Derecho de la Unión Europea, especialmente dos Reglamentos: por un lado, un instrumento normativo básico lo constituye el Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Como su propio nombre indica (aunque también se conoce como Reglamento “Roma I”) esta norma europea es de vital importancia a la hora de resolver uno de los problemas que plantea la contratación internacional, como es el determinar la ley aplicable a esa concreta situación objeto del Derecho internacional privado. Esta problemática nos la resuelve el sector del Derecho aplicable, núcleo fundamental de esta rama del ordenamiento jurídico. Podemos decir que el Reglamento “Roma I” vertebró todo el sistema normativo en torno a la ley aplicable.

Por otro lado, el Reglamento (CE) núm. 1215/2012, de 12 de diciembre del año 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este instrumento europeo (denominado comúnmente como Reglamento “Bruselas I bis”) es clave a la hora de abordar uno de los problemas que presentan las relaciones jurídico-privadas con, al menos, un elemento de internacionalidad, como es el determinar qué tribunal estatal va a ser competente para conocer de un concreto litigio internacional. En este punto, nos encontramos en el sector de la competencia judicial internacional, centrándonos, al igual que en sede de ley aplicable, en lo concerniente a la existencia de una dualidad de regímenes (general/especial) para, posteriormente ocuparnos del contrato individual de trabajo con elemento extranjero. A lo largo del presente trabajo de investigación se lleva a cabo una labor comparativa entre la regulación del contrato individual de trabajo en sede de ley aplicable y, la regulación de dicha categoría contractual en sede de competencia judicial internacional, así como, las referencias oportunas a otros tipos de categorías contractuales (como, por ejemplo, el contrato internacional de consumo).

Además, abordaremos el estudio de determinadas Directivas de la Unión Europea, sobre todo de carácter sectorial, ocupando un papel destacado la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996 y, de la Directiva (UE) 2018/957, de 28 de junio de 2018, (que modifica a la anterior), sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Todo ello acompañado de bibliografía y jurisprudencia, así como de bibliografía relativa a esta materia contenida en relevantes revistas especializadas de Derecho Internacional Privado (como es el caso del Anuario Español de Derecho Internacional Privado, Revista Española de Derecho Internacional, Cuadernos de Derecho Transnacional, etcétera).

Teniendo como punto de partida el hecho evidente de que no existe un Derecho privado a nivel mundial que pudiera ser aplicado por tribunales internacionales, se hace necesario, como avanzamos anteriormente, abarcar la materia que nos ocupa desde dos perspectivas distintas, así, a esta introducción, le siguen cuatro capítulos adicionales. Y, más en concreto:

- En el **capítulo 1º** a fin de contextualizar la materia que nos ocupa, se realiza un breve recorrido histórico desde la necesidad de la existencia de un Derecho internacional privado europeo hasta la consecución de significativos avances en el ámbito de la cooperación judicial concretamente en materia civil. A este

respecto trataremos dos hitos emblemáticos: en primer lugar, la transformación del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el Reglamento (CE) nº 44/2001 y posteriormente, en el Reglamento (CE) nº 1215/2012. Y, en segundo lugar, la conversión del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el Reglamento (CE) nº 593/2008. Además, se expondrán unas líneas generales acerca del contrato individual de trabajo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

- El **capítulo 2º** se destina a realizar un planteamiento general respecto de los problemas de Derecho aplicable en los contratos individuales de trabajo en el marco de la Unión Europea. En este segundo capítulo se analiza lo relativo a la dualidad de regímenes en este sector fundamental del Derecho internacional privado como es el sector del Derecho aplicable. Dicha dualidad de regímenes también existe en sede de competencia judicial internacional, por este motivo se abordará la correlación existente entre *forum-ius*. A todo ello, debemos añadir una especial referencia al principio inspirador que justifica la existencia de un régimen especial tanto en el ámbito de la ley aplicable como en el ámbito de la competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales. Precisamente el contrato individual de trabajo con elemento extranjero queda incluido en el régimen especial establecido para cada uno de estos sectores del Derecho internacional privado. En este sentido, entendemos necesaria una labor comparativa *forum-ius*. Debemos señalar que ambos regímenes (general y especial) se encuadran en el ámbito del Reglamento (CE) nº 593/2008 (Reglamento “Roma I”) y en el ámbito del Reglamento (CE) nº 1215/2012, también conocido como Reglamento “Bruselas I bis”, así como en su inmediato antecesor normativo el Reglamento (CE) nº 44/2001, denominado comúnmente como Reglamento “Bruselas I”.
- En el **capítulo 3º** abordamos un estudio pormenorizado de los distintos criterios de conexión utilizados para la determinación de la ley aplicable de los contratos individuales de trabajo en el marco de la Unión Europea. De tal forma que se explican los diferentes criterios a tener en cuenta para determinar

la ley aplicable (nacional o extranjera) a los contratos internacionales de trabajo, manteniendo en todo momento una correlación *forum-ius*, lo que nos permite, al igual que en el capítulo anterior, realizar una labor comparativa entre los distintos criterios de conexión existentes en sede de ley aplicable y en sede de competencia judicial internacional pero, esta vez, los relativos al régimen especial, en definitiva, los que afectan al contrato individual de trabajo con elemento extranjero. En este tercer capítulo, además, se analiza en profundidad una cuestión de gran interés como es la intervención de la cláusula de excepción en la categoría contractual que nos ocupa y objeto principal del presente trabajo de investigación.

- Para finalizar, en el **capítulo 4º** se analiza el Derecho europeo material en el ámbito de los contratos individuales de trabajo. En este punto, además de ser analizadas ciertas Directivas europeas, se resuelve el problema de la conciliación del Reglamento “Roma I” con el Derecho europeo material en el ámbito de los contratos individuales de trabajo. Dentro del Derecho europeo material, se resaltarán por su indudable relevancia práctica el estudio de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, así como, de la Directiva que la modifica, en concreto, la Directiva (UE) 2018/957.

Por último, se establecen algunas conclusiones finales.

CAPÍTULO 1º:
**CONTEXTO Y MARCO NORMATIVO DE LA
REGULACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE
TRABAJO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA**

I. EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA: HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

1. Origen y avances en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil

A) Planteamiento general

Para analizar cómo ha evolucionado la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, debemos aludir a un hito histórico que supuso un cambio radical en el Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) y, muy especialmente, en el DIPr. de la Unión Europea (UE). Nos referimos a la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997. De aquí que sea conveniente realizar una descripción de la situación existente antes y después de la entrada en vigor de dicho Tratado comunitario.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) en su versión original de 1958, dispone en el artículo 220 que los Estados miembros “entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar a favor de sus nacionales”, entre otras cuestiones, “la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”. En consecuencia, la creación del DIPr. comunitario quedaba en el ámbito intergubernamental, siendo la vía del artículo 220 TCE el único cauce establecido para ello¹. De tal forma que, la técnica a utilizar para la elaboración del DIPr. comunitario era la técnica habitual del Derecho de Tratados propia del Derecho internacional público². Con arreglo a la citada base jurídica, los Estados miembros elaboraron un instrumento normativo de máxima relevancia, el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y

¹ Sobre este aspecto en concreto, *vid.*, H. AGUILAR GRIEDER, “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *CDT*, 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 308-338, pp. 311-312.

² Véase A. CHICHARRO LÁZARO, “El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil”, *REEI*, 2010, Nº 20, pp. 1-36, p. 2.

mercantil³. No obstante, a pesar de no tener la misma base jurídica⁴ al considerarse como una “prolongación natural”⁵ del Convenio de Bruselas y, con la finalidad de prevenir el denominado *forum shopping*⁶ en materia contractual, se redactó el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁷.

Hemos de resaltar que el Convenio de Bruselas de 1968 y el Convenio de Roma de 1980 han constituido, a lo largo de muchos años, el núcleo fundamental del DIPr. comunitario⁸. Sin embargo, la coexistencia de las normas contenidas en los citados Convenios comunitarios (Tratados internacionales) con otras normas de Derecho internacional privado de origen institucional, contempladas en el Derecho derivado, como son los Reglamentos y Directivas comunitarias, han planteado ciertos problemas de adaptación o de coordinación, sobre todo respecto al Convenio de Roma de 1980⁹. Tal como tendremos oportunidad de analizar en el presente trabajo, a veces esta problemática tiene difícil solución en la práctica y, aún hoy en día, son cuestiones que siguen pendientes¹⁰.

Posteriormente, el Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, introduce un nuevo Título VI que se refiere a la cooperación en los asuntos de justicia e interior. Como es sabido, la Unión Europea regida por el Tratado de Maastricht, se constituyó sobre la base de tres pilares: un pilar central, de

³ DOCE, de 28 de julio de 1990, núm. L 189.

⁴ Así lo expresa A. BORRÁS, “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, 1999, Vol. LI, Nº 2, pp. 383-426, p. 387.

⁵ Sobre este mismo aspecto, *vid.*, M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, (denominado comúnmente como “Informe Giuliano-Lagarde”), p. 5, pudiéndose consultar en el DOCE, de 11 de diciembre de 1992, núm. C 327.

⁶ La expresión *forum shopping* se refiere a una situación que se deriva de la aplicación del Convenio de Bruselas puesto que dicho instrumento normativo permite, en virtud de los foros alternativos de competencia y en base a un amplio margen para la operatividad de la autonomía de la voluntad, que las partes puedan celebrar acuerdos atributivos de competencia y elegir entre varios tribunales, lo que puede conllevar que las partes sometan el conocimiento de dicho litigio ante aquellos tribunales cuyo Derecho material fuera más beneficioso para sus intereses económicos. En este sentido, Informe Giuliano-Lagarde, p. 4 *in fine*.

⁷ BOE, de 9 de julio de 1993, núm. 171; posteriormente corrección de errores, BOE, de 9 de agosto de 1993, núm. 189. Publicación de la versión consolidada del Convenio en el DOUE, de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334.

⁸ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 311.

⁹ Este es el caso de la relación entre el Convenio de Roma de 1980 y numerosas Directivas comunitarias. A modo de ejemplo, podemos citar la Directiva del Parlamento y del Consejo (96/71/CE), de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOCE, de 21 de enero de 1997, núm. L 18).

¹⁰ Problemática objeto de un riguroso y profundo análisis de H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007. Especialmente, *vid.* “Mecanismos de conciliación entre el Convenio de Roma y la Directiva 86/653/CE”, pp. 81-136.

naturaleza comunitaria, que incluía la reforma de los Tratados originarios y, dos pilares de naturaleza intergubernamental, uno de ellos destinado a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y el denominado como “tercer pilar” dedicado a la cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior (JAI). Es en este “tercer pilar” donde comienza a gestarse la idea de construir un espacio único de libertad, seguridad y justicia, quedando ubicada en dicho ámbito la cooperación judicial en materia civil, tal como establece el artículo K. 1 (apartado 6) del TUE. En definitiva, la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza comienza a proyectarse a partir del Tratado de la Unión Europea.

Fue precisamente dicho Tratado el que propició un nuevo cauce normativo para la elaboración del DIPr. comunitario en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, ya que se convirtió en un ámbito de interés común para los Estados miembros al afectar a uno de los objetivos de la Unión como es la libre circulación de personas. En concreto, nos referimos al artículo K. 3 (apartado 2, letra ‘c’) del TUE, el cual prevé la posibilidad de atribuir al Consejo, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, la facultad de celebrar Convenios, recomendando su aprobación a los Estados miembros conforme a sus respectivas normas constitucionales. Al mismo tiempo que el TUE faculta al Consejo para acordar Convenios internacionales, mantiene en vigor la base jurídica prevista por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 220 TCE). A pesar de la coexistencia de ambos cauces normativos, el Consejo de la en aquellos momentos Comunidad Europea adoptó, a través de esta nueva vía (art. K. 3), dos Convenios internacionales. Por un lado, el Convenio, de 26 de mayo de 1997, sobre traslado y notificación entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil¹¹; y, por otro lado, el Convenio, de 28 de mayo de 1998, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (conocido comúnmente como Convenio “Bruselas II”)¹². Finalmente, al ser aprobado el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, ninguno de estos Convenios internacionales elaborados según la base jurídica introducida por el TUE, llegaron a entrar en vigor.

¹¹ DOCE, de 27 de agosto de 1997, núm. C 261.

¹² DOCE, de 16 de julio de 1998, núm. C 221.

Hasta aquí hemos descrito a grandes rasgos la situación existente antes de la llegada del Tratado de Ámsterdam, pudiendo distinguir dos etapas¹³: una primera, desde el año 1958, con la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en la que el único cauce normativo existente para la creación del DIPr. comunitario era en base al artículo 220 del TCE, según la cual, eran fundamentalmente los Estados miembros los que estaban facultados para celebrar Convenios internacionales, pero de forma ciertamente limitada, al ceñirse esta facultad sólo a uno de los sectores del DIPr., es decir, sólo respecto del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales y de los laudos arbitrales y, siempre que fuese necesario. Esta circunstancia evidenciaba el papel meramente accesorio y relegado que en ese momento ocupaba el DIPr. en el proceso de integración europea¹⁴.

Y una segunda etapa, que comienza con la aparición en escena del Tratado de la Unión Europea en 1992, Tratado que junto a la anterior base jurídica, introduce una nueva vía para la elaboración del DIPr. comunitario, más en concreto, respecto al ámbito de la cooperación judicial en materia civil, en la medida en que dicho ámbito es considerado por los Estados miembros como de interés común para la consecución de uno de los objetivos de la Unión, como es la libre circulación de personas. Ya hemos mencionado que en virtud de dicho cauce normativo (art. K. 3 TUE), el Consejo está facultado para celebrar Convenios internacionales. En consecuencia, con este cambio introducido por el Tratado de la Unión Europea y, la inclusión del Título VI referido a la cooperación en los asuntos de justicia e interior (siendo éste el ámbito en el que se enmarca, inicialmente, la cooperación judicial en materia civil), se comienza a prestar un poco de más atención al DIPr. en el proceso de integración europea¹⁵. No obstante, a pesar de este “tímido” avance, no podemos olvidar que el instrumento normativo a través del cual se va a comenzar a desarrollar la cooperación judicial en materia civil, continuaba siendo el Convenio internacional, lo que supone la existencia de no pocos inconvenientes¹⁶.

¹³ Coincidiendo en este aspecto con H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 311.

¹⁴ A este carácter marginal del DIPr. en el proceso de integración europea también se refiere A. BORRÁS, *loc. cit.*, 1999, p. 386; así como H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 312.

¹⁵ Véase A. DURÁN AYAGO, “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, Nº 29, pp. 1-55, p. 8.

¹⁶ A modo de ejemplo, podemos citar que al tratarse de Convenios (Tratados internacionales) requieren de un proceso de ratificación por cada Estado miembro. A lo que hay que añadir que, a medida que se vaya ampliando la Comunidad, cada vez que ingrese un Estado miembro, se tiene que celebrar el

Con la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 se produce un cambio radical del DIPr. y, muy especialmente, del DIPr. comunitario. Dicho cambio es de tal calado que ha sido calificado como el más importante acontecido durante el siglo XX¹⁷. En esta misma línea, determinados autores afirman que nos encontramos ante una “verdadera revolución del DIPr. que se traduce en una nueva *planta* de nuestra disciplina”¹⁸.

Esta indudable transformación que afecta al ámbito competencial de los Estados miembros de la en aquellos momentos Comunidad Europea respecto de sus sistemas nacionales de DIPr., se produce como consecuencia de la introducción por el Tratado de Ámsterdam de un nuevo Título IV al TCE, denominado “Visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas”, (arts. 61 a 69). Si bien es cierto que, en base al artículo 61 c) del TCE tras la nueva redacción del Tratado de Ámsterdam, se fija como uno de los objetivos de la Unión Europea el “establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia”, debemos señalar que este nuevo Título IV abarca una gran diversidad de materias que, a su vez, obedecen a distinta naturaleza (pública o privada). Ello hizo que, en opinión de la autora A. BORRÁS, se prestara más atención a aspectos propios de Derecho público que afectan a la movilidad de las personas (visados, asilo e inmigración), que a las “otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas”¹⁹.

El nuevo Título IV del TCE establece una nueva competencia comunitaria fundamentada en los artículos 61 c) y 65 del TCE tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam. Así, el artículo 61 dispone que “a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo adoptará:

c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65”²⁰.

correspondiente Tratado de adhesión, lo que conlleva la realización de nuevas adaptaciones del texto anterior, y la existencia continua de nuevos procesos de ratificaciones, así como de una pluralidad de textos en vigor entre los distintos Estados miembros.

¹⁷ A. BORRÁS, *loc. cit.*, 1999, p. 383.

¹⁸ Por ejemplo, *vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEI*, 2008, Nº 15, pp. 1-32, p. 20; en este mismo sentido, A. DURÁN AYAGO, *loc. cit.*, 2013, p. 10.

¹⁹ Puede verse en A. BORRÁS, *loc. cit.*, 1999, p. 390.

²⁰ *DOCE*, de 24 de diciembre de 2002, núm. C 325, p. 57.

De igual forma, después de la nueva redacción aportada por el Tratado de Ámsterdam, el artículo 65 del TCE nos dice que: “las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

- a) mejorar y simplificar:
 - el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales,
 - la cooperación en la obtención de pruebas,
 - el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;
- b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;
- c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”²¹.

Los preceptos que acabamos de transcribir conforman la nueva base jurídica del DIPr. comunitario y, coincidiendo con la profesora H. AGUILAR GRIEDER, resulta bastante llamativo que dicha base jurídica haya sido incluida en un Título relativo a las políticas relacionadas con la libre circulación de personas²², es decir, ha sido ubicada en un Título de carácter específico. Sin embargo, la generalidad de las distintas cuestiones que aparecen enumeradas en el propio artículo 65 TCE trasciende del ámbito propio de la libre circulación de personas. En consecuencia, esta circunstancia podría generar ciertas dudas acerca del verdadero alcance de la, en aquellos momentos, nueva competencia comunitaria. Con el fin de solventar esta incoherencia y, de este modo, evitar la consiguiente confusión que se genera en cuanto al alcance de las medidas contempladas en el mencionado precepto, debemos considerar que la referencia a la libre circulación de personas ha de entenderse como el concepto más amplio del “espacio de libertad, seguridad y justicia” contenido expresamente en el artículo 61 TCE. Tal consideración justifica, de alguna forma, que el artículo 65 TCE comprenda medidas que no están directamente relacionadas con la libre circulación de personas. En

²¹ DOCE, de 24 de diciembre de 2002, núm. C 325, pp. 59-60.

²² Vid. H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 313.

definitiva, en opinión del profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, se trata de medidas encaminadas a facilitar la situación jurídica del individuo en la Unión Europea. De aquí que la base jurídica contemplada en los artículos 61 c) y 65 TCE pueda, al menos en principio, interpretarse por parte de las instituciones de manera flexible, siendo ambos preceptos considerados como una base general para armonizar cuestiones de Derecho internacional privado. Aunque esta sea la visión desde la perspectiva de la práctica institucional, esta cuestión no está resuelta y sigue suscitando dudas al respecto. No obstante, es necesario señalar que ello no condiciona en absoluto la interpretación que pudiera realizar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE)²³.

Como ya se ha anticipado, a tenor del artículo 65 del TCE, con arreglo a la redacción dada por el Tratado de Ámsterdam, la entonces “nueva” competencia atribuida al Consejo en el “ámbito de la cooperación judicial en materia civil” resulta ser extraordinariamente amplia, ello se desprende de la propia redacción del precepto al realizarse en términos tan generales o, incluso casi abstractos, tales como: “mejorar y simplificar”, “fomentar la compatibilidad” y, “eliminar obstáculos”²⁴. Otro de los aspectos relevantes es que esta amplia competencia comunitaria, formulada en términos tan imprecisos, va a alcanzar a todos los sectores del DIPr., es decir, el proceso de “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil va a afectar a la competencia judicial internacional, al Derecho aplicable, a la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, al proceso civil con elemento extranjero y a la asistencia judicial internacional. Por lo tanto, en virtud del artículo 65 TCE tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam, son fundamentalmente las instituciones comunitarias (no los Estados miembros de la Comunidad Europea) las que quedan legitimadas para proceder a la comunitarización del Derecho internacional privado. No cabe duda que se trata de una atribución de competencia a la Comunidad Europea (hoy, Unión Europea) y que esa competencia es excesivamente amplia. Sin embargo, ello no significa que dicho título competencial suponga una carta blanca en manos de las instituciones europeas para

²³ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica, *RDCE*, 2002, nº 11, pp. 231-249, pp. 236 y 237.

²⁴ Aun así, queda patente el carácter finalista del mencionado precepto.

lograr la unificación del Derecho internacional privado²⁵. En este sentido, atendiendo a la mera literalidad del propio precepto, cabe precisar que la necesidad de demostrar que la medida que se proponga en cada caso, mediante dicha base jurídica competencial, ha de resultar necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, lo que ha de interpretarse como un límite a la actuación comunitaria²⁶. Esta referencia al “correcto funcionamiento del mercado interior” hace patente la intención de construir progresivamente un “espacio de libertad, seguridad y justicia”, objetivo contenido expresamente en el artículo 61 TCE, es decir, se trata de un límite inherente al propio proceso de integración europea. Ahora bien, dependiendo de cómo sea interpretado dicho límite, la base jurídica competencial del artículo 65 TCE abarcaría, o no, determinadas materias. De aquí que la exigencia de que la medida que se proponga sea necesaria para el “correcto funcionamiento del mercado interior” plantee numerosas dudas²⁷. Así, si atendemos a una interpretación restrictiva de dicho límite, el artículo 65 TCE sólo podría utilizarse si la medida que se proponga afectase al proceso de integración económica propio del mercado interior y, por consiguiente, sólo afectaría al Derecho privado patrimonial. Por el contrario, si la citada exigencia es objeto de una interpretación en sentido amplio, la base jurídica competencial del artículo 65 TCE podrá utilizarse para adoptar medidas que no se dirijan estrictamente a la consecución del mercado interior, sino como medidas que pudieran apoyar o contribuir al mejor funcionamiento del mismo, tales como, aquellas medidas sobre Derecho de la persona, o bien, sobre Derecho de familia al tratarse de materias que afectan a la libre circulación de personas.

Otro aspecto a señalar es que el artículo 65 TCE, tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam, establece únicamente que el Consejo podrá adoptar “medidas” en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Por tanto, no concreta qué cauce normativo se va a utilizar para llevar a la práctica esta competencia comunitaria. Por este motivo, podría tratarse de cualquier acto comunitario, aunque generalmente, el Consejo está optando por la vía del reglamento. En opinión de A. BORRÁS, esta

²⁵ A tal respecto, interesante lectura de S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *AEDIPr.*, 2001, Tomo I, pp. 89-115, p. 114.

²⁶ Sobre determinadas conclusiones positivas y negativas derivadas de la redacción del artículo 65 TCE tras el Tratado de Ámsterdam, *vid.* M. DESANTES y J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Hacia un sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr.*, 2009, Tomo IX, pp. 115-128, p. 117.

²⁷ A este respecto, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2002, pp. 233-235.

preferencia por utilizar este instrumento como cauce normativo para ejercer la competencia comunitaria establecida en el artículo 65 TCE, puede deberse a la tendencia por parte de las instituciones comunitarias hacia la unificación (más que hacia la armonización) y, a que el reglamento entra en vigor de forma simultánea para todos los Estados miembros, a diferencia de la directiva que, como es sabido, precisa ser transpuesta a los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y ello puede acarrear que en el momento de la transposición, se produzcan interpretaciones diferentes en dichos Estados²⁸.

Como venimos haciendo referencia, con la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam se inicia el proceso de “comunitarización” del DIPr. En definitiva, a partir de dicho momento la creación del DIPr. va a ser una tarea propia fundamentalmente de las instituciones comunitarias y no de los Estados miembros, a pesar de que éstos seguían facultados para celebrar Convenios internacionales según las bases jurídicas existentes con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

Ahora bien, este cambio “radical” en la creación del DIPr. ha tenido otras relevantes consecuencias. Podemos afirmar que, en una vertiente práctica, esta “nueva” competencia comunitaria ha afectado a los Estados miembros de la UE, ya que desde el momento en el que las instituciones comunitarias legislan sobre una determinada materia propia del DIPr., los Estados miembros ven mermada su libertad para hacerlo. Dicho de otro modo, a medida que las materias propias del DIPr. quedan reguladas por instrumentos jurídicos comunitarios (preferentemente, por Reglamentos), los Estados miembros han ido perdiendo competencias para legislar. Si a ello le sumamos que la “comunitarización” alcanza a todas las materias del DIPr., podemos concluir, en palabras de A.L. CALVO CARAVACA, que se produce un “trasvase comunitario”²⁹. Esta circunstancia tan significativa, conlleva a que nos vayamos encontrando con un DIPr. más de naturaleza comunitaria que de carácter estatal. Por este preciso motivo, venimos comprobando cómo se está produciendo una “desestatalización” del DIPr. a la

²⁸ A ello se refiere la autora A. BORRÁS, *loc. cit.*, 1999, p. 395.

²⁹ A.L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, Nº 21, pp. 49-69. p. 53.

vez que éste se “comunitariza”³⁰. Son los propios Estados miembros de la UE los que han ido experimentando cada vez una menor implicación en la elaboración de normas de DIPr. A su vez, esta menor implicación de los Estados miembros en la creación de DIPr. repercute negativamente en la calidad técnica de determinados actos de Derecho derivado, elaborados en virtud de esta “nueva” competencia comunitaria como es la base jurídica del artículo 65 TCE (tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam)³¹.

En cuanto a la evolución en la cooperación judicial internacional en materia civil, debemos hacer obligada referencia al Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, cuyo principal interés se centró en la determinación de ciertas directrices encaminadas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. A tal fin, en esta reunión, se le confiere especial relevancia a la consecución de un mejor acceso a la justicia. Así, en esta reunión se realizan ciertas propuestas enfocadas hacia la información al usuario, de fácil accesibilidad, sobre la cooperación judicial en la UE y sobre los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros. No obstante, un aspecto aún más significativo es que a través de este Consejo Europeo, se solicite a las instituciones comunitarias (Consejo de las Comunidades Europeas³² y Comisión) que establezcan unas pautas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en la UE.

Además, en esta misma línea, se solicita que, a propuesta de la Comisión, se concreten medidas encaminadas a facilitar la tramitación de dichos litigios en materia de consumidores, en cuestiones mercantiles de menor cuantía, así como en asuntos de pensión alimenticia (materia de Derecho de familia). De tal forma que las resoluciones judiciales respecto de dichas materias, se reconocerían automáticamente en todo el territorio de la UE, sin procedimientos intermedios o, motivos de denegación de la ejecución³³. Por lo tanto, en esta reunión de Tampere se da un paso más hacia la

³⁰ En este mismo sentido, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2002, p. 233. Con la precisión que este autor no utiliza el término “comunitarización”, sino “europeización” del DIPr.

³¹ En esta misma línea, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 314. También destacar al respecto el interesante e incisivo artículo que supone la reflexión de F.F. GARAU SOBRINO, “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?”, *CDT*, 2012, Vol. 4, Nº 2, pp. 140-158, pp. 146-158. En dicho artículo se cuestiona (entre otros aspectos) la forma de legislar de las instituciones de la UE y su autor realiza una oportuna llamada a la reflexión planteándose lo siguiente: “¿Queremos para el siglo XXI un Derecho Internacional Privado comprensible y coherente?”.

³² Actualmente, Consejo de la UE.

³³ A estos aspectos se refieren los apartados 29, 30 y 34 de las Conclusiones de la Presidencia.

eliminación, o bien, simplificación en el marco de la UE de las medidas intermedias exigidas para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, dictadas en otro Estado miembro, que versen sobre las materias anteriormente citadas.

En coherencia con lo anterior, sin duda, en dicho Consejo Europeo uno de los logros de mayor alcance fue la proclamación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal” en la UE³⁴. Para llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo, el Consejo Europeo pidió al Consejo y a la Comisión que adoptaran, antes de diciembre del año 2000, un programa de medidas que incluyera cuestiones referentes al título ejecutivo europeo y, aquellos aspectos del Derecho procesal civil que sea necesario regular, referentes a casos transfronterizos, para facilitar la aplicación de dicho principio. Todo ello, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros. En esta reunión, en relación al Derecho material, se requirió al Consejo un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones materiales de los distintos Estados miembros en materia civil, con la finalidad de suprimir los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles³⁵.

En base a los referidos argumentos, el Consejo de Tampere constituyó un avance muy significativo en el proceso hacia la supresión del exequátur en Europa³⁶. En este mismo sentido, resulta igualmente relevante un programa de medidas que presentó el Consejo, el 30 de noviembre de 2000, denominado “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”³⁷.

El citado programa de medidas, debido al proceso de comunitarización en curso, deja constancia de que, entre los Estados miembros, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sentó las normas relativas a la competencia judicial internacional,

³⁴ Expresamente, *vid.* apartado 33 de las Conclusiones de la Presidencia en el que se especifica, entre otras cuestiones, que “el Consejo Europeo hace suyo el principio de reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión”. Respecto a la materia penal, pueden consultarse los apartados 35 y 36 de las Conclusiones de la Presidencia.

³⁵ Acerca de estas últimas cuestiones, pueden verse los apartados 37, 38 y 39 de las Conclusiones de la Presidencia.

³⁶ Respecto a esta misma consideración, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 316.

³⁷ DOCE, de 15 de enero de 2001, núm. C 12.

el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, que dicho Convenio va a convertirse en Reglamento comunitario al que se denominará como Reglamento “Bruselas I”³⁸. Aunque el principio de reconocimiento mutuo no resulta novedoso a los Estados miembros, en este programa de medidas se señala que su aplicación ha sido limitada hasta el momento y, a pesar de que el Reglamento “Bruselas I” aporta ciertos cambios y consigue simplificar de forma notable el procedimiento de exequátur en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones, lo cierto es que dicho instrumento comunitario no elimina todos los obstáculos a la libre circulación de resoluciones en la Unión Europea.

Este programa de medidas finalizará con la supresión generalizada del exequátur respecto al ámbito patrimonial, familiar y, en materia de testamentos y sucesiones. Para la consecución de tal fin, dicho programa de medidas no fija unos plazos concretos, sino que se va a proceder, en cada ámbito material citado, en tres etapas para avanzar progresivamente³⁹. El Consejo establece una serie de propuestas dirigidas hacia nuevos grados de reconocimiento mutuo y, diferencia según se traten de “medidas que afectan directamente al reconocimiento mutuo”, o bien, de “medidas complementarias del reconocimiento mutuo”. Entre estas últimas se incluyen, en primer lugar, un conjunto de normas mínimas aplicables a determinados aspectos del procedimiento civil, garantizando un procedimiento justo (en definitiva, se trata de establecer un Derecho procesal de la UE); en segundo lugar, se encuentran las relativas a la eficacia de las medidas que permitan mejorar la ejecución de las resoluciones judiciales en la UE; y, en tercer lugar, las enfocadas a la mejora de la cooperación judicial civil en su conjunto.

En este contexto el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001⁴⁰, desde la perspectiva del ámbito de la cooperación judicial en materia civil, no tuvo mayor trascendencia. Podemos decir que tuvo un alcance limitado, dicho Tratado vino a añadir en su artículo 2 apartado 4, un nuevo apartado 5 al artículo 67 TCE, en base al cual no se precisará la unanimidad para adoptar las medidas contenidas en el artículo 65 TCE,

³⁸ Precisamente, la cuestión relativa a la transformación del Convenio de Bruselas de 1968 en instrumento europeo, será abordada más en profundidad en el siguiente subapartado del presente trabajo de investigación.

³⁹ Vid. H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 317. Así como, *DOCE*, de 15 de enero de 2001, núm. C 12, pp. 6-8.

⁴⁰ *DOCE*, de 10 de marzo de 2001, núm. C 80.

“con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”⁴¹. Por tanto, la aportación del Tratado de Niza en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, se traduce en que las medidas contenidas en el artículo 65 TCE se adoptarán conforme al procedimiento de codecisión (art. 251 TCE), salvo aquellas cuestiones relativas al Derecho de familia, en cuyo caso, operará la regla de la unanimidad. Así, se puede apreciar, por un lado, una menor complejidad a la hora de adoptar cualquier acto de Derecho derivado comunitario; y, por otro lado, se considera que las medidas previstas en el artículo 65 TCE (tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam) pueden afectar a “los aspectos relativos al Derecho de familia”. En todo caso, ha de entenderse que las medidas que se adopten teniendo como base jurídica competencial el artículo 65 TCE, han de ser necesarias (en mayor o menor medida) para el “correcto funcionamiento del mercado interior”⁴².

En el proceso de comunitarización, especialmente respecto a los avances en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004⁴³, constituye un paso importante ya que sirvió de referente al Tratado de Lisboa, aunque como es sabido dicho Tratado, también denominado Proyecto de Constitución Europea, no llegó a entrar en vigor. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su Parte III, titulada “De las políticas y el Funcionamiento de la Unión”, Título III relativo a las “Políticas y acciones internas”, contiene en su Capítulo Primero, sobre el “Mercado interior”, cinco Secciones, siendo la Sección Tercera (artículo III-269) la que aborda lo relativo a la “Cooperación judicial en materia civil”. En este sentido, tanto el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa como el Tratado de Lisboa tienen el mismo objetivo, ambos Tratados tienen como finalidad principal la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los

⁴¹ El Tratado de Niza establece expresamente en su artículo 2 apartado 4 que: “en el artículo 67 se añade el apartado siguiente: 5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

- las medidas previstas en el punto 1 del artículo 63 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias;
- las medidas previstas en el artículo 65, *con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia*”.

(Las cursivas no pertenecen al texto original).

⁴² A este aspecto hemos hecho alusión en la página 14 del presente trabajo.

⁴³ DOUE, de 16 de diciembre de 2004, núm. C 310.

derechos fundamentales y de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros⁴⁴. A tal fin, la Unión Europea se compromete a llevar a cabo una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, teniendo como base el “principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”⁴⁵. Del propio artículo III-257 apartado 4 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (contenido en el Capítulo IV relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia), se pone de relieve el gran alcance del mencionado principio ya que, a través del mismo, la UE “facilitará la tutela judicial”.

Posteriormente, en el seno del Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004, se adoptó el denominado “Programa de La Haya” con el que se pretendía la consolidación definitiva del espacio de libertad, seguridad y justicia, el cual fue sustituido por el “Programa de Estocolmo”⁴⁶.

En el mencionado “Programa de La Haya”, que se considera una continuación de los trabajos iniciados en el Consejo Europeo de Tampere⁴⁷, “se reafirma el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en respuesta de una inquietud fundamental de los pueblos y de los Estados que constituyen la Unión”. En esta misma línea, el Consejo Europeo de Bruselas en sus Conclusiones, destacó la necesidad de continuar mejorando el trabajo de creación de una Europa de los ciudadanos, a este respecto constituye una función esencial la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Por este preciso motivo, el propio Consejo Europeo puso de relieve igualmente la necesidad de “proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo”. En cuanto a la cooperación judicial en materia civil, más concretamente, respecto a la agilización o simplificación de los procedimientos civiles a través de las fronteras, es imprescindible que las fronteras entre los países de Europa (fronteras

⁴⁴ A ello se refiere el artículo III-257 apartado 1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

⁴⁵ Así lo establece el artículo III-269 del Tratado sobre la Constitución para Europa.

⁴⁶ Programa de La Haya sobre la consolidación de la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (DOUE, de 3 de marzo de 2005, núm. C 53), sustituido por el “Programa de Estocolmo (2010-2014): Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, adoptado en el Consejo Europeo de noviembre de 2009 (DOUE, de 4 de mayo de 2010, núm. C 115). Este último será objeto de estudio más adelante al analizar la reforma del Reglamento “Bruselas I”.

⁴⁷ Tanto es así que el “Programa de La Haya” podría considerarse como una especie de “Tampere II”, *vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, loc. cit.*, 2008, p. 28.

interiores), según establece dicho Programa, “dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles”. Nos encontramos ante un reto político que constituye el objetivo principal en materia civil con repercusión transfronteriza. Además, acerca del reconocimiento mutuo de resoluciones, el Consejo señaló que éste “constituye un eficaz medio de protección de los derechos de los ciudadanos y de garantía de la ejecución efectiva de tales derechos más allá de las fronteras entre países europeos”. En consecuencia, según establece el propio “Programa de La Haya”, la continuación de la aplicación del programa de medidas encaminado a la efectiva aplicación del principio del reconocimiento mutuo, presentado por el Consejo, el 30 de noviembre de 2000, al que ya hemos hecho alusión⁴⁸, se convierte en otro de los objetivos prioritarios a conseguir en los años venideros para garantizar su conclusión en el año 2011. A ello debemos añadir que el Consejo Europeo hizo especial hincapié en el deber de continuar de forma activa los trabajos relativos a conflictos de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) y a las obligaciones contractuales (“Roma I”); el proceso monitorio europeo y los instrumentos sobre modalidades alternativas de solución de conflictos y sobre litigios de escasa cuantía⁴⁹.

Podemos concluir que en el Consejo Europeo de Tampere se acordó, en el año 2000, un programa de medidas en el que se establecían las bases para poder alcanzar importantes logros en el espacio de libertad, seguridad y justicia⁵⁰. Sin embargo, cuatro años después, en el Consejo Europeo de Bruselas, se instaura un nuevo programa (“Programa de La Haya”) en virtud del cual, la Unión Europea puede avanzar y profundizar en dichos logros haciendo frente de manera más eficiente a nuevos y futuros desafíos como hemos puesto de relieve anteriormente. De tal forma, se evidencia la línea continuista del “Programa de La Haya” respecto de las medidas y trabajos comenzados en la reunión de Tampere.

Tras la adopción en el seno del Consejo Europeo de Bruselas del referido “Programa de La Haya”, las instituciones comunitarias persisten en la idea de trabajar

⁴⁸ Nos referimos de nuevo al denominado “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. *DOCE*, de 15 de enero de 2001, núm. C 12, pp. 1-9.

⁴⁹ *DOUE*, de 3 de marzo de 2005, núm. C 53, p. 13.

⁵⁰ Al mencionado programa de medidas acordado en el Consejo Europeo de Tampere nos hemos referido en la página 17 del presente trabajo.

en aras de garantizar una “Europa de los ciudadanos”, a tal efecto, debemos subrayar la importancia de la consolidación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Así se siguen aunando esfuerzos en esta dirección, más en concreto, respecto a la consolidación de un espacio europeo en el ámbito de la justicia, ocupa un papel esencial la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo; lo que implica continuar en el camino hacia la supresión del exequátur en Europa. Prueba de ello es la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el referido “Programa de La Haya” en el que se especifican diez prioridades para los próximos cinco años, bajo el título “una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”⁵¹. Entre estas diez prioridades, la Comisión señala que un espacio judicial europeo va más allá de la idea de un espacio en el que las sentencias dictadas en un Estado miembro (Estado de origen) se reconocen y ejecutan en cualquier otro Estado miembro (Estado requerido). La Comisión considera que un espacio judicial europeo es, además, “un espacio en el que se garantiza el acceso efectivo a la justicia para obtener y ejecutar las decisiones judiciales”. A tal fin, la propia Comisión concluye que la Unión Europea no sólo debe prever normas sobre conflicto de jurisdicciones, conflicto de leyes y reconocimiento (siendo precisamente el reconocimiento mutuo de resoluciones el elemento clave de la cooperación judicial), sino que la Unión Europea también debe contemplar “medidas que generen confianza y respeto mutuos entre los Estados miembros, creando unas normas procesales mínimas y garantizando un nivel muy elevado de calidad de los sistemas de justicia, en especial por lo que se refiere a la imparcialidad y al respeto de los derechos de defensa”⁵².

Como puede apreciarse, por lo que respecta al ámbito de la cooperación judicial europea, en el mencionado “Programa de La Haya” se establecen los objetivos principales, así como las orientaciones a seguir en el transcurso de los próximos cinco años por los trabajos del Consejo y la Comisión. Este marco de referencia plasmado en el “Programa de La Haya” tiene su fiel reflejo en una serie de acciones específicas recogidas en el denominado “Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se

⁵¹ COM (2005) 184 final.

⁵² Entre los objetivos estratégicos acordados por el Consejo Europeo en el “Programa de La Haya”, con el objeto de consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia, la Comisión Europea ha definido diez prioridades en cuya consecución se han de unir esfuerzos durante los próximos cinco años (2005-2009). En cuanto a la novena de estas diez prioridades fundamentales identificadas por la Comisión, *vid.* COM (2005) 184 final, p. 11; Así como, COM (2005) 12 final, “Objetivos estratégicos 2005-2009, Europa 2010: una asociación para la renovación europea”.

aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, de 3 de junio de 2005; conocido como “Plan de Acción de La Haya”)⁵³. Y detalladamente, dicho “Plan de Acción”, desde la perspectiva de la cooperación judicial en asuntos civiles, abarca distintos apartados. El primero de ellos, relativo al “reconocimiento mutuo de decisiones y eliminación de obstáculos al funcionamiento adecuado de los procedimientos”, en el que se contemplan diversas propuestas, entre ellas, la “propuesta sobre los conflictos de leyes relativos a obligaciones contractuales (‘Roma I’); la “adopción de la propuesta ‘Roma II’ sobre conflictos de leyes relativos a obligaciones no contractuales”; la “evaluación de la posibilidad de suprimir el exequátur y de propuestas legislativas, si procede”; y, la “propuesta de modificación del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil”. Y, por otro lado, hemos de destacar otro de estos apartados, como es el relativo al “seguimiento de la aplicación de los actos adaptados”, en el que se incluye, entre otros, un “informe sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I”, a lo que también se añade (si procede) una propuesta de modificación de dicho instrumento normativo contemplada para el año 2009 como plazo máximo⁵⁴.

En este proceso hacia la consolidación de un espacio judicial europeo, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) pone de manifiesto la necesidad de conseguir un adecuado equilibrio entre las tres dimensiones que conforman dicho espacio jurídico europeo (libertad, seguridad y justicia) y, a su vez, señala que el “Programa de La Haya” no logra de manera adecuada mantener dicho equilibrio en aras de la creación de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Por tanto, se deja entrever cierta insatisfacción al no conseguirse objetivos concretos acordados en el Consejo Europeo de Tampere de 1999. Además, el Comité Económico y Social Europeo respecto a la cooperación judicial en materia civil vuelve a poner de relieve la necesidad de eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusión transfronteriza con la finalidad de garantizar la protección y ejecución de los derechos de los ciudadanos. De igual forma, también se incluyen entre las prioridades para los próximos cinco años, consolidar y reforzar la cooperación en

⁵³ *DOUE*, de 12 de agosto de 2005, núm. C 198.

⁵⁴ *DOUE*, de 12 de agosto de 2005, núm. C 198, pp. 20 y 21.

materia de reconocimiento mutuo en lo relativo al Derecho procesal en el ámbito jurídico de la familia y sucesiones. En este sentido, se ha de tener en cuenta que se trata de dos ámbitos jurídicos en los que existe una gran diversidad de tradiciones y culturas jurídicas. En consecuencia, se prevé que en ambas esferas jurídicas el avance hacia un espacio judicial europeo va a conllevar una mayor dificultad. De aquí que se haga especial hincapié en la importancia de un estudio pormenorizado de las distintas medidas que fomenten o promuevan la confianza mutua y la idea de una cultura judicial común en la Unión Europea⁵⁵.

Por lo tanto, coincidiendo con la opinión de la profesora A. CHICHARRO LÁZARO y en sus propias palabras, podemos concluir que “la cooperación judicial civil debe fundarse en la confianza mutua y ésta podría verse potenciada mediante el desarrollo paulatino de una cultura judicial europea basada en la unidad del ordenamiento europeo que respeta la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros”⁵⁶.

Por otra parte, como es sabido, la negativa al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁵⁷ provocó una crisis institucional en la Unión Europea y, tras un período de dos años (2005-2007), era evidente la necesidad de retomar el impulso europeo plasmado en el Tratado Constitucional. Así, el 13 de diciembre de 2007, se firma el Tratado de Lisboa⁵⁸, el cual recoge la mayoría de los avances establecidos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. De hecho, ambos textos normativos son prácticamente idénticos en lo que respecta a la regulación de la

⁵⁵ Acerca de estas consideraciones se puede consultar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años - Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” (DOUE, de 17 de marzo de 2006, núm. C 65). En cuanto a este último aspecto, referente a la consolidación y reforzamiento de la cooperación en materia de reconocimiento mutuo respecto al Derecho procesal en el ámbito jurídico de familia y sucesiones, *vid.*, además, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la creación de una Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil” (DOCE, de 11 de mayo de 2001, núm. C 139).

⁵⁶ Se puede consultar en A. CHICHARRO LÁZARO, *loc. cit.*, 2010, p. 8.

⁵⁷ Nos referimos especialmente al rechazo de la Constitución Europea por parte de Francia y Holanda en sus respectivos referendos celebrados en el año 2005 cuya repercusión fue paralizar el proceso de ratificación en varios países. Sin embargo, la mayoría de los países europeos ya habían ratificado dicho texto constitucional por vía parlamentaria o por referéndum.

⁵⁸ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (pasando este último a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. [TFUE]), firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DOUE, de 17 de diciembre de 2007, núm. C 306/01.

cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza. Por este motivo, afirmamos que la Constitución europea sirvió de claro referente al Tratado de Lisboa⁵⁹.

Finalmente, después de sufrir un largo y complejo proceso de ratificación, el 1 de diciembre de 2009, entró en vigor el Tratado de Lisboa. Este nuevo texto se convierte en una pieza clave en el devenir europeo, ya que introduce ciertas innovaciones relevantes en el ámbito del espacio común europeo de libertad, seguridad y justicia. Estos aspectos novedosos son⁶⁰: la eliminación de los clásicos pilares comunitarios; la introducción de nuevos mecanismos relativos a los procedimientos de decisión legislativa; un papel reforzado para el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales; la ampliación de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE; el reconocimiento de la naturaleza jurídica vinculante de la Carta para los Estados miembros y las instituciones europeas a la hora de adoptar y aplicar Derecho de la UE; la atribución de personalidad jurídica a la Unión Europea; y la posibilidad del establecimiento de una Fiscalía Europea; así como la creación de un Comité Permanente en materia de seguridad e interior.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a partir del 1 de diciembre de 2009, la Unión Europea (que sustituye o sucede a la Comunidad Europea siendo su “heredera” [puesto que la Unión no es una nueva organización internacional]⁶¹) tiene como objetivo principal la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia. De hecho, el Tratado de Lisboa supone un avance significativo hacia la consolidación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia. Desde la perspectiva de la cooperación judicial en materia civil, dicho avance implica reforzar y desarrollar las iniciativas orientadas a eliminar los obstáculos existentes en el citado ámbito. Ello se desprende de la regulación contenida en el artículo 65 del propio Tratado de Lisboa, precepto que forma parte del Capítulo 3 relativo a la cooperación judicial en materia civil.

⁵⁹ A este mismo aspecto hemos hecho referencia en la página 19 del presente trabajo.

⁶⁰ Respecto a las innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el espacio de libertad, seguridad y justicia, *vid.* S. CARRERA / F. GEYER, “El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, Madrid, enero / abril 2008, pp. 133-162, especialmente, pp. 137-146. A dicha enumeración también hace alusión M^a.D. ORTIZ VIDAL, “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacional privado”, *CDT*, 2010, Vol. 2, N^o 1, pp. 376-402, p. 384.

⁶¹ Así lo expresa A. MANGAS MARTÍN, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7^a ed., Tecnos, 2012, pp. 48 y 49.

Más en concreto, el apartado 1 del mencionado precepto señala que: “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”⁶². A tal fin, en virtud del apartado 2 letra ‘a’ del artículo 65 del Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, pero teniendo en cuenta un factor condicionante como es que tales medidas resulten necesarias, “en particular”, para el buen funcionamiento del mercado interior. Dicho límite, como hemos tenido oportunidad de ver en el presente trabajo, aparecía igualmente en el Tratado de Ámsterdam y en el Tratado de Niza⁶³, aunque el Tratado de Lisboa incluye por primera vez la expresión “*en particular*”⁶⁴.

En definitiva, tanto el Parlamento Europeo como el Consejo, teniendo como base jurídica competencial el artículo 65 apartados 1 y 2 del Tratado de Lisboa (posterior artículo 81 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶⁵ [TFUE]), podrán adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza con el objetivo de garantizar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, siempre y cuando dichas medidas resulten necesarias, “en particular”, para el buen funcionamiento del mercado interior. Sobre este último aspecto, cabe preguntarse si la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia (siendo un objetivo propio de la Unión Europea⁶⁶) debe lograrse sin que dicho espacio judicial común dependa de que con ello se impulse o fomente el buen funcionamiento del mercado interior. Si atendemos al artículo 65 apartado 2 del Tratado de Lisboa, así como al artículo 81 apartado 2 del TFUE, las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza pueden ser adoptadas por el Parlamento Europeo y por el

⁶² DOUE, de 17 de diciembre de 2007, núm. 306, p. 62.

⁶³ Respecto al Tratado de Ámsterdam nos referimos a dicho límite en las pp. 12 a 14 y, respecto al Tratado de Niza véase pp. 18 (*in fine*) y 19 del presente trabajo.

⁶⁴ Este mismo aspecto es resaltado por H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 315 (*in fine*) y p. 316.

⁶⁵ DOUE, de 30 de marzo de 2010, núm. C/83.

⁶⁶ Así se desprende del artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht.

Consejo, tanto si son necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior, como si no se consideran precisas a tal fin⁶⁷.

Por otro lado, aunque el artículo 65 del TCE no mencionaba expresamente el principio de reconocimiento mutuo⁶⁸, la regulación realizada por el Tratado de Lisboa (artículo 65 apartados 1 y 2) sobre la cooperación judicial en materia civil, mencionando expresamente el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, no resulta algo ciertamente innovador, sino que, como ya hemos hecho referencia, el principio de reconocimiento mutuo no sólo existía, sino que además ya era considerado por las instituciones europeas una pieza imprescindible, una pieza determinante, en definitiva, el núcleo duro de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, y todo ello con bastante antelación a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009. Recordemos, a modo de ejemplo (ya que ha sido puesto de relieve al tratar de forma cronológica la evolución de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza⁶⁹), que en el Consejo Europeo de Tampere, el cual tuvo lugar los días 15 y 16 de octubre de 1999, se proclamó el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión Europea. Podemos precisar que el Tratado de Lisboa sigue la estela de la situación ya existente, por lo tanto dicho Tratado no tiene como finalidad introducir cambios radicales, sino que lo podemos considerar como un Tratado de carácter continuista⁷⁰, que consolida uno de los objetivos prioritarios de las instituciones europeas, como es la plena consecución del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, objetivo fundamental para lograr un espacio judicial europeo. De este modo, la Unión Europea se ha preocupado por facilitar cada vez más dicho reconocimiento, especialmente con la eliminación del exequátur en Europa.

⁶⁷ Vid. M^a.D. ORTIZ VIDAL, *loc. cit.*, 2010, p. 381.

⁶⁸ El mencionado precepto, tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam, sólo aludía a la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. Estas medidas incluirán: “mejorar y simplificar”, entre otras cuestiones “*el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales*”, (la utilización de cursivas no está incluida en el texto original).

⁶⁹ Nos referimos al Consejo Europeo de Tampere como uno de los hitos más relevantes en cuanto a la supresión del exequátur en Europa, concretamente pp. 16 y 17 del presente trabajo.

⁷⁰ Interesante apreciación de H. AGUILAR GRIEDER sobre el carácter continuista del Tratado de Lisboa, *loc. cit.*, 2010, p. 316.

Ahora bien, para lograr dicho espacio común de justicia, en el marco de la Unión Europea, además de adoptarse medidas respecto de la validez extraterritorial de decisiones (a través de las cuales las resoluciones dictadas por los Tribunales de un Estado miembro puedan ser reconocidas y ejecutadas en cualquier otro Estado miembro), es necesaria la adopción de otras que, al igual que en el sector de la eficacia extraterritorial, son medidas de Derecho privado, nos referimos a medidas pertenecientes al sector de la competencia judicial internacional y al sector de la Ley aplicable. No obstante, a ello se añade un grupo de medidas prioritarias cuya adopción es fundamental para lograr “construir la Europa de los ciudadanos”, siendo éste el nuevo reto que se plantea alcanzar la Unión Europea⁷¹.

Así, para la consecución de un espacio de justicia, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, las medidas de Derecho privado a adoptar por las instituciones europeas están enfocadas a facilitar el acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro, sin que ello suponga una situación más gravosa respecto del acceso a los órganos jurisdiccionales del propio Estado miembro de la UE.

Por otro lado, desde la perspectiva de la Ley aplicable, las medidas de Derecho privado a adoptar por las instituciones europeas han de dirigirse hacia la consecución de una mayor compatibilidad entre los distintos sistemas jurídicos de cada uno de los Estados miembros. De este modo, se conseguirá favorecer la circulación de los ciudadanos por toda la Unión Europea. En definitiva, la diversidad de sistemas jurídicos, existentes en el seno de la Unión Europea, no puede constituir un obstáculo a los derechos fundamentales ni a las libertades comunitarias de los ciudadanos, traduciéndose en una desmotivación a la hora de circular libremente por el territorio de la Unión Europea.

Y, como ya avanzamos, resulta imprescindible la adopción de otro grupo de medidas prioritarias para la consecución de una “Europa de los ciudadanos”. En este

⁷¹ *Vid.*, al respecto, la siguiente Comunicación sobre el, en aquellos momentos, futuro Programa de Estocolmo: COM (2009) 262 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos. Bruselas, 10.06.2009; igualmente puede consultarse el propio Programa de Estocolmo (2010-2014) de 16 de octubre de 2009. Se trata de un Programa plurianual para un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos.

sentido, desde una visión práctica, vemos cómo abundan hoy en día supuestos en materia civil, especialmente sobre Derecho de familia, en los que aparece, al menos, un elemento de internacionalidad. En consecuencia, el facilitar los trámites, así como la simplificación de los procedimientos, debe considerarse una prioridad para los ciudadanos. De aquí que la Comisión sitúe precisamente al ciudadano como elemento clave en torno al cual gira un específico grupo de medidas, tales como⁷²:

- 1) Promover los derechos de los ciudadanos - una Europa de los derechos: el espacio de libertad, seguridad y justicia debe ser ante todo un espacio único de protección de los derechos fundamentales, en el que el respeto de la persona y de la dignidad humana, así como de los demás derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, constituye un valor esencial. La Comisión pone de relieve que, con esta primera medida, se trata de preservar el ejercicio de las libertades comunitarias y la esfera privada del ciudadano más allá de las fronteras nacionales, a lo que añade que se han de tener en cuenta las necesidades particulares de las personas vulnerables. Igualmente, con esta medida, se ha de garantizar el pleno ejercicio de los derechos específicos de los ciudadanos europeos, incluso en terceros países.
- 2) Facilitar la vida a los ciudadanos - una Europa del Derecho y la justicia: con esta segunda medida se trata, especialmente, de establecer mecanismos para facilitar el acceso de las personas a la justicia, de modo que puedan hacer valer sus derechos en toda la Unión Europea. Es más, en materia civil, las resoluciones judiciales deben ejecutarse directamente y sin otra medida intermedia. En consecuencia, la Comisión hace especial hincapié en la necesidad de suprimir, de manera generalizada, el procedimiento de *exequátur* de las resoluciones judiciales civiles y mercantiles dictadas en otros Estados miembros. Para ello, se requiere la armonización previa de las normas sobre conflictos de leyes, tanto en materia civil como mercantil. No obstante, se contempla la posibilidad de que el reconocimiento mutuo se extienda a otras materias, tales como sucesiones, testamentos, regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación.

⁷² COM (2009) 262 final, pp. 5 y 6. Más en profundidad, pp. 7-24 del citado documento. A ello también se refiere M^a.D. ORTIZ VIDAL, *loc. cit.*, 2010, p. 386 *in fine*.

Cabe puntualizar que, en materia contractual y comercial, el espacio judicial europeo permitirá ofrecer a los agentes económicos las herramientas necesarias para aprovechar plenamente las oportunidades del mercado interior, especialmente en tiempos de crisis económica. Como es sabido, las diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, en materia de Derecho contractual, pueden impedir a los agentes económicos aprovechar las oportunidades que, en principio, les ofrece el mercado único. Por este motivo, se considera igualmente necesario el proteger las relaciones contractuales. De aquí que se apoye la elaboración de los denominados “contratos modelo”, de uso voluntario entre particulares o entre pequeñas y medianas empresas (PYME). Dichos contratos, traducidos a distintos idiomas, servirían de referencia a la actividad comercial. En esta misma línea, se plantea la existencia de un “régimen específicamente europeo” y de carácter opcional para las empresas. Con ello se conseguiría un elemento favorable al desarrollo de los intercambios intracomunitarios y, por otro lado, se lograría introducir un único régimen jurídico directamente aplicable en materia contractual. La Comisión considera que además es necesario mejorar la cooperación entre los profesionales de la justicia, así como movilizar medios para suprimir los obstáculos al reconocimiento de los actos jurídicos en otros Estados miembros de la UE.

- 3) Proteger a los ciudadanos - una Europa que protege: para ello la Unión intensifica la cooperación en materia policial y de justicia penal mediante el aumento de las medidas de seguridad que protegen el acceso al territorio europeo.
- 4) Promover una sociedad más integrada para el ciudadano - una Europa solidaria: en este sentido, la Comisión, una vez más, califica como “prioridad importante” consolidar y aplicar una verdadera política de inmigración y asilo que garantice la solidaridad entre los Estados miembros y la asociación con terceros países. La Unión Europea también es consciente de que debe mejorarse, entre otras cuestiones, la adaptación de la inmigración a las necesidades del mercado laboral, así como llevar a cabo políticas específicas de integración y educación.

Además de las citadas medidas, debemos añadir que la construcción de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia como objetivo de la Unión Europea necesita, en palabras de M^a DOLORES ORTIZ VIDAL, de una fuerte dimensión externa, coherente con la política exterior de la UE. En consecuencia, se requiere como elemento indispensable a tal fin, la aplicación eficaz de los instrumentos adecuados de política exterior⁷³.

Tras esta visión general sobre el origen y los avances en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y, con el objetivo de situarnos ante el instrumento europeo que permite determinar qué órgano jurisdiccional estatal va a ser competente para conocer de un determinado litigio internacional, surgido a raíz de un contrato individual de trabajo en el marco de la Unión Europea, se hace evidente la necesidad de tratar con más detenimiento la transformación del Convenio de Bruselas de 1968 en instrumento europeo. Ello es objeto de estudio a continuación.

B) Transformación del Convenio de Bruselas de 1968 en instrumento europeo: el Reglamento (CE) nº 44/2001 y el Reglamento nº 1215/2012

Como es sabido, los primeros Tratados comunitarios⁷⁴, en aras de lograr un mercado común, establecían objetivos fundamentalmente económicos. En consecuencia, el Derecho internacional privado era una disciplina de carácter marginal. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, esta consideración de disciplina meramente residual cambia, y el Derecho internacional privado evoluciona hasta convertirse hoy en día en una rama del Derecho clave para el desenvolvimiento de los operadores jurídicos en el panorama internacional, en general, y en el ámbito de la UE, en particular.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), en virtud de su artículo 220 *in fine*, obliga a los Estados miembros a entablar, “en tanto sea necesario, negociaciones

⁷³ Concretamente, este aspecto puede consultarse en M^a.D. ORTIZ VIDAL, *loc. cit.*, 2010, p. 387.

⁷⁴ Nos referimos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y al Tratado de Maastricht (o Tratado de la UE).

entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales: (...) la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”. En el proceso de integración europeo, el citado precepto fue concebido con una finalidad clara, como es la consecución de un mercado común, y constituye un mecanismo a través del cual los Estados miembros de la (por aquel entonces) Comunidad Económica Europea quedaban plenamente facultados para suscribir, al servicio de ésta, Convenios o Tratados internacionales en materia de cooperación judicial civil.

Por tanto, estamos ante un mecanismo de carácter intergubernamental que, tal como hemos avanzado anteriormente⁷⁵, fue la base jurídica mediante la que se adoptó el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho Convenio constituye la primera norma elaborada por Estados miembros de la Comunidad con “cierta vocación de generalidad, para determinar la competencia judicial internacional de los órganos judiciales”⁷⁶. Además, teniendo en cuenta la base jurídica según la cual se elaboró el Convenio de Bruselas (art. 220 TCE), debemos subrayar que el origen del citado Convenio de 1968 se centra en el deseo de facilitar el reconocimiento de sentencias dictadas en otros Estados partes del Convenio y miembros de la Comunidad, y crear lo que se ha denominado “la quinta libertad del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”, que consiste en la libertad de circulación de las decisiones judiciales⁷⁷.

En efecto, el Convenio de Bruselas puso de relieve la necesidad de que las decisiones judiciales pudieran circular libremente entre los distintos Estados miembros, para lo cual resulta imprescindible, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, proceder a la unificación de las normas en dicho sector del Derecho internacional privado y, desde la perspectiva de la eficacia extraterritorial, resulta igualmente necesario proceder a la instauración de un sistema de reconocimiento y

⁷⁵ Vid., p. 7 y siguientes del presente trabajo de investigación.

⁷⁶ Así lo expresa la Profesora M^a.J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios*, Reus, Madrid, 2011, p. 22.

⁷⁷ En este sentido, puede consultarse a T. BALLARINO, “La unificación de las reglas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La transformación en Reglamento del Convenio de Roma”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, Tomo VI, pp. 331-344, p. 332.

ejecución de resoluciones que posibilite la eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en el marco de la Comunidad Europea. De este modo, las sentencias dictadas en un Estado miembro (Estado de origen) podrán desplegar sus efectos en un Estado miembro distinto a aquel en el que dicha resolución fuese dictada (Estado requerido). Por lo tanto, es a partir de entonces cuando los Estados miembros toman conciencia de estas nuevas necesidades, de aquí que el propio Convenio de Bruselas establezca un régimen procesal uniforme para los Estados miembros y un conjunto limitado de causas de denegación, lo que supone la instauración por el Convenio de Bruselas de un régimen favorable al reconocimiento. Ello se traduce en que, a solicitud de la persona interesada, una determinada resolución judicial puede ser ejecutada en cualquier otro Estado miembro a través de un procedimiento homogéneo, uniforme y meridianamente sencillo, salvo que concurra alguna de las causas de denegación reguladas de forma tasada por el propio Convenio⁷⁸.

Por otro lado, nos encontramos ante un Convenio internacional en el que los nuevos Estados miembros de la Comunidad no son partes del mismo de forma automática tras su ingreso en la Comunidad; y ello se debe, tal como pone de relieve el profesor A. L. CALVO CARAVACA, a la propia naturaleza jurídica de los Convenios elaborados en base al cauce normativo establecido en el artículo 220 TCE, puesto que dichos Convenios son Derecho complementario del Derecho comunitario al no ser considerados ni Derecho originario ni Derecho derivado⁷⁹. En consecuencia, desde el ámbito del Derecho internacional público, nos encontramos con “tratados internacionales formalmente independientes de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea” e, indudablemente, diferentes de las normas jurídicas elaboradas de forma unilateral por las instituciones comunitarias, ya sean reglamentos o directivas⁸⁰. Entendemos que este aspecto no carece de interés, ya que, desde una perspectiva práctica, ello se traduce en que, por un lado, el Convenio de Bruselas se negoció con cada uno de los Estados que, en aquellos momentos, tenían como objetivo

⁷⁸ Aspecto tratado por M. JOYA CARRASCO, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea. Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012”, *Diario La Ley*, 2014, Nº 8247, pp. 1-9, pp. 1-2.

⁷⁹ Acerca del carácter complementario del Convenio de Bruselas, *vid.* A. DURÁN AYAGO, *loc. cit.*, 2013, p. 8.

⁸⁰ Ello puede consultarse en “Introducción general al Convenio de Bruselas” por A.L. CALVO CARAVACA, en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 24-25.

ingresar en la Comunidad y, por otro lado, la interpretación de dicho Convenio no podía efectuarse por el TJCE, el cual, *a priori*, carecía de tal competencia hasta que le fue conferida a través de otro Tratado internacional posterior, exactamente a través del Protocolo de Luxemburgo suscrito el 3 de junio de 1971 y en vigor a partir del 1 de septiembre de 1975⁸¹. El citado Protocolo fue elaborado con el propósito de asegurar una interpretación uniforme del Convenio de Bruselas y, en aquellos supuestos en los que el Convenio resulte de aplicación, en aras de lograr su pretendida interpretación uniforme, el Protocolo de Luxemburgo también tiene como finalidad evitar que los órganos jurisdiccionales acudan a los criterios y principios regulados en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos⁸².

Las sucesivas incorporaciones a la Comunidad Europea obligaban a renegociar el Convenio de Bruselas respecto de la adhesión de nuevos Estados miembros a la misma. En consecuencia, a medida que se ha ido ampliando la Unión Europea, el Convenio de Bruselas ha ido evolucionando a través de la conclusión de los siguientes Convenios: Convenio de 9 de octubre de 1973 relativo a las adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido⁸³; Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de Grecia⁸⁴; Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 con Estados miembros de la EFTA (siglas correspondientes a European Free Trade Association o Asociación Europea de Libre Comercio [AELC]), de la cual formaban parte Islandia, Noruega y Suiza⁸⁵, actualmente derogado por el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007⁸⁶ (conocido comúnmente como Convenio de Lugano II); y, en el caso español, nos referimos al Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión de España y Portugal⁸⁷.

No obstante, esta necesidad de negociar el Convenio de Bruselas cada vez que se adherían nuevos Estados, a la (por aquel entonces) Comunidad Europea, generaba no pocas dificultades, lo que dio lugar a plantear la conveniencia de transformar dicho Convenio internacional en instrumento normativo comunitario. Ahora bien, el cauce

⁸¹ DOCE, de 2 de agosto de 1975, núm. L 204.

⁸² En este sentido, *vid.* M^a.J. SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, 2011, p. 22.

⁸³ DOCE, de 30 de octubre de 1978, núm. L 304.

⁸⁴ DOCE, de 31 de diciembre de 1982, núm. L 388.

⁸⁵ DOCE, de 25 de noviembre de 1988, núm. L 319.

⁸⁶ DOUE, de 21 de diciembre de 2007, núm. L 339.

⁸⁷ DOCE, de 3 de octubre de 1989, núm. L 285.

normativo contenido en el artículo 220 TCE que, como ya hemos hecho referencia, constituye la base jurídica a través de la cual se elaboró el Convenio de Bruselas de 1968, no permite la adopción de normas comunitarias en sentido propio. Por tanto, la conversión del Convenio de Bruselas en instrumento normativo comunitario no era posible hasta que no se acometiese una ampliación de competencias de la Comunidad Europea a tal fin.

Como ya hemos adelantado, aunque con el Tratado de la Unión Europea, o también denominado Tratado de Maastricht (1992), se logró introducir como finalidad esencial la cooperación en los asuntos de justicia e interior (siendo éste el ámbito en el que se enmarca, inicialmente, la cooperación judicial en materia civil) y, con ello, se comienza a prestar un poco más de atención al DIPr. en el proceso de integración europea, no es hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 cuando, en base a la nueva redacción que dicho Tratado da al artículo 65 TCE, se constituye un nuevo cauce normativo a través del cual son fundamentalmente las instituciones comunitarias (y no los Estados miembros de la Comunidad) a las que corresponde la elaboración de normas de Derecho internacional privado. En consecuencia, se inicia un proceso de comunitarización o europeización del Derecho internacional privado, lo que se traduce en la existencia de un Derecho internacional privado institucional o comunitario⁸⁸.

De aquí que podamos afirmar que, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se produce un cambio radical para el Derecho internacional privado y, muy especialmente, del Derecho internacional privado comunitario. En virtud de la nueva redacción aportada por el Tratado de Ámsterdam al artículo 65 TCE, dicho cambio se concreta, principalmente, en que respecto a las materias propias del Derecho internacional privado, se produce un trasvase desde el ámbito de la cooperación intergubernamental (donde se sitúa el artículo 220 TCE) al ámbito de las competencias comunitarias establecidas en el actual artículo 81 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁸⁸ El proceso de comunitarización del DIPr. ha sido descrito en las páginas 11 a 16 del presente trabajo de investigación.

Atendiendo a la regulación establecida en el artículo 81 TFUE, precepto que actualmente sustituye al artículo 65 TCE introducido por el Tratado de Ámsterdam, cabe precisar que, además de profundizar en la cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza, subyace la pretensión de alcanzar la ansiada consolidación de un verdadero espacio judicial europeo. Ello se desprende de la regulación contenida en el apartado segundo del artículo 81 TFUE que amplía los mecanismos a los que hay que ceñirse para la consolidación de un verdadero espacio judicial en Europa⁸⁹.

En efecto, en base a la nueva competencia comunitaria introducida por el Tratado de Ámsterdam, se hizo posible la transformación del Convenio de Bruselas (Convenio internacional suscrito por Estados miembros de la Comunidad) en un instrumento normativo propiamente comunitario. Dicho de otro modo, teniendo en cuenta este nuevo cauce normativo, fue posible proceder a la comunitarización del Convenio de Bruselas. De tal forma que el Convenio de Bruselas fue sustituido por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, denominado comúnmente como Reglamento “Bruselas I”⁹⁰.

Como es sabido, una vez comenzado el proceso de comunitarización o europeización del Derecho internacional privado, son fundamentalmente las instituciones europeas las que asumen la competencia para elaborar normas en materias propias de Derecho internacional privado, las cuales optan, a tal fin, por utilizar como cauce normativo el reglamento debido a las considerables ventajas que presenta este tipo de normas de origen institucional respecto de las directivas europeas⁹¹, ya que la

⁸⁹ Más en concreto, el apartado segundo del artículo 81 TFUE establece: “a los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”.

⁹⁰ DOCE, de 16 de enero de 2001, núm. L 012.

⁹¹ Como es sabido, el reglamento entra en vigor de forma simultánea para todos los Estados miembros, su aplicación es directa, a diferencia de la directiva que requiere de su transposición a los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y ello puede suponer que en el momento de la

base jurídica competencial nada dispone acerca de qué cauce normativo ha de utilizarse por las instituciones europeas para adoptar cada una de las medidas necesarias para la consecución de un auténtico espacio judicial europeo (art. 81.2 TFUE).

En consecuencia, además de la transformación del Convenio de Bruselas en instrumento europeo (Reglamento núm. 44/2001, sustituido por el Reglamento núm. 1215/2012⁹²), atendiendo aproximadamente a los últimos quince años, hemos visto cómo ha proliferado la aparición de reglamentos que abordan numerosas y muy variadas materias⁹³, aunque este hecho no significa que dicho proceso de comunitarización afecte por igual a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Un claro ejemplo de ello es el caso de Dinamarca, que se incorporó al Reglamento “Bruselas I” en virtud de un Acuerdo entre dicho Estado y la Comunidad Europea, de 19 de octubre de 2005, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁹⁴.

Como hemos hecho referencia anteriormente, el Reglamento “Bruselas I” es el instrumento comunitario de integración europea que sustituyó al Convenio de Bruselas

transposición, se produzcan interpretaciones diferentes en dichos Estados. Este aspecto ha sido tratado anteriormente (pp. 14 *in fine* y 15).

⁹² Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351).

⁹³ Reglamento sobre procedimiento de insolvencia (Reglamento núm. 1346/2000); Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento núm. 1347/2000, ya sustituido por el Reglamento núm. 2201/2003); Reglamento relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (Reglamento 1348/2000, ya sustituido por el Reglamento núm. 1393/2007); Reglamento relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (Reglamento núm. 1206/2001); Reglamento por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (Reglamento núm. 805/2004); Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo (Reglamento núm. 1396/2006); Reglamento por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (Reglamento núm. 861/2007); Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento núm. 864/2007); Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento 593/2008); Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Reglamento núm. 4/2009); Reglamento por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento núm. 1259/2010); Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento núm. 650/2012). Debemos añadir que las instituciones europeas se encuentran trabajando en la elaboración de un Reglamento en materia de regímenes matrimoniales y, por otro lado, de un Reglamento en materia de uniones de carácter no matrimonial (*DOUE*, de 22 de diciembre de 2011, núm. 376/87).

⁹⁴ *DOCE*, de 16 de noviembre de 2005, núm. L 299.

de 1968 (fruto de la cooperación intergubernamental) y constituye el fundamento de la cooperación judicial europea en materia civil y mercantil, estableciendo normas uniformes para resolver los conflictos de jurisdicción, así como para facilitar la libre circulación de resoluciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva en todo el territorio de la Unión Europea. Podemos afirmar que con el Reglamento “Bruselas I”, en cuanto a la eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras, se ha logrado avanzar hacia la consecución de un objetivo fundamental, como es la supresión total del exequátur en el espacio europeo, puesto que en virtud de dicho instrumento se ha conseguido pasar de la exigencia del exequátur a su simplificación⁹⁵.

Tras casi una década en vigor y a pesar de obtener un balance ciertamente positivo, el Reglamento “Bruselas I” ha sido objeto de un informe sobre su aplicación, elaborado por la Comisión Europea, presentado el 21 de abril de 2009⁹⁶. En el citado informe se pone de relieve que, desde un punto de vista general, el funcionamiento del Reglamento “Bruselas I” es satisfactorio, no obstante, ello no excluye que se pueda mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones⁹⁷. Precisamente por este motivo, la Comisión, junto al citado informe, también presentó un Libro Verde cuyo objeto fue abrir una amplia consulta de las partes interesadas sobre posibles formas de mejorar la aplicación del Reglamento “Bruselas I” en relación a los aspectos tratados en el informe al que acompaña el citado documento⁹⁸.

De hecho, la propia aplicación del Reglamento “Bruselas I” pone de relieve determinadas cuestiones, tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones, que aconsejaban una pensada y detenida revisión del Reglamento “Bruselas I”, a fin de mejorar dicho instrumento normativo considerado tan relevante en la práctica internacional. En este --

⁹⁵ En cuanto a este último aspecto, relativo al tránsito de la exigencia del exequátur a su supresión, tratado en sus distintas fases y, en el ámbito de diversas materias (Derecho de familia y Derecho patrimonial), puede consultarse el preciso e interesante análisis realizado por H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, pp. 319-325.

⁹⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. COM (2009) 174 final.

⁹⁷ COM (2009) 174 final, pp. 3 y 4.

⁹⁸ COM (2009) 175 final, p. 2.

sentido, desde un punto de vista técnico-práctico, se pueden apreciar ciertos aspectos susceptibles de mejora en ambos sectores del Derecho internacional privado.

Así, por un lado, en cuanto al ámbito de la competencia judicial internacional, como ha expresado R. ARENAS GARCÍA, respecto al régimen de los foros en materia contractual y extracontractual, sería conveniente una clara distinción entre ambos regímenes, así como una precisión de su concreción. Dicha concreción se ve perjudicada en el caso de los foros contractuales, ya que se realiza mediante la remisión a los sistemas conflictuales de los Estados miembros para la identificación del lugar en el que debía cumplirse la obligación que sirviera de base a la demanda. Sin embargo, en el supuesto de obligaciones de carácter extracontractual, la aplicabilidad de su régimen específico se produce por la concreción del lugar donde se hubiera producido el hecho dañoso o bien, se hubieran producido los efectos derivados de tal hecho dañoso. El citado autor añade, entre otros aspectos, que la eficacia de las cláusulas de elección de foro ha originado importantes problemas debido a determinadas conductas dilatorias al presentar la demanda ante un concreto tribunal mediante un foro diferente del elegido a través del correspondiente acuerdo atributivo de competencia. En líneas generales, R. ARENAS GARCÍA afirma que la aplicación de las normas de competencia en aquellos supuestos conectados con terceros Estados también ha dado lugar a ciertos problemas.

Y, por otro lado, en cuanto a la eficacia extraterritorial de decisiones, la práctica internacional nos revela que la rebeldía del demandado causada por una notificación defectuosa de la demanda como motivo de denegación del reconocimiento, había ocasionado importantes problemas. De aquí que el Reglamento “Bruselas I” mejorara considerablemente la redacción de dicha causa de denegación respecto de su antecesor normativo: el Convenio de Bruselas de 1968⁹⁹. Además, como es sabido, el Reglamento “Bruselas I” establece un procedimiento de reconocimiento o, en su caso, de exequátur, caracterizado por su sencillez, lo que da lugar a plantearse la posibilidad de establecer dicho procedimiento de forma aún más simplificada para obtener la declaración de reconocimiento, o bien, la declaración de ejecutividad¹⁰⁰.

⁹⁹ Ello es resultado de la comparativa entre el párrafo segundo del artículo 27 contenido en el Convenio de Bruselas y el párrafo segundo del artículo 34 incluido en el Reglamento núm. 44/2001.

¹⁰⁰ A estas dificultades técnicas y a otros problemas derivados de la práctica internacional se refiere R. ARENAS GARCÍA, bajo selección y coordinación a cargo de J.J. FORNER DELAYGUA, “Del

Una vez que se plantea en el año 2009 la revisión del Reglamento “Bruselas I” mediante el informe de la Comisión sobre la aplicación de dicho Reglamento¹⁰¹, los aspectos citados no son los elementos en los que se fundamenta tal revisión con el fin de mejorar el funcionamiento del propio Reglamento núm. 44/2001, sino que ésta tuvo como punto de partida la idea principal con la que concluyó el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999. Recordemos que fue en dicha reunión donde se proclamó el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal” en la UE. En consecuencia, la idea de alcanzar la supresión generalizada del exequátur fue continuada por el Programa de La Haya de 2004 (sustituido por el Programa de Estocolmo), así como por el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión de 2005¹⁰².

De este modo, la revisión del Reglamento “Bruselas I” tuvo como eje central la supresión total del exequátur (aunque fijando ciertas garantías al respecto) que, como es sabido, es requisito indispensable para hacer realidad el principio de reconocimiento mutuo, en virtud del cual, en cualquier Estado miembro de la Unión Europea podrán desplegar sus efectos las decisiones adoptadas en otro Estado miembro¹⁰³.

Inmersos en este proceso evolutivo hacia la supresión del exequátur, no podemos olvidar la gran relevancia del programa de medidas que presentó el Consejo, el 30 de noviembre de 2000, denominado “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”¹⁰⁴, ya que teniendo como base lo establecido en el citado programa, se aprobaron una serie de Reglamentos que, en sus respectivas regulaciones, conseguían suprimir el exequátur en el ámbito civil y mercantil¹⁰⁵. Más en concreto, atendiendo al ámbito patrimonial, nos encontramos con el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título

Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis”, *REDI*, 2013, Vol. LXV, núm. 2, pp. 377-382, p. 378.

¹⁰¹ COM (2009) 174 final, documento al que nos hemos referido anteriormente.

¹⁰² Me remito a lo ya expuesto en el presente trabajo: pp. 16-23.

¹⁰³ En este mismo sentido, R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, 2013, p. 378 *in fine*.

¹⁰⁴ *DOCE*, de 15 de enero de 2001, núm. C 12. Nos hemos referido a dicho Proyecto de medidas a partir de la p. 16 del presente trabajo.

¹⁰⁵ A ello se refiere en un interesante artículo, M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Una nueva fórmula para la supresión de exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, N° 1, pp. 330-347, p. 333.

ejecutivo europeo para créditos no impugnados¹⁰⁶. Es más, tal como sostiene R. ARENAS GARCÍA, el ambicioso propósito de eliminar el exequátur en Europa se había preparado, entre otros, por medio del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, siendo un objetivo de la Comisión trasladar esta supresión del exequátur al Reglamento núm. 44/2001, que es el instrumento normativo que, por su extenso ámbito de aplicación material, adquiere mayor protagonismo en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia¹⁰⁷. Igualmente, continuando en el ámbito patrimonial, existen otros instrumentos normativos que han suprimido el exequátur en sus respectivas regulaciones. Tal es el caso del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo¹⁰⁸; y del Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía¹⁰⁹.

Por otro lado, teniendo como fundamento el citado Proyecto de medidas del año 2000, también se consiguió suprimir el exequátur en determinadas materias propias del Derecho de familia. Más detalladamente, nos encontramos con dos instrumentos normativos como son: el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (conocido comúnmente como Reglamento “Bruselas II bis”)¹¹⁰; y el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (denominado como Reglamento “Bruselas III”)¹¹¹.

Entre los diferentes elementos posibles de reforma del Reglamento “Bruselas I”, la Comisión Europea propone básicamente los siguientes: la eliminación generalizada del exequátur (como primera cuestión); la ampliación del ámbito de aplicación espacial del Reglamento núm. 44/2001 aun cuando el demandado se encuentre domiciliado en

¹⁰⁶ DOUE, de 30 de abril de 2004, núm. L 143.

¹⁰⁷ R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, 2013, pp. 378-379.

¹⁰⁸ DOUE, de 30 de diciembre de 2006, núm. L 399.

¹⁰⁹ DOUE, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/1.

¹¹⁰ DOUE, de 23 de diciembre de 2003, núm. L 338. El Reglamento “Bruselas II bis” deroga a su antecesor normativo: el Reglamento núm. 1347/2000 (Reglamento “Bruselas II”).

¹¹¹ DOUE, de 10 de enero de 2009, núm. L 7.

un tercer Estado; la conveniencia de dotar de mayor efecto a los acuerdos atributivos de competencia y, por otra parte, evitar la incertidumbre que genera la cuestión de la validez de dicho acuerdo para lo cual se podría plantear la elaboración de una norma de conflicto armonizada, asegurándose de este modo la aplicación uniforme de las normas del Reglamento “Bruselas I”¹¹²; mejorar la articulación entre el Reglamento y el arbitraje; introducir mejoras en la coordinación de los procedimientos ante tribunales de terceros países; y mejorar el acceso a la justicia y las condiciones de circulación de las medidas provisionales y cautelares¹¹³.

Podemos concluir que el que se haya abordado la supresión generalizada del exequátur, como eje central de la reforma del Reglamento “Bruselas I”, no responde a un hecho meramente casual, sino que obedece a la necesidad de eliminar los obstáculos existentes en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales extranjeras en el marco de la Unión Europea, ya que el principio de reconocimiento mutuo se configura como un principio de Derecho europeo regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 67.4 y 81.1 TFUE¹¹⁴). Desde esta perspectiva, no resulta sorprendente que sea precisamente la eliminación generalizada del exequátur en Europa la primera medida planteada respecto a la revisión y posterior reforma del Reglamento “Bruselas I”.

En esta misma línea, teniendo como telón de fondo el satisfactorio resultado de la aplicación del Reglamento “Bruselas I”, la Comisión planteó como primera cuestión en el Libro Verde de 21 de abril de 2009, la posibilidad de eliminar el exequátur en el ámbito de aplicación del citado instrumento normativo. La propia Comisión considera que, en un mercado interior sin fronteras, resulta difícil justificar que los ciudadanos y

¹¹² Tal como especifica la Comisión, no podemos olvidar que la cuestión de la ley aplicable a los acuerdos atributivos de competencia (o cláusulas de elección de foro) queda excluida del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento “Roma I”). A este respecto puede consultarse la nota a pie de página núm. 8 de la p. 6 del Libro Verde elaborado por la Comisión, COM (2009) 175 final.

¹¹³ Así se desprende del documento (Libro Verde) presentado por la Comisión, COM (2009) 175 final, pp. 2-13. Respecto a las distintas posibilidades de reforma del Reglamento núm. 44/2001, *vid.* R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, 2013, p. 378. Acerca de este mismo aspecto, *vid.* M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *loc. cit.*, 2014, p. 332.

¹¹⁴ En virtud del apartado cuarto del artículo 67 TFUE “la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. Por su parte, el apartado primero del artículo 81 TFUE asegura que “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales...”.

las empresas tengan que perder tiempo y dinero para poder hacer efectivos sus derechos en el extranjero, siendo posible la supresión del exequátur en el Reglamento estrella del DIPr. de la UE. Dado que, en casi la totalidad de los casos, las solicitudes de otorgamiento de la ejecución finalizan exitosamente y, tan sólo en muy raras ocasiones se deniega el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras, parece viable plantear como objetivo la eliminación del procedimiento de exequátur en todos los asuntos en materia civil y mercantil. Sin embargo, aunque a juicio de la Comisión es posible lograr la supresión del exequátur en el ámbito de aplicación del Reglamento “Bruselas I”, también es consciente de que la consecución de tal objetivo ha de ir acompañado de todas las garantías o salvaguardas necesarias. De ahí que, en el Libro Verde, la Comisión formulase para someter a debate público las siguientes cuestiones: *“¿Considera que, en el mercado interior, todas las resoluciones en materia civil y mercantil deberían circular libremente, sin procedimientos intermedios (supresión del exequátur)? En caso de respuesta afirmativa, ¿estima que se deberían mantener algunas salvaguardas?, ¿cuáles?”*¹¹⁵.

Desde un principio, la Comisión enfoca la posible eliminación del exequátur en el ámbito del Reglamento “Bruselas I” a través de dos técnicas distintas utilizadas a tal fin en otros textos normativos de la Unión Europea como son: el Reglamento (CE) núm. 805/2004 por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y el Reglamento (CE) núm. 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

En este sentido, es conveniente subrayar que el Reglamento núm. 805/2004 es el primer instrumento normativo que, en el sector jurídico patrimonial, suprimió el procedimiento intermedio de exequátur, lo cual supuso toda una novedad. De aquí que sea considerado un Reglamento pionero en cuanto a la supresión del exequátur en el marco de la Unión Europea. No obstante, reconocemos que la supresión del exequátur tiene un alcance muy reducido, puesto que únicamente afecta a un determinado tipo de

¹¹⁵ COM (2009) 175 final, pp. 2-3.

resoluciones, esto es, sólo a aquéllas que versen sobre materia de créditos no impugnados¹¹⁶.

En cualquier caso, la utilización de una técnica u otra, con la finalidad de conseguir la eliminación del procedimiento intermedio de exequátur, no puede ir en detrimento de la protección de los derechos de defensa del demandado. Por tanto, no podemos obviar que el núcleo básico, de las normas mínimas relativas a la protección de los derechos de defensa del demandado, se centra en todo lo relativo a la notificación, puesto que para que estos derechos sean plenamente respetados ha de darse el correcto emplazamiento al deudor demandado.

De forma breve, la Comisión expone, en el referido Libro Verde, las técnicas seguidas para la supresión del exequátur tanto en materia de créditos no impugnados como en materia de obligaciones alimenticias (ya se trate de créditos impugnados o no). Así, la utilización de una técnica u otra depende fundamentalmente de suprimir el exequátur en base a establecer un control, en el Estado miembro de origen, de las normas mínimas relativas a la protección de los derechos de defensa del demandado. El trasladar la responsabilidad del control, de la resolución extranjera, del Estado miembro requerido al Estado miembro de origen supuso toda una novedad introducida por el Reglamento sobre créditos no impugnados (Reglamento núm. 805/2004). Debemos puntualizar que el Reglamento sobre créditos no impugnados, a diferencia del Reglamento en materia alimenticia, tiene carácter potestativo, esto es, no obliga a suprimir el procedimiento de exequátur.

O bien, otra técnica seguida para suprimir el exequátur se da en base a una previa armonización de las normas de conflicto, quedando protegidos los derechos de defensa del demandado por la aplicación de un procedimiento de revisión especial una vez dictada la resolución. Como pone de relieve la propia Comisión, ésta es la técnica

¹¹⁶ Sobre la supresión del exequátur en el Reglamento (CE) núm. 805/2004, así como la supresión del exequátur en otros instrumentos europeos, tales como: en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOUE*, de 23 de diciembre de 2003, núm. L 338); en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (*DOUE*, de 30 de diciembre de 2006, núm. L 399); en el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (*DOUE*, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/1), *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, pp. 319-325. Igualmente puede consultarse, A. DURÁN AYAGO, *loc. cit.*, 2013, pp. 29-46; así como M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *loc. cit.*, 2014, pp. 334-340.

utilizada en el Reglamento en materia de obligaciones alimenticias (Reglamento núm. 4/2009), conocido comúnmente como Reglamento “Bruselas III”. Dicho instrumento normativo ofrece una respuesta de conjunto a todos los aspectos que plantea la institución jurídica de alimentos desde la perspectiva del Derecho internacional privado, ya que este Reglamento regula el sector de la competencia judicial internacional, el sector del Derecho aplicable (aunque sea remitiendo a otro instrumento normativo), el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones en materia de alimentos y, además, añade disposiciones en materia de asistencia judicial gratuita y sobre la cooperación entre las autoridades centrales.

Como es sabido, en virtud del artículo 15 del Reglamento en materia de alimentos, la determinación de la ley aplicable se realizará conforme al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en los Estados miembros a los que vincule este instrumento de origen convencional. Por este motivo, el Reglamento (lejos de lo que sería deseable) soluciona el problema de la eficacia extraterritorial de dos formas distintas, dependiendo de si la resolución en cuestión ha sido dictada en un Estado miembro vinculado o no vinculado por el susodicho Protocolo. De tal forma que únicamente las resoluciones en materia alimenticia dictadas en cualquier Estado miembro, vinculado por el citado Protocolo gozarán de fuerza ejecutiva directa sin necesidad de exequátur (artículo 17 Reglamento “Bruselas III”).

A modo de conclusión, tal como afirma M^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, lo que se estaba planteando en un primer momento cuando se iniciaron los trabajos de reforma del Reglamento “Bruselas I”, era una cuestión bastante compleja que consistía en averiguar si la técnica utilizada para la supresión del exequátur, en materia patrimonial, podía seguirse igualmente para eliminar el exequátur en el ámbito del Reglamento “Bruselas I”¹¹⁷. De tal manera que el problema no se centra tanto en la abolición del procedimiento de exequátur en sí, sino en lograr nivelar dicha supresión y la protección de los derechos de defensa del demandado. De ahí que la Comisión fuera

¹¹⁷ Puede verse por todos en un riguroso análisis sobre este aspecto M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *loc. cit.*, 2014, pp. 334-337; como ya hicimos referencia anteriormente, R. ARENAS GARCÍA, considera que el ambicioso propósito de eliminar el exequátur en Europa se había preparado, entre otros, por medio del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, siendo un objetivo de la Comisión trasladar esta supresión del exequátur al Reglamento núm. 44/2001, que es el instrumento normativo que adquiere mayor protagonismo en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

consciente de la necesidad de mantener ciertas garantías a disposición del demandado en el caso de que éste viera vulnerado sus derechos.

El 21 de abril de 2009, la Comisión decide consultar al Comité Económico y Social Europeo (en adelante, CESE) acerca del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento “Bruselas I”. El CESE, en su Dictamen, coincide con la Comisión en dos cuestiones. Por un lado, en la necesidad de suprimir el exequátur para facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales, así como la ejecución de dichas resoluciones en el mercado interior y, por otro lado, en que efectivamente sería oportuno establecer ciertas reglas de garantía¹¹⁸.

Posteriormente fue el Parlamento Europeo el que en su Resolución, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001, el que se pronuncia en términos similares, es decir, reconoce que es posible la supresión de la exigencia de exequátur y, a su vez, considera que tal supresión debe ir acompañada de las garantías adecuadas que protejan los derechos del demandado. A este respecto, se muestra a favor de que se establezca un procedimiento excepcional accesible en el Estado miembro en el que se solicita la ejecución (Estado requerido) y enumera los motivos en los que podría fundamentarse la demanda para iniciar dicho procedimiento. Debemos subrayar que el Parlamento Europeo deja claro que tales motivos deberían ser exactamente los mismos que los contenidos en el Reglamento “Bruselas I” en su artículo 34, más en concreto, la contrariedad manifiesta con el orden público del Estado miembro requerido; que la resolución haya sido dictada en rebeldía (no culpable) del demandado, por lo que se vulneran sus derechos de defensa; y, la inconciliabilidad de resoluciones (bien, si se trata de una resolución inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; o bien, si se trata de una resolución inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un tercer Estado siempre que en el litigio se cumpla una triple identidad, esto es, identidad de partes, objeto y causa)¹¹⁹. En este punto, nada se dice respecto a la posibilidad de control de la competencia judicial internacional del

¹¹⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (*DOUE*, de 22 de septiembre de 2010, núm. C 255/08), especialmente, C 255/49 y C 255/50.

¹¹⁹ *DOUE*, de 20 de octubre de 2011, núm. C 308 E/06.

tribunal del Estado miembro de origen establecido en el artículo 35 del Reglamento “Bruselas I”. Además, el Parlamento Europeo, en relación la competencia en materia de contratos individuales de trabajo, solicita a la Comisión que considere la posibilidad de encontrar una solución que proporcione mayor seguridad jurídica y una adecuada protección al trabajador, siendo éste la parte más vulnerable de la relación contractual laboral, especialmente si se trata de trabajadores que no ejercen su actividad en un solo Estado miembro.

Una vez finalizado el proceso de reforma, cuya duración fue de dos años, se aprueba el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹²⁰. Conocido comúnmente como Reglamento “Bruselas I bis”. Dicho instrumento europeo, tal como establece su artículo 81, viene siendo aplicable a partir del 10 de enero de 2015.

Como ya se dejaba vislumbrar en los trabajos de reforma, con la aprobación del Reglamento “Bruselas I bis”, no se ha conseguido de manera satisfactoria el objetivo central que se pretendía desde un principio: la supresión generalizada del exequátur. De hecho, no se han eliminado los motivos de denegación del reconocimiento, que coinciden, en gran medida, con los dispuestos en el Reglamento “Bruselas I”, salvo en lo que concierne al control de la competencia judicial internacional del Estado miembro de origen¹²¹.

Este último punto constituye una de las novedades más importantes introducidas por el citado Reglamento, ya que, a diferencia de su inmediato antecesor normativo, el Reglamento “Bruselas I bis” añade como causa de denegación del reconocimiento, o bien, de la ejecución¹²², la vulneración de las normas de competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo (artículo 45 apartado 1 letra ‘e’) cuando la parte

¹²⁰ DOUE, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351.

¹²¹ Para una primera aproximación sobre las principales modificaciones del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, puede consultarse P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, 2013, Nº 8013, pp. 1-5, especialmente en cuanto a la supresión del exequátur, p.4.

¹²² Recordemos que en virtud del artículo 46 del Reglamento “Bruselas I bis”, las causas de denegación del reconocimiento son comunes a las causas de denegación de la ejecución.

demandada sea el trabajador¹²³. Es decir, que el control de la competencia se limita a los supuestos en los que haya sido demandada, en el proceso de origen, la parte débil de la relación contractual laboral. Recordemos que el Reglamento “Bruselas I” únicamente contemplaba el control de la competencia del Estado miembro de origen, como causa de denegación del reconocimiento (o del exequátur), respecto de los contratos en materia de seguros y en los contratos de consumo (artículo 35 apartado 1). Igualmente, en estos casos, el control de la competencia del juez de origen se limita a aquellos supuestos en los que la parte demandada, en el procedimiento de origen, sea la parte más vulnerable de la relación contractual, esto es, el asegurado o el consumidor, respectivamente¹²⁴.

No cabe duda que la gran novedad introducida por el Reglamento “Bruselas I bis” es la eliminación del mecanismo de exequátur, entendiendo como tal el procedimiento para declarar ejecutiva una determinada resolución en el Estado miembro requerido. Ello se desprende de la regulación contenida en el artículo 39 del nuevo Reglamento, que establece expresamente que “las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de ésta en los demás Estados miembros *sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva*”. Por lo que concierne al reconocimiento, “las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros *sin necesidad de procedimiento alguno*”¹²⁵ (artículo 36.1 Reglamento “Bruselas I bis”).

A diferencia de lo que ocurre en otros Reglamentos europeos¹²⁶, tal como precisa A. DURÁN AYAGO, en el caso del Reglamento “Bruselas I bis”, “no se opta por introducir un título ejecutivo europeo, certificado que emitido por la autoridad de origen se une a la resolución y la convierte en inmediatamente ejecutiva en los demás Estados miembros, si en su Estado de origen tiene este carácter”. Sino que coincidiendo

¹²³ Vid. R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, 2013, p. 379.

¹²⁴ Acerca de esta diferenciación, A. DURÁN AYAGO, *loc. cit.*, 2013, p. 46.

¹²⁵ La letra en cursiva no aparece en los preceptos del texto original.

¹²⁶ Sirva de ejemplo el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE, de 23 de diciembre de 2003, núm. L 338). Este instrumento normativo, conocido comúnmente como Reglamento “Bruselas II bis”, es el primer Reglamento europeo que suprimió el exequátur, aunque sólo respecto a dos materias concretas: derechos de visita y restitución del menor. En ambas materias, las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro, serán reconocidas y gozarán de fuerza ejecutiva directa en cualquier otro Estado miembro. Ello supone que no se puede oponer ningún motivo de denegación del reconocimiento y, a su vez, implica que no exista procedimiento de exequátur. Ahora bien, para ello (respecto de las dos materias citadas) se requiere que el Tribunal del Estado miembro de origen expida un título ejecutivo europeo.

con esta misma autora, “se va más allá, suprimiéndose el procedimiento de reconocimiento y de exequátur”¹²⁷.

Queda claro que, con la eliminación del procedimiento intermedio de exequátur, se consigue una mayor celeridad y un menor coste a la hora de ejecutar una resolución en un Estado miembro distinto de aquél en el que dicha resolución fue dictada. Ello supone un avance respecto de la ejecución de resoluciones en el marco de la Unión Europea y, en definitiva, en cuanto a la consecución de la libre circulación de resoluciones en el espacio europeo. Ahora bien, como venimos señalando, este avance que se refleja en una ejecutividad inmediata de resoluciones en el ámbito del Reglamento núm. 1215/2012, está condicionado a que el demandado no oponga alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 45 del Reglamento “Bruselas I bis”¹²⁸. En efecto, la constante preocupación por mantener el necesario equilibrio entre la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo y la protección de los derechos de defensa del demandado ha conllevado, en esta ocasión, a que éste sea el sistema de eficacia extraterritorial introducido por el Reglamento “Bruselas I bis”. Precisamente por no eliminarse los motivos de denegación, se considera que la supresión del exequátur ha tenido un alcance más limitado del inicialmente previsto en los trabajos de reforma del Reglamento “Bruselas I”.

Podemos concluir que, en el caso del Reglamento “Bruselas I bis”, aunque no ha sido posible introducir un título ejecutivo europeo en materia civil y mercantil debido a que ello podía menoscabar los derechos de defensa de la parte demandada, se ha optado por eliminar el procedimiento intermedio de exequátur. Falta por ver, en la práctica, si la fórmula por la que apuesta el Reglamento “Bruselas I bis”, en sede de eficacia extraterritorial, es la más adecuada, sólo con el transcurso del tiempo sabremos si nos encontramos ante una verdadera supresión del exequátur y, consecuentemente, más cerca de conseguir materializar el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que queden incluidas en el ámbito de aplicación de dicho instrumento europeo

¹²⁷ Puede verse en A. DURÁN AYAGO, *loc. cit.*, 2013, p. 45.

¹²⁸ El Reglamento “Bruselas I bis” unifica en un único precepto (art. 45) las causas de denegación del reconocimiento, o en su caso, de la ejecución. Estos motivos de denegación son prácticamente los mismos que los contenidos en los artículos 34 y 35 del Reglamento “Bruselas I”, comunes al reconocimiento y al exequátur.

o, si por el contrario, continúa siendo uno de los grandes propósitos de la Unión Europea.

En cuanto al segundo gran objetivo de reforma propuesto por la Comisión, relativo a la ampliación del ámbito de aplicación espacial del Reglamento núm. 44/2001 aun cuando el demandado se encuentre domiciliado en un tercer Estado, aunque ello será objeto de un estudio más pormenorizado en el Capítulo Tercero del presente trabajo de investigación, conviene realizar ciertas consideraciones generales al respecto, ya que constituye el objetivo más importante de reforma en el sector de la competencia judicial internacional.

En el proceso de revisión del Reglamento “Bruselas I”, con la finalidad de mejorar su aplicabilidad, se pretende que las normas de competencia contenidas en el Reglamento resulten también aplicables a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro. En definitiva, la finalidad última que se pretende, con la extensión de la aplicación de las normas de competencia a los demandados domiciliados en terceros Estados, es evitar la remisión a las normas nacionales de los Estados miembros de la UE (como ocurre en el ámbito de otros instrumentos normativos europeos).

Sin embargo, atendiendo al apartado 1 del artículo 6 del Reglamento “Bruselas I bis”, la pretensión inicialmente proyectada no se ha logrado, ya que dicho precepto establece como regla general que “si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro”. Si a ello añadimos que el propio Reglamento “Bruselas I bis”, en su artículo 79, prevé que dentro de siete años desde su aplicación (a más tardar, el 11 de enero de 2022), la Comisión presentará un informe en el que se evaluará la posible necesidad de extender la aplicación de las normas de competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro. Por lo tanto, no se descarta la presentación de una propuesta de modificación del Reglamento “Bruselas I bis”. Desde esta perspectiva, y teniendo presente que la extensión de las normas de competencia era un objetivo fundamental de la reforma del Reglamento “Bruselas I”, podemos afirmar que, al menos parcialmente, la citada reforma en sede de competencia ha fracasado¹²⁹.

¹²⁹ Respecto al régimen de competencia aplicable a los demandados no domiciliados en un Estado miembro, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, 2013, pp. 2-3; así como, el detallado análisis

A pesar de que la reforma del Reglamento “Bruselas I”, en este aspecto concreto, constituye un cierto fracaso, no todo está perdido ya que es justo reconocer que se ha conseguido algún avance de la ambiciosa pretensión inicialmente propuesta.

El avance conseguido respecto de la extensión del ámbito de aplicación espacial, de las normas de competencia del Reglamento “Bruselas I bis”, se centra en la inclusión de nuevas excepciones a la regla general del domicilio del demandado. En efecto, el Reglamento “Bruselas I bis” prevé la aplicación de sus normas de competencia también respecto de los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro en el supuesto de tratarse de litigios en materia de contratos de consumo y, en el supuesto de litigios en materia de contratos individuales de trabajo, siempre que, en ambos casos, el demandado sea el empresario. Ello se desprende del Considerando 14 del Reglamento “Bruselas I bis”, el cual pone de relieve que para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial, contenidas en el presente Reglamento, deben aplicarse con independencia de dónde esté domiciliado el demandado. Esto es precisamente lo que recoge el apartado 1 del artículo 6 del Reglamento “Bruselas I bis” al consagrar el domicilio del demandado en un Estado miembro como criterio general para la aplicación de las normas de competencia judicial internacional contenidas en dicho texto normativo. En este mismo apartado, el legislador europeo añade “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25*”. Tal como pone de manifiesto H. AGUILAR GRIEDER, sorprende que el legislador europeo, al igual que ocurra en el marco de su antecesor directo (Reglamento “Bruselas I”), guarde silencio sobre la sumisión tácita, que constituye otra excepción al señalado criterio general¹³⁰.

Recordemos que el Reglamento “Bruselas I”, en su artículo 4 apartado 1 (que se corresponde con el vigente artículo 6 del Reglamento “Bruselas I bis”) se refería

realizado por H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo reglamento ‘Bruselas I bis’ (1215/2012): una apuesta parcialmente frustrada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, núm. 9/2015, pp. 1-15.

¹³⁰ Este aspecto puede consultarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2015, p. 8 in fine y p. 9.

únicamente a los artículos 22 y 23 relativos a competencias exclusivas y acuerdos de sumisión expresa (actuales artículos 24 y 25 del Reglamento “Bruselas I bis”). Por tanto, la inclusión en este punto de nuevas excepciones a la regla general, en aras del principio de protección de la parte más vulnerable de la relación litigiosa en materia de contratos de consumo y de contratos individuales de trabajo cuando el demandante sea el consumidor o el trabajador respectivamente (arts. 18.1 y 21.2 del nuevo Reglamento), es un aspecto ciertamente novedoso del Reglamento “Bruselas I bis”; lo cual constituye un avance, aunque más pequeño del esperado, en sede de competencia judicial internacional. Precisamente, por este motivo, H. AGUILAR GRIEDER utiliza la expresión “apuesta parcialmente frustrada” en relación con la consecución de este objetivo inicial de la reforma¹³¹.

Estas consideraciones dejan entrever las dificultades de las instituciones europeas para alcanzar la unificación de normas en el sector de la competencia judicial internacional aplicables a los supuestos en los que el demandado se encuentre domiciliado en un tercer Estado, siendo éste uno de los objetivos principales de la reforma del Reglamento “Bruselas I” que, finalmente, en líneas generales no se ha llegado a materializar. En consecuencia, coincidiendo en este aspecto con otros autores, la valoración sobre la reforma del régimen de competencia aplicable a los demandados no domiciliados en un Estado miembro, plasmada en el Reglamento “Bruselas I bis”, no puede ser una valoración positiva¹³².

C) Transformación del Convenio de Roma de 1980 en instrumento europeo: el Reglamento (CE) nº 593/2008

El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹³³, tuvo su origen en un deseo propio de los Estados parte del mismo y miembros de la Comunidad Económica Europea en aquellos momentos. Dicho deseo consistía en unificar las normas de Derecho internacional privado y codificar las

¹³¹ Como puede apreciarse, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2015, p. 1.

¹³² En opinión de H. AGUILAR GRIEDER en su interesante análisis, respecto al alcance de la reforma del régimen de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”, “no puede hablarse de un fracaso o de una apuesta frustrada. (...) se trata más bien de una apuesta ‘parcialmente frustrada’ (...). *vid. loc. cit.*, 2015, p. 14.

¹³³ JOCE, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266.

normas de conflicto de leyes existentes dentro de la Comunidad para, en última instancia, evitar los inconvenientes que resultaban de la diversidad de normas de conflicto, especialmente en materia de obligaciones contractuales.

Para indagar en las razones que justificaron la aparición del Convenio de Roma de 1980, debemos atender al contexto histórico en el que finalmente surge dicho Convenio. De tal forma observamos que el sistema diseñado inicialmente por el Convenio de Bruselas de 1968¹³⁴, al incluir una serie de foros de competencia judicial internacional en virtud de los cuales se permite al demandante elegir qué tribunal estatal va a conocer de un determinado litigio internacional, propicia que una de las partes elija los tribunales de un Estado miembro en lugar de los de otro por la única razón de que la ley aplicable en dicho Estado le sea más favorable en cuanto al fondo del asunto, principalmente respecto a los intereses económicos subyacentes¹³⁵.

En este mismo sentido, el sistema del Convenio de Bruselas, al sustentarse sobre una serie de criterios alternativos de competencia y, a su vez, posibilitando un amplio margen a la intervención de la autonomía de la voluntad para que las partes puedan realizar un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales del Estado que fuera más favorable a sus intereses, no ha conseguido evitar la conducta denominada como *forum shopping*, consistente en buscar el órgano jurisdiccional más ventajoso¹³⁶. Por consiguiente, al no conseguirse evitar por parte del Convenio de Bruselas la dispersión de los tribunales competentes, tal como advierte T. BALLARINO, ello supone un grave peligro para la uniformidad en el sentido de que “jueces competentes para casos de la misma naturaleza (...) lleguen a soluciones diferentes aplicando normas de DIPr. que resuelvan de modo diverso sobre la determinación del Derecho

¹³⁴ Al igual que el Convenio de Bruselas, su inmediato sucesor (el Reglamento “Bruselas I”) y el Reglamento que deroga a éste (el Reglamento “Bruselas I bis”), no han conseguido evitar el riesgo de *forum shopping*.

¹³⁵ Esta situación es una consecuencia práctica de la aplicación de los artículos 2 y 5 apartado 1 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹³⁶ De hecho, este riesgo de *forum shopping* aparece como denominador común en el Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales por Mario Giuliano profesor de la Universidad de Milán y Paul Lagarde profesor de la Universidad de París I (*DOCE*, de 11 de diciembre de 1992, núm. 92/C 327/01), conocido comúnmente como Informe Giuliano-Lagarde, nomenclatura que utilizaremos en adelante, p. 4; en el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, p. 10, [COM (2002) 654 final]; así como en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), p. 2, [COM (2005) 650 final].

aplicable”¹³⁷. Precisamente, para dar solución al problema del *forum shopping*, aparece el Convenio de Roma, el cual consagra un sistema universal de normas de conflicto de leyes. Si a ello añadimos que, en el propio Preámbulo del Convenio, las partes declaran su intención de “proseguir, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, la obra de *unificación jurídica* ya iniciada en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales”¹³⁸, podemos concluir que, el Convenio de Roma, constituye la “prolongación natural” y el “complemento lógico” e “indispensable” del Convenio de Bruselas¹³⁹.

En cuanto a la aparición del Convenio de Roma, debemos precisar que surgió tras un largo proceso de elaboración en el que fueron necesarios más de diez años, desde la primera propuesta iniciada el 8 de septiembre de 1967 por los países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) al enviar a la Comisión la invitación para llevar a cabo la ansiada unificación del Derecho internacional privado y la codificación de las normas de conflicto de leyes, hasta que finalmente dicho Convenio se firma el 19 de junio de 1980¹⁴⁰. El Convenio de Roma fue el resultado de todo un proceso armonizador o unificador de las normas de conflicto, lo cual tuvo su correspondiente repercusión en el desenvolvimiento de las distintas libertades comunitarias y, a su vez, facilitó y mejoró el funcionamiento del mercado común¹⁴¹.

Si nos referimos a la naturaleza jurídica del Convenio de Roma, cabe decir que no se trata de Derecho comunitario en sentido propio ni se trata de un Convenio internacional al margen de la Comunidad Europea. Teniendo en cuenta que, por un lado, en virtud de su artículo 28, queda abierto a la firma por parte de los Estados miembros de la Comunidad y, por otro lado, al reconocer en su artículo 20 la aplicación prioritaria

¹³⁷ Vid., por todos, T. BALLARINO, *loc. cit.*, 2006, pp. 333 y 334.

¹³⁸ La utilización de cursivas no pertenece al texto original.

¹³⁹ Tales expresiones respecto del Convenio de Roma son avaladas por el propio Informe Giuliano-Lagarde, que en su página 5 manifiesta: “... la armonización proyectada, sin relacionarse expresamente con las disposiciones del artículo 220 del Tratado (TCE), sería la *prolongación natural del Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias*”. En esta misma línea, en cuanto al calificativo de “complemento lógico”, vid. el detallado análisis de O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Thomson Aranzadi, 2006, p. 25; y, a modo de ejemplo, la referencia a la expresión referida al Convenio de Roma como “complemento indispensable” puede verse en T. BALLARINO, *loc. cit.*, 2006, p. 334.

¹⁴⁰ Para una descripción del proceso de elaboración del Convenio de Roma de 1980 puede consultarse el propio Informe Giuliano-Lagarde, pp. 4-7; y O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*, 2006, pp. 26-27.

¹⁴¹ Así se refleja en la página núm. 4 del Informe Giuliano-Lagarde.

de las normas elaboradas (o que se elaboren) por el Derecho comunitario sobre conflictos de leyes, si además tenemos presente que dicho Convenio se fundamenta en una serie de ideas fuertemente comunitarias (como por ejemplo, la no discriminación por razón de nacionalidad y la uniformidad jurídica), todos estos aspectos evidencian una relación clara entre el Convenio de Roma y el Derecho comunitario. Por tanto, podemos afirmar que nos encontramos ante un “Convenio comunitario”¹⁴². No obstante, para que dicho Convenio pudiera interpretarse por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (actual TJUE), fue necesaria la elaboración de dos Protocolos específicos que se añaden al final del propio Convenio. Así se desprende del Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma en Reglamento¹⁴³, aunque ambos Protocolos entraron en vigor muy tardíamente: en octubre de 2004¹⁴⁴. Ello justifica que, tal como expone M^a.J. SERRANO GARCÍA, no exista “una jurisprudencia comunitaria consolidada que resuelva las dudas interpretativas que plantean muchos de sus mandatos y, en particular, los encargados de determinar la ley aplicable a los contratos de trabajo internacionales”¹⁴⁵.

El Convenio de Roma, debido a las sucesivas ampliaciones de la, en aquellos momentos, Comunidad Europea fue objeto de numerosas revisiones, siendo reformado con motivo de la adhesión de Grecia (10 de abril de 1984); a través del Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 (en vigor el 1 de septiembre de 1993) con motivo de la adhesión de España y Portugal; también fue reformado con ocasión de la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia (29 de noviembre de 1996); y, por último, con ocasión de la adhesión de República Checa, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta y Polonia (14 de abril de 2005). Al igual que ocurrió con el Convenio de Bruselas, las sucesivas incorporaciones a la Comunidad Europea obligaban a renegociar el Convenio de Roma respecto de la adhesión de nuevos Estados miembros a la misma. De tal forma que esta necesidad de negociar el Convenio de Roma cada vez que se adherían nuevos Estados a la (por aquel entonces) Comunidad Europea, propició que se planteara la conveniencia de transformar dicho Convenio internacional en

¹⁴² Acerca de estos mismos aspectos, puede consultarse O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*, 2006, p. 25; y, en este mismo sentido sobre la calificación de “Convenio comunitario”, *vid.* J.F. LOUSADA AROCHENA / R. PEDRO RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p. 83.

¹⁴³ COM (2002) 654 final, en concreto en el subapartado referente a la interpretación uniforme del Convenio por el Tribunal de Justicia, pp. 15 y 16.

¹⁴⁴ BOE, de 8 de octubre de 2004, núm. 243.

¹⁴⁵ M^a.J. SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, 2011, p. 105 *in fine*.

instrumento normativo comunitario. Como es sabido y hemos argumentado en páginas anteriores, dicha transformación no fue posible hasta que se produce la ampliación de las competencias comunitarias en el ámbito de los conflictos de leyes y de jurisdicción. De este modo, la base jurídica competencial del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁴⁶ (comúnmente conocido como “Roma I”), se encuentra en el artículo 81 del TFUE (antiguos artículos 61 y 65 letra ‘b’ del TCE). Por consiguiente, el Reglamento “Roma I” es otro fruto más del proceso de “comunitarización” o “europeización” del DIPr., proceso iniciado a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y mediante el cual se atribuye a las instituciones de la Unión Europea la competencia para elaborar normas de DIPr¹⁴⁷.

Realizada una amplia consulta a las demás instituciones jurídicas de la UE y a la sociedad civil¹⁴⁸, fue la Comisión, el 15 de diciembre de 2005, la que redactó una Propuesta para transformar el Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea¹⁴⁹. Más allá de la mera transformación de dicho Convenio internacional en Reglamento comunitario, existían otras expectativas de gran interés consistentes en revisar o modificar el texto del Convenio y, a su vez, aprovechar la ocasión para actualizarlo a través de ciertas innovaciones significativas respecto a la regulación de los contratos internacionales¹⁵⁰. No obstante, en la citada Propuesta de la Comisión del año 2005, se sigue manteniendo la misma estructura que la del Convenio.

Partiendo de la base de su diferente naturaleza jurídica, el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

¹⁴⁶ DOUE, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. Corrección de errores: DOUE, de 24 de noviembre de 2009, núm. L 309/87.

¹⁴⁷ Al proceso de “comunitarización” nos hemos referido en páginas anteriores del presente trabajo.

¹⁴⁸ Especialmente, en el marco del Libro Verde de 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final.

¹⁴⁹ COM (2005) 650 final.

¹⁵⁰ Sobre estas cuestiones pueden consultarse, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, 2018, Vol. II, p. 941; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, 2008, Nº 6957, pp. 1-10, p. 2; y, A. QUINONES ESCÁMEZ, “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’ de 15.12.2005”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 2006, Nº 367, pp. 1-22, p. 4.

(conocido como Reglamento “Roma II”¹⁵¹) pertenecen a un mismo sistema normativo, por tanto, nos encontramos ante dos instrumentos sumamente útiles a la hora de interpretar el Reglamento “Roma I”¹⁵². A ello, teniendo como fundamento el Considerando 17 de dicho Reglamento, tenemos que añadir igualmente el Reglamento “Bruselas I”, ya que términos empleados en este último texto normativo (tales como “compraventa de mercaderías” y “prestación de servicios”¹⁵³) han de ser interpretados del mismo modo en sede de ley aplicable, es decir, en el marco del Reglamento “Roma I”.

Actualmente, esta apreciación se desprende del principio de continuidad de los conceptos, en virtud del cual a un determinado término empleado en dos o más textos normativos se le debe atribuir el mismo significado en cada uno de ellos¹⁵⁴, por lo que tal apreciación la consideramos extensible respecto del Reglamento “Bruselas I bis”, el cual utiliza exactamente los mismos términos citados (“compraventa de mercaderías” y prestación de servicios”) en su artículo 7 apartado 1 letra ‘b’. Y, más en concreto, la utilización de una interpretación uniforme, tanto en el Reglamento “Roma I” como en el Reglamento “Bruselas I bis”, constituye una de las manifestaciones más claras del principio de conciliación entre ambos textos normativos, siendo ésta una de las principales finalidades del legislador europeo¹⁵⁵.

El Reglamento “Roma I”, que sustituye al Convenio de Roma de 1980, viene siendo aplicable a partir del 17 de diciembre de 2009 (artículo 28 del Reglamento “Roma I”). Este instrumento europeo es directamente aplicable en todos los Estados miembros excepto en Dinamarca.

Además, podemos señalar que el Reglamento “Roma I” cumple uno de los objetivos principales para el cual fue creado, como es el evitar el *forum shopping*, de tal

¹⁵¹ Precisamente la denominación del Reglamento como “Roma I” se debe a la correlación entre éste y el, ya existente, Reglamento “Roma II”.

¹⁵² A esta misma idea se refiere F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2008, p. 2.

¹⁵³ Más en concreto los términos citados se encuentran expresamente en el artículo 5 apartado 1 letra ‘b’ del Reglamento “Bruselas I”; así como en el artículo 7 apartado 1 del Reglamento “Bruselas I bis”.

¹⁵⁴ A este principio, de continuidad de los conceptos, también se refiere de forma similar F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2008, p. 2.

¹⁵⁵ El principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la UE es objeto de un estudio más pormenorizado en el presente trabajo de investigación. No obstante, debido a su importancia, lo vamos a tratar de una forma más general en este mismo subapartado.

forma que la ley que rige una determinada relación contractual internacional es la misma al margen de cuál sea el Estado miembro cuyos tribunales conozcan de ese concreto litigio. Ello tiene varias y significativas consecuencias, ya que favorece notablemente la contratación internacional al proporcionar más seguridad a los contratantes en cuanto a la determinación de la ley aplicable, lo cual repercute de forma positiva en el buen funcionamiento del mercado interior al reforzarse la seguridad jurídica a nivel internacional.

A estos logros ha de sumarse que el Reglamento “Roma I”, al unificar normas de conflicto en el ámbito de las obligaciones contractuales, facilita la libre circulación de resoluciones. Por lo tanto, ello fortalece e impulsa el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones y otras decisiones¹⁵⁶. No olvidemos que la adopción de medidas para aplicar el mencionado principio, en el seno de la UE, constituye un objetivo primordial por parte de las instituciones europeas, muy especialmente, a partir del Consejo Europeo celebrado en Tampere en el año 1999¹⁵⁷.

2. La regulación del contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado de origen europeo: contexto

El contrato individual de trabajo en el marco de la UE, a diferencia de lo que ocurre en materia de seguros y de consumo, no ha sido siempre objeto de una regulación específica en sede de competencia judicial internacional. En efecto, el Convenio de Bruselas de 1968 en su redacción originaria (por tanto, con anterioridad al Convenio de San Sebastián de 1989) no incluía expresamente a los contratos individuales de trabajo, ni en el régimen general ni en el régimen especial de competencia judicial internacional. Dicho régimen especial únicamente abarcaba a los contratos de seguros (Sección 3ª: arts. 7 a 12) y a los contratos de consumo (Sección 4ª: arts. 13 a 15)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ En este mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2948. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2872.

¹⁵⁷ Así queda recogido en los Considerandos 3 y 4 del Reglamento “Roma I”.

¹⁵⁸ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1972, núm. L 299 (72/454/CEE).

De forma más precisa podemos puntualizar que el Convenio de Bruselas de 1968, en un principio, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, respecto a los foros especiales por razón de la materia, en su artículo 5 apartado 1, no establecía diferencia alguna entre los distintos tipos de categorías contractuales. De aquí que, al inicio, el Convenio de Bruselas ofrecía un tratamiento igualitario de soluciones a la hora de determinar qué órgano jurisdiccional estatal iba a ser competente para conocer de un determinado litigio internacional con independencia de que el citado litigio surgiera tanto de relaciones contractuales en las que existe un equilibrio en la posición negocial de las partes como de relaciones contractuales asimétricas, es decir, aquellas en las que una de las partes goza de una posición negocial más ventajosa frente a la otra parte contratante.

De tal forma que los litigios surgidos a consecuencia de una relación laboral vinculados con más de un ordenamiento jurídico, a pesar de existir una parte débil en dicho litigio internacional (el trabajador frente al empresario o empleador), en el ámbito de la UE quedaban sometidos al régimen general de competencia judicial internacional, ya que los vínculos de dicha relación laboral fueron asimilados a los vínculos de Derecho civil¹⁵⁹. Esta sujeción a dicho régimen general tiene su fiel reflejo en la redacción inicial del artículo 5 apartado 1 del Convenio de Bruselas de 1968, en virtud del cual las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante, en materia contractual, “*ante el juez del lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación*”¹⁶⁰.

Por tanto, al inicio, para determinar el tribunal competente en materia de contratos individuales de trabajo en el marco de la UE, en ausencia de foros de protección fundamentados en el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa (en este caso, del trabajador), se utilizaba un foro de cji fundamentado en el principio de proximidad de dicha relación litigiosa con el Estado cuyos tribunales conocen del asunto en cuestión. Ello suponía una considerable desprotección del trabajador frente al empleador o empresario y, a su vez, un tratamiento desigual respecto a otras categorías contractuales en las que también existe una parte débil como

¹⁵⁹ En este sentido, describiendo con carácter general el régimen al que están sujetos los contratos de trabajo, se expresa M^a.J. SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, 2011, p. 23.

¹⁶⁰ Precepto del Convenio de Bruselas de 1968 publicado en el *DOCE*, de 31 de diciembre de 1972, núm. L 299 (72/454/CEE) p. 187. Las cursivas no aparecen en el texto original.

ocurre en materia de seguros y de consumo que, a diferencia del contrato individual de trabajo, sí contaban desde un principio con un régimen especial de competencia judicial internacional contenido en el Convenio de Bruselas de 1968.

No obstante, resulta un tanto curioso comprobar que en el Anteproyecto del citado Convenio ocurría justo lo contrario, ya que en el mismo sí se recogía un foro de cji respecto de los contratos individuales de trabajo. En virtud de dicho foro, tal como pone de relieve O. FOTINOPOULOU BASURKO, “se atribuía una competencia exclusiva a los tribunales del Estado contratante en el que se encontrara, bien el establecimiento interesado, bien el lugar en el que debía ejecutarse o ya había sido ejecutado el trabajo”¹⁶¹. Además, la citada autora añade que la justificación de que finalmente dicho criterio no fuera incluido en la redacción inicial del Convenio de Bruselas se debió a “una decisión del Comité que elaboraba este instrumento convencional, que creyó conveniente esperar hasta el momento en el que se redactaran reglas de ley aplicable, con el objetivo de favorecer tan deseable coincidencia entre *forum* e *ius* en materia de contrato de trabajo, en aras de facilitar la aplicación del derecho imperativo y los convenios colectivos de aplicación”¹⁶².

Transcurridos unos años, fue el Tribunal de Luxemburgo, dando respuesta a las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del propio Convenio de Bruselas, el que puso en evidencia las singularidades que presenta el contrato individual de trabajo internacional y, en consecuencia, la necesidad de incluir unas reglas específicas de competencia judicial internacional en dicho texto normativo de origen convencional en aras de ofrecer una protección especial al trabajador en tanto que es la parte débil de la relación litigiosa. En este sentido, la labor interpretativa del TJUE en sentencias emblemáticas como por ejemplo, en los asuntos *Ivenel*, *Shenevai* y *Six Constructions*¹⁶³,

¹⁶¹ Puede consultarse en un detallado análisis acerca de la originaria redacción del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas en el que se trata precisamente la ausencia de foros de competencia específicos en materia de contratos individuales de trabajo, *vid.* O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario*, Consejo Económico y Social de Andalucía (CES·A), 2008, p. 51; en esta misma línea y fundamentados en la citada autora, también resulta interesante, J.F. LOUSADA AROCHENA / R. PEDRO RON LATAS, *op. cit.*, 2013, p. 30.

¹⁶² Así lo argumenta O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*, 2008, pp. 51 *in fine* y 52.

¹⁶³ El TJUE en los asuntos citados delimita el significado de diferentes términos. Así, consiguió a través del asunto *Ivenel* (C-133/81) concretar que “la obligación que se ha de tener en cuenta para la aplicación del número 1 del artículo 5, en caso de demandas fundadas en distintas obligaciones derivadas de un contrato de representación que vincula a un trabajador por cuenta ajena con una empresa, es la que caracteriza dicho contrato” (STJUE, de 26 de mayo de 1982) ; a través del asunto *Shenevai* (C-266/85) el

fue decisiva para lograr la inclusión de un foro especial en materia de contrato de trabajo en el Convenio de Bruselas a través del Convenio de San Sebastián de 1989. Precisamente a este último aspecto vamos a referirnos a continuación.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, el Convenio de Bruselas se elaboró por los Estados miembros, en aquellos momentos, de la Comunidad Europea, utilizando como base competencial el artículo 220 TCE. En consecuencia, dicho Convenio formó parte del acervo comunitario, considerado Derecho complementario del Derecho comunitario. Como es sabido, debido a su naturaleza convencional, el contenido del Convenio de Bruselas, a pesar de ser un “convenio comunitario”, no se integraba de forma inmediata a los ordenamientos jurídicos de aquellos Estados que procedían a su adhesión a la Comunidad Europea. Sino que, por el contrario, a medida que los Estados iban ingresando en la misma, el Convenio de Bruselas necesitaba ser renegociado a través de distintos acuerdos o convenios complementarios¹⁶⁴.

Si nos referimos al caso español, con motivo de la adhesión de España y Portugal, se aprueba el 26 de mayo de 1989 el Convenio de San Sebastián lo cual supuso, además del ingreso de ambos países en la Comunidad Europea y su adhesión al Convenio de Bruselas, un cambio sustancial desde la perspectiva de la regulación de la competencia judicial internacional en materia contractual laboral. En concreto, con la reforma del Convenio de Bruselas a través del Convenio de San Sebastián, se consigue introducir unas reglas específicas para determinar qué tribunal es competente para conocer de un litigio internacional surgido de una concreta relación jurídico-privada externa derivada de un contrato individual de trabajo. Ello da lugar a una modificación en el contenido del artículo 5 del Convenio de Bruselas, contenido al que se ha ido incorporando de forma progresiva la jurisprudencia del TJUE.

Tribunal de Justicia afirma que “los contratos de trabajo (...) presentan ciertas particularidades en relación con los demás contratos (...). Es en virtud de dichas particularidades por lo que el juez del lugar en el que ha de ejecutarse la obligación que caracteriza a tales contratos aparece como el más apto para resolver los litigios a que pudieran dar lugar una o varias obligaciones nacidas de dichos contratos” (STJUE, de 15 de enero de 1987); y, a través del asunto *Six Constructions* (C-32/88) partiendo de la peculiaridad de que la empresa estaba domiciliada en un Estado miembro de la UE (Bélgica) y los servicios se prestaban fuera de la UE (África), el Tribunal de Justicia, entre otras cuestiones, determinó que en tal caso es el “domicilio del demandado (...) el que determina la competencia judicial”, es decir, resulta de aplicación el foro general de cji general contenido en el artículo 2 del Convenio de Bruselas (STJUE, de 15 de febrero de 1989).

¹⁶⁴ Esta cuestión ha sido tratada anteriormente.

Podemos concluir que, teniendo como base la regla general de cji consagrada en el artículo 2 del Convenio de Bruselas, en virtud de la cual la competencia para conocer de un determinado litigio internacional corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentre el domicilio del demandado, con independencia de la nacionalidad del litigante, siempre que dicho domicilio se encuentre en un Estado contratante. Junto a esta regla sobre la que se sustenta el régimen general de cji, salvo importantes excepciones, se incluye en el Convenio de Bruselas un foro especial por razón de la materia. Como hemos tenido oportunidad de ver, dicha incorporación se produce como consecuencia de la modificación operada por el Convenio de San Sebastián de 1989, texto que consiguió introducir a través de su artículo 4 unos criterios específicos a la hora de determinar la competencia en aquellos litigios internacionales que puedan surgir a raíz de un contrato de trabajo. Ambos foros de cji se encuentran en un mismo plano jerárquico por lo que se posibilita al demandante su utilización de forma alternativa. Sin embargo, conviene subrayar que el criterio específico en materia de contratos individuales de trabajo, contenido en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas, es el que mejor garantiza la protección de la parte contractual más débil, en este caso, del trabajador, ya que esta es precisamente la finalidad del mencionado precepto. No podemos olvidar que este principio tuitivo, como es la protección de la parte débil, constituye una pieza clave que justifica y articula la regulación de un régimen especial de competencia judicial internacional tanto en el Convenio de Bruselas como en sus sucesores, el Reglamento “Bruselas I” y, posteriormente, el Reglamento “Bruselas I bis”.

Tras esta evolución en el marco de la UE que afecta a la materia contractual en el ámbito de la competencia judicial internacional, el contenido del artículo 5 apartado 1 del Convenio de Bruselas, como resultado de la labor jurisprudencial del TJUE (en aquellos momentos, el TJCE) y, a partir de la modificación operada por el Convenio de San Sebastián, es el siguiente: “Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. En materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda; *en materia de contrato individual de trabajo*, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al

empresario en el Tribunal del lugar en el que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador”¹⁶⁵.

No obstante, la modificación descrita, operada por el Convenio de San Sebastián de 1989, no fue la única. Si comparamos la redacción del artículo 17 del Convenio de Bruselas, antes y después de la reforma llevada a cabo por el Convenio de adhesión de 1989, vemos cómo al final de dicho precepto se incorpora un párrafo que resulta aplicable a los litigios internacionales surgidos de un contrato individual de trabajo, se trata de una disposición que ya existía en el Convenio de Lugano I (artículo 17.5)¹⁶⁶.

En definitiva, se procede a la incorporación del foro de la sumisión expresa, criterio basado en el principio de la autonomía de la voluntad. En virtud del cual, las partes pueden acordar (de forma genérica o específica) qué tribunal estatal va a ser competente para conocer de los posibles conflictos que se deriven de una concreta relación contractual laboral de carácter internacional.

Ahora bien, al igual que ocurre en la referida regulación del Convenio de Lugano I, en este caso, se condiciona la efectividad de dicha elección de foro a que, necesariamente, ha de realizarse con posterioridad al nacimiento del litigio. Sin embargo, la regulación contenida en el artículo 17 *in fine* del Convenio de Bruselas también señala que, de existir sumisión expresa, ésta prevalecerá sobre la regla general (art. 2 CB) o bien, sobre la regla específica (art. 5.1 CB, tras su modificación por el art. 4 del Convenio de adhesión de 1989). No olvidemos que ambos foros de cji se encuentran en el mismo plano jerárquico; aunque, si nos encontramos con un litigio internacional surgido de una relación contractual laboral, debido a la finalidad tuitiva del artículo 5 apartado 1 del Convenio de Bruselas a favor de la parte débil de dicha relación contractual, no es de extrañar que las partes recurran a este foro especial por razón de la materia en vez de acudir al foro general. Por este motivo, hubiera sido más

¹⁶⁵ Conviene precisar que ya existía una disposición muy similar, distinguiendo igualmente “*en materia de contrato individual de trabajo*” en el Convenio, de 16 de septiembre de 1988, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido comúnmente como Convenio de Lugano I), en su artículo 5 apartado 1. Se trata de un Convenio internacional suscrito por los Estados miembros de la Comunidad, así como por los Estados no miembros que conforman la Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Noruega y Suiza). Al margen de lo anterior, la utilización de cursivas no corresponde a ninguno de los textos originales.

¹⁶⁶ El artículo 17.5 del Convenio de Lugano I dispone que: “En materia de contratos individuales de trabajo, los convenios atributivos de competencia sólo surtirán efecto si son posteriores al nacimiento del litigio”.

acertado en la redacción del Convenio de Bruselas citar que, en caso de existir sumisión expresa en los litigios internacionales en materia de contratos individuales de trabajo, ésta prevalecerá, en primer lugar, sobre la regla específica y, en segundo lugar, sobre la regla general, respectivamente¹⁶⁷.

A partir del 1 de marzo de 2002, con la entrada en vigor del Reglamento “Bruselas I”, el contenido de las reglas de competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo internacional, en líneas generales, no ha sido modificado sustancialmente; aunque conviene precisar que se han introducido ciertas mejoras, tanto desde un punto de vista sistematizador como técnico, respecto a su antecesor: el Convenio de Bruselas de 1968¹⁶⁸.

En este sentido, el Reglamento “Bruselas I” se inclina por ofrecer una protección reforzada a la figura del trabajador en tanto que parte débil de la relación contractual. Se trata de una mayor protección que se materializa más claramente a través de los foros especiales en materia de contrato de trabajo. Respecto a su sistematización, a diferencia del Convenio de Bruselas, el Reglamento “Bruselas I” dedica una Sección completa a dichos criterios especiales que aparecen regulados en la Sección 5ª del Capítulo II (arts. 18 a 21 ambos inclusive). De ello se desprende que el legislador europeo, al sistematizar y reagrupar de este modo la regulación de dichos criterios especiales dedicándole una Sección completa, en vez de dos preceptos (arts. 5.1 y 17 CB), otorga una mayor relevancia al contrato individual de trabajo. Podemos señalar desde esta perspectiva que el propio legislador europeo, por primera vez, estableciendo una sección específica en sede de competencia judicial para los contratos individuales de trabajo, logra equiparar este tipo contractual a otras dos concretas figuras contractuales como son los contratos de seguro y de consumo. Además, dicho régimen especial de competencia judicial se configura exclusivamente a favor del trabajador, ya que sólo cuando éste sea demandante podrá optar por los foros de competencia judicial internacional contenidos en el citado régimen especial.

¹⁶⁷ De hecho, por este mismo orden lo cita la autora O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*, 2008, p. 58 *in fine*.

¹⁶⁸ Acerca de la regulación del contrato individual de trabajo en el Reglamento “Bruselas I” puede consultarse, por todos, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*, 2008, pp. 59-60; J.F. LOUSADA AROCHENA / R. PEDRO RON LATAS, *op. cit.*, 2013, pp. 34-35; interesante análisis realizado por P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002, pp. 97-100 en general y pp. 101-115 en particular.

Este no es el único aspecto diferenciador entre el régimen de competencia establecido en el Reglamento “Bruselas I” y su antecesor normativo el Convenio de Bruselas de 1968. Como hemos avanzado anteriormente, el mencionado instrumento normativo de la UE introduce ciertas mejoras técnicas de interés. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la definición autónoma que ofrece el Reglamento “Bruselas I bis” sobre qué ha de entenderse por “domicilio de las personas jurídicas” (art. 18 apartado 2); o bien, en la ampliación de posibilidades a la hora de demandar al empresario o empleador por parte del trabajador considerando que, cuando sea demandante el trabajador, éste podrá presentar su demanda ante los tribunales del lugar de prestación de los servicios y, además, ante el tribunal del último lugar en el que lo hubiere desempeñado (art. 19 apartado 2 letra ‘a’).

A la vez que el Reglamento “Bruselas I” incorpora dicho foro de competencia judicial internacional y, en consecuencia, amplía las posibilidades de las que dispone el trabajador, reduce las posibilidades del empresario o empleador (parte que ocupa la posición negocial más ventajosa), ya que cuando éste sea demandante se suprime el foro del lugar del desempeño habitual del trabajo, pudiendo demandar al trabajador únicamente atendiendo al foro del domicilio del demandado (art. 20 apartado 1); es decir, el empleador no dispone de otros foros alternativos, sin perjuicio de sumisión expresa (cláusula de elección de foro), sumisión tácita o demanda reconvenzional.

En consecuencia, si atendemos a la protección ofrecida al trabajador por el Convenio de Bruselas de 1968 así como por su directo sucesor normativo, el Reglamento “Bruselas I”, coincidiendo en este aspecto con M^a. J. SERRANO GARCÍA, llegamos a la conclusión de que el legislador europeo no sólo se ha preocupado de reordenar y sistematizar en una sección específica los foros de competencia judicial internacional que ya aparecían, grosso modo, en su inmediato antecesor normativo, sino que se ha logrado avanzar con una clara finalidad tuitiva hacia la consecución de una mayor protección del trabajador en tanto que constituyen la parte débil de la relación litigiosa¹⁶⁹. En definitiva, podemos afirmar que el instrumento normativo elaborado por las instituciones europeas supera el nivel de protección establecido en el Convenio de Bruselas.

¹⁶⁹ M^a. J. SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, 2011, p. 29 *in fine*.

A pesar de ello y del buen resultado práctico que nos ha brindado durante casi trece años el Reglamento “Bruselas I”, resulta necesario avanzar para reforzar aún más la protección de la parte de la relación contractual cuya posición negocial es más desfavorable. Teniendo presente una posible mejora en sede de competencia judicial internacional y como uno de sus principales objetivos, nace el Reglamento “Bruselas I bis”. Actual instrumento normativo que deroga a su directo antecesor, el Reglamento “Bruselas I”.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, uno de los grandes objetivos a conseguir con la reforma del Reglamento “Bruselas I” (junto a la supresión generalizada del *exequátur*), era comunitarizar las reglas de competencia judicial con el propósito de hacer posible ejercitar la acción aunque el demandado no estuviera domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea. Como es sabido, no se ha conseguido dicho objetivo. No obstante, respecto al contrato individual de trabajo en sede de competencia judicial internacional, se ha realizado un notable avance, ya que, en virtud del artículo 21 apartado 2, los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro¹⁷⁰.

Por otro lado, respecto a su sistematización, las normas de competencia judicial internacional relativas, a los contratos individuales de trabajo, continúan en la Sección 5ª del Capítulo II, variando su numeración, siendo actualmente los artículos 20 a 23 (ambos inclusive) los que se encargan de determinar qué tribunales estatales serán competentes para conocer y resolver un determinado litigio internacional cuando tal controversia se derive de una relación contractual laboral¹⁷¹.

¹⁷⁰ Tal como dispone expresamente el artículo 21.2 RBI bis, de conformidad con lo establecido en este mismo precepto en su apartado 1 letra ‘b’. Además, el Reglamento “Bruselas I bis” ha introducido otros aspectos relevantes que afectan a los foros de cji que se justifican en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes como son la sumisión expresa y tácita (arts. 25 y 26 respectivamente). Dichos aspectos serán analizados en el presente trabajo de investigación.

¹⁷¹ En el Reglamento “Bruselas I”, la Sección 5ª del Capítulo II abarca los artículos 18 a 21 (ambos inclusive). Dicho cambio en la numeración a lo largo del articulado del Reglamento “Bruselas I bis” puede ocasionar cierta complejidad a los operadores jurídicos, siendo ésta una cuestión un tanto criticable. El propio legislador europeo se ha encargado de disminuir dicha complejidad, al incluir al final del propio Reglamento (Anexo III) una tabla de correspondencias entre la numeración del Reglamento “Bruselas I” y la del Reglamento “Bruselas I bis”, especificando cada uno de los apartados de los distintos preceptos cuando ello resulta necesario.

En sede de Derecho aplicable, el contrato individual de trabajo en el marco de la UE es objeto de regulación por el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, así como por su sucesor normativo, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento “Roma I”).

Tanto el Convenio de Roma de 1980, como el Reglamento “Roma I”, establecen dos regímenes para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales. Así, ambos textos normativos contienen un régimen general (fundamentalmente, arts. 3 y 4 CR; arts. 3 y 4 RRI) y un régimen especial (arts. 5 y 6 CR; arts. 5 a 8 RRI) que, a diferencia del régimen general, se justifica en el principio de protección de la parte débil de la relación contractual respecto a una serie de categorías contractuales concretas en las que existe un desequilibrio en la posición negocial de ambas partes. De tal forma, que una de las partes de la relación contractual ocupa una posición negocial más vulnerable frente a la otra parte. Por lo tanto, existe una necesidad especial de protección, siendo precisamente el objetivo de dicho régimen especial de Derecho aplicable la protección de la parte débil de la relación litigiosa.

Si atendemos al Convenio de Roma, las reglas especiales protegen al consumidor (art. 5) y al trabajador (art. 6), puesto que el régimen especial previsto por la norma de origen convencional sólo abarca a estas dos categorías contractuales. En este sentido, el Reglamento “Roma I”, por un lado, coincide con su antecesor normativo al incluir en su régimen especial tanto a los contratos de consumo (art. 6) como a los contratos individuales de trabajo (art. 8) y, por otro lado, nos encontramos con un elemento diferenciador entre ambos textos normativos, ya que el Reglamento “Roma I” amplía la aplicación de las reglas especiales contenidas en el mismo a los contratos de transporte, tanto de mercancías como de pasajeros (art. 5 apartados 1 y 2 respectivamente), y a los contratos de seguro (art. 7).

Por lo que respecta a la regulación del contrato individual de trabajo en el marco de la Unión Europea, debemos señalar que, uno de los objetivos principales del artículo 8 del Reglamento “Roma I” (precepto que sustituye al anterior artículo 6 del Convenio de Roma), es la protección de la parte débil de la relación contractual en materia laboral. Esta finalidad tuitiva alcanza una mayor intensidad cuando las partes de dicha relación contractual, en virtud de la autonomía conflictual, elijan (ya sea expresa o tácitamente)

la ley aplicable a dicho contrato individual de trabajo con elemento extranjero, pudiendo ser la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea. Conviene precisar que no se trata de una autonomía conflictual plena, sino que dicho criterio de conexión (conexión principal) se encuentra condicionado por una serie de límites. De hecho, la ley elegida por las partes únicamente se aplicará si resulta más favorable al interés o pretensión del trabajador en el litigio que la ley aplicable en defecto de elección (art. 8 apartado 1 RRI).

Además, el artículo 8 del Reglamento, al igual que hacía el artículo 6 del Convenio de Roma, prevé una serie de reglas para determinar la ley objetivamente aplicable (ley aplicable en defecto de elección). En tal supuesto, el criterio de conexión utilizado será el lugar habitual de trabajo (art. 8 apartado 2 RRI) y, si el trabajador no realizara habitualmente su trabajo en un mismo país, a dicho contrato de trabajo se le aplicará “la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador” (art. 8 apartado 3 RRI)¹⁷².

No obstante, desde la perspectiva del principio de protección a la parte débil de la relación litigiosa, resulta relevante el papel que ocupan las normas materiales internacionalmente imperativas (denominadas por el propio Convenio de Roma y por el Reglamento “Roma I” como “leyes de policía”), ya que este tipo de normas ofrecen una mayor protección a la parte débil de la relación litigiosa, en este caso, al trabajador¹⁷³.

No cabe duda que el principio de protección al trabajador es una pieza clave que se encuentra perfectamente ensamblada tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el sector del Derecho aplicable. Lo cual tiene su fiel reflejo en la protección que ofrece nuestro Derecho internacional privado al trabajador, puesto que es éste quien ocupa una posición negocial más débil respecto al empresario o empleador.

¹⁷² El régimen especial de Derecho aplicable a los contratos individuales de trabajo en el ámbito de la Unión Europea, así como otros aspectos de interés (límites a la autonomía conflictual, relación *forum-ius*, etc.) respecto a esta materia, serán analizados en profundidad en el Capítulo 3º del presente trabajo de investigación.

¹⁷³ En concreto, artículo 7 del instrumento internacional convencional y artículo 9 del Reglamento “Roma I”. Igualmente, tendremos ocasión de abordar con más detenimiento lo relativo a las normas materiales internacionalmente imperativas (“leyes de policía”) en el Capítulo 3º y 4º, en este último Capítulo analizaremos el alcance de las citadas normas en materia de contratos individuales de trabajo.

Al margen de lo anterior, existen otros instrumentos normativos de origen institucional, en el ámbito de la Unión Europea, en materia de contratos individuales de trabajo. A dichos instrumentos normativos vamos a referirnos a continuación.

II. ALCANCE DE LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LA DIRECTIVA 96/71/CE Y OTRAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA LABORAL

Las instituciones europeas han elaborado un número muy abundante de Directivas respecto a determinados sectores de la contratación, ya que a través de las citadas Directivas sectoriales se consigue la pretendida finalidad tuitiva por parte del legislador europeo, en virtud del principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa, en aquellos contratos en los que ambas partes contractuales no ocupan una posición negocial simétrica, sino que una de las partes ocupa una posición negocial más desventajosa frente a la otra. Ello da lugar a la coexistencia de dichas Directivas europeas con la normativa general en cada una de estas materias contractuales.

Un claro ejemplo lo encontramos en materia de contratos de consumo, ámbito de la contratación en el que existe una multitud de Directivas europeas, entre las que podemos destacar las siguientes: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁷⁴; la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia¹⁷⁵; la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹⁷⁶; la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores¹⁷⁷; la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de

¹⁷⁴ DOCE, de 21 de abril de 1993, núm. L 95/29.

¹⁷⁵ DOCE, de 4 de junio de 1997, núm. L 144/19.

¹⁷⁶ DOCE, de 7 de julio de 1999, núm. L 171/12.

¹⁷⁷ DOCE, de 9 de octubre de 2002, núm. L 271/16.

14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio¹⁷⁸. Esta última abarca a los contratos conocidos comúnmente como contratos de multipropiedad inmobiliaria o de *time-sharing*, los cuales constituyen una categoría contractual bastante controvertida en la práctica internacional.

Por otro lado, en materia laboral, especialmente en el ámbito de la protección de trabajadores, la tarea de las instituciones europeas ha sido igualmente prolífica; de tal modo que, en la referida materia, nos encontramos con un número considerable de Directivas¹⁷⁹, entre las que se encuentran: la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo¹⁸⁰; la Directiva 2009/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo¹⁸¹. Se trata de una Directiva específica con arreglo al artículo 16.2 de la Directiva citada anteriormente (Directiva 89/391/CEE); la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal¹⁸²; la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral¹⁸³; la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la

¹⁷⁸ DOUE, de 3 de febrero de 2009, núm. L 33/10. La Directiva 2008/122/CE sobre multipropiedad ha sido transpuesta, al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE, de 7 de julio de 2012, núm. 162).

¹⁷⁹ En este apartado II del Capítulo 1º vamos a referirnos, de forma breve, a determinadas Directivas en materia laboral, sin perjuicio de un posterior estudio de las mismas en el Capítulo 4º del presente trabajo.

¹⁸⁰ DOCE, de 29 de junio de 1989, núm. L 183/1. La Directiva 89/391/CEE ha sido modificada por la Directiva 2007/30/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007 (DOUE, de 27 de junio de 2007, núm. L 165/21).

¹⁸¹ DOUE, de 3 de octubre de 2009, núm. L 260/5.

¹⁸² DOCE, de 29 de julio de 1991, núm. L 206/19.

¹⁸³ DOCE, de 18 de octubre de 1991, núm. L 288/32.

Federación de Sindicatos de Transporte de la Unión Europea (FST)¹⁸⁴; la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad¹⁸⁵, la cual tiene como objetivo que los derechos y obligaciones del trabajador individuales o colectivos, derivados de la relación laboral que le une con la empresa, no se vean alterados (o, en su caso, lo menos posible) por la transferencia de una empresa; la Directiva 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea¹⁸⁶; la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹⁸⁷; la Directiva 2008/94/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario¹⁸⁸; la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal¹⁸⁹; la Directiva 2009/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria¹⁹⁰, la cual tiene como finalidad la constitución de dicho Comité o establecerse otro procedimiento adecuado para la información y consulta transnacional a los trabajadores; la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado¹⁹¹; la Directiva 2013/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes

¹⁸⁴ *DOCE*, de 2 de julio de 1999, núm. L 167/33.

¹⁸⁵ *DOCE*, de 22 de marzo de 2001, núm. L 82/16. Esta Directiva tiene su antecedente inmediato en la Directiva 77/187/CE, de 14 de febrero de 1977 (*DOCE*, de 5 de marzo de 1977, núm. L 061); y fue posteriormente modificada por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 (*DOCE*, de 17 de julio de 1998, núm. L 201).

¹⁸⁶ *DOCE*, de 23 de marzo de 2002, núm. L 80/29.

¹⁸⁷ *DOUE*, de 18 de noviembre de 2003, núm. L 299/9.

¹⁸⁸ *DOUE*, de 28 de octubre de 2008, núm. L 283/36.

¹⁸⁹ *DOUE*, de 5 de diciembre de 2008, núm. L 327/9.

¹⁹⁰ *DOUE*, de 16 de mayo de 2009, núm. L 122/28.

¹⁹¹ *DOUE*, de 18 de junio de 2009, núm. L 155/17.

físicos (campos electromagnéticos)¹⁹²; la Directiva 2014/50/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y mantenimiento de los derechos complementarios de pensión¹⁹³; así como la Directiva 2014/54/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores¹⁹⁴.

Entre la multitud de Directivas europeas existentes en materia laboral, debemos hacer especial mención de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹⁹⁵. Dicha Directiva se ha convertido en una de las más trascendentales en el ámbito de los contratos de trabajo en el marco de la Unión Europea, aunque debemos reconocer que se trata de una Directiva no exenta de cierta controversia¹⁹⁶.

Por otro lado, el mencionado texto normativo europeo logra introducir un foro de competencia judicial internacional a los ya existentes, vía Reglamento de la Unión Europea, es decir, a los regulados en el Reglamento “Bruselas I bis”. Dicha Directiva supone la aplicación de un mínimo de derechos laborales a través de determinadas disposiciones imperativas contenidos en la propia Directiva, siempre y cuando los trabajadores hayan sido desplazados temporalmente en los términos previstos en la mencionada Directiva.

III. EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS

¹⁹² *DOUE*, de 29 de junio de 2013, núm. L 179/1.

¹⁹³ *DOUE*, de 30 de abril de 2014, núm. L 128/1.

¹⁹⁴ *DOUE*, de 30 de abril de 2014, núm. L 128/8.

¹⁹⁵ *DOCE*, de 21 de enero de 1997, núm. L 18/1.

¹⁹⁶ La Directiva 96/71/CE, es una de las Directivas más relevantes en materia laboral. Dicha Directiva ha sido transpuesta, al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (*BOE*, de 30 de noviembre de 1999, núm. 286). Modificada por la Directiva (UE) 2018/957, de 28 de junio de 2018. (*DOUE*, de 9 de julio de 2018, núm. L 173/16).

MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA: IDEA DE “FLEXISEGURIDAD”

1. Importancia del concepto de “trabajo atípico” en la Unión Europea

Desde un plano meramente descriptivo, si nos referimos a los orígenes del concepto de “trabajo atípico”, podemos señalar que dicha expresión describía los distintos tipos de ocupación existentes en los mercados de trabajo contemporáneos. De tal manera que, en principio, el “trabajo típico” hacía referencia a la forma de empleo mayoritaria y, en contraposición, con la expresión “trabajo atípico” se hacía referencia a la forma de empleo minoritaria.

En la actualidad, en el ámbito laboral, la correspondencia entre estos términos (típico-mayoritario, ordinario / atípico-minoritario, excepcional) ha sufrido un cambio sustancial, ya que las formas de empleo consideradas “trabajo atípico”, tales como: empleo de duración determinada, a tiempo parcial, empleo organizado a través de Empresas de Trabajo Temporal, así como el que se realiza a distancia, fuera del centro de trabajo, esto es, el denominado teletrabajo (realizado desde el domicilio del trabajador, mediante el uso de medios telemáticos), ya no se dan en la práctica con carácter excepcional y, por tanto, minoritariamente, sino que ocurre justo lo contrario. Por ello, la realidad actual del mercado laboral es otra, igualando o incluso superando el porcentaje de “trabajo atípico” al de “trabajo típico”, entendiéndose por este último al contrato de trabajo de duración indefinida y por tiempo completo¹⁹⁷.

Por su parte, las instituciones europeas, en aras de proteger el empleo estable (que queda englobado en el “trabajo típico”), han ido considerando al “trabajo atípico” como algo negativo, en comparación al “trabajo típico” al que han valorado de forma preferente. En consecuencia, las instituciones europeas se han ido posicionando a favor

¹⁹⁷ Acerca de estas cuestiones relativas a la noción de “trabajo atípico”, así como a otros aspectos de interés, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y M^a.L. PÉREZ GUERRERO, “La armonización del trabajo atípico en la Comunidad Europea: de la Directiva 2008/104/CE a la reforma laboral en España”, en *Derecho de la Unión Europea y reformas del Ordenamiento Jurídico Español*, Collectanea 155, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 2011, pp. 227-229.

del “trabajo típico”, ya que supone la seguridad y la estabilidad, en definitiva, como la forma de trabajo ideal a alcanzar¹⁹⁸.

De hecho, en el ámbito de la política social, las instituciones europeas han venido desarrollando una encomiable labor a través de la elaboración de numerosas Directivas¹⁹⁹, dirigida a la regulación del “trabajo atípico”, así como a la protección de los trabajadores que desarrollan su trabajo en alguna de las formas de trabajo (citadas anteriormente) que quedan incluidas en dicha modalidad de relación laboral como es el “trabajo atípico”, ya que la protección de los derechos laborales de dichos trabajadores no ha sido posible a través de otros instrumentos normativos si tenemos en cuenta que se trata de un término relativamente reciente que no aparecía en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²⁰⁰. Desde esta perspectiva, las instituciones europeas se han afanado en lograr una regulación armonizada del “trabajo atípico”²⁰¹.

2. Propuesta de la Comisión de la Unión Europea encaminada a modernizar el Derecho laboral de los Estados miembros: “flexiseguridad” laboral europea

Tras el panorama laboral descrito anteriormente, las instituciones de la Unión Europea han ido dejando constancia de su preocupación al ser el “trabajo atípico” un elemento característico de los mercados de trabajo europeos, puesto que esta modalidad de empleo se ha convertido en la modalidad más utilizada en el marco de la Unión

¹⁹⁸ Ello se desprende del documento presentado por la Comisión (Libro Verde), de 22 de noviembre de 2006, acerca de “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, [COM (2006) 708 final]. En el citado documento la Comisión Europea se refiere al “trabajo típico” como “contrato de trabajo clásico” o “modelo clásico de contrato”, o bien, “modelo tradicional” de relación laboral, *vid.*, por ejemplo, pp. 3 y 5 del citado documento.

¹⁹⁹ Un ejemplo de ello fue una de las Directivas que hemos citado en el apartado anterior al referirnos a la existencia de un abundante número de Directivas en el ámbito laboral: la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal (DOCE, de 29 de julio de 1991, núm. L 206/19); igualmente *vid.* la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada (DOCE, de 10 de julio de 1999, núm. L 175).

²⁰⁰ Puede consultarse este aspecto, así como la necesidad de elaborar normas de Derecho derivado de la UE, en el estudio elaborado por M^a.L. PÉREZ GUERRERO, E. CASTELLANO BURGUILLO y F. PÉREZ DOMÍNGUEZ, “Trabajo atípico en la Unión Europea”, *Revista Gaceta Laboral*, 2008, vol. 14, núm. 3, pp. 327-350, pp. 328 y 329 *in fine*.

²⁰¹ Así lo ponen de relieve M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y M^a.L. PÉREZ GUERRERO, *loc. cit.*, 2011, pp. 230-231 y ss.

Europea. Por lo tanto, lo que ha pasado a ser “atípico” es el trabajo a tiempo completo y de forma indefinida (“trabajo típico”). Esta situación tiene su reflejo en la Propuesta que realiza la Comisión sometiendo a debate público numerosas cuestiones relativas a la reforma del Derecho laboral en el seno de la UE, encaminada a “flexibilizar” el “trabajo típico”, tal como señala la propia Propuesta, se trata de “flexibilizar” “los contratos clásicos en lo relativo a plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual o colectivo, o la definición de despido improcedente”²⁰², ya que en una determinada relación laboral, como plantea la Comisión, “unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica”²⁰³.

Además, la Comisión de la Unión Europea también justifica la necesidad de incrementar la flexibilidad laboral en “la rapidez de los avances tecnológicos, la intensificación de la competencia derivada de la mundialización, la evolución de la demanda de los consumidores y el notable crecimiento del sector de los servicios”. Ello, unido a que existe una demanda cada vez más cambiante, ha desembocado en que las empresas se han de organizar de manera más flexible, en consecuencia, nos encontramos con cambios en el horario laboral, los salarios y, el tamaño de la mano de obra en los distintos niveles del ciclo de producción. Todos estos cambios, como pone de manifiesto la Comisión, han originado la demanda de una mayor diversidad contractual, esté o no cubierta explícitamente por la legislación europea y nacional²⁰⁴.

Por otro lado, esta idea de “flexibilidad”, en la relación contractual laboral, ha de ir unida a la idea de “seguridad” laboral, es lo que conocemos como “flexiseguridad” (o “flexiguridad”) laboral europea. El mantener el equilibrio entre ambos conceptos según la propia Comisión, se puede lograr a través de la “flexibilidad” en la entrada y salida de los mercados de trabajo y un sistema de ayuda al desempleo apropiado, puesto que “los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo. Unos sistemas de subsidios de desempleo bien

²⁰² COM (2006) 708 final, p. 3 *in fine*.

²⁰³ COM (2006) 708 final, p. 5 *in fine*.

²⁰⁴ Igualmente, COM (2006) 708 final, p. 5.

diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo”²⁰⁵.

El modernizar el Derecho laboral de los Estados miembros, esto es, alcanzar la “flexiseguridad” laboral en el seno de la Unión Europea supone todo un reto. Si atendemos a la movilidad de los trabajadores, el hecho de que la mayoría de las Directivas sobre Derecho laboral (salvo en lo relativo al ámbito de la libre circulación de trabajadores) permitan a los Estados miembros definir el concepto de “trabajador” a través de su Derecho nacional, las continuas referencias al Derecho nacional en detrimento del Derecho de la Unión Europea, tal como reconoce la Comisión, “podría debilitar la protección al trabajador”. Por lo tanto, la definición de “trabajador”, al no ser una definición autónoma, no sería común a todos los Estados miembros, por lo que “los distintos alcances de las definiciones de ‘trabajador’ difícilmente pueden conciliarse con los objetivos de política social de la Comunidad para lograr un equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad para los trabajadores”²⁰⁶. En definitiva, para conseguir la “flexiseguridad” laboral en el seno de la Unión Europea.

²⁰⁵ COM (2006) 708 final, p. 9 *in fine*.

²⁰⁶ COM (2006) 708 final, p. 16.

CAPÍTULO 2º:
PROBLEMAS DE LEY APLICABLE EN LOS
CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL
MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA:
PLANTEAMIENTO GENERAL

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA LEY APLICABLE EN MATERIA CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Planteamiento general

Actualmente, la ley aplicable a los contratos internacionales la determina el Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008²⁰⁷, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, comúnmente denominado Reglamento “Roma I”.

El Reglamento nº 593/2008 es el instrumento europeo que sustituyó, a partir del 17 de diciembre de 2009, al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, igualmente, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁰⁸.

Se trata de un Reglamento europeo de alcance sectorial, ya que sólo se refiere a la materia de contratos, abarcando únicamente el sector del Derecho aplicable. Por tanto, este texto normativo sólo contiene normas de Derecho aplicable. Por otra parte, precisamente por tratarse de un reglamento europeo, constituye un texto con alcance general en todos los Estados miembros de la Unión Europea, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable. En consecuencia, el Reglamento “Roma I” vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto a Dinamarca, lo que supone que entre las relaciones de los Estados miembros con Dinamarca no se aplicará este instrumento legal, sino que será de aplicación su antecesor: el Convenio de Roma de 1980²⁰⁹.

En cuanto al ámbito de aplicación del Reglamento nº 593/2008, cabe señalar que este texto normativo goza de un extenso ámbito de aplicación. Su ámbito de aplicación espacial es universal, es decir, nos encontramos ante un Reglamento de aplicación universal o efecto *erga omnes*, lo que significa que la ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la ley de un determinado Estado miembro. En

²⁰⁷ DOUE, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6.

²⁰⁸ La cuestión relativa a la transformación del Convenio de Roma de 1980 en instrumento europeo, es decir, en el Reglamento “Roma I” ha sido tratada anteriormente en el Capítulo 1º del presente trabajo de investigación.

²⁰⁹ DOCE, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; BOE, de 19 de julio de 1993, núm. 171.

estos términos queda previsto en el artículo 2 del Reglamento “Roma I” (en adelante, RRI).

Su ámbito de aplicación temporal queda regulado en el artículo 28 del Reglamento “Roma I”, precepto en el que se establece que este texto normativo será aplicable siempre que el contrato en cuestión haya sido celebrado por las partes con posterioridad al día 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual comenzó a ser aplicable este Reglamento.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación material, al igual que ocurría con su antecesor (Convenio de Roma de 1980), el Reglamento nº 593/2008 goza de un ámbito de aplicación muy amplio, así se desprende de su artículo 1, aplicándose este instrumento europeo a las obligaciones contractuales civiles o mercantiles (claro está siempre que presenten, al menos, un elemento de internacionalidad) y que impliquen un conflicto de leyes. Es importante precisar que, a tal efecto, el concepto de “materia civil o mercantil” debe ser el mismo que el de su antecesor directo, el Reglamento nº 44/2001, de 22 de diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento “Bruselas I”).

En definitiva, el Reglamento nº 593/2008 designa la ley aplicable, exclusivamente, a las obligaciones que surgen de “contrato”, más exactamente, de contratos sometidos al Derecho privado, es decir, contratos celebrados entre sí por particulares o entes privados (empresa como persona jurídico-privada), y en consecuencia sólo vinculen a esas personas particulares o entes privados. Según lo cual, quedan excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento nº 593/2008 aquellas relaciones contractuales en las que una de las partes sea un ente público y actúe como tal operando con los poderes que le han sido conferidos (poderes soberanos o lo que se denomina como potestad de *imperium*). A ello se refiere el artículo 1.1 de este texto normativo estableciendo que el mismo “*no se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas.*”

Tampoco podemos dejar de lado que el citado precepto, en su apartado 2, contiene de manera bastante detallada determinadas exclusiones materiales. Por regla

general, ello se debe a que dichas materias (a pesar de tener la consideración de materias de carácter patrimonial o contractual) disponen de alguna regulación legal específica. Así ocurre en aquellas obligaciones contractuales que pertenezcan al Derecho de familia (por ejemplo, las obligaciones que se deriven de relaciones familiares como la obligación de alimentos; o que deriven de regímenes económicos matrimoniales; o bien, los aspectos o cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, etcétera)²¹⁰.

No está de más recordar aquí que también quedan fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento nº 593/2008 las obligaciones extracontractuales, precisamente porque éstas no nacen de “contrato”, sino que surgen de ilícitos civiles extracontractuales, de obligaciones derivadas de daños, es decir, no presentan ese carácter contractual necesario para que les sea aplicable este instrumento europeo²¹¹. La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es objeto de regulación por otro texto normativo europeo, el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. También se le denomina comúnmente como Reglamento “Roma II”²¹².

Por su parte, si nos referimos al sistema autónomo español de Derecho internacional privado, debemos mencionar el artículo 10.5 del Código civil. Esta disposición es la norma de conflicto española en materia de contratos internacionales, aunque debido a su carácter subsidiario es prácticamente inaplicable, siendo de aplicación el Reglamento nº 593/2008.

²¹⁰ Para más detalle me remito, además de al propio artículo 1.2 del Reglamento “Roma I”, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2954-2955. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2878; También puede consultarse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada 2018, pp. 949 *in fine*-950; sobre este mismo aspecto referente a las materias excluidas del ámbito de aplicación material del RRI, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea II*, Vol. II, Aranzadi, 2017, pp. 86 *in fine*-90; así como A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento ‘Roma I’”, *CDT*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 112-130.

²¹¹ Puede verse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed. 2022, p. 2951 *in fine* y p. 2952. En este mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2875; así como, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 948; *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 86.

²¹² *DOUE*, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40.

Uno de los objetivos principales del citado texto normativo es potenciar la seguridad jurídica en mayor medida que lo hacía el Convenio de Roma. A estos efectos, el Reglamento “Roma I” establece unas normas de conflicto más específicas y previsibles para las partes. Precisamente, una de sus características básicas es que contiene normas de conflicto uniformes. En este punto, es conveniente realizar ciertas consideraciones acerca de este tipo de norma tan peculiar en el Derecho internacional privado, ello nos ayudará a comprender mejor el alcance de este instrumento europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales²¹³.

Una apreciación importante es que la norma de conflicto es exclusiva del Derecho internacional privado, es más, es la técnica normativa más utilizada en el sector del Derecho aplicable, siendo éste su núcleo fundamental. En consecuencia, la norma de conflicto sólo se aplica cuando estemos ante una situación privada internacional, en nuestro caso, ante una controversia surgida de una determinada relación contractual con elemento extranjero. Queda claro que este tipo de normas no son aplicables a relaciones jurídico-privadas internas, sino a aquéllas en las que exista, al menos, un elemento de internacionalidad. Todos los sistemas estatales de Derecho internacional privado, entre ellos el sistema español, contienen numerosas normas de conflicto.

La norma de conflicto, como hemos resaltado, se encuadra en el sector del Derecho aplicable. De hecho, es la norma más utilizada en dicho sector, aunque no es la única, puesto que en el sector del Derecho aplicable también se utilizan otras categorías normativas.

En cuanto a su definición, cuestión básica, la norma de conflicto es una técnica de reglamentación indirecta, es decir, es una técnica normativa de carácter indirecto, ya que nos determina, de un modo indirecto, cuál es la regulación de una determinada relación jurídico-privada internacional. Ello significa que la propia norma de conflicto, debido a su carácter indirecto, no contiene una respuesta jurídica directa, es decir, no da una regulación sustantiva, una respuesta material (directa y concreta) a una determinada situación jurídico-privada internacional, sino que remite la regulación de la misma a un

²¹³ En este mismo sentido, puede verse, A.M. MONCAYO HORMIGO, “Consideraciones sobre la ley aplicable en materia contractual en el ámbito de la Unión Europea”, en *Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, mayo-agosto 2022, Nº 20, pp. 53-55.

ordenamiento jurídico estatal, ya sea al ordenamiento jurídico del foro, es decir, a la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto, o ya sea a un ordenamiento jurídico estatal extranjero. De tal forma que el Derecho estatal, designado por la norma de conflicto a través de su punto de conexión, resolverá el fondo de la controversia entre las partes. En definitiva, se trata de una norma de remisión porque, al no contener una respuesta material, directa, para resolver una determinada situación privada internacional, remite la regulación de la misma a un ordenamiento jurídico estatal (el del foro o uno extranjero), de aquí su carácter indirecto. La circunstancia que utiliza el legislador (estatal o internacional), para localizar la situación jurídico-privada internacional (relación contractual internacional), en un concreto ordenamiento jurídico estatal (el del foro o uno extranjero) se denomina criterio o punto de conexión, siendo éste el elemento más peculiar, característico y exclusivo de la norma de conflicto.

En otro orden de cosas, el legislador europeo, junto al objetivo principal de potenciar la seguridad jurídica, como ya hemos avanzado anteriormente, también tiene como finalidad el conciliar este texto normativo con otros reglamentos europeos, fundamentalmente con el Reglamento “Bruselas I” (quedando derogado por el actual Reglamento “Bruselas I bis”)²¹⁴, y con determinadas Directivas europeas que se han elaborado en otros sectores de la contratación, especialmente, en el de los contratos de consumo²¹⁵.

Además, el Reglamento n° 593/2008 se caracteriza porque excluye de forma expresa (al igual que su antecesor, el Convenio de Roma de 1980) la figura del reenvío (artículo 20 RRI). Ello se traduce en que cuando una de las normas de conflicto, contenidas en este Reglamento europeo, designe como aplicable a la cuestión que se plantee la ley de un determinado Estado, se aplicarán sus normas jurídicas materiales, no siendo de aplicación las normas de conflicto de ese ordenamiento jurídico. Esta regla general tiene una excepción contemplada igualmente en el artículo 20 del Reglamento n° 593/2008, cuando señala: “... *salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa.*” La excepción se produce en relación con el contrato de seguro, y queda regulada en el artículo 7.3, párrafo 2º, en virtud de la cual sí podrán aplicarse determinadas normas de

²¹⁴ Tanto el Reglamento “Bruselas I”, como su sucesor normativo (RBI bis), regulan el Derecho procesal civil internacional.

²¹⁵ Vid. H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, p. 334 *in fine*.

conflicto de los Estados miembros en materia de seguros, siempre que estas normas concedan “*mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro*”²¹⁶. El reenvío es uno de los problemas de aplicación derivados de la consecuencia jurídica de las normas de conflicto.

Sin embargo, este texto normativo prevé en su artículo 21 la posibilidad de intervención del orden público internacional, de tal forma que no se aplicará una disposición designada por el Reglamento nº 593/2008 si ello es “*manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”, es decir, con el orden público del país cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto en cuestión. El orden público internacional también resulta operativo en materia contractual, por ejemplo, si nos encontramos con leyes que permitan realizar contratos de esclavitud, leyes que restrinjan el comercio o la competencia. El orden público internacional es otro de los problemas de aplicación que pueden presentar las normas de conflicto, concretamente, afecta a su consecuencia jurídica.

2. Dualidad de regímenes en sede de ley aplicable: justificación del régimen especial de Derecho aplicable

El Reglamento “Roma I”, coincidiendo en este punto con el Convenio de Roma de 1980, establece dos regímenes distintos de Derecho aplicable a los contratos internacionales: un régimen general y un régimen especial²¹⁷.

En cuanto al régimen general, debemos precisar que es aplicable a la generalidad de los contratos con elemento extranjero. El régimen general de Derecho aplicable queda regulado fundamentalmente en los artículos 3 y 4 del Reglamento “Roma I”. El

²¹⁶ El artículo 7 RRI forma parte del régimen especial de Derecho aplicable, régimen pensado para una serie de contratos en los que una de las partes de esa relación jurídico-privada internacional ocupa una posición negocial débil frente a la otra parte contractual.

²¹⁷ El consagrar dos regímenes distintos no es una característica exclusiva del Reglamento “Roma I”, sino que existen otros instrumentos normativos europeos que, al igual que el Reglamento “Roma I”, también establecen una dualidad de regímenes. Este es el caso, en sede de ley aplicable, del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido comúnmente como Reglamento “Roma II” (*DOUE*, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40); y, en el ámbito del DPCI, el Reglamento “Bruselas I”, así como el Reglamento “Bruselas I bis”.

principio inspirador del régimen general de Derecho aplicable previsto en el citado instrumento europeo, al menos desde una perspectiva teórica, se centra en la igualdad en la posición negocial de ambas partes de la relación contractual. En este sentido, conviene señalar que existen determinadas categorías contractuales, sometidas al régimen general de Derecho aplicable, en las que existe cierto desequilibrio en la posición negocial de las partes. En consecuencia, no siempre se cumple el presupuesto teórico que, en principio, sustenta o justifica la existencia de dicho régimen general²¹⁸. Tal como ha puesto de relieve la profesora H. AGUILAR GRIEDER, este es el caso de los contratos de agencia comercial y también es el caso de los contratos de distribución en los que, con carácter general, una de las partes de la relación litigiosa (el agente comercial, o bien, el distribuidor, respectivamente) ocupa una posición más débil frente al principal o empresario²¹⁹.

Y por otra parte, el Reglamento “Roma I” establece un régimen especial de Derecho aplicable, basado esencialmente en el principio de protección, es decir, enfocado a aquellas relaciones contractuales internacionales en las que una de las partes se encuentre en una posición negocial débil respecto de la otra parte contratante, lo que significa que existe cierto desequilibrio entre las mismas, por lo que el objetivo claro de estas reglas especiales es proteger a la parte débil de la relación litigiosa.

El Convenio de Roma, como hemos tenido oportunidad de comprobar, sólo incluía en su régimen especial a los contratos de consumo (artículo 5) en los que la parte de la relación contractual considerada débil es el consumidor²²⁰; y a los contratos

²¹⁸ Puede verse en H. AGUILAR GRIEDER, *Claves para entender el Sistema español de Derecho Internacional Privado: Con supuestos prácticos y sus soluciones*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2021, N° 185, p. 177.

²¹⁹ *Vid.*, con especial detenimiento, el riguroso y detallado análisis realizado al respecto por H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, p. 21 y, especialmente, pp. 47-80; igualmente, puede consultarse, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, pp. 20-24; desde una perspectiva de *lege ferenda*, en cuanto a la debida protección al agente comercial, al distribuidor y al franquiciado, puede consultarse, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, N° 1, pp. 45-67, p. 46, pp. 54-57; *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *Iniciación al Derecho internacional privado de la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2014, N° 135, p. 129; Además, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *Pilares fundamentales del Derecho Internacional Privado europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2018, N° 166, p. 164; También puede consultarse por todos H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2021, p.176 in fine y p. 177.

²²⁰ El régimen especial de Derecho aplicable en materia de contratos de consumo tanto en el Convenio de Roma de 1980 (art. 5) como en el Reglamento Roma I (art. 6), únicamente protege al consumidor pasivo, es decir, al consumidor “captado” en su mercado doméstico. Aspecto común en sede de competencia

individuales de trabajo (artículo 6) siendo la posición comercial menos ventajosa la ocupada por el trabajador. Actualmente, el Reglamento “Roma I” amplía este régimen especial, lo que constituye un elemento diferenciador respecto de su antecesor normativo de origen convencional, incluyendo (además de los contratos señalados) a los contratos de seguro (art. 7) y de transporte (art. 5). Así, las disposiciones de este texto normativo que se encargan de regular dicho régimen especial son los artículos 5 a 8. De este último precepto nos ocuparemos cuando tratemos específicamente la ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el marco de la Unión Europea.

A continuación, nos vamos a referir a la determinación de la ley aplicable en el marco del régimen general previsto en el Reglamento “Roma I”. Como hemos mencionado anteriormente, a dicho régimen general quedan sometidos la generalidad de los contratos internacionales, aunque es conveniente matizar, siempre que dichas categorías contractuales queden incluidas en el ámbito de aplicación material del citado texto normativo y no les sea de aplicación el régimen especial (artículos 5 a 8).

El criterio de conexión principal, para determinar la ley aplicable a cualquier contrato internacional, es la “autonomía de la voluntad conflictual”²²¹. El principio de la autonomía de la voluntad está presente a lo largo del Reglamento “Roma I”, es el principio fundamental que recorre cada resquicio de este Reglamento europeo. En consecuencia, las partes pueden elegir cuál va a ser la ley aplicable a su contrato internacional. Podemos decir que la “autonomía de la voluntad conflictual” es el derecho subjetivo del que disponen las partes de una determinada relación contractual con elemento extranjero, en virtud del cual pueden elegir la ley aplicable a su contrato internacional. En este sentido, el Reglamento nº 593/2008 tiene como punto de partida el principio de la libertad de elección del Derecho. Ello se desprende de su

judicial internacional como puede verse, E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010. Sobre el artículo 6 del RRI, A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo art. 6 Reglamento Roma I”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 511-529. Acerca de la protección del consumidor pasivo, puede consultarse F. RAGNO, “Chapter II: Uniform Rules. Article 6: Consumer contracts”, en *Rome I Regulation Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers (selp), Munich, 2015, pp. 225-227.

²²¹ En cuanto a este criterio de conexión, puede verse el estudio realizado por E. CASTELLANOS RUIZ, “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones”, en *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, 2005, pp. 425-475. Igualmente, vid. LEIBLE, S., “El Marco Común de Referencia y la elección de Derecho aplicable”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 481-492.

Considerando núm. 11, donde se resalta el significado de esta libertad de elección estableciendo que: “*La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales*”²²². En esta misma línea, tal como afirma el profesor H. HEISS, “la autonomía de la voluntad de las partes ha sido y seguirá siendo el principio fundamental del Derecho Internacional Privado Europeo en materia de obligaciones contractuales”²²³.

Posteriormente el artículo 3, apartado 1, del Reglamento “Roma I” no deja lugar a dudas al señalar que “*el contrato se regirá por la ley elegida por las partes*”²²⁴. La autonomía de la voluntad conflictual conlleva ciertas ventajas para ambas partes, de aquí que sea el primer criterio de conexión para determinar la ley aplicable a la generalidad de los contratos internacionales. Entre estas ventajas podemos destacar el conseguir mayor seguridad jurídica al hacer previsible el ordenamiento aplicable; el evitar posteriores controversias entre las partes acerca de dirimir qué ley rige su relación contractual, es decir, se evitan conflictos jurídicos en torno a esta cuestión, lo que repercute en evitar costes innecesarios para las partes; otra de las ventajas es que, en caso de conflicto, por ejemplo, por incumplimiento contractual, el juez sabrá de antemano cuál es la ley rectora de ese contrato. Y, muy especialmente, la elección de ley supone que las partes optarán por la ley que mejor se adapte a sus intereses, lo que no implica la derogación de las disposiciones imperativas por los contratantes²²⁵.

A pesar de la existencia de estas ventajas, la autonomía de la voluntad conflictual, como primer criterio de conexión, ha sido objeto de crítica en base precisamente a este argumento respecto de las disposiciones imperativas²²⁶ y también

²²² La utilización de cursivas no corresponde al texto original.

²²³ Tal como puede verse en el estudio realizado por H. HEISS, “Party Autonomy”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 1-16, en concreto, p. 1.

²²⁴ Respecto a la ley aplicable en virtud del artículo 3 del Convenio de Roma de 1980, que consagra el criterio de la autonomía conflictual como criterio de conexión principal para determinar la ley aplicable a la generalidad de los contratos internacionales, vid. S. LEIBLE, “Rechtswahl”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat-und Verfahrensrecht, núm. 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 41-55.

²²⁵ Ello será objeto de estudio en el subapartado núm. 3 del apartado IV del 4º, y último, Capítulo del presente trabajo. más adelante.

²²⁶ Acerca de las normas imperativas puede consultarse, J. HARRIS, “Mandatory Rules and Public Policy under The Rome I Regulation” en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 269-348. Es preciso señalar que las disposiciones imperativas o

justificándose en que las obligaciones no pueden surgir de la voluntad de los contratantes, sino de la ley. Ambas críticas han sido rebatidas y superadas convenientemente²²⁷.

Esta disposición, como hemos tenido oportunidad de ver, consagra una amplia libertad de las partes a la hora de elegir el Derecho aplicable a su contrato internacional. Esta amplia libertad, a la que nos acabamos de referir, se manifiesta a través de determinados aspectos como son: que la elección del Derecho aplicable pueda ser tanto expresa como tácita (art. 3.1 RRI); también puede ser una elección de ley aplicable total o parcial (art. 3.1 *in fine* RRI), en este último caso, se admite el fraccionamiento legal del contrato (es lo que se denomina *dépeçage*), pero con una condición, ello es posible siempre que no se produzcan incoherencias, aunque lo más frecuente es que todo el contrato internacional se regule por un único ordenamiento jurídico estatal; otro de estos aspectos que denota que nos encontramos ante una amplia libertad de elección es que las partes pueden elegir el Derecho aplicable a su contrato internacional en cualquier momento, incluso pueden modificar esa elección (art. 3.2 RRI); y el hecho de que no se requiera ninguna conexión entre el Estado cuya ley ha sido elegida por las partes, y los elementos de ese contrato internacional (art. 3.3 RRI).

En relación a estos aspectos a través de los cuales se manifiesta esa amplia libertad que consagra el artículo 3 del Reglamento nº 593/2008, es conveniente precisar que las únicas modalidades de elección de ley al contrato, que contempla dicho precepto, son la elección expresa y la elección tácita²²⁸. En realidad, el artículo 3 de este Reglamento europeo considera la elección del Derecho aplicable, a un determinado

normas materiales imperativas son normas de Derecho privado interno (no de Derecho internacional privado), pensadas y elaboradas para su aplicación a supuestos meramente internos. Son normas que recogen los principios básicos de un determinado ordenamiento jurídico estatal, por tanto, son normas estrictamente obligatorias. Sin embargo, las normas materiales internacionalmente imperativas (o, leyes de policía), “*son normas imperativas a las que el legislador, de manera expresa, ha dotado de alcance internacional mediante un ‘indicador espacial de aplicación’, que señala que dichas normas deben ser aplicadas a ciertos supuestos internacionales*”. En definitiva, las normas materiales internacionalmente imperativas, también denominadas “leyes de policía”, (como, por ejemplo, el artículo 9 del RRI para obligaciones contractuales, así como el art. 16 RRI en el ámbito de las obligaciones extracontractuales), son una “*creación del legislador*”. Tal como han puesto de manifiesto A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo I, 2ª ed., 2022, p. 507. También puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo I, 2020, p. 486 *in fine*.

²²⁷ Más información al respecto ofrece A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 2976; así como, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2889.

²²⁸ En los términos del artículo 3.1 RRI: “...Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.”

contrato internacional, como un contrato totalmente independiente del contrato principal, ello se justifica en el carácter negocial de la elección de ley. De tal forma que existen dos contratos distintos (aunque se concluyan a la vez, de manera simultánea). En consecuencia, al tratarse de contratos “separados” (elección del Derecho aplicable/contrato principal), la validez de uno no afecta a la validez del otro. Ello implica que el contrato principal (compraventa, arrendamiento, etc.) puede ser válido, aunque la elección del Derecho (elección de la ley aplicable al mismo o *lex contractus*) sea inválida y viceversa.

Además, la elección expresa del Derecho aplicable se puede realizar de forma individual, aunque lo más frecuente en la práctica es que se produzca a través de las condiciones generales de la contratación, estando igualmente permitido. Por tanto, si el contrato internacional en cuestión remite a unas “condiciones generales de la contratación” en las que consta una elección de ley, debe considerarse que existe una elección expresa de la ley aplicable a ese contrato. Además, las partes del mismo han de tener conocimiento de la remisión que su contrato realiza a unas determinadas condiciones generales de la contratación, así dicha elección de ley será válida y producirá efectos jurídicos.

Si hablamos de la elección tácita, hay que proceder con sumo cuidado a la hora de verificar o asegurar la existencia de una elección tácita, puesto que la voluntad de las partes ha de resultar de manera clara e inequívoca de los propios términos del contrato o de las circunstancias del caso, así se desprende del artículo 3.1 del Reglamento “Roma I”. Por consiguiente, tienen que existir indicios, con el suficiente peso, derivados de los términos del contrato o de las circunstancias del caso para que señalen hacia la aplicación de un Derecho estatal y, en definitiva, para que el juez quede plenamente convencido de ello y poder afirmar que existe una elección tácita o implícita de la ley aplicable a ese contrato internacional en concreto. A este respecto, el profesor S. LEIBLE destaca algunos de los indicios de mayor importancia, así como los que tienen una influencia secundaria²²⁹. En el primer grupo quedan incluidos, por ejemplo, el pacto de una competencia exclusiva, lo que nos conduce a considerar que las partes han

²²⁹ S. LEIBLE, “La importancia de la autonomía de la voluntad conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 214-233, especialmente acerca de los “indicios” en la elección tácita de ley aplicable a los contratos internacionales, pp. 222 y 223.

elegido el derecho vigente en el lugar del foro; también las cláusulas arbitrales (las cuales pueden equipararse, a estos efectos, a las cláusulas de elección de foro); o bien, la referencia expresa del contrato a preceptos o instituciones propios de un ordenamiento jurídico concreto. Y, en el segundo grupo, aquellos indicios que tienen una influencia menor a la hora de concluir por parte del juez si existe una elección de ley tácita, tales como: el lugar en el que se concluye el contrato; el acordar un lugar de cumplimiento del mismo; el idioma utilizado en dicho contrato; la moneda utilizada o la residencia de las partes de esa relación contractual con elemento de internacionalidad. Es más, el citado autor llega a la conclusión de que la concurrencia de este tipo de indicios, de una importancia secundaria, no es suficiente para que el juez considere que efectivamente existe, en un determinado contrato internacional, elección implícita o tácita de la ley aplicable al mismo.

Por su parte, hemos señalado anteriormente que el artículo 3, apartado 1 *in fine*, del Reglamento “Roma I” admite una elección parcial de la ley aplicable (*dépeçage*). Esta posibilidad está diseñada para que las partes puedan elegir como ley aplicable, a distintas partes de su contrato, leyes de Estados distintos. Esta elección es susceptible de realizarse de forma expresa o tácita, aunque es relevante el hecho de que la fragmentación del contrato puede ocasionar importantes problemas de adaptación. Por este motivo, también en este caso se ha de abordar con prudencia la existencia de una elección parcial tácita del derecho aplicable a un determinado contrato internacional. En este sentido, lo que se suele permitir es una elección parcial de aquellas partes del contrato que puedan tener un tratamiento diferenciado (por ejemplo, la conclusión de un contrato es susceptible de tener un trato autónomo frente al cumplimiento de ese mismo contrato).

Al margen de lo anterior, desde la perspectiva del artículo 3.3 del Reglamento n° 593/2008, es posible plantearse la siguiente cuestión: ¿qué ocurre si en el supuesto de hecho no existe algún elemento extranjero? En virtud de la citada disposición, se admite que los contratos internos se regulen por leyes de otro Estado, esto es, por leyes extranjeras, si así lo han decidido las partes a favor de sus propios intereses y, siempre que se cumplan unos límites. En este tipo de casos, las partes pueden elegir el Derecho de otro Estado, lo que no significa que no les sean de aplicación las normas imperativas del ordenamiento del primer Estado, es decir, del país al que están vinculados los demás

elementos del contrato. En este sentido, la citada norma (art. 3.3 RRI) es considerada como una “norma anti fraude”, ya que evita las situaciones de fraude de ley internacional. Al estar todos los elementos de un contrato vinculados a un único Estado, este precepto está dirigido por el legislador europeo para evitar que se vincule dicho contrato a otro país de forma fraudulenta, de forma artificial, de tal manera que exista una vinculación “aparente, falsa, no real” de ese contrato con otro país, pretendiendo las partes evitar así la aplicación de las normas del Estado en el que dicho contrato despliega sus efectos. Las normas imperativas actúan como límite a esa amplia libertad consagrada por el artículo 3 del Reglamento “Roma I”. A esta cuestión nos referiremos de forma más detallada seguidamente, al tratar los demás límites a la autonomía conflictual.

Como ya hemos advertido, el que el artículo 3 del Reglamento nº 593/2008 consagre como principio general de conexión, de carácter subjetivo, la autonomía conflictual, es decir, la posibilidad que tienen las partes de elegir la ley aplicable al contrato internacional, y se trate a su vez de una amplia libertad de elección, no implica que estemos ante una libertad absoluta. En concreto, la autonomía conflictual está sujeta a determinados límites, coincidiendo con la afirmación del profesor H. HEISS “(...) *Rome I keeps restrictions and exceptions to the principle of free choice of law in place.*”²³⁰.

Uno de los límites más trascendentales, en materia de contratos internacionales, es el relativo al principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa. De hecho, en contratos internacionales en los que existe un desequilibrio entre la postura negocial de ambas partes, la autonomía conflictual queda limitada a favor de la parte débil de dicha relación jurídico-privada internacional. Así ocurre, por ejemplo, en los contratos internacionales de consumo, en los que se limita la autonomía conflictual a favor del consumidor. Lo mismo ocurre en los contratos internacionales de trabajo, esta vez, la autonomía conflictual se limita a favor del trabajador, en tanto que parte débil frente al empleador o empresario.

²³⁰ Puede consultarse, H. HEISS, *loc. cit.*, 2009, p. 3, párrafo segundo.

Otro límite a la autonomía conflictual, al que sólo nos hemos referido tangencialmente, es el orden público internacional, regulado en el artículo 21 del Reglamento nº 593/2008. La utilización por el legislador europeo de la expresión “*manifestamente incompatible*”²³¹ hace denotar que se trata de un supuesto que se da en la práctica de manera excepcional. Lo cierto es que, en materia de Derecho internacional de contratos, este tipo de límite a la autonomía conflictual opera en la práctica de forma muy escasa, quizás, entre otros posibles motivos (pues, como es sabido, el ámbito de actuación por excelencia del orden público internacional, es el Derecho de la persona y de la familia), ello se deba a la existencia de un régimen especial de Derecho aplicable previsto en los artículos 5 a 8 del Reglamento “Roma I”, normas cuyo objetivo se centra fundamentalmente en la protección de la parte débil en determinados contratos internacionales.

En tercer lugar, existe otro límite a la autonomía conflictual de gran calado y relevancia en la práctica. Nos referimos a las normas materiales internacionalmente imperativas, conocidas igualmente como “leyes de policía”²³², cuya definición ha sido objeto de múltiples discusiones doctrinales²³³. En relación con la materia contractual internacional, a diferencia del Convenio de Roma que no las definía, el artículo 9, apartado 1, del Reglamento “Roma I” da una definición bastante completa de lo que podemos entender por normas materiales internacionalmente imperativas o ley de policía, abarcando su concepto notas sobre su eficacia y sobre su contenido. Tras una atenta lectura de dicho precepto, podemos concluir que para que una norma adquiera la condición de ley de policía²³⁴, la nota relevante es que el Estado la considere “*esencial*

²³¹ Art. 21 RRI: “Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es *manifestamente incompatible* con el orden público del foro.” La letra en cursiva no aparece en el texto original del Reglamento. Del citado precepto, así como del Considerando núm. 37 del Reglamento “Roma I”, se desprende que dicho instrumento normativo admite, con carácter excepcional, la intervención del orden público internacional del ordenamiento jurídico del foro en materia contractual.

²³² Sobre este aspecto, *vid.* el análisis de H. AGUILAR GRIEDER, H, “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, 2014, Nº 8234, pp. 1-9.

²³³ A modo de ejemplo, puede consultarse J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, 2009, pp. 234-243.

²³⁴ Leyes de policía se distinguen de normas imperativas, tienen un plus de imperatividad. El profesor de Derecho comparado A. BONOMI trata ambos tipos de normas en su artículo “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en *Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, núm. 62, Schulthess, 2008, pp. 217-237.

para la salvaguardia de sus intereses públicos...”, es decir, decisiva para el interés público.

No obstante, una vez identificada una ley de policía y determinado su ámbito de aplicación espacial (o territorial) pueden existir no pocas dificultades que obstaculicen o entorpezcan su efectiva aplicación. Como señala J.M. JACQUET, “... la aplicación de las leyes de policía puede verse comprometida en función del comportamiento de las partes desde la perspectiva jurisdiccional. El demandante puede eludir los tribunales del país en el que la ley de policía está en vigor cuando existan varios foros de competencia concurrentes. Estos tribunales también pueden verse eludidos en virtud de una cláusula de elección de foro o de una cláusula de arbitraje”²³⁵.

Del artículo 3, apartados 3 y 4, de este texto normativo se deduce que las normas imperativas actúan como una especie de núcleo duro que va a ser necesariamente aplicable al caso en cuestión. Concretamente, el apartado 4 de dicha disposición pone de relieve que, si en el momento de la elección de la ley aplicable, se localizan todos los elementos pertinentes del contrato en el área europea, y las partes (en virtud de su autonomía conflictual) eligen como Derecho aplicable a su contrato internacional una ley que no sea de un Estado miembro de la Unión Europea, esta elección de una ley de un “tercer Estado” no impedirá que se apliquen las disposiciones imperativas del Derecho europeo, incluidas las contenidas en las Directivas europeas sectoriales. Estos instrumentos europeos se aplicarán tal y como hayan sido transpuestos por el ordenamiento jurídico del foro, esto es, del ordenamiento jurídico del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Por tanto, podemos afirmar que nos encontramos ante una cláusula general de protección del Derecho europeo.

Y, en último lugar, debemos mencionar otro de los límites existentes a la hora de restringir, en cierta medida, la amplia libertad de la que gozan las partes cuando han de decidir la ley aplicable a su contrato internacional: la exigencia de que esa ley elegida por las partes sea necesariamente una ley estatal. En consecuencia, la ley aplicable ha de ser una ley de un determinado Estado, lo que significa que no sería admisible que las partes contractuales eligiesen la denominada *lex mercatoria*. El propio artículo 3,

²³⁵ J.M. JACQUET, “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, pp. 35-48, pp. 40-42.

apartado 1, del Reglamento nº 593/2008 nos dice que “el contrato se regirá por la *ley* elegida por las partes”²³⁶, a lo que podemos añadir que el Considerando nº 11 de dicho cuerpo legal se refiere a la libertad de la que gozan las partes a la hora de elegir la *ley* aplicable. Por tanto, no cabe duda al respecto, el legislador europeo, al utilizar el término “ley”, está señalando que la ley elegida por los contratantes ha de ser necesariamente una ley que forme parte de un determinado ordenamiento jurídico estatal. De manera que, a nivel conflictual, únicamente es posible la remisión al Derecho de un determinado Estado²³⁷.

Con todo ello, en principio, no sería admisible que las partes contractuales eligiesen otros grupos normativos que no son estatales, nos referimos especialmente a los principios UNIDROIT²³⁸, que formulan y establecen las reglas generales para los contratos comerciales internacionales, así como, a la nueva *lex mercatoria*²³⁹ o Derecho transnacional cuyos creadores son los operadores del comercio internacional (nada que ver con los legisladores estatales). Se trata de unas reglas que regulan ciertos aspectos de la contratación internacional, aunque un sector doctrinal mantiene que se trata de un verdadero ordenamiento jurídico²⁴⁰. Dicho lo cual, volviendo al Reglamento “Roma I”, queda claro que la elección de ley, en los términos previstos en su artículo 3, no incluye a los grupos normativos que acabamos de citar.

²³⁶ La cursiva utilizada no aparece en el texto original.

²³⁷ A diferencia de la Propuesta de Reglamento “Roma I”, la cual permitía que la *lex contractus* fuese una ley no estatal. Para más detalle al respecto, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 19-35, p. 32.

²³⁸ Respecto a los principios UNIDROIT, interesante estudio de M.J. BONELL, “De la Convención de Viena sobre la compraventa a los Principios Unidroit: ¿hacia un derecho global de los contratos comerciales internacionales?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 259-273. Así como, I. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, / M. UNCETA LABORDA, “Los Principios de unidroit como *lex contractus*”, en *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, 2005, pp. 765-800.

²³⁹ Acerca de la *Lex mercatoria*, completo análisis, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, Tomo IV, pp. 35-78.

²⁴⁰ Su aplicación sólo puede tener lugar en la medida en que la admita la *lex contractus*; no como elección de ley. Especialmente en los contratos de franquicia internacional, la profesora H. AGUILAR GRIEDER pone de relieve que “la posibilidad de elegir a la *lex mercatoria* como *lex contractus* podría resultar interesante desde una perspectiva de *lege ferenda*, ya que, además de la ausencia de normativa en el plano internacional, las legislaciones nacionales, que contienen una regulación específica para la franquicia, presentan un carácter mucho más fragmentario que la *lex mercatoria* relativa a la franquicia, ya que las mismas tan sólo regulan, desde una perspectiva meramente interna, algunos de los elementos de los acuerdos de franquicia”. *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, p. 32 *in fine*.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el Considerando núm. 13 de este Reglamento europeo, este Derecho no estatal (principios UNIDROIT y nueva *lex mercatoria*) puede ser incorporado al contrato, aunque no por la vía de la elección conflictual, sino con el rango de una “incorporación por referencia”, es decir, a efectos de ese contrato y siempre que la ley aplicable al mismo lo permita. El contenido de ese Derecho no estatal será válido como un pacto entre las partes de esa relación jurídico-privada contractual internacional²⁴¹.

Al margen de lo señalado, las partes pueden elegir como ley aplicable al contrato internacional, el Derecho de una unidad territorial concreta que disponga de sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento nº 593/2008, el cual se refiere a los Estados con más de un sistema jurídico (Estados plurilegislativos). Concretamente, su apartado 1 establece que: “...cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento”. Por otra parte, a efectos del artículo 3.1 del Reglamento “Roma I”, también ha de tratarse de una ley estatal vigente en el momento de la elección y que, a su vez, pertenezca a un Estado existente también en el momento de la elección. De lo contrario, si la ley elegida no está vigente, se considerará que no ha existido elección de ley; y si en el momento de la controversia no existe el Estado a cuyo ordenamiento jurídico pertenece la ley elegida, se aplicará la ley del Estado que ha sucedido al Estado inexistente o ya desaparecido.

Por otra parte, la ley aplicable al contrato internacional, en defecto de elección de ley por los contratantes (o bien, cuando dicha elección no es válida, según los términos del artículo 3 del Reglamento “Roma I”), es objeto de regulación en el artículo 4 del Reglamento nº 593/2008²⁴².

²⁴¹ En este sentido, *vid.* S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, en *Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, núm. 62, Schulthess, 2008, pp. 68 y ss.

²⁴² Puede consultarse el comentario realizado por U. MAGNUS sobre el artículo 4 relativo a la ley aplicable en defecto de elección (es decir, cuando las partes de la relación contractual en cuestión no hayan hecho uso de su autonomía conflictual, siendo ésta, como es sabido, el criterio de conexión principal, máxime en materia contractual), en concreto, su trabajo titulado: “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 27-50. Para el estudio de las conexiones objetivas de aplicación subsidiaria respecto a la autonomía conflictual, puede verse F. FERRARI, “Objektive Anknüpfung”, *loc. cit.*, 2007, pp. 57-87.

Antes de comenzar a analizar el citado precepto, podemos precisar que su estructura es más sencilla y racional que la del artículo 4 de su antecesor (el Convenio de Roma de 1980), que resultaba ser una estructura ciertamente compleja. Además, la disposición europea modifica en gran medida lo regulado en dicho Convenio y determina la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección (o, como hemos apuntado, cuando esta elección no es válida, según el artículo 3 del Reglamento “Roma I”), para lo cual utiliza distintos criterios.

En primer lugar, este precepto comienza estableciendo en su apartado 1 determinadas normas de conflicto especiales (éstas no aparecen en el Convenio de Roma), cuya finalidad principal es conseguir una mayor seguridad jurídica. Estas normas de conflicto especiales se caracterizan por tener un supuesto de hecho más concreto, más especializado y se dan para determinados contratos internacionales, sometidos al régimen general de Derecho aplicable, que son muy frecuentes en la práctica internacional. Así, lo relevante, para determinar la ley aplicable con arreglo al apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 593/2008, es el tipo de contrato. De tal forma que existe una norma de conflicto especial para el contrato de compraventa internacional de mercaderías, esta norma de conflicto especial consiste en que los contratos de compraventa de mercaderías, en defecto de autonomía conflictual (recordemos que éste es el primer criterio de conexión que establece el legislador comunitario), se van a regir por la ley donde el vendedor tenga su residencia habitual (art. 4.1 letra ‘a’).

En los contratos internacionales de prestación de servicios, en defecto de autonomía conflictual, es decir, cuando las partes no han elegido ley aplicable, estos contratos se van a regir por la ley del Estado donde el prestador de servicios tenga su residencia habitual (art. 4.1 letra ‘b’).

También existe una norma de conflicto especial para los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o, el arrendamiento de un bien inmueble, en este caso, y siempre que las partes no hayan elegido ley aplicable, estos contratos se regirán por la ley del país donde se encuentre sito ese bien inmueble (art. 4.1 letra ‘c’). Ahora bien, el legislador europeo establece una excepción a esta regla general señalando que, en estos casos, si se cumplen una serie de condiciones, el contrato de arrendamiento de

un bien inmueble se va a regir, en defecto de autonomía conflictual, por la ley donde tenga su residencia habitual el propietario de ese bien inmueble. Estas condiciones a las que nos hemos referido son las siguientes: que ese contrato de arrendamiento sea para uso particular (no profesional); que se haga por un plazo máximo de seis meses consecutivos; que el arrendatario sea una persona física; y, por último, que ambas partes del contrato (arrendador y arrendatario) tengan su residencia habitual en el mismo país. Esta excepción queda regulada en el artículo 4.1 letra ‘d’ del Reglamento “Roma I”.

Otra norma de conflicto especial se da para los contratos internacionales de franquicia, es decir, si las partes no han elegido ley aplicable, estos contratos se van a regular por la ley del Estado donde tenga su residencia habitual el franquiciado (art. 4.1 letra ‘e’), siendo éste la persona que explota el negocio. El objetivo que ha propiciado la aparición de esta norma de conflicto especial es la protección de la parte más débil de esta relación contractual en la que existe un desequilibrio entre la postura negocial de ambas partes, siendo en esta ocasión el franquiciado el que ocupe una posición más débil.

Por lo que respecta a los contratos internacionales de distribución, salvo que las partes hayan negociado otra solución, se regirán por la ley del Estado donde el distribuidor tenga su residencia habitual (art. 4.1 letra ‘f’). Al igual que en los contratos de franquicia, esta norma de conflicto especial también se justifica en el principio de protección de la parte más débil de la relación litigiosa, en este caso, la parte contractual que ocupa una posición más débil es el distribuidor. En este aspecto debemos subrayar que existe un cierto avance, ya que el Reglamento europeo (a diferencia del Convenio de Roma, su antecesor) está reconociendo implícitamente que, tanto en el contrato internacional de franquicia como en el contrato de distribución comercial, existe un desequilibrio entre la posición negocial de las partes²⁴³, lo que conlleva a una protección de la parte que ocupa la posición negocial más desventajosa, esto es, de la parte débil de esa relación contractual concreta, y todo ello, tratándose de dos contratos sometidos al régimen general de Derecho aplicable (art. 4.1 letras ‘e’ y ‘f’ respectivamente), no a los contratos sometidos al régimen especial (arts. 5 a 8 RRI), que son los que tradicionalmente se han justificado en la necesidad de una protección mayor a favor de

²⁴³ Aspecto tratado más en profundidad por H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, p. 20, apartados 2 y 3.

la parte más desfavorecida de determinados contratos internacionales, entre ellos, el contrato internacional de consumo (art. 6) y de trabajo (art. 8).

Para finalizar, el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, en su letra ‘g’, establece que el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá, en defecto de autonomía conflictual, por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; y en su letra ‘h’, señala una norma de conflicto especial para los contratos relativos a mercados financieros celebrados en mercados regulados, que consiste en que estos mercados financieros se regirán por la ley que regula dicho mercado.

Lo más destacado, de este apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 593/2008, es que el legislador europeo, con el firme propósito de garantizar la seguridad jurídica²⁴⁴, al consagrar las normas de conflicto especiales para los contratos internacionales que acabamos de enumerar, lo que está haciendo es especializando el método conflictual o método de localización. Ello constituye una considerable modificación respecto a lo regulado por el Convenio de Roma de 1980 en su artículo 4, el cual consagra el principio de los vínculos más estrechos²⁴⁵, lo cual implica el no utilizar, en la actualidad, puntos de conexión flexibles o abiertos que necesitan ser concretados por el tribunal, puntos de conexión que simplemente se fundamentaban en el principio de proximidad.

Por otro lado, para los restantes contratos internacionales, es decir, para aquellos contratos no cubiertos por el apartado 1 del artículo 4, ni incluidos dentro del régimen especial del Reglamento nº 593/2008, el apartado 2 del artículo 4 de este instrumento europeo establece que se regirán, cuando las partes no hayan elegido el Derecho material aplicable en virtud de su autonomía conflictual, por la ley del país donde se encuentre la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

²⁴⁴ Así se desprende del Considerando núm. 16 del RRI, que se refiere al objetivo general de este instrumento comunitario, que no es otro que “la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo”.

²⁴⁵ En este sentido, acerca de la ley objetivamente aplicable a los contratos internacionales de distribución comercial, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, pp. 33-35.

El apartado 2 del artículo 4 del Reglamento “Roma I” se refiere a contratos mixtos o complejos, esto es, contratos que presentan elementos procedentes de varios contratos relacionados de los previstos en el apartado 1 de este mismo precepto, por ejemplo, un contrato de concesión con venta de mercaderías. Tal y como advierten los profesores A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, a estos efectos, “*no es relevante que el negocio ‘dominante’, ‘esencial’ o ‘fundamental’ del contrato sea la compraventa, la distribución o cualquier otro contrato*”, sino que este tipo de contratos se regirán por una única ley, en virtud de lo establecido en el artículo 4.2, se regirán por la ley de la residencia habitual del prestador característico²⁴⁶.

El precepto que nos ocupa, también es aplicable a otros contratos. Citaremos, a modo de ejemplo, los contratos de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, contrato de arrendamiento de cosas muebles o de derechos, contrato de subarrendamiento de muebles e inmuebles, contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil, etcétera.

Si nos fijamos en los distintos puntos de conexión contenidos en el apartado 1 y apartado 2, del artículo 4 del Reglamento nº 593/2008, cobra una gran importancia el concepto de “residencia habitual”. Por este motivo, el legislador europeo en aras de garantizar la seguridad jurídica, se encarga de perfilar suficientemente dicho concepto. Así, cuando se trate de sociedades, asociaciones o personas jurídicas, la “residencia habitual” se entiende como lugar de su administración central (art. 19.1, párrafo primero RRI). En este sentido, el Considerando 39 del Reglamento “Roma I” señala que, por lo que respecta a las personas jurídicas, ha de seguirse un único criterio para determinar la “residencia habitual” y no tres como ocurrió en el marco del artículo 60 del Reglamento “Bruselas I” y, tal como sigue ocurriendo en el vigente artículo 63 del Reglamento “Bruselas I bis” a efectos de la competencia judicial internacional²⁴⁷, puesto que de ello

²⁴⁶ Respecto a la ley aplicable a los contratos mixtos o complejos, extenso análisis realizado por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, pp. 3040-3042, más en concreto, p. 3040. Además, puede verse por todos, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, pp. 2960-2963, en especial, p. 2961; *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, pp. 999 *in fine*.

²⁴⁷ En sede de competencia judicial internacional, en virtud de lo previsto en el artículo 63 del RBI bis, se considera que una sociedad o cualquier otra persona jurídica estará domiciliada en el lugar donde se encuentre: su sede estatutaria o, su administración central o, su centro de actividad principal. Como podemos apreciar, dichos criterios están ordenados de forma alternativa; lo cual acarrea una alta dosis de inseguridad jurídica.

depende que las partes puedan determinar con mayor exactitud la ley aplicable a su contrato internacional²⁴⁸. Esto se traduce en el criterio único regulado de forma precisa en el artículo 19, en su apartado 3, del Reglamento nº 593/2008 y en la resolución del problema del conflicto móvil por el legislador europeo. Por virtud de dicho apartado: “La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato”. Esta disposición nos dice cuándo ha de concretarse el punto de conexión de la norma de conflicto (art. 4, apartados 1 y 2 RRI), siendo en el momento de celebración del contrato, aspecto que adquiere especial relevancia en el sector del Derecho aplicable en general y por lo que se refiere a la materia contractual, en particular. En definitiva, las partes han de conocer qué ley, qué Derecho material estatal, se aplica a su concreta relación contractual internacional.

Además, el artículo 19 de este cuerpo legal continúa precisando el concepto de “residencia habitual”, de manera que, si se trata de una persona física que ejerce su actividad profesional, se entenderá por “residencia habitual” el lugar del establecimiento principal de dicha persona (art. 19.1, párrafo 2 RRI). Por otro lado, si se trata de contratos celebrados en el curso de operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará “residencia habitual” el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado. Esta misma pauta es aplicable en el caso de que, según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia u otro establecimiento. Todo ello, en virtud de lo expuesto en el artículo 19.2 del Reglamento “Roma I”.

Este cuerpo legal, en su artículo 19, guarda silencio respecto a lo que se ha de entender por “residencia habitual” de las personas físicas no profesionales. Debemos considerar que el Reglamento europeo, al no decir nada al respecto, nos está dejando entrever que, a tal efecto, debemos acudir al Derecho interno de cada Estado miembro de la UE, en nuestro caso, acudiremos al artículo 40 del Código civil español, precepto que equipara “residencia habitual” a “domicilio”, disponiendo que el domicilio de una persona física es el del lugar de su residencia habitual²⁴⁹.

²⁴⁸ Considerando núm. 39 RRI: “La seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación”, lo cual es extrapolable respecto al artículo 63.1 del Reglamento “Bruselas I bis”.

²⁴⁹ Dicho aspecto relativo al concepto de domicilio de la persona física, será tratado un poco más adelante al realizar ciertas consideraciones sobre los foros de competencia, en concreto nos referiremos al artículo

El apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 593/2008 menciona otro concepto en el que nos debemos detener brevemente, el concepto de “prestación característica del contrato”. En este punto, el Considerando 19 de dicho Reglamento, nos dice que “...la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”. Lo cierto es que no nos aclara la cuestión. Tradicionalmente, gracias a un Informe Oficial anexo al Convenio de Roma, el denominado “Informe GIULIANO / LAGARDE”, en el cual se decía que: *“en los contratos bilaterales (sinalagmáticos) en los que los contratantes se obligan mutuamente a prestaciones recíprocas, la contraprestación de una de las partes, en la economía moderna, consiste habitualmente en dinero, por lo que dicha prestación no es característica del contrato”*²⁵⁰. De aquí podemos extraer que la prestación característica del contrato es aquella prestación por la que se debe el pago, es decir, una prestación material, una prestación no dineraria. Por lo que tenemos claro que no se trata de la prestación dineraria. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la prestación característica es la entrega (*traditio*) por parte del vendedor.

También es cierto que en todos los contratos internacionales no es fácil determinar cuál es la prestación característica. Por ello, el apartado 4, del artículo 4, del Reglamento nº 593/2008 nos dice que cuando la ley aplicable al contrato no puede determinarse según los apartados 1 y 2, del artículo 4 de dicho Reglamento, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Cuando hablamos de “vínculos más estrechos” hacemos referencia a la ley que responde al principio de proximidad, o bien, a la ley estatal cuya aplicación al contrato sea más fácilmente previsible por ambas partes de la relación contractual. En este sentido, principio de proximidad equivale a principio de previsibilidad de la ley aplicable y ambas expresiones equivalen a “vínculos más estrechos”, en suma, se trata de la ley estatal que suponga un menor coste para los contratantes. De manera que los “vínculos más estrechos” es la conexión de cierre del sistema. Se caracteriza por ser una conexión muy flexible que otorga un amplio margen de maniobra a los órganos jurisdiccionales.

62.1 del Reglamento “Bruselas I bis” (anterior artículo 59.1 del Reglamento “Bruselas I”). Ambos instrumentos normativos coinciden al remitir el concepto de domicilio de la persona física a la normativa interna de cada Estado miembro de la Unión Europea. Por tanto, no se trata de un concepto autónomo, común a todos los Estados miembros, lo cual da lugar a ciertas dificultades prácticas, ya que cada Estado miembro de la UE podrá aplicar un concepto distinto de domicilio de las personas físicas; pudiendo coincidir, o no, con el de residencia habitual.

²⁵⁰ En adelante, Informe GIULIANO / LAGARDE: *DOCE*, de 11 de diciembre de 1992, C 327, p. 19.

Por este motivo, hay que recalcar que esta conexión de cierre sólo va a entrar en juego cuando: en primer lugar, no exista ninguna norma de conflicto especial para un determinado contrato internacional (art. 4.1 RRI); y, en segundo término, no pueda determinarse su prestación característica (art. 4.2 RRI), teniendo siempre presente que las partes no hayan elegido ley aplicable en los términos del artículo 3 del Reglamento “Roma I”, esto es, en defecto de autonomía conflictual.

Por último, el apartado 3 del artículo 4 de este instrumento europeo, consagra una cláusula de excepción que puede operar cuando el contrato presente de forma clara vínculos más estrechos con algún otro país distinto del indicado en los apartados 1 y 2 del artículo 4, en cuyo caso, se aplicará la ley de este otro país. Lo que pretende este apartado tercero es evitar que el contrato quede sujeto a la ley de un Estado cuya aplicación resulte sorpresiva o inesperada para las partes.

Dicho de otro modo, como regla general lo más habitual es que el contrato quede sujeto a la ley designada por el apartado 1, o en su caso, por el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”. Ahora bien, sólo si se verifican las condiciones recogidas en el apartado 3 de este mismo precepto (vinculación manifiestamente más estrecha con otro país y percepción clara de dicha circunstancia), el tribunal competente aplicará esa otra ley: la ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. En consecuencia, la intervención de la cláusula de excepción posibilita apartarse o desligarse de la ley designada en virtud de los criterios de conexión contenidos en el artículo 4 del Reglamento “Roma I” como tal norma de conflicto. De aquí que la intervención de la cláusula de los vínculos más estrechos sea de carácter excepcional. La ley del país más estrechamente vinculado con el contrato podrá ser aplicada siempre que el contratante interesado, en activar la cláusula de excepción, demuestre al juez que el contrato presenta vínculos más estrechos con ese otro país²⁵¹.

Una vez descrito el funcionamiento general del artículo 4 del Reglamento “Roma I” y, atendiendo a su estructura, cabe plantearse por qué el legislador europeo no

²⁵¹ En este punto nos hemos referido a la cláusula de excepción genérica, es decir, a la cláusula de excepción que puede intervenir para la generalidad de los contratos internacionales (art. 4.3 RRI). No obstante, existe una cláusula de excepción específica para los contratos individuales de trabajo, regulada en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento “Roma I”. Esta última será objeto de análisis en el Capítulo 3º del presente estudio.

ha seguido un orden sistemático lógico, en definitiva, por qué no ha establecido el criterio de conexión de los vínculos más estrechos, como conexión de cierre del sistema, en el apartado 3, y la cláusula de excepción en el apartado 4 del citado precepto, dado que la operatividad del criterio de conexión, en todo caso, sería anterior a la operatividad de la cláusula de excepción. De esta forma, el funcionamiento del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, para determinar la ley objetivamente aplicable a la generalidad de los contratos internacionales, sería menos complejo y, en consecuencia, se facilitaría la aplicación práctica de dicho precepto a los operadores jurídicos.

Así, en este sentido, aunque la cláusula de excepción únicamente puede intervenir respecto de los apartados 1º y 2º del artículo 4, el funcionamiento general de citado artículo sería: apartado 1º (normas de conflicto especiales para determinados contratos sujetos al régimen general); apartado 2º (primera conexión subsidiaria: residencia habitual del deudor de la prestación característica del contrato); apartado 3º (segunda conexión subsidiaria: conexión de los vínculos más estrechos como conexión de cierre del sistema); y apartado 4º (eventual intervención de la cláusula de excepción). En vez del orden sistemático seguido por el legislador europeo, en virtud del cual, el funcionamiento general del artículo 4 del Reglamento “Roma I” es: apartado 1º, 2º, 4º (segunda conexión subsidiaria: conexión de los vínculos más estrechos como conexión de cierre del sistema) y apartado 3º (eventual intervención de la cláusula de excepción).

Por otro lado, tal como hemos precisado en otras ocasiones, el régimen especial de ley aplicable se encuentra contenido en los artículos 5 a 8 del Reglamento “Roma I”. El análisis específico del régimen especial de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo se realizará en el Capítulo 3º del presente estudio.

En sede de competencia judicial internacional, el Reglamento “Bruselas I bis”, coincidiendo con su antecesor directo (Reglamento “Bruselas I”) e indirecto (Convenio de Bruselas de 1968)²⁵², también establece una dualidad de regímenes. Por un lado, un régimen general y, por otro lado, un régimen especial de cji.

²⁵² Es preciso señalar que el régimen especial de competencia judicial internacional, establecido en el Convenio de Bruselas de 1968, únicamente abarcaba a los contratos de seguros (Sección 3ª: arts. 7 a 12) y a los contratos de consumo (Sección 4ª: arts. 13 a 15). En consecuencia, el contrato individual de trabajo no siempre ha sido objeto de una regulación específica en sede de cji. Este aspecto ha sido puesto de relieve en páginas anteriores, concretamente, al referirnos al contexto de la regulación del contrato

El régimen general de cji resulta aplicable a la gran mayoría de los supuestos internacionales que cumplan los presupuestos de aplicación material, espacial y temporal de dicho texto normativo. La aplicación del régimen general de cji, aunque el propio Reglamento guarda silencio al respecto, parte de una premisa: como es: equilibrio en la posición negocial de las partes. La existencia de dicha premisa o condición es más de naturaleza teórica que práctica, ya que, al igual que ocurre en sede de ley aplicable, existen determinadas categorías contractuales en las que hay una parte débil frente a otra que goza de una posición contractual más ventajosa y, aun así, les resulta aplicable el régimen general de cji. Este es el caso, fundamentalmente del contrato de agencia comercial y del contrato de distribución, en los que la posición negocial más débil la ocupan el agente comercial y el distribuidor, respectivamente²⁵³.

Como hemos señalado, en sede de cji, el Reglamento “Bruselas I bis”, junto al régimen general, consagra un régimen específico sustentado en el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa. En consecuencia, la finalidad de dicho régimen especial es eminentemente tuitiva. Al igual que ocurre en sede de ley aplicable, el régimen especial de cji, previsto en el “Reglamento “Bruselas I bis”, encuentra su justificación en el desequilibrio que existe en la posición negocial de las partes respecto de determinadas categorías contractuales.

De aquí que, en contraposición a lo que ocurre respecto del régimen general de cji, dicho régimen especial, en sede de competencia, sólo resulte aplicable respecto de determinadas categorías contractuales. Más específicamente, en cuanto al marco normativo, nos referimos al Capítulo II (titulado: *Competencia*) del Reglamento “Bruselas I bis”, el cual abarca a las siguientes categorías contractuales: contratos de seguro (Sección 3: arts. 10-16); contratos de consumo (Sección 4: arts. 17-19); y contratos individuales de trabajo (Sección 5: arts. 20-23)²⁵⁴; quedando protegidos por dicho régimen especial de cji, el asegurado o tomador del seguro, el consumidor y el

individual de trabajo en el Derecho internacional privado de origen europeo (Capítulo 1º, apartado I, subapartado 2).

²⁵³ Puede consultarse, entre otros, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2014, p. 54. Además, existe otra categoría contractual, como es el contrato de franquicia, el cual queda sometido tanto al régimen general de cji como al de ley aplicable, aun existiendo una parte débil en la relación litigiosa (el franquiciado).

²⁵⁴ Nos referiremos al régimen especial de cji al analizar la correlación *forum-ius* en el Capítulo 3 del presente trabajo.

trabajador, respectivamente, en tanto que son considerados la parte débil de la relación litigiosa.

3. Correlación *forum-ius*: dualidad de regímenes en sede de competencia judicial internacional

Dado que el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales es considerado como complemento y prolongación lógica del Convenio de Bruselas de 1968, existe necesariamente entre ambos textos normativos, de origen convencional, una correlación *forum-ius*. Dicha correlación resulta extrapolable al ámbito de los instrumentos normativos, de origen institucional, que actualmente sustituyen a los citados Convenios internacionales y que, a su vez, tienen la consideración de ejes centrales del espacio judicial europeo: el Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (sucesor del Convenio de Roma) así como, el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (sucesor indirecto del Convenio de Bruselas). Por tanto, el Reglamento “Bruselas I bis”, hoy en día, es uno de los instrumentos normativos clave del Derecho internacional privado europeo, en concreto, es el texto normativo internacional más relevante en la esfera del DPCI en el marco de la UE.

Puesto que hicimos referencia, en su momento, al proceso de comunitarización o europeización del DIPr.²⁵⁵, recordemos que las bases jurídicas utilizadas por las instituciones europeas para la adopción del Reglamento “Bruselas I bis” han sido los artículos 81.2 y 67.4 del TFUE²⁵⁶ (ambos preceptos sustituyen, respectivamente, a los anteriores artículos 61 y 65 del TCE).

²⁵⁵ Me remito al análisis realizado en el Capítulo 1º del presente trabajo, al referirnos al origen y avances en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil.

²⁵⁶ De igual forma, no está de más recordar que en virtud del artículo 81.2 del TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, cuando resulte necesario para el mercado interior, medidas para garantizar: el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones entre los Estados miembros de la UE (81.2 letra ‘a’); la unificación de las normas de DIPr. de los Estados miembros (81.2 letra ‘c’); así como una tutela judicial efectiva (81.2 letra ‘e’). Y, por su parte, el artículo 67.4 del TFUE dispone expresamente que: “la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. Como es sabido, ambos principios (reconocimiento mutuo y tutela judicial efectiva) guardan una muy estrecha relación

Como es sabido, el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (“Bruselas I bis”) viene siendo aplicable, con carácter general, a partir del 10 de enero de 2015. Tal como dispone el artículo 80 del Reglamento “Bruselas I bis”, dicho instrumento europeo deroga al Reglamento anteriormente vigente en el ámbito del Derecho Procesal Civil Internacional (DPCI): el Reglamento (CE) núm. 44/2001 (“Bruselas I”). Además, el citado precepto establece que *“las referencias al Reglamento derogado se entenderán hechas al presente Reglamento y con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo III”*²⁵⁷. En consecuencia, las referencias realizadas acerca del Reglamento “Bruselas I” son extrapolables respecto del Reglamento “Bruselas I bis”.

Tenemos que tener presente que el Reglamento núm. 1215/2012 vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea (incluida Dinamarca y, en un principio, también incluido Reino Unido e Irlanda²⁵⁸, teniendo en cuenta que Reino Unido dejó de ser Estado miembro de la UE, pasando a tener la consideración de tercer Estado, a partir del 31 de enero de 2020). El caso más problemático lo protagonizó Dinamarca ya que este país se opuso a la denominada “comunitarización” (europeización) de las normas de Derecho internacional privado²⁵⁹. Finalmente, con base en el Acuerdo firmado el 19 de octubre de 2005 entre Dinamarca y la Unión Europea, se decidió que se extendieran también a Dinamarca las disposiciones previstas en el citado Reglamento.

Respecto al ámbito de aplicación, de las normas previstas en el Reglamento núm. 1215/2012 relativas a la competencia judicial internacional, se han de cumplir una serie de requisitos referentes al ámbito de aplicación material, temporal y espacial.

El ámbito de aplicación material es común a las normas de cji y a las normas de eficacia extraterritorial previstas en el Reglamento “Bruselas I bis”. En este aspecto,

entre sí, en la medida en que, para facilitar y mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos en el seno de la UE, es necesario alcanzar el reconocimiento mutuo de resoluciones en el ámbito europeo. Recordemos que el principio de reconocimiento mutuo fue proclamado, en el Consejo europeo de Tampere (celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999) como “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil” con repercusión transfronteriza; lo cual constituyó un avance muy significativo en el proceso hacia la supresión del exequátur en Europa.

²⁵⁷ Debido a que la numeración del articulado del Reglamento “Bruselas I bis” no coincide con la de su antecesor directo (RBI), lo cual dificulta la labor de los operadores jurídicos, el legislador europeo introduce, en el último anexo del RBI bis, una útil “tabla de correspondencias” entre la numeración del articulado de ambos textos normativos (DOUE, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351/29-32).

²⁵⁸ Reino Unido e Irlanda notificaron su deseo de participar en la adopción y aplicación de dicho instrumento normativo europeo. Así queda reflejado en el Considerando nº 40 del RBI bis.

²⁵⁹ Sobre el proceso de comunitarización, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2010, pp. 311-315.

coincide con su antecesor normativo: Reglamento “Bruselas I”, abarcando la materia civil y mercantil de alcance patrimonial. Dicho ámbito de aplicación material aparece regulado en el artículo 1 del Reglamento “Bruselas I bis”. Este precepto se refiere a los litigios internacionales en materia civil y mercantil, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca de estos litigios. Tal y como especifica este artículo 1, dicho Reglamento excluye determinadas cuestiones de su ámbito material, tales como: lo relativo al estado y capacidad de las personas físicas²⁶⁰; los regímenes matrimoniales²⁶¹; las sucesiones y testamentos²⁶²; la quiebra y demás procedimientos análogos²⁶³; y, por último, las cuestiones relativas a la Seguridad Social y al arbitraje. En esta línea, cabe matizar que también quedan excluidas las materias de Derecho de la persona y Derecho de familia, entre otras, la obligación de alimentos²⁶⁴.

²⁶⁰ Estas cuestiones quedan sometidas a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro.

²⁶¹ Es conveniente subrayar que la Comisión de la UE, el 16 de marzo de 2011, presentó una Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [COM (2011) 126 final]. En consecuencia, actualmente existen dos Reglamentos europeos en esta materia: el Reglamento (UE) núm. 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE, de 8 de julio de 2016, núm. L 183/1) y, el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de la uniones registradas (DOUE, de 8 de julio de 2016, núm. L 183/30). Ambos instrumentos normativos abordan todos los problemas que pueden presentar las situaciones privadas internacionales, en las materias respectivas, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras en el marco de la UE. Por tanto, los problemas de Derecho internacional abordados por cada uno de estos Reglamentos europeos son problemas de DPCI y de Derecho aplicable.

²⁶² La materia relativa a sucesiones y testamentos queda excluida del ámbito de aplicación material del RBI bis al objeto de regulación por otro instrumento europeo: el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE, de 27 de julio de 2012, núm. L 201/107). Se trata de un Reglamento que abarca toda la problemática que presentan las sucesiones (por causa de muerte) con repercusión transfronteriza.

²⁶³ Por ejemplo, el Reglamento (UE) 2021/2260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2021, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia a fin de sustituir sus anexos A y B (DOUE, de 20 de diciembre de 2021, núm. L 455/4); el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia; dicho instrumento normativo abarca al DPCI y al sector del Derecho aplicable (DOUE, de 5 de junio de 2015, núm. L 141/34);

²⁶⁴ La materia jurídica de alimentos (al igual que ocurre respecto de sucesiones internacionales en el marco de la UE) no forma parte del ámbito de aplicación material del RBI bis al quedar regulada por otro instrumento europeo: el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE, de 10 de enero de 2009, núm. L 7/1). Conocido comúnmente como Reglamento “Bruselas III”. Dicho texto normativo pretende ofrecer una regulación completa de todos los aspectos que, desde la perspectiva del DIPr., plantean las obligaciones alimenticias. Todo ello, pese a no incluir en su articulado normas para la determinación de la ley aplicable. A tal efecto, mediante su artículo 15 (Capítulo III), el citado Reglamento incorpora, por referencia, el régimen

Por lo que concierne al ámbito de aplicación temporal de las normas de competencia judicial internacional previstas en el RBI bis, su artículo 66, apartado 1, establece que dicho texto normativo se aplica por los órganos jurisdiccionales siempre que la demanda se haya presentado con posterioridad al 10 de enero de 2015, es decir, con posterioridad a la fecha de su efectiva aplicación. Como vemos, el requisito que se exige desde el punto de vista temporal no presenta problema alguno; siempre se va a cumplir.

Sin embargo, el ámbito de aplicación espacial (o territorial) del Reglamento núm. 1215/2012 (al igual que ocurría respecto del RBI) sí plantea ciertos problemas, ya que existe un criterio general y ciertas excepciones a esta regla general. De forma breve, la regla general consiste en que para que, desde el punto de vista espacial, se apliquen las normas de competencia judicial internacional de este Reglamento europeo, es necesario que el demandado tenga su domicilio en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, así lo determina el artículo 6 apartado 1 del Reglamento “Bruselas I bis”²⁶⁵. A su vez, dicho texto normativo contempla, en su artículo 7, determinados foros especiales por razón de la materia, los cuales siguen también el criterio general (domicilio del demandado en un Estado miembro de la UE)²⁶⁶.

Por lo que respecta a las relevantes excepciones a la regla general descrita, cabe decir que aparecen reguladas en los siguientes preceptos del Reglamento núm. 1215/2012: artículo 24 (competencias exclusivas); artículo 25 (sumisión expresa); y artículo 26 (sumisión tácita). Como tales excepciones, en cuanto a estos preceptos no rige el criterio del domicilio del demandado que, como decimos, es la regla general, sino que para la aplicación de estos preceptos se exigen otros criterios.

Dicho lo cual, a diferencia de lo que ocurría respecto del RBI, debemos añadir una importante excepción al criterio general del domicilio del demandado en un Estado miembro de la UE (art. 6 RBI bis). Esta novedosa excepción, introducida por el

previsto en el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la UE a dicho Protocolo (*DOUE*, de 16 de diciembre de 2009, núm. L 331/17).

²⁶⁵ Ahora bien, si el demandado no está domiciliado en cualquiera de los Estados de la Unión Europea, hay que acudir al correspondiente sistema autónomo de DIPr. Es decir, a la norma de competencia judicial internacional prevista en el sistema autónomo de ese Estado miembro ante el cual se haya presentado la demanda o ejercitado la acción.

²⁶⁶ El artículo 7 del RBI bis corresponde al artículo 5 del RBI.

Reglamento “Bruselas I bis”, la conforman los foros especiales de competencia judicial internacional aplicables respecto de dos categorías contractuales específicas, como son: los contratos de consumo (art. 18 RBI bis) y, los contratos individuales de trabajo (art. 21 RBI bis). Dicha excepción consiste en que, con independencia del país en el que se encuentre el empresario, éste podrá ser demandado por el consumidor (art. 18.1) o, en su caso, por el trabajador (art. 21.2). En los dos supuestos mencionados, en aras de una mayor protección al consumidor y al trabajador considerados la parte débil de la relación litigiosa, cuando ésta derive de un contrato de consumo o de trabajo, respectivamente, el legislador europeo a través del Reglamento “Bruselas I bis” pretende extender la aplicación de dichas normas de cji (arts. 18 y 21) a aquellos supuestos en los que el empresario demandado esté domiciliado en un Estado no miembro de la UE. Esta circunstancia, en los términos previstos en los referidos preceptos, no será un obstáculo a la hora de aplicar las referidas normas de cji²⁶⁷.

A continuación, vamos a analizar el régimen general de cji previsto en el Reglamento “Bruselas I bis”, es decir, los distintos foros generales utilizados por el legislador europeo para atribuir el conocimiento de una determinada controversia o litigio internacional a un concreto órgano jurisdiccional estatal y, posteriormente, abordaremos la correlación *forum-ius* respecto del régimen general de Derecho aplicable establecido en el Reglamento “Roma I”.

En este sentido, atendiendo al Reglamento “Bruselas I bis”, los tribunales españoles son competentes, en materia contractual, en los siguientes supuestos:

- En primer lugar, cuando exista una sumisión del asunto a favor de los tribunales españoles. Puede tratarse de una sumisión *expresa* (art. 25 Reglamento núm. 1215/2012), o *tácita* (art. 26 Reglamento núm. 1215/2012). Ambos foros de competencia judicial internacional encuentran su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, aunque se diferencian en la manera de manifestarse. Mientras que la sumisión *expresa* se manifiesta o se

²⁶⁷ Los contratos de seguro, consumo y trabajo quedan sometidos al régimen especial de cji previsto en el Reglamento “Bruselas I bis”. No obstante, la extensión de las normas de cji en cuanto al ámbito de aplicación espacial, no afecta a la competencia en materia de seguros (art. 11 RBI bis).

materializa a través de una cláusula de elección de foro (también denominado acuerdo atributivo de competencia), la sumisión *tácita* se manifiesta a través de un comportamiento procesal inequívoco, es decir, cuando una parte (demandante) presente su demanda ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea y la otra parte (demandado) comparezca ante dicho tribunal sin impugnar su competencia judicial internacional. En este caso, se entenderá que las partes se someten tácitamente ante dicho tribunal. Conviene añadir que la sumisión expresa puede quedar derogada por una posterior sumisión tácita, es decir, aunque en un principio las partes elijan, a través de una cláusula de elección de foro, someter un determinado litigio internacional a un tribunal de un Estado de la Unión Europea, posteriormente, las partes pueden decidir someterse tácitamente a un tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea. Existen aspectos diferenciadores destacables en la regulación de ambos foros de competencia judicial internacional contenida en el Reglamento “Bruselas I bis” respecto de su antecesor normativo. Nos referiremos a dichos aspectos diferenciadores al tratar la correlación *forum-ius* entre los foros generales de cji contenidos en el Reglamento “Bruselas I bis” y los distintos criterios generales de conexión previstos en el Reglamento “Roma I”.

- En segundo lugar, los tribunales españoles serán competentes en materia contractual cuando el demandado tuviere su domicilio en España. Nos referimos en este punto al foro general de competencia judicial internacional del domicilio del demandado, foro regulado en el artículo 4 del Reglamento nº 1215/2012. Se trata de un foro general porque actúa con independencia de la materia objeto de litigio. Para que sea aplicable dicho precepto, es imprescindible que el demandado este domiciliado en un Estado de la UE. Por lo tanto, este artículo (al igual que el Reglamento “Bruselas I”) sigue el criterio general de aplicación espacial de las normas reguladoras de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas I bis”. Precisamente, debido a que el *domicilio del demandado* sirve como criterio para atribuir competencia judicial internacional y, como decimos, es el criterio general

de aplicación espacial de las normas reguladoras de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012, es de prever la importancia del concepto de dicho criterio en el ámbito del citado instrumento europeo. De aquí, que sea el propio Reglamento “Bruselas I bis” el que nos defina qué se entiende por *domicilio*, tanto de las personas físicas (art. 62), como de las personas jurídicas (art. 63). De forma breve, el artículo 62 del Reglamento nº 1215/2012, en cuanto al domicilio de las personas físicas, se remite a la ley interna del Estado cuyo domicilio se trate de determinar²⁶⁸. Y, por otra parte, el artículo 63 del mismo texto legal, en su párrafo primero, define lo que ha de entenderse por domicilio de las sociedades y demás personas jurídicas, entendiendo como tales “*el lugar donde se encuentre:*

- a) su sede estatutaria;*
- b) su administración central, o*
- c) su centro de actividad principal.”*

El artículo 63 del Reglamento “Bruselas I bis” es un tanto impreciso, ya que no nos indica cómo operan estos tres criterios, es decir, no nos aclara si se aplican de forma subsidiaria, o de forma alternativa. Acerca de esta cuestión, se entiende que estos criterios, enumerados en el artículo 63 de este Reglamento, operan alternativamente. Otro aspecto a destacar es que el artículo 4 del Reglamento nº 1215/2012 otorga una competencia genérica porque sólo determina cuál es la jurisdicción estatal que va a tener competencia para conocer de una concreta situación privada internacional, en definitiva, dicho precepto no nos indica qué tribunal territorial (dentro de ese Estado) va a ser competente para ello. De esta última cuestión se va a ocupar el Derecho procesal interno de ese Estado, es decir, del Estado cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer de esa determinada relación jurídico-privada externa, por ejemplo, de una relación contractual con elemento de internacionalidad.

²⁶⁸ En el caso español, atenderemos al artículo 40 del Código civil, según el cual el domicilio de una persona física es el lugar de su residencia habitual. El Código civil español equipara domicilio a residencia habitual, lo que no ocurre en todos los ordenamientos jurídicos.

- Y, en tercer lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 del Reglamento nº 1215/2012, los tribunales españoles podrán conocer de un determinado litigio internacional, que verse sobre materia contractual, cuando sea España el país en el que “*hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda*”. Nos encontramos ante el foro especial en materia contractual²⁶⁹. Los foros especiales por razón de la materia (entre ellos se incluye el foro especial en materia contractual), otorgan una competencia específica, no genérica como en el caso del foro general de competencia judicial internacional del domicilio del demandado, ya que actúan al mismo tiempo como foros de competencia judicial internacional y como foros de competencia territorial interna. Dicho de otro modo, determinan la jurisdicción estatal competente y, además, designan el concreto tribunal de ese Estado para conocer de esa materia.

Por último, los foros especiales por razón de la materia se justifican en el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa (son los denominados “foros de protección”), o bien, en el principio de proximidad. En materia de contratos de trabajo (el trabajador respecto del empresario) o en contratos de consumo (el consumidor) existe desequilibrio entre las partes. En estas materias actúan estos foros de protección. Por el contrario, cuando existe equilibrio entre las partes, los foros especiales por razón de la materia se fundamentan en el principio de proximidad y se denominan “foros neutros”.

Respecto a la operatividad de los distintos foros que acabamos de mencionar, hay que señalar que en defecto de sumisión tácita o expresa (en los términos previstos en los artículos 24 y 25 RBI bis respectivamente), el demandante podrá optar por ejercitar su acción contra el demandado ante los tribunales del Estado miembro en el que éste tiene su domicilio, es decir, puede recurrir al foro del domicilio del demandado con independencia de la materia de que se trate (foro general [art. 4 RBI bis]), o bien, podrá presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro que determinen los

²⁶⁹ El foro especial en materia contractual será objeto de análisis en este mismo subapartado.

foros especiales por razón de la materia que corresponda (arts. 7 a 23 RBI bis). Existen foros especiales respecto de las siguientes materias: materia contractual en general (art. 7.1), materia de seguros (art. 10), en materia de contratos celebrados por un consumidor (art. 17), así como, en materia de contratos individuales de trabajo (art. 20). Conviene precisar que, el artículo 7 del Reglamento “Bruselas I bis”, a diferencia de su antecesor normativo (art. 5.2 RBI), no contiene un foro especial en materia de alimentos. Como es sabido, ello se debe a la existencia de un instrumento normativo europeo de carácter específico sobre la materia: el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos²⁷⁰ (comúnmente conocido como Reglamento “Bruselas III”). Dicho texto normativo, aplicable a partir del 18 de junio de 2011, es el primer instrumento legal de origen institucional que ofrece una respuesta de conjunto a todos los aspectos que plantea la institución jurídica de alimentos desde la perspectiva del Derecho internacional privado²⁷¹.

Por tanto, el foro general del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de la materia (foro especial en materia contractual en general) operan de manera alternativa.

Como venimos advirtiendo, el Reglamento “Bruselas I bis”, al igual que su antecesor normativo, prevé una serie de foros alternativos al foro general (domicilio del demandado [art. 4]). Son foros que permiten “atraer” al demandado ante unos tribunales distintos a los de su domicilio si, lógicamente, se dan las condiciones pertinentes. Por este motivo, la citada disposición comienza estableciendo que: “*Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro (...)*”²⁷². El artículo 7, apartado primero, del citado instrumento europeo, abre un foro

²⁷⁰ DOUE, de 10 de enero de 2009, núm. L 7.

²⁷¹ Precisamente debido a la existencia del Reglamento “Bruselas III”, queda excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento “Bruselas I bis” las obligaciones alimenticias, aspecto diferenciador respecto del Reglamento “Bruselas I”, así lo pone de relieve el Considerando 10º del propio Reglamento “Bruselas I bis”: “*El ámbito de aplicación material del presente Reglamento debe abarcar lo esencial de las materias civil y mercantil, salvo determinadas materias claramente determinadas, en particular las obligaciones de alimentos, que deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento a raíz de la adopción del Reglamento (CE) n° 4/2009...*”

²⁷² Art. 7.1 RBI bis: “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

1. a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;

especial de competencia alternativo al foro general del domicilio del demandado como es el lugar de cumplimiento de la obligación contractual. Lo cierto es que esta disposición no tiene una redacción clara, de aquí que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿qué ocurre cuando el contrato de compraventa incluye a la vez determinados servicios que deban ser prestados por el proveedor? Por otra parte, su aplicación (vertiente práctica) ha planteado ciertos problemas tales como la delimitación del concepto “materia contractual”, y la determinación del “lugar” del Estado miembro en el que ha de cumplirse la obligación, sobre todo cuando nos encontramos ante una relación contractual de la que deriven varias obligaciones. A continuación, vamos a tratar cada una de estas cuestiones.

Gracias a la importante labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] (y de su antecesor: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [TJCE]) se han ido despejando las dudas sobre esta materia. Así, debemos hacer mención de la Sentencia, de 25 de febrero de 2010, derivada del caso *Car Trim GmbH contra Key Safety Systems SRL*, C-381/08. Esta decisión judicial ha contribuido de forma notable al desarrollo de la interpretación uniforme del artículo 5.1 letra b) del Reglamento nº 44/2001²⁷³, puesto que calificar un determinado contrato como “contrato de compraventa” o de “prestación de servicios” es decisivo para determinar la competencia judicial internacional, muy especialmente cuando no coincide el lugar de entrega de las mercaderías con el lugar de la prestación del servicio contratada. En este sentido, la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia es que, atendiendo a normas de Derecho internacional (artículo 3 de la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, cuya finalidad es fomentar y unificar el comercio internacional), el suministro de bienes que tienen que ser fabricados o producidos por el proveedor se considera compraventa. En otras palabras, el calificar a un contrato como contrato de compraventa no es algo que se vea alterado por el hecho de que la mercancía que ha de entregarse deba ser producida o fabricada por el proveedor. Esto parece claro, pero el propio TJUE señala que ello no tiene que ser

-
- b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:
- cuando se tratare de una venta de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;
 - cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;
- c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a).”

²⁷³ Jurisprudencia extrapolable respecto del vigente artículo 7.1 del RBI bis (cuya regulación corresponde al anterior art. 5.1 RBI).

siempre así, es decir, esta especie de regla general no impide que en otros casos ese mismo contrato pueda ser calificado como un contrato de prestación de servicios si el interesado entrega al proveedor el material o la mayor parte del mismo con el que fabricar la mercadería.

En cuanto al primero de los problemas surgidos en la práctica a raíz de la aplicación del artículo 5.1 del Reglamento nº 44/2001, nos estamos refiriendo a la delimitación del concepto “materia contractual”, cabe precisar que se trata de una noción autónoma y propia del citado Reglamento europeo, por ello no se debe acudir al Derecho interno de cada Estado miembro para averiguar si el objeto del litigio es, o no, “materia contractual” (entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- en adelante STJCE-, asunto *Tacconi*, C-334/00, FJ 19). En este sentido, dicho concepto no puede entenderse como una mera remisión al Derecho nacional de uno u otro de los Estados contratantes interesados. Por su parte, la jurisprudencia europea ha ido definiendo “materia contractual” en sentido muy amplio, manteniendo que tal interpretación es la única que puede garantizar la aplicación uniforme del, en su momento, Convenio de Bruselas y del, ya derogado, Reglamento nº 44/2001, lo cual es extrapolable al actualmente vigente: Reglamento nº 1215/2012. Así, el Tribunal de Justicia considera como “materia contractual” aquellas obligaciones derivadas de un “*compromiso voluntariamente establecido entre las partes o por una parte frente a la otra*”, (STCE 20 enero 2005, asunto *Engler*, C-27/02, FJ 51)²⁷⁴. Por tanto, de ello se desprende que nos encontramos ante una obligación contractual en aquellos supuestos en los que exista un acuerdo libremente asumido por las partes y que a falta de dicho acuerdo, los litigantes no podrán utilizar el foro especial en materia contractual previsto en el Reglamento nº 44/2001. Teniendo como base esta afirmación, debemos observar que el propio Tribunal de Justicia, siguiendo en la línea de realizar una interpretación amplia, también ha mantenido que la conclusión de un contrato no es requisito indispensable para que pueda ser utilizado el foro especial en materia contractual, en consecuencia, vía jurisprudencial se entiende que esa “vinculación jurídica voluntaria entre las partes” también se da en el caso de litigios derivados de nulidad o inexistencia del contrato y de “contratos preliminares”, es decir, en aquellos

²⁷⁴ STJCE, asunto *Engler*, C-27/02, FJ 51: “En consecuencia, la aplicación de la regla de competencia especial prevista en materia contractual en el citado artículo 5, número 1, presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante”.

casos en los que la fase de preparación del contrato haya sido objeto de compromisos libremente asumidos, incluso aunque tales compromisos no hayan sido formalizados en un contrato²⁷⁵. Resulta curioso cómo una determinada controversia internacional puede versar sobre “materia contractual” sin que el contrato se haya celebrado formalmente, esto es, sin que llegue a existir un verdadero “contrato”.

Por otra parte, queda excluido del concepto de “materia contractual” las reclamaciones a terceros y la responsabilidad precontractual. El Tribunal de Justicia considera que, en ambos casos, no existen “*compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra*”²⁷⁶.

Respecto a la segunda problemática, es decir, la determinación del lugar de cumplimiento, podemos señalar que el artículo 7 apartado 1 del Reglamento “Bruselas I bis” (coincidiendo con la regulación del art. 5.1 RBI), contiene dos reglas. Por un lado, una regla general, en su letra a), y por otro lado, una regla especial para los contratos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios, regulada en su letra b). La diferencia entre ambas reglas consiste en la obligación que debe tenerse en cuenta para, en el lugar donde deba cumplirse, abrir un foro de competencia. Esta disposición se ocupa de los dos contratos internacionales que más frecuentemente se dan en la práctica.

Atendiendo al artículo 7.1 letra a), la obligación relevante, en este caso, es la obligación que sirve de base a la demanda, y a partir de aquí, hay que estar al lugar de cumplimiento de esta obligación. Tal y como señaló el propio Tribunal de Justicia se ha de atender al “*derecho contractual que sirve de fundamento a la acción del demandante*” (STJCE 6 octubre 1976, asunto *De Bloos contra Bouyer*, C-14/76). Según esta decisión judicial, en aquellos supuestos en los que deriven de un contrato varias obligaciones que han de cumplirse en lugares distintos, hay que atender a aquella obligación que invoca el demandante como fundamento de su demanda y la competencia del juez sólo alcanza a los litigios relativos a dicha obligación.

²⁷⁵ Sobre esta cuestión, STJCE 17 septiembre 2002, asunto *Tacconi*, C-334/00, FJ 22, teniendo en cuenta que el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, fue el antecesor del Reglamento nº 44/2001: “Procede destacar, además, que si bien el artículo 5, número 1, del Convenio de Bruselas no exige la celebración de un contrato, para que se aplique dicha disposición resulta indispensable identificar una obligación, dado que la competencia del órgano jurisdiccional nacional se determina, en materia contractual, en función del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda.”

²⁷⁶ De nuevo, STJCE 17 septiembre 2002, asunto *Tacconi*, C-334/00.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha tenido que realizar ciertas aclaraciones respecto a la interpretación del artículo 5.1 letra ‘b’, primer apartado, del Reglamento “Bruselas I” referido al foro del lugar de entrega de las mercancías. Lo cual, es extensible para el actual art. 7.1 letra ‘b’, primer apartado del Reglamento “Bruselas I bis”. Acerca de esta cuestión, en el ya mencionado caso *Car Trim*, y posteriormente en la Sentencia de 9 de junio de 2011, caso *Electrosteel Europe contra Edil Centro SpA* (C-87/10), el Tribunal de Justicia llega a la siguiente conclusión: el mencionado precepto debe interpretarse en el sentido de que en caso de venta por correspondencia, el lugar en que, según el contrato, hubieren sido o debieran ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. El Tribunal añade que si utilizando el criterio anteriormente descrito, resulta imposible determinar el lugar de entrega, *“sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercaderías, en virtud del cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa”*.

Además, el TJUE en la Sentencia del caso *Electrosteel*, refiriéndose a la comprobación de si el lugar de entrega está determinado “según el contrato”, considera que el tribunal nacional que conozca de esa controversia debe atender a *“todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como son los INCOTERMS (International Commercial Terms)”*²⁷⁷ elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000.”

Si nos fijamos en ambos pronunciamientos, no cabe duda que el TJUE establece nuevas pautas a seguir por los tribunales nacionales para localizar el lugar de entrega de las mercancías en los contratos internacionales de compraventa a distancia. Parece ser

²⁷⁷ INCOTERMS. Se trata de términos internacionales de comercio. Se utilizan en las compraventas internacionales de mercancías y regulan fundamentalmente cuatro aspectos básicos: 1) la entrega de las mercancías; 2) la transmisión de los riesgos; 3) la distribución de los gastos; y 4) los trámites de documentos aduaneros. Un aspecto fundamental es que son de aceptación voluntaria por las partes. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) se ha encargado desde 1936 de la elaboración y actualización de estos términos (INCOTERMS) de acuerdo con los cambios que va experimentando el comercio internacional.

que la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia va cambiando en cuanto a la interpretación de la norma europea, va construyendo una definición propia, autónoma, en la que las cláusulas contractuales referidas a las reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), es decir, los términos internacionales de comercio (INCOTERMS), así como cualquier otra manifestación de voluntad de las partes contractuales, van a tener un valor determinante resultando decisivos, puesto que el TJUE establece en ambas sentencias que debemos estar al contenido del contrato, más concretamente, a todo el contenido del contrato.

En cuanto a la correlación *forum-ius*, debemos destacar que, en efecto, existe tal paralelismo entre los foros generales de cji contenidos en el Reglamento “Bruselas I bis” y los distintos criterios generales de conexión previstos en el Reglamento “Roma I”.

Si llevamos a cabo una labor comparativa entre el régimen general de cji regulado en el Reglamento “Bruselas I bis” (especialmente, arts. 25-26) y, el régimen general de ley aplicable contemplado en el Reglamento “Roma I” (arts. 3 y 4), podemos apreciar que ambos textos normativos admiten la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de determinar los tribunales estatales competentes para conocer de una determinada situación jurídico-privada externa, o bien, a la hora de designar la ley aplicable a dicha situación privada internacional.

En el ámbito de la cji, las partes de una relación litigiosa con repercusión transfronteriza, podrán someterse expresamente (a través de una cláusula de elección de foro o acuerdo atributivo de competencia) a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la UE. En virtud del artículo 25 apartado 1. La cláusula de elección de foro operará, aunque ninguna de las partes del litigio esté domiciliada en un Estado miembro de la UE. Por lo tanto, el Reglamento “Bruselas I bis” elimina la exigencia prevista en el artículo 23.1 de su antecesor normativo directo: el Reglamento “Bruselas I”, lo cual supone una diferencia significativa²⁷⁸. En el ámbito de la ley aplicable, se admite la posibilidad de que las partes, de una determinada relación contractual, realicen una elección expresa de la ley aplicable al contrato que les une en los términos del artículo 3 del Reglamento “Roma I”. Dicho precepto, como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, consagra una amplia libertad a las partes a la hora de elegir la ley

²⁷⁸ Recordemos que el RBI exigía, para la operatividad de la cláusula de elección de foro, que al menos una de las partes tuviese su domicilio en un Estado miembro de la UE (art. 23.1 RBI).

aplicable a un determinado contrato internacional; aunque, ello está condicionado a una serie de límites²⁷⁹.

Otra cuestión que merece ser objeto de análisis, puesto que también refleja la correlación *forum-ius*, es la relativa al foro de la sumisión tácita (en sede de cji) y a la elección tácita de ley (en sede de Derecho aplicable).

Por lo que respecta al Reglamento “Bruselas I bis”, en virtud de su artículo 26, las partes de una relación litigiosa podrán someterse tácitamente a un tribunal de un Estado miembro. La sumisión tácita se manifiesta a través de un comportamiento procesal inequívoco, es decir, cuando una parte (demandante) presente su demanda ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea y la otra parte (demandado) comparezca ante dicho tribunal sin impugnar su competencia judicial internacional. En este caso, se entenderá que las partes se someten tácitamente ante dicho tribunal²⁸⁰. Respecto al foro de la sumisión tácita, el artículo 26 del Reglamento “Bruselas I bis” añade un nuevo apartado 2 (inexistente en la regulación del artículo 24 RBI). En dicho apartado, el legislador europeo deja claro que la sumisión tácita puede operar en el contrato de seguro, de consumo, e igualmente, en los contratos individuales de trabajo. Es más, este apartado 2 del artículo 26 establece la obligación del juez a informar a la parte débil de la relación litigiosa, es decir, al tomador del seguro, el beneficiario o la persona perjudicada en el contrato de seguro; al consumidor, o bien, al trabajador respectivamente (cuando ésta sea la parte demandada) de que tienen la opción de poder impugnar la competencia del tribunal en cuestión. Por otro lado, el juez tiene, igualmente, la obligación de informarles de las consecuencias que se derivarían en caso de no impugnar dicha competencia. Se trata de una importante novedad introducida por el Reglamento “Bruselas I bis” de carácter tuitivo hacia el demandado, en este caso, hacia la parte débil de la relación litigiosa respecto de las tres categorías contractuales antes citadas.

En sede de ley aplicable, el Reglamento “Roma I” admite también la elección tácita de ley, aunque con cierta prudencia. Como hemos tenido oportunidad de ver

²⁷⁹ Me remito al respecto a lo ya analizado en páginas anteriores y en este mismo Capítulo 2º.

²⁸⁰ Volveremos sobre este importante aspecto en el Capítulo 3º.

anteriormente, hay que proceder con sumo cuidado a la hora de verificar o asegurar la existencia de una elección tácita, puesto que la voluntad de las partes ha de resultar de manera clara e inequívoca de los propios términos del contrato o de las circunstancias del caso; así se desprende del artículo 3.1 del Reglamento “Roma I”.

Conviene añadir que la sumisión expresa puede quedar derogada por una posterior sumisión tácita, es decir, aunque en un principio las partes elijan, a través de una cláusula de elección de foro, someter un determinado litigio internacional a un tribunal de un Estado de la Unión Europea; posteriormente, las partes pueden decidir someterse tácitamente a un tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, UE). De forma paralela, en el ámbito de la ley aplicable, las partes (en virtud de su autonomía conflictual) pueden modificar en cualquier momento la ley aplicable a su relación contractual. De manera que, aunque exista una cláusula de elección de ley a favor del ordenamiento jurídico de un determinado Estado, si una de las partes ejercita su acción ante otro Estado distinto y, la parte demandada contesta a la demanda, habría que considerar que las partes han modificado la ley aplicable a dicho contrato.

II. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: CONSIDERACIONES PREVIAS Y PRINCIPIO INSPIRADOR

El contrato internacional de trabajo, en cuanto típico contrato de parte débil, es objeto del régimen especial en el Reglamento nº 593/2008. Para tratar el régimen especial de la ley aplicable al contrato internacional de trabajo, debemos tener como punto de partida el artículo 8 del Reglamento nº 593/2008. Dicho precepto se encarga de determinar la ley aplicable a la relación contractual laboral con elemento extranjero²⁸¹.

²⁸¹ Véase el interesante comentario acerca del artículo 8 del Reglamento “Roma I” realizado por A. STAUDINGER, “Chapter II: Uniform Rules. Article 8: Individual employment contracts”, en *Rome I Regulation*, Selp (Sellier European Law Publishers), Munich, 2015, pp. 287-320. Igualmente, sobre los contratos de trabajo sometidos al régimen especial de Derecho aplicable en virtud del artículo 8 del Reglamento “Roma I” y, en particular, véase la comparativa con su regulación anterior, el artículo 6 del

El artículo 8 del citado instrumento europeo contiene una norma de conflicto especial que determina la ley aplicable al contrato internacional de trabajo, cuyo objetivo no es la aplicación de la ley más favorable al trabajador, sino que, su finalidad principal, es la protección del trabajador en tanto que es la parte débil de la relación litigiosa. En este sentido, lo que pretende el citado artículo es evitar que los empresarios “impongan” a los trabajadores una elección de ley aplicable, al contrato de trabajo, que pudiera perjudicar sus propios derechos laborales, esto es, los derechos de los trabajadores recogidos en las normas imperativas de la ley del país de prestación de los servicios²⁸².

Podemos precisar que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de consumo²⁸³, el artículo 8 del Reglamento “Roma I” (aunque lleva por título “*contratos individuales de trabajo*”) no incluye una definición de lo que deba entenderse por contrato individual de trabajo. Si acudimos a los Considerandos de dicho instrumento europeo, referidos a su artículo 8, tampoco encontramos una definición al respecto²⁸⁴.

La redacción que de tal precepto realiza el legislador europeo, coincidiendo en este punto con el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980, nos indica los aspectos de la relación laboral que quedan excluidos de su ámbito de aplicación, esto es, lo referente

Convenio de Roma de 1980, en el trabajo de P. MANKOWSKI, “Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 171-216. En cuanto a la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo en virtud del artículo 6 del Convenio de Roma de 1980, *vid.* A. JUNKER, “Arbeitsverträge”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat-und Verfahrensrecht, núm 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 111-127.

²⁸² Respecto a la finalidad pretendida, el artículo 8 del RRI coincide con el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980.

²⁸³ El contrato de consumo también es objeto del régimen especial del Reglamento 593/2008, concretamente en el artículo 6, siendo en dicho contrato la parte débil de la relación contractual el consumidor. En este caso, el citado precepto sí nos ofrece una definición de lo que se considera como “contrato de consumo”. En este sentido acerca de la definición de “consumidor”, puede consultarse F. RAGNO, “The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 133-137. Igualmente, en cuanto a la ley aplicable a los contratos de consumo sometidos al régimen especial de Derecho aplicable contenido en el artículo 6 del Reglamento “Roma I”, *vid.* B. ANCEL, “La loi applicable à défaut de choix”, en *Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, núm. 62, Schulthess, 2008, pp. 77-93. En este mismo sentido, puede consultarse, P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6 of de Rome I Regulation”, *loc. cit.*, 2008, pp. 121-160.

²⁸⁴ Considerandos números 34 a 36 del Reglamento nº 593/2008;

a las relaciones y convenios colectivos²⁸⁵. Aunque, en esta línea, debemos tener en cuenta que ello no implica que el Reglamento se “separe” de los convenios colectivos, ya que éstos pueden afectar a la regulación de un determinado contrato, en la medida en que la ley aplicable al mismo los considere de obligatorio cumplimiento. Para determinados autores, el convenio colectivo puede ser un elemento integrante del Derecho aplicable al contrato de trabajo²⁸⁶. Para lo cual sería necesario que resultara aplicable una ley que incorporara dichos convenios colectivos y que, al mismo tiempo, el supuesto en cuestión entre dentro del ámbito de aplicación del propio Convenio.

A pesar de existir cierta problemática en torno a la calificación del contrato de trabajo, a efectos del artículo 8 del Reglamento n° 593/2008, se entiende por “contrato de trabajo” el contrato relativo a un “servicio por cuenta ajena y bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración”, a lo que hay que añadir las notas de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena²⁸⁷. No podemos olvidar que es perfectamente posible la existencia de supuestos en los que, a pesar de que se cumplan las condiciones de actividad remunerada, por cuenta ajena y de dependencia, no podrán ser consideradas como “contratos de trabajo”, ni tampoco como “contratos” a los efectos de este instrumento europeo²⁸⁸. Nos referimos, más concretamente, a las relaciones de empleo regidas por normas de carácter público o administrativo (no por las legislaciones laborales), aspecto que queda fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento n° 593/2008²⁸⁹.

²⁸⁵ Este último aspecto lo corrobora el Informe GIULIANO / LAGARDE. Más detalladamente, acerca del comentario al artículo 6 del Convenio de Roma, p. 23, *vid.* apartado 2 *in fine*: DOCE, de 11 de diciembre de 1992, C 327.

²⁸⁶ *Vid.* M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, *Relaciones Laborales*, 1996, N° 1, pp. 1355-1374, pp. 1355-1356.

²⁸⁷ Puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3549, apartado 19, segundo párrafo, el cual cita a M. VIRGÓS SORIANO, en lo relativo al concepto de contrato de trabajo; Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3383, apartado 19, segundo párrafo; igualmente, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1154, apartado 16, segundo párrafo; En el mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, apartado 969, segundo párrafo.

²⁸⁸ En este sentido, M. GARDEÑES SANTIAGO, “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo VIII, 2008, pp. 387-424, p. 396.

²⁸⁹ Se trata de una exclusión expresa, acerca de las cuestiones de carácter administrativo, que realiza el legislador europeo en el artículo 1, apartado 1, párrafo 2º del RRI. Dicho precepto señala que el presente Reglamento “no se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas”.

A raíz de lo expuesto, y a pesar de la exclusión referida al ámbito de aplicación material a la que acabamos de hacer alusión, podemos decir que nos encontramos ante un concepto amplio de contrato de trabajo, abarcando dicho concepto a los contratos nulos y las relaciones de trabajo de hecho. Por tanto, debido a esta concepción tan amplia de lo que se entiende por contrato de trabajo y, teniendo en cuenta el carácter universal del Reglamento “Roma I”²⁹⁰, es fácil prever que será prácticamente inaplicable la norma de conflicto del sistema autónomo español en materia de contratos de trabajo (arts. 10.8 Cc y 1.4 del Estatuto de los Trabajadores²⁹¹). Recordemos que el sistema autónomo español (al igual que todos los sistemas autónomos de Derecho internacional privado) es de carácter subsidiario, aplicándose únicamente en defecto de instrumento internacional aplicable (ya sea, convenio o tratado internacional, o bien, algún instrumento europeo: reglamento/directiva).

Para finalizar, a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados por los consumidores²⁹², todos los contratos de trabajo quedan sujetos al régimen especial de Derecho aplicable previsto en el artículo 8 del Reglamento “Roma I”.

III. ÁMBITO DE LA *LEX CONTRACTUS* EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

En este punto nos ocupamos del ámbito de la ley designada por el Reglamento nº 593/2008, es decir, vamos a ver qué aspectos quedan incluidos en la ley que va a regir el contrato. En cuanto al ámbito de la *lex contractus*, podemos decir que no existen peculiaridades con respecto a la generalidad de las categorías contractuales.

²⁹⁰ El RRI es un instrumento europeo de aplicación universal o efecto *erga omnes*, lo que significa que la ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la ley de un determinado Estado miembro. En estos términos queda previsto en su artículo 2.

²⁹¹ El alcance del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores es objeto de estudio en el apartado IV del Capítulo 2 del presente trabajo.

²⁹² En los contratos de consumo, únicamente queda protegido por el régimen especial de Derecho aplicable (art. 6 RRI) el consumidor “pasivo”, entendiéndose como tal, el consumidor que es “captado” en su mercado doméstico, es decir, captado en el país donde tenga su residencia habitual. En consecuencia, al consumidor “activo” (que es aquel consumidor que se desplaza para consumir a otro país diferente al país donde tiene su residencia habitual) se le aplica el régimen general previsto en los artículos 3 y 4 de este instrumento europeo. Esta falta de protección por parte del artículo 6 RRI, hacia el consumidor “activo”, se suple vía Directivas de la Unión Europea, prevaleciendo éstas sobre el Reglamento “Roma I” (art. 23 RRI); Acerca de los contratos de consumo y de su definición *vid.*, F. RAGNO, “Chapter II: Uniform Rules” about article 6: Consumer contracts, en *Rome I Regulation Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers (selp), Munich, 2015, pp. 208-253, especialmente, pp. 211-214.

El artículo 12 del Reglamento “Roma I” realiza una enumeración ejemplificativa acerca de los aspectos que quedan incluidos en la ley rectora del contrato (*lex contractus*) y establece que: la ley aplicable al contrato, en virtud del presente Reglamento, “regirá en particular” una serie de cuestiones (éstas se denominan como cuestiones de fondo). El legislador europeo, al utilizar la expresión “regirá en particular”²⁹³, tiene como objetivo que las cuestiones de fondo del contrato internacional queden sujetas a un único ordenamiento jurídico estatal.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento “Roma I”, los aspectos que quedan incluidos en el ámbito de la *lex contractus* o ley rectora del contrato son los siguientes: la existencia y validez del contrato; el contenido, los efectos y la interpretación del mismo; la carga de la prueba; todo lo relativo al cumplimiento del contrato, así como, las consecuencias del incumplimiento de ese contrato (por ejemplo, en el caso de que en un determinado contrato internacional, se fije una indemnización por incumplimiento del mismo, dicha cuantía quedará incluida en la *lex contractus*); otros aspectos igualmente incluidos en el ámbito de la ley del contrato son los modos de extinción de las obligaciones, modos de prescripción y la caducidad; y, por último, las consecuencias de la nulidad de dicho contrato internacional. Tras esta enumeración, podemos decir que, según este artículo 12, quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la ley designada por el Reglamento nº 593/2008, los aspectos relevantes del contrato.

A estos aspectos, tenemos que añadir los contenidos en el artículo 10 de este instrumento europeo, nos referimos al consentimiento y a la validez material. Todos ellos van a quedar regulados por la ley del contrato.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que existen otra serie de cuestiones relacionadas con los contratos, que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la *lex contractus*, es decir, que la ley del contrato no las regula. Nos referimos, entre otras, a la validez formal de los contratos internacionales, a la capacidad de las partes para

²⁹³ Como decimos, el legislador europeo en el artículo 12 RRI realiza una enumeración meramente ejemplificativa, lo cual significa que, en el ámbito de la *lex contractus*, podrían tener cabida otros aspectos como, por ejemplo, los derechos y obligaciones de las partes contratantes, así como, las posibles consecuencias de la obligación contractual para terceros. Exactamente en este mismo sentido, acerca de la interpretación del artículo 12 RRI en cuanto al alcance de la ley aplicable (“Scope of the law applicable”) *vid. J. D. LÜTTRINGHAUS, “Chapter II: Uniform Rules” en Rome I Regulation Pocket Commentary, Sellier European Law Publishers (selp), Munich, 2015, p. 404, apartado número 3.*

contratar, a los aspectos relativos a la prueba y al proceso, así como, a la responsabilidad precontractual. A continuación, nos referimos a cada uno de dichos aspectos, especialmente a los dos primeros: validez formal de los contratos internacionales y, capacidad contractual de las partes.

En cuanto a la validez formal de los contratos internacionales, cabe decir que el artículo 11 del Reglamento “Roma I” es el precepto que determina la ley aplicable a la forma del contrato, desplazando la regulación prevista tanto en el Convenio de Roma (art. 9 CR) como en el sistema autónomo español de Derecho internacional privado (art. 11 Cc). Para ello, el artículo 11 del Reglamento “Roma I” consagra determinadas normas de conflicto materialmente orientadas con la finalidad de potenciar, fomentar o favorecer la validez formal de los contratos internacionales. A tal fin, el citado precepto utiliza diversos puntos de conexión ordenados de forma alternativa, según se trate, de contratos celebrados entre presentes (personas que se encuentran en un mismo país), o de contratos celebrados entre ausentes (personas que, en el momento de la celebración del contrato, se encuentren en distintos Estados).

Como decimos, en ambos casos, este texto legal en su artículo 11, recurre a la utilización de criterios de conexión alternativos. De este modo, el legislador europeo persigue evitar, en la medida de lo posible, la invalidez del contrato por meros motivos formales. En definitiva, el objetivo principal respecto a esta cuestión es favorecer la validez formal del contrato internacional (*favor negotii*).

Ahora bien, este mismo precepto que, como hemos señalado, establece reglas generales sobre la validez formal de los contratos (entre dichos contratos, se incluyen los contratos individuales de trabajo cuya validez formal se rige por la ley designada conforme a las reglas generales previstas en el artículo 11 RRI), contiene además reglas específicas sobre la validez formal de los contratos de consumo (no sobre los contratos individuales de trabajo) y los contratos relativos a derechos reales inmobiliarios. De tal forma que respecto a dichas categorías contractuales no serán de aplicación las reglas generales sobre la validez formal, sino que les serán de aplicación las reglas especiales contenidas en el propio artículo 11 (apartados 4 y 5) del Reglamento “Roma I”.

En consecuencia, atendiendo a dichas reglas especiales, la validez formal de los contratos de consumo, que entren dentro del ámbito de aplicación (material y espacial)

del artículo 6 de dicho instrumento europeo, se regirá por la ley del país en el que tenga su residencia habitual el consumidor (art. 11 apartado 4 RRI). Y, por otro lado, la validez formal de los contratos que tengan por objeto un derecho real sobre un bien inmueble, así como, la validez formal de aquellos contratos cuyo objeto sea el arrendamiento de un bien inmueble, se regirá por la ley del país en el que se halle sito dicho bien inmueble.

En definitiva, en estos dos últimos supuestos, la validez formal se regirá por la *lex rei sitiae* (art. 11 apartado 5 RRI). No obstante, respecto a los contratos citados anteriormente, relativos a derechos reales inmobiliarios, la aplicación de la ley del país en que se halle sito el bien inmueble en cuestión se encuentra condicionada, en virtud del apartado 5 del artículo 11 del Reglamento “Roma I”, a dos límites que consisten en que, en base a la *lex rei sitiae*, “la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato” (art. 11.5 letra ‘a’), y “dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 11.5 letra ‘b’). Este último límite se refiere a las disposiciones imperativas.

Respecto a la capacidad de las partes (personas físicas) para concluir un contrato, esto es, la capacidad de las partes para contratar, efectivamente, se trata de una cuestión que queda excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento nº 593/2008, según lo dispuesto expresamente en su artículo 1, apartado 2, letra ‘a’.

Por lo que atañe al Derecho internacional privado español, la capacidad para contratar quedará sujeta a la ley personal, es decir, a la ley nacional de la persona de que se trate, ya sea persona física (art. 9.1 del Código civil, en adelante, Cc), o ya sea persona jurídica (art. 9.11 Cc).

Cabe señalar que el artículo 9.1 del Código civil establece que la ley personal (ley nacional) va a regir la capacidad de las personas físicas. El citado precepto utiliza el término de “capacidad” en sentido genérico, es decir, no nos especifica a qué capacidad de las personas físicas se refiere. De tal forma, que debemos considerar que dicho precepto se refiere a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar, incluyendo en esta

última, entre otras capacidades negociales especiales²⁹⁴, la capacidad contractual o capacidad para celebrar contratos. En consecuencia, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 9.1 del Cc, en el Derecho internacional privado español la capacidad contractual, así como las demás capacidades negociales especiales, van a quedar sujetas a la ley nacional del individuo, salvo cuando sea aplicable la teoría del interés nacional, también denominada “excepción del interés nacional” o “doctrina del interés nacional”.

Como definición podemos atender al concepto que, sobre esta teoría, nos ofrece A.L. CALVO CARAVACA. Según sus propias palabras “*la excepción del interés nacional constituye un mecanismo legal que consiste en la sustitución de la Ley personal, que es normalmente la Ley que regula la capacidad del sujeto, por la ley del lugar donde se ha celebrado un contrato o se ha librado o transmitido un título-valor*”²⁹⁵. De aquí se desprende que la teoría del interés nacional es una excepción, en relación con la capacidad contractual, que entraña la sustitución de la ley personal (siendo ésta, en principio, la ley competente para regirla), por la ley del lugar de celebración del contrato. Así, cuando opere la teoría del interés nacional, la capacidad contractual no se va a regir por la ley nacional de la persona física, sino por la ley del lugar donde se celebró el contrato.

Respecto al origen de la teoría del interés nacional, podemos señalar que se trata de una institución creada por los tribunales franceses en el siglo XIX, es decir, surgió por vía jurisprudencial²⁹⁶. Los fundamentos que sirven de justificación a la denominada excepción del interés nacional son muy variados e importantes. Así, podemos afirmar que la citada teoría se justifica, principalmente, en la buena fe negocial del contratante y en la seguridad del tráfico jurídico. Además, debido a que la teoría del interés nacional también puede justificarse en la eliminación de la posibilidad de aplicar leyes de países que estén escasamente vinculados con el contrato. En este sentido, teniendo en cuenta

²⁹⁴ Entre las capacidades negociales especiales, además de encontrarse la capacidad contractual, se incluyen la capacidad para suceder, la capacidad para emanciparse y la capacidad para contraer matrimonio, etc.

²⁹⁵ Tal como puede verse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3123, párrafo 306 *in fine*; También puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3033. También puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1037, apartado 247 *in fine*; Además puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 246, apartado 287 *in fine*.

²⁹⁶ Concretamente, la teoría del interés nacional tiene su origen en el denominado *asunto Lizardi*, resuelto por una sentencia de la Corte de Casación francesa, de 16 de enero de 1861.

que la ley del lugar de celebración del contrato (ley que resulta aplicable a la capacidad para contratar cuando opera la teoría del interés nacional) es la ley más previsible para las partes de esa relación contractual, en opinión de A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, además puede afirmarse que tal teoría tiene, “*en el fondo, un fundamento conflictual*”²⁹⁷.

En el ámbito europeo, el artículo 13 del Reglamento n° 593/2008 consagra la teoría del interés nacional²⁹⁸. En nuestro país, la denominada “doctrina o excepción del interés nacional” es regulada por el artículo 10, apartado 8, del Código civil. Debemos subrayar que, debido al carácter subsidiario del sistema autónomo español de Derecho internacional privado, dicho precepto apenas se aplica, siendo de aplicación el artículo 13 de dicho instrumento europeo. Para que sea de aplicación, es decir, para que el contrato internacional en cuestión se regule por la ley del lugar de celebración del contrato, en lugar de por la ley nacional, el propio artículo 13 del Reglamento “Roma I” establece que se han de dar una serie de condiciones, que son las siguientes:

En primer lugar, que el contrato se celebre entre personas físicas que, en el momento de contratar, se encuentren en un mismo país. Por tanto, ha de tratarse de contratos entre presentes y entre personas físicas. Por este motivo, la teoría del interés nacional no opera cuando se celebra un contrato entre personas jurídicas. Este último aspecto plantea ciertas dudas en la práctica. Queda claro que, si el contrato internacional se celebra entre dos personas jurídicas, la teoría del interés nacional no es aplicable. Tampoco surge ningún problema al respecto, si el contrato se celebra entre dos personas físicas, y se cumplen los presupuestos del artículo 13 del Reglamento n° 593/2008, resultando aplicable la teoría del interés nacional. Sin embargo, en la práctica surgen dudas sobre si interviene o no la excepción del interés nacional, cuando la relación contractual se da entre una persona física y una persona jurídica.

²⁹⁷ Tal como aparece en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3124, final del primer párrafo; Exactamente en el mismo sentido, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3033 *in fine*; Además, puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1037, apartado 248 *in fine*; En este mismo sentido, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 247, apartado 288 *in fine*.

²⁹⁸ Su antecesor, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, regulaba la teoría del interés nacional en su artículo 11.

En segundo lugar, otro de los requisitos necesarios, exigido por el artículo 13 del Reglamento “Roma I”, para que pueda aplicarse la teoría del interés nacional es que la persona sea incapaz conforme a su ley nacional, y capaz conforme a la ley del lugar de celebración del contrato. Hablamos del término “incapacidad” en sentido amplio, por lo que abarca prácticamente cualquier circunstancia, incluida la edad²⁹⁹, que afecte a la eficacia jurídica del contrato.

Y, en tercer lugar, la buena fe y la diligencia debida del otro contratante, es decir, que la persona que ha contratado con el incapaz actúe de buena fe y con la diligencia debida. Lo cual significa que, en el momento de la celebración del contrato, la persona que ha contratado con la persona incapaz no haya conocido la incapacidad de ésta. A modo de crítica, podemos decir que el legislador europeo podía haber prescindido de esta última condición, debido a que plantea un problema de prueba, resultando algo muy complicado de probar.

Otros aspectos que quedan excluidos del ámbito de la ley rectora del contrato, tal como establece expresamente el artículo 1 apartado 3 del Reglamento “Roma I”, son los relativos a la prueba y al proceso, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 relativo a la carga de la prueba. Su antecesor normativo, el Convenio de Roma, también regula esta misma exclusión (art. 1.2 letra ‘h’).

Y, por último, por lo que se refiere a la responsabilidad precontractual, el Reglamento “Roma I” excluye de su ámbito de aplicación material “*las obligaciones que se derivan de los tratos previos de la celebración de un contrato*” (art. 1.2 letra ‘i’). Como es sabido, de la responsabilidad precontractual se derivan obligaciones extracontractuales y, la determinación de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales se realiza conforme a otro instrumento europeo, esto es, conforme al Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Dicho instrumento normativo se denomina comúnmente Reglamento “Roma II”³⁰⁰.

²⁹⁹ La circunstancia de la edad es precisamente la causa de incapacidad que se alega en el *asunto Lizardi*, cuya sentencia dio lugar a la “teoría del interés nacional”.

³⁰⁰ DOUE, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40.

IV. ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: ANÁLISIS DE SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO EUROPEO

1. Aspectos generales

En el marco de la UE, cuando el contrato de trabajo deja de estar vinculado a un mismo país a consecuencia del desplazamiento internacional de trabajadores, la determinación de la ley aplicable para la resolución de conflictos de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales en materia laboral va a depender de cómo se articulen, en dicha materia, las distintas normas del país de origen y del país de destino. Por este motivo, es preciso analizar la compatibilidad entre ciertas normas específicas pertenecientes al Derecho español (Derecho interno) y el Derecho europeo. En este sentido, entre otras cuestiones, vamos a analizar el alcance del artículo 1.4 del Estatuto de los trabajadores, en concreto, la compatibilidad de la citada norma estatutaria con el Derecho de la Unión Europea. A ello dedicaremos el siguiente subapartado (número 2) en su totalidad.

Para abordar la cuestión relativa al alcance del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, debemos tener como punto de partida varios aspectos. En primer lugar, el carácter universal o *erga omnes* del Reglamento “Roma I” y, en segundo lugar, el principio de subsidiariedad.

En cuanto a la aplicación universal o eficacia *erga omnes* del Reglamento “Roma I” debemos señalar que, como es sabido, ello implica la obligación de aplicar la ley designada por sus normas de conflicto, incluso cuando las mismas designen como competente, para regular un determinado contrato internacional, a la ley de un Estado no miembro de la UE (art. 2 RRI)³⁰¹. Desde una perspectiva eminentemente práctica, la aplicación universal del RRI supone que las normas de conflicto contenidas en dicho

³⁰¹ El aspecto relativo al carácter universal o *erga omnes* del RRI (coincidiendo con su antecesor normativo: el Convenio de Roma) fue tratado al referirnos al ámbito de aplicación de dicho instrumento europeo, concretamente al comienzo del Capítulo 2º del presente trabajo. Debido al carácter *erga omnes*, tanto del Convenio de Roma como de su sucesor normativo, hay autores que afirman la inaplicación de las normas de producción autónoma recogidas

instrumento internacional, de origen institucional, se aplican siempre para determinar el Derecho aplicable y, en consecuencia, las normas de conflicto nacionales, de origen interno, resultan inaplicables. Más específicamente, en materia laboral, se ve afectada una de las normas de conflicto contenidas en el Código Civil español, como es el artículo 10.6 relativo a la ley aplicable al contrato de trabajo. La citada norma interna, en defecto de autonomía conflictual³⁰², determina que será de aplicación a las obligaciones derivadas de contrato de trabajo la ley del lugar donde se presten los servicios.

Debido al carácter *erga omnes*, tanto del Convenio de Roma como de su sucesor normativo (el Reglamento “Roma I”), se podría afirmar que las normas de producción interna serán inaplicables a las situaciones de conflictos de leyes en materia de contratos individuales de trabajo. En consecuencia, el artículo 10.6 Cc y el artículo 1.4 ET serán inaplicables en aquellas situaciones en las que exista un conflicto de leyes en materia de contratos individuales de trabajo. En este sentido, parte de la doctrina del ámbito del Derecho internacional privado (por ejemplo, las Profesoras M. SABIDO RODRÍGUEZ y M.D. ADAM MUÑOZ) no ha tenido inconveniente en afirmar que ambas normas (art. 10.6 Cc así como el art. 1.4 ET) pertenecientes al régimen autónomo español quedarán sin aplicación³⁰³. En este mismo sentido, precisamente por el referido carácter *erga omnes*, tal como especifica M. SABIDO RODRÍGUEZ, “el texto convencional desplaza la aplicabilidad de las normas de producción autónoma recogidas en los artículos 10.6 Cc y 1.4 ET”³⁰⁴. Lo cual es predicable de igual modo respecto del texto

³⁰² El criterio de conexión principal para determinar el ordenamiento jurídico estatal (nacional o extranjero) que va a ser aplicable a las obligaciones contractuales es la autonomía conflictual (art. 10.5 Cc). En consecuencia, las partes podrán elegir expresamente la ley aplicable a su relación contractual, teniendo como límite lo concerniente a las normas penales, las de policía y las de seguridad pública, en cuyo caso rige el criterio de la territorialidad (art. 8.1 Cc).

³⁰³ En esta línea, puede consultarse el completo e interesante análisis de M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Aranzadi, 2009, especialmente, pp. 188-242, en concreto, p. 189. En este mismo sentido, acerca de la inaplicación del artículo 10.6 Cc y del artículo 1.4 ET por la aplicación del artículo 8 RRI, vid. M.D. ADAM MUÑOZ, “Algunas consideraciones en torno al contrato individual de trabajo en el Derecho Internacional Privado de origen comunitario”, en *Algunos Retos que Plantea la Realidad Social, Económica y Jurídica Actual en los Ámbitos Societario y Laboral*, M. SABIDO RODRÍGUEZ (Coordinadora), Aranzadi, 2012, pp. 247-284, p. 275.

³⁰⁴ Puede consultarse por todos el extenso y riguroso análisis de M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Aranzadi, 2009, pp. 188-196, sobre la cuestión referida, p. 189. Igualmente, vid. SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Algunas cuestiones que plantea en DIPr la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 233-260.

institucional. No obstante, tal como analizaremos un poco más adelante, el desplazamiento de la aplicación de la norma de Derecho común no ha sido problemático, suscitando mayor controversia el desplazamiento de la aplicación de la norma estatutaria por la vigente norma de conflicto específica para los contratos individuales de trabajo (art. 8 RRI).

Y, en segundo lugar, el principio de subsidiariedad, en virtud del cual, cuando resulte aplicable a una determinada situación de tráfico jurídico externo un instrumento normativo internacional (ya sea de origen convencional o de origen institucional), no serán aplicables, a dicha situación, los sistemas autónomos de Derecho internacional privado, entre ellos, el sistema autónomo español.

Además del carácter *erga omnes* del Reglamento “Roma I” y del principio de subsidiariedad de los sistemas autónomos de Derecho internacional privado, debemos señalar que, en materia de contratos individuales de trabajo con elemento extranjero, desde un punto de vista temporal, a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual resulta efectivamente aplicable el Reglamento “Roma I”, las disposiciones de Derecho internacional privado españolas, en esta misma materia, continúan vigentes, ya que el legislador español no ha procedido a su derogación expresa. Por tanto, la aplicación de las normas del sistema autónomo español de Derecho internacional privado, en materia laboral, concretamente la aplicación del artículo 10.6 del Código civil (en adelante, Cc) ha sido implícitamente desplazada por la aplicación de la norma de conflicto contenida en el citado instrumento de origen institucional, esto es, por la aplicación del artículo 8 del Reglamento “Roma I”. Dicho precepto, que sustituye al anteriormente vigente artículo 6 del Convenio de Roma³⁰⁵, se erige como la norma de conflicto específica que va a determinar la ley aplicable en aquellos litigios internacionales suscitados en el seno de una relación contractual en materia laboral.

En efecto, el desplazamiento tácito sufrido por la norma conflictual interna (artículo 10.6 Cc), relativa a las relaciones laborales internacionales, ocasionado por la aplicación de la norma conflictual de origen convencional (art. 6 CR) y, posteriormente,

³⁰⁵ Como es sabido, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma), de 19 de junio de 1980, cuya entrada en vigor para España tuvo lugar el 1 de septiembre de 1993 (BOE, de 19 de julio de 1993, núm. 171), fue sustituido por el Reglamento “Roma I”.

por la aplicación de la norma conflictual de origen institucional (art. 8 RRI), no planteó mayores problemas desde la perspectiva doctrinal³⁰⁶. En este sentido, conviene recordar las similitudes existentes entre ambas normas de conflicto ya que, tanto el artículo 6 del Convenio de Roma como el artículo 8 del Reglamento “Roma I”, utilizan los mismos criterios de conexión para determinar la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo. De forma breve, ambos preceptos contienen: como conexión principal, la autonomía conflictual limitada (arts. 6.1 CR y 8.1 RRI); en defecto de autonomía conflictual, como primera conexión subsidiaria, la ley del país en el que el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente (arts. 6.2 ‘a’ CR y 8.2 RRI); y, como segunda conexión subsidiaria, la ley del país donde esté situado el establecimiento contratante (arts. 6.2 ‘b’ CR y 8.3 RRI). Además, tanto la norma de origen convencional como la de origen institucional contienen una cláusula de excepción específica, esto es, una cláusula de excepción sólo para contratos individuales de trabajo con elemento extranjero (arts. 6.2 ‘b’ *in fine* CR y 8.4 RRI), cuya intervención se da siempre en defecto de autonomía conflictual y cuando el contrato presente vínculos más estrechos con un país distinto al país donde se prestan habitualmente los servicios (art. 8.2 RRI), o bien, con un país distinto al país donde se encuentre el establecimiento contratante (art. 8.3 RRI). Precisamente, la posible operatividad del artículo 1.4 ET podría acogerse a dicha cláusula de excepción específica prevista en el apartado 4º del artículo 8 del vigente instrumento europeo³⁰⁷. En cualquier caso, en aras del principio tuitivo hacia la parte débil de la relación contractual, siempre ha de tenerse en cuenta la protección que otorgan las disposiciones imperativas, en este caso, al trabajador frente al empresario.

Debido a la publicación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores³⁰⁸ y,

³⁰⁶ Puede consultarse al respecto el estudio realizado por O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La Determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional (Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)*, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 50-54. Conviene advertir que dicho estudio se refiere al artículo 6 del Convenio de Roma, actual artículo 8 del Reglamento “Roma I”, norma conflictual de origen institucional para la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo. En este mismo sentido, acerca de la inaplicación del artículo 10.6 Cc por la aplicación del artículo 8 RRI, *vid.* M.D. ADAM MUÑOZ, *loc. cit.*, 2012, p. 275.

³⁰⁷ En este mismo sentido, sobre el conflicto de leyes en materia laboral, *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 138.

³⁰⁸ BOE, de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

posterior entrada en vigor desde el 13 de noviembre de 2015, cabe precisar que el citado texto refundido no modifica de forma sustancial el contenido del anterior Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, en relación al anterior Estatuto de los Trabajadores se reproduce básicamente su contenido y se realizan una serie de adaptaciones que no afectan a su artículo primero³⁰⁹.

En consecuencia, a pesar de la entrada en vigor el 13 de noviembre de 2015 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, el contenido del apartado 4º del artículo 1 permanece intacto³¹⁰.

Como venimos señalando, al no existir una derogación expresa, tanto el artículo 10.6 Cc como el artículo 1.4 ET continúan vigentes. Y, aunque el desplazamiento sufrido por la norma de conflicto interna no ha supuesto mayores problemas debido a su similitud con las normas de origen internacional, sin embargo, conviene subrayar que respecto al artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) dicho desplazamiento en su aplicación por una norma internacional, en este caso, por el artículo 8 del Reglamento “Roma I”, no resulta una cuestión tan clara, siendo objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina ya a partir de la aplicación del artículo al cual sustituye (art. 6 CR).

Por otro lado, de lo que no cabe duda, tal como precisa J. GORELLI HERNÁNDEZ respecto del apartado 4 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, es que se trata de una “norma de Derecho Internacional Privado”³¹¹. De tal forma que, aunque la ubicación de dicho precepto se encuentra en el Estatuto de los Trabajadores, no estamos ante una norma estrictamente laboral, sino que el artículo 1.4 ET es de naturaleza “privada internacional”, puesto que determina una solución a los conflictos

³⁰⁹ Dichas adaptaciones, entre otras, afectan a las relaciones laborales especiales incorporando tres colectivos que ya aparecían en la norma anterior (art. 2); también afectan a los contratos de trabajo en prácticas, ya que, con la nueva norma, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar los puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de los contratos de trabajo en prácticas (art. 11.1 ‘a’); se altera el orden de distintos apartados pero no se modifica su contenido, así ocurre, por ejemplo, con el artículo 48 relativo a la suspensión con reserva del puesto de trabajo. Los aspectos básicos del Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, pueden consultarse en, *Diario La Ley*, Nº 8633, Sección Documento on-line, 27 de octubre de 2015, Editorial La Ley (La Ley 6719/2015).

³¹⁰ Vid. tabla comparativa del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y de 2015 en, *Diario La Ley*, de 28 de octubre de 2015, apartado: “Novedades legislativas”.

³¹¹ Vid. el análisis del artículo 1.4 ET realizado por J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4.”, en AAVV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pp. 56-58, p. 56.

de leyes en litigios internacionales derivados de una relación contractual laboral en la que el trabajo sea prestado por un trabajador español, contratado en España, al servicio de una empresa española en el extranjero.

El artículo 10.6 Cc (“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”) y el artículo 1.4 ET (en virtud del cual, la legislación laboral española será aplicable “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...”) se diferencian fundamentalmente en su distinta naturaleza jurídica³¹². En este sentido, la norma civil (o común) es una norma de conflicto, mientras que la norma estatutaria es una norma de extensión que presenta ciertos problemas de compatibilidad con el Derecho europeo³¹³.

Por tanto, nos encontramos ante distintos tipos de normas. Como es sabido, la norma de conflicto es una técnica de reglamentación indirecta puesto que no da una solución directa a una determinada situación privada internacional, sino que remite tal solución a otro ordenamiento jurídico estatal, ya sea al ordenamiento jurídico del foro, o ya sea a un ordenamiento jurídico extranjero. En otras palabras, la norma de conflicto es una técnica de reglamentación propia del Derecho internacional privado, cuya misión es localizar una determinada situación privada internacional en un concreto Estado, siendo el ordenamiento jurídico de dicho Estado el que regule finalmente esa situación privada internacional³¹⁴.

³¹² En cuanto a la naturaleza jurídica del artículo 1.4 del ET, *vid.* el riguroso estudio realizado por O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”, *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, 2004, N° 52, ejemplar dedicado a Derecho social internacional y comunitario, pp. 49-59, especialmente acerca del aspecto citado, pp. 50-53 (ambas inclusive).

³¹³ Con la vigencia del Convenio de Roma de 1980, ya se evidenciaban los problemas de compatibilidad entre el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 6 (norma de conflicto específica relativa a los contratos individuales de trabajo contenida en dicho Convenio). Así lo pone de manifiesto M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en AAVV, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-207, p. 174. Por otro lado, nos vamos a referir, más adelante, a los citados problemas de compatibilidad.

³¹⁴ En este mismo sentido, puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo I, 2ª ed., 2022, p. 491 y pp. 522-575, en cuanto a la definición citada p. 522; *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo I, 2020, p. 471 y pp. 501-549, en concreto, la definición citada p. 501; *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. I, 2018, p. 193 y pp. 198-212, especialmente, p. 198.

Sin embargo, utilizando la definición aportada por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, las denominadas “*normas de extensión son aquellas normas que ‘extienden’ el ámbito de aplicación en el espacio de ciertas normas sustantivas de Derecho interno, de modo que las hacen aplicables, también, a determinadas situaciones privadas ‘internacionales’...*”³¹⁵. En consecuencia, podemos afirmar que nos encontramos ante dos normas de distinta naturaleza jurídica y cuya estructura, como veremos a continuación, no presenta similitud alguna.

Tal como acabamos de mencionar, la diferencia fundamental entre los artículos 10.6 Cc y 1.4 ET radica en la naturaleza jurídica de cada precepto. No obstante, resulta relevante señalar la existencia de otros elementos estructurales diferenciadores entre ambas normas del sistema autónomo español ya que, cada una de dichas normas contiene en su estructura un supuesto de hecho distinto y, a su vez, contempla para cada uno de dichos supuestos, distintas soluciones, lo cual evidencia la posible confrontación entre cada una de estas normas.

En este sentido, atendiendo a la redacción literal de ambos preceptos³¹⁶, la situación regulada por el artículo 10.6 Cc se refiere a “las obligaciones derivadas de contrato de trabajo”, respecto de las cuales este mismo precepto obliga a atender a la autonomía conflictual y, en defecto de dicho criterio de conexión, se aplicará “la ley del lugar donde se presten los servicios”.

Sin embargo, el supuesto de hecho contenido en la norma estatutaria, respecto de la norma conflictual, es diferente. En concreto, el artículo 1.4 ET se refiere al “trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”, cuya consecuencia jurídica, en este supuesto específico, es la aplicación de “la legislación laboral española”, reconociendo las posibles variaciones

³¹⁵Tal como aparece en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo I, 2ª ed., 2022, p. 493; Puede consultarse también A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo I, 2020, p. 473; De igual forma, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. I, 2018, p. 194.

³¹⁶ El artículo 10.6 Cc dispone que: “A las obligaciones derivadas del contrato, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8º, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios”. Respecto al artículo 1.4 ET, es conveniente especificar que su redacción desde la Ley de 1980 y posterior aprobación del ET en 1995, hasta el actual texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en vigor desde el 13 de noviembre de 2015, no ha sufrido alteración alguna.

a las que puede dar lugar la aplicación de “las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo” y, finalmente, garantiza el respeto de los derechos económicos que le corresponderían al trabajador si llevara a cabo sus servicios en España.

En cuanto a la forma de articularse la regla general con la regla estatutaria para resolver un conflicto de leyes en casos de contratos individuales de trabajo internacional, antes de la entrada en vigor de los instrumentos internacionales cuyo ámbito de aplicación material aborda dicha materia (especialmente antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma), cabe precisar que existen teorías muy diversas, las cuales justifican, por parte de la doctrina laboralista, la aplicación preferente de la norma estatutaria y el consiguiente desplazamiento de la regla general³¹⁷. Entre estas posibles teorías, el principio de especialidad ocupa un lugar destacado, ya que es el argumento acogido mayoritariamente por la doctrina. Tal como manifiesta J. GORELLI HERNÁNDEZ, el artículo 1.4 ET “*tiene carácter especial lo que la convierte en norma preferente frente a lo dispuesto por los arts. 10.6 Cc o 6 Convenio de Roma (...)*”³¹⁸.

A partir de la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores³¹⁹, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma (vigente para España desde el 1 de septiembre de 1993), así como, del Reglamento “Roma I” (su sucesor normativo), la determinación de la ley aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo en el extranjero no se realiza conforme al artículo 10.6 del Cc, sino que es la norma estatutaria la que va a resolver el conflicto de leyes en aquellos casos, específicos, de trabajo prestado por trabajadores españoles, contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero.

Como es sabido, es perfectamente posible que las normas de extensión puedan flexibilizar a las normas de conflicto. Dicha flexibilización (o excepción) conlleva la aplicación de la ley del foro a situaciones de tráfico jurídico externo. En definitiva, a través de dicha flexibilización de la norma de conflicto, nos encontraríamos ante un

³¹⁷ Respecto a la forma de articularse la regla general con la regla estatutaria, consúltese la Tesis doctoral dirigida por F.J. PRADOS REYES, y realizada por A.M. MOLINA MARTÍN, “*La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero*”, Universidad de Granada, 2009, pp. 576, pp. 187-193.

³¹⁸ Puede consultarse en el comentario realizado por J. GORELLI HERNÁNDEZ sobre el “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4”, *loc. cit.*, 1998, pp. 56-58, p. 56.

³¹⁹ BOE, de 15 de marzo de 1980, núm. 64.

supuesto de “extensión” de la ley del foro a la regulación de situaciones privadas internacionales³²⁰. Si extrapolamos este mismo argumento al ámbito laboral, antes de la entrada en vigor para España del Convenio de Roma de 1980, en virtud de la aplicación del artículo 10.6 Cc (norma de conflicto), a las obligaciones derivadas de una relación laboral entre un trabajador español y una empresa española, siempre que la prestación laboral se desarrolle en otro país, le sería de aplicación la ley de ese otro país (ley extranjera). Por tanto, la aplicación de dicho precepto supone la aplicación de una ley extranjera a una relación contractual, de carácter laboral, en la que ambas partes contratantes son españolas. Esto es, en virtud de la norma de conflicto general, se aplicaría un ordenamiento jurídico de otro país a una relación contractual laboral vinculada estrechamente con el sistema jurídico español.

Así, para evitar el resultado descrito, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores introduce el artículo 1.4 (norma de extensión), cuya función es “extender” la aplicación de la “legislación laboral española al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”. No olvidemos que las normas de extensión evitan la solución dada por la correspondiente norma de conflicto en base a la conexión del supuesto de hecho con el ordenamiento jurídico del foro, o bien, en base a los intereses de política legislativa del Estado del foro. De este modo, el criterio de la nacionalidad adquiere mayor relevancia que otros criterios de conexión que pudieran existir en la relación jurídica en cuestión³²¹.

En este sentido, podemos concluir que, en defecto de autonomía conflictual, la norma de extensión estatutaria (art. 1.4 ET) constituye una excepción al régimen general conflictual (art. 10.6 Cc) ya que, en virtud del artículo 1.4 ET, al contrato de trabajo le resultaría aplicable la legislación laboral española en base a la nacionalidad común de ambas partes contratantes, en vez de resultar aplicable la ley del lugar en el que se realice la prestación laboral (art. 10.6 Cc).

³²⁰ La flexibilización de las normas de conflicto, mediante normas de extensión puede justificarse en distintas razones. En este sentido, en palabras de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, ello puede obedecer a “los intereses de política legislativa del legislador del foro, o por la especial conexión de tales supuestos con el ordenamiento del foro (...)”, puede consultarse J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Decimosegunda Edición, 2022, p. 152.

³²¹ De aquí que las normas de extensión ofrezcan soluciones diferentes a las reguladas por las normas de conflicto de origen internacional (convencional o, institucional) en el Derecho interno.

A lo que debemos añadir que esta excepción, introducida por la norma estatutaria, sólo opera si ambas partes de la relación contractual laboral son de nacionalidad española, es decir, no operaría si éstas tienen una misma nacionalidad extranjera, en este último supuesto, sería de aplicación la norma de conflicto general³²². De hecho, J. GORELLI HERNÁNDEZ considera que “estamos ante una norma que no es sino un encadenamiento de excepciones: en principio el 1.4 ET es una excepción a la regla general del Convenio de Roma y del Cc ante la falta de acuerdo; es decir, es una excepción a la *lex loci*. Sin embargo, a su vez del art. 1.4 ET se exceptúan las normas de ‘orden público’ del lugar donde se realice la prestación, que serán mayoría, lo que supone que *de facto* se aplica la *lex fori*. A su vez, de esta excepción, se exceptúa la regulación salarial si la española es mejor (auténtica excepción a la *lex loci*)”³²³.

En todo caso, debemos tener presente que la aplicación del artículo 1.4 ET es de carácter condicionado puesto que, para su aplicación, hay que tener en consideración las normas imperativas internacionales, así como la posible incompatibilidad de dicho precepto con el Derecho de la UE. Precisamente, dicha cuestión va a ser objeto de estudio en el siguiente apartado.

2. Compatibilidad del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores con el Derecho europeo

A) Relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y las normas contenidas en el Reglamento “Roma I” (arts. 8 y 9)

Hemos tenido oportunidad de ver anteriormente que, la entrada en vigor del Reglamento “Roma I” (instrumento normativo que sustituye a su antecesor: el Convenio de Roma) no ha supuesto la derogación implícita del artículo 1.4 ET. Ello se justifica en

³²² En esta misma línea, respecto a la norma de extensión como excepción a la norma de conflicto general, puede consultarse J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 152. *Vid.* el comentario realizado por J. GORELLI HERNÁNDEZ sobre el “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4”, *loc. cit.*, pp. 56-58, p. 58.; Sobre este mismo aspecto, relativo a la función de la norma de extensión de excepcionar el régimen general conflictual, *vid.* el análisis de O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2004, pp. 49-59, p. 59.

³²³ *Vid.* J. GORELLI HERNÁNDEZ, sobre el “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4”, *loc. cit.*, 1998, pp. 56-58, p. 58.

la distinta naturaleza jurídica de dicho precepto, como norma de extensión, frente a las normas conflictuales (en materia de contratos individuales de trabajo, el artículo 8 RRI) y en relación a las normas materiales internacionalmente imperativas, denominadas por el legislador europeo como “leyes de policía” (art. 9 RRI). Por tanto, la norma estatutaria continúa vigente en el ordenamiento jurídico español y su derogación continúa siendo una cuestión ciertamente polémica. No obstante, esta circunstancia no significa que el alcance de dicho precepto no se haya visto alterado por la entrada en vigor del citado Reglamento de la UE.

Dicho lo cual, la compatibilidad de la norma estatutaria con el Reglamento “Roma I” ha de analizarse desde una doble perspectiva: por un lado, la relación del artículo 1.4 ET con el artículo 8 RRI y, por otro lado, la relación del artículo 1.4 ET con las normas materiales internacionalmente imperativas (art. 9 RRI). De este modo, a continuación, procedemos al análisis de la relación de la norma estatutaria con la norma de conflicto específica en materia de contratos individuales de trabajo contenida en el artículo 8 RRI y que, en base al principio de protección de la parte más débil de la relación contractual (el trabajador), conforma el régimen especial de Derecho aplicable contenido en dicho instrumento normativo europeo.

Aun reconociendo la actual falta de operatividad de la norma estatutaria³²⁴, es perfectamente admisible la aplicación de sus criterios de conexión a los efectos de la cláusula de escape del Reglamento “Roma I”, eso sí, siempre que se extienda a todos los trabajadores europeos la referencia que realiza dicho precepto ‘*exclusivamente*’ a los trabajadores españoles. De esta forma, se evitaría la posibilidad de que exista discriminación por razón de nacionalidad a los trabajadores de la UE³²⁵.

³²⁴ Argumento defendido por autores como J.F. LOUSADA AROCHENA / R. PEDRO RON LATAS, *op. cit.*, 2013, p. 113. En este mismo sentido, puede consultarse F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, 2019, p. 379 *in fine*. El citado autor afirma que el artículo 8 del Reglamento “Roma I”, “*naturalmente, excluye el juego del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores y es aplicable también a las relaciones laborales con organismos públicos españoles*”;

³²⁵ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA / R. PEDRO RON LATAS, *op. cit.*, 2013, p. 114. Añadiendo lo siguiente: “*Puede así ocurrir que, como el Cid Campeador, el citado artículo 1.4 del ET siga ganando batallas aun después de muerto*”.

Lo relativo al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad será tratado en este mismo apartado, subapartado ‘B’.

Tal como sostienen J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, el artículo 1.4 ET puede mantener una “pervivencia virtual mínima” y ello va a depender de cómo se lleve a cabo la interpretación del artículo 8 del Reglamento “Roma I”, es decir, según se realice “una interpretación más o menos amplia” de dicho precepto contenido en la norma de origen institucional. No obstante, conviene precisar que los contratos celebrados en España entre trabajadores españoles y el Estado español, cuando deban ejecutarse en el extranjero, quedan sometidos al régimen previsto en el Reglamento “Roma I”, en ningún caso es posible excluirlos del ámbito de aplicación de dicho instrumento europeo³²⁶.

Si comparamos el artículo 8 RRI con el artículo 10.6 Cc, observamos que a través del artículo 8 RRI, el legislador europeo ha ampliado los criterios de conexión para designar la ley aplicable a una situación privada internacional en materia contractual laboral. Como hemos concluido en páginas anteriores, el artículo 1.4 ET, como tal norma de extensión, puede flexibilizar o excepcionar las soluciones contenidas en normas de conflicto, en este caso, en el artículo 8 RRI. En defecto de autonomía conflictual, atendiendo al supuesto de hecho de la norma estatutaria: “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”, parece posible que se aplique la legislación laboral española en dos supuestos concretos: primero, el supuesto relativo a una relación laboral en la que ambas partes contratantes (trabajador y empresario) son de nacionalidad española, si la prestación laboral ha de realizarse en una empresa española ubicada en el extranjero; y, el segundo de estos supuestos en el que resultaría posible la aplicación de la legislación laboral española es a través de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo contenida en el apartado 4 del artículo 8 RRI. Analicemos cada uno de estos supuestos.

La primera de las hipótesis citadas es la que hace referencia a aquella relación laboral en la que ambas partes contratantes (trabajador y empresario) son de nacionalidad española, si la prestación laboral ha de realizarse en una empresa española ubicada en el extranjero. Todo ello, con arreglo al apartado 3 del artículo 8 RRI, el cual,

³²⁶ Así lo expresan J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 709.

en defecto de elección (art. 8.1 RRI: criterio de conexión principal) y cuando la prestación laboral no se realice de forma habitual en un mismo país (art. 8.2 RRI: primer criterio de conexión subsidiario, *lex loci laboris*), determina como ley aplicable la ley del país en el que se encuentre el establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador (segunda conexión subsidiaria). En cuanto a la concreción del lugar del “establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador”, la jurisprudencia del TJUE considera que los elementos que han de tenerse en cuenta no son los referentes a la “*realización del contrato*”, sino los relativos al “*procedimiento de conclusión del contrato*”, tales como, el establecimiento que publicó el anuncio de contratación, así como, el que realizó la entrevista. Se ha de intentar de precisar el lugar real en el que se encuentre ubicado dicho establecimiento³²⁷. Además, debemos tener presente que el apartado 3 del artículo 8 RRI se está refiriendo únicamente al “*establecimiento que procedió a contratar al trabajador*”, no hace referencia alguna al “*establecimiento al que el trabajador está vinculado por su ocupación efectiva*”³²⁸.

Y, siempre en defecto de autonomía conflictual, la segunda de estas hipótesis en la que podría intervenir la norma estatutaria excepcionando la solución conflictual, es a través de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo contenida en el apartado 4 del artículo 8 RRI. En este caso, siempre que el supuesto de hecho no fuera el descrito anteriormente (pues de ser así, encajaría en el artículo 8.3 RRI), si del conjunto de las circunstancias se aprecia que el contrato presenta vínculos más estrechos con el Estado español, sería de aplicación la legislación laboral española, en vez de la ley estatal designada (en defecto de autonomía conflictual) en virtud de los otros criterios de conexión contenidos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 RRI. En consecuencia, mediante la vía de esta cláusula de excepción

³²⁷ Puede verse al respecto, STJUE, de 15 de diciembre de 2011, asunto *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, FJ núm. 49 y 50. La citada Sentencia fue dictada en relación al artículo 6.2 ‘b’ del Convenio de Roma en lo que corresponde al actual artículo 8 apartados 3 y 4 del RRI.

³²⁸ STJUE, de 15 de diciembre de 2011, asunto *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, FJ núm. 52. Otra cuestión distinta es cómo ha de interpretarse el término “establecimiento”. En base a la jurisprudencia del TJUE, el término “establecimiento” ha de interpretarse de forma amplia ya que tal expresión no abarca “*únicamente a las unidades de actividad de la empresa dotadas de personalidad jurídica*”, sino se refiere a “*todas las estructuras estables de una empresa*”. Por lo tanto, no sólo se considera “establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”, a efectos del artículo 8.3 RRI, “*las filiales y sucursales, sino también, otras unidades, como las oficinas de una empresa*” aunque carezcan de personalidad jurídica. Aun así, no se considerará “establecimiento”, en el sentido del art. 8.3 RRI, una “*presencia meramente transitoria en un Estado de un agente de una empresa procedente de otro Estado a efectos de la contratación de trabajadores*” (STJUE, de 15 de diciembre de 2011, asunto *Voogsgeerd vs. Navimer*, C-384/10, FJ núm. 54).

específica que opera únicamente para contratos individuales de trabajo, sería posible la aplicación del artículo 1.4 ET y, por tanto, apartarse de la solución conflictual. Parece lógico señalar que la introducción, por parte del legislador interno, de la norma de extensión contenida en el artículo 1.4 ET, obedece a que su supuesto de hecho, además de mantener una estrecha conexión con España, pueden existir otros elementos derivados de la relación contractual que, igualmente, vinculen dicha situación de tráfico jurídico externo con el Estado español³²⁹.

Recordemos que, en materia contractual laboral, el apartado 4 del artículo 8 RRI sólo exige para su posible intervención que del conjunto de las circunstancias se desprendan vínculos más estrechos con un país distinto al país donde se prestan los servicios. Por este motivo, se prevé que su aplicación no va a ser precisamente “excepcional” (como su propio nombre indica). Por lo tanto, parece más apropiado que dicha cláusula se denominase “cláusula de escape” en vez de cláusula de excepción³³⁰.

En consecuencia, se trata de una cláusula de excepción más flexible que la utilizada en el régimen general de Derecho aplicable contenida en el apartado 3 del artículo 4 del RRI, ya que, en este último precepto, se requiere para su aplicación, que del conjunto de las circunstancias se desprenda claramente que el contrato presente vínculos “manifiestamente” más estrechos con un país distinto al país donde se prestan los servicios³³¹.

³²⁹ Con la expresión “otros elementos” se hace referencia a posibles “vínculos más estrechos” tales como: el lugar de celebración del contrato; el pago del salario en moneda del país en cuestión; el país en el que el trabajador paga sus impuestos; el país en el que el trabajador se encuentre afiliado a la Seguridad Social; la nacionalidad y domicilio del empresario, etcétera. El TJUE mantiene que incluso en aquellos casos en que el trabajador realiza su trabajo de forma habitual, durante un largo período de tiempo y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar la ley del país en que se realiza habitualmente el trabajo cuando del conjunto de las circunstancias resulte que dicho contrato presenta un vínculo más estrecho con otro país (STJUE, de 12 de septiembre de 2013, asunto *Schlecker vs. Boedeker*, C-64/12, en concreto, FJ núm. 29).

³³⁰ Sobre “cláusula de escape de aplicación no excepcional”, puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3563 último párrafo y p. 3564; Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3397; Además, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1164; Acerca de esta misma cuestión *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, pp. 733 *in fine* y 734. El propio TJUE califica como “cláusula de escape” a la parte final del artículo 6.2 *in fine* del Convenio de Roma, la cual corresponde al actual apartado 4 del artículo 8 del RRI. Puede verse en la STJUE, de 12 de septiembre de 2013, asunto *Schlecker vs. Boedeker*, C-64/12, FJ núm. 41. Acerca de la flexibilidad, de la cláusula establecida en el art. 8.4 RRI, al no incluir el legislador europeo la expresión “manifiestamente” (tal como ocurre con la cláusula de excepción general del art. 4.3 RRI), *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 711 *in fine*; En este mismo sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Décima edición, 2018, p. 651.

³³¹ Acerca de la redacción de la cláusula de escape contenida en el apartado 4 del art. 8 RRI realizada en términos menos estrictos que los utilizados por el legislador europeo en el artículo 4 RRI, consúltese F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Obligaciones contractuales”, en *La Cooperación en Materia Civil en la*

Por otra parte, también debemos plantearnos qué ocurre si no se cumplen los presupuestos necesarios para la “posible” aplicación (condicionada/limitada) del artículo 1.4 ET. Esto es, si en virtud del criterio de conexión principal (art. 8.1 RRI), las partes hubieran elegido una ley extranjera como ley aplicable a su relación contractual laboral, o bien, si la prestación de los servicios se realiza de forma habitual en un mismo país (en cuyo caso, es de aplicación la *lex loci laboris*) y, en última instancia, no resulta de aplicación la cláusula de excepción (cláusula de escape). En este supuesto, la norma conflictual específica para contratos individuales de trabajo (art. 8 RRI) designará como ley aplicable, a dicha relación contractual internacional, una ley extranjera. En principio, en los casos descritos (elección de ley aplicable, a falta de la misma, aplicación de la *lex loci laboris* sin que pueda intervenir la cláusula de excepción), es muy probable que al supuesto de hecho específico del artículo 1.4 ET le sea de aplicación una ley extranjera en virtud de la norma conflictual (art. 8 RRI). Para evitar dicha situación, parece posible que la determinación de la ley aplicable por el juez español pueda realizarse en base al artículo 1.4 ET, esto es, en virtud de la norma de extensión sería aplicable la legislación laboral española³³². No obstante, conviene precisar que la aplicación del artículo 1.4 ET en ningún caso podrá implicar la vulneración del Derecho de la UE.

Tal como anticipamos, la compatibilidad del artículo 1.4 ET con el Reglamento “Roma I” también ha de abordarse desde una segunda perspectiva, esto es, ha de tenerse en cuenta la norma estatutaria en relación con las normas materiales internacionalmente imperativas, las cuales son denominadas por el legislador europeo como “leyes de policía” (artículo 9 RRI).

Conviene recordar que tanto el Reglamento “Roma I” como su antecesor normativo, el Convenio de Roma, incluyen mecanismos de corrección a la hora de determinar el Derecho aplicable a las obligaciones no sólo derivadas de una relación

Unión Europea: Textos y Comentarios, Thomson Aranzadi, 2009, pp. 607-634, p. 629. Entre otras cuestiones, el citado autor afirma que el legislador de la UE “*simplemente*” exige en el art. 8.4 RRI “que el contrato no presente `vínculos más estrechos con un país distinto’”.

La cuestión relativa a la intervención de la cláusula de excepción en los contratos individuales de trabajo será objeto de estudio en el apartado III del Capítulo 3º del presente trabajo.

³³² En este mismo sentido, respecto a la elevada probabilidad de designar un Derecho extranjero como aplicable al supuesto de hecho del artículo 1.4 ET y en cuanto a la posibilidad de que el juez español (en aplicación de dicha norma de extensión) pudiera designar la aplicación de la legislación laboral española, se manifiesta O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2004, pp. 49-59, p. 54.

contractual laboral, sino también (aunque en otros términos diferentes) respecto de las obligaciones derivadas de contratos de consumo (arts. 6.2 RRI y 5.2 CR)³³³, de contratos de transporte y de seguro (arts. 5.2 y 7.3 RRI)³³⁴. Cada una de las categorías contractuales citadas constituye el régimen especial de Derecho aplicable contenido en el Reglamento “Roma I” y sustentado en el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa.

No cabe duda que las normas materiales internacionalmente imperativas, como tal sistema corrector, afectan a la determinación de la ley aplicable. Por este motivo y, concretamente en materia laboral, debemos averiguar si la aplicación de éstas ha desplazado, en mayor o menor medida, a la norma de extensión. Como es sabido, las normas imperativas son muy abundantes en el Derecho del Trabajo, pero no podemos olvidar que la gran mayoría de dichas normas no son de aplicación a situaciones de tráfico jurídico externo, es decir, no se aplican a “casos internacionales” puesto que no son normas “internacionalmente imperativas”, sino que las citadas normas imperativas, en materia laboral, únicamente son de aplicación a “casos internos”, en definitiva, a supuestos en los que no interviene algún elemento de internacionalidad³³⁵.

Debemos precisar que las leyes de policía a las que se refiere el artículo 9 RRI son las normas materiales del foro de carácter imperativo que, por abarcar a los principios y valores fundamentales de dicho ordenamiento jurídico estatal (el del foro), son normas que, a diferencia de las normas de conflicto y de las normas de extensión, se aplican de forma directa a relaciones de tráfico jurídico externo, (en la materia que nos ocupa, a los contratos internacionales y, en concreto, a los contratos individuales de trabajo en los que interviene un elemento de internacionalidad). Ello es así independientemente de cuál sea la ley aplicable designada a través de la norma de

³³³ En cuanto a la determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo, D. SALOMON, “Verbraucherverträge”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, núm. 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 89-110.

³³⁴ Recordemos que el régimen especial de Derecho aplicable contenido en el Convenio de Roma de 1980 no abarcaba a los contratos de transporte ni de seguro. Es el Reglamento “Roma I” el que extiende dicho régimen especial a estas dos categorías contractuales. Respecto a contratos de seguro, A. STAUDINGER, “Internationales Versicherungsvertragsrecht- (k)ein Thema für Rom I?”, *loc. cit.*, 2007, pp. 225-243.

³³⁵ Vid. el interesante análisis de I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Madrid, 1992, pp. 397-458.

conflicto que corresponda, en este caso, la norma de conflicto específica para los contratos internacionales de trabajo: el artículo 8 RRI³³⁶.

En consecuencia, podemos observar que el artículo 9 RRI al referirse, en su apartado 2, a la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro continúa en la misma línea que el precepto al cual sustituye, el artículo 7 CR³³⁷. En este sentido, en opinión de O. FOTINOPOULOU BASURKO, “la combinación del artículo 1.4 ET con la protección que dispensan las normas materiales imperativas del foro (art. 7.2 CR) sería pacífica, ya que en ambos casos se pretende corregir la solución dada por la norma de conflicto y sustituirla por la legislación española”³³⁸. Lo cual, podemos concluir, es igualmente predicable respecto de la norma estatutaria y el artículo 9 apartado 2 RRI.

No obstante, debemos poner de relieve que no nos encontramos ante preceptos idénticos y coincidentes en todos sus términos, ya que el Reglamento “Roma I”, en el segundo supuesto que regula, introdujo una modificación sustancial apartándose de su antecesor normativo. En concreto, mientras que el apartado 3 del artículo 9 RRI se refiere (exclusivamente) a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas de contrato tienen que ejecutarse o hayan sido ejecutadas, por su parte, el apartado 1 del artículo 7 CR se refiere a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho³³⁹.

³³⁶ En este mismo sentido, puede consultarse, H. AGUILAR GRIEDER, *Iniciación al Derecho internacional privado de la Unión Europea*, Universidad de Huelva Servicio de Publicaciones, Materiales para la docencia, 2014, núm. 135, p. 153. Así como, H. AGUILAR GRIEDER, *Claves para entender el sistema español de Derecho internacional privado: Con supuestos prácticos y sus soluciones*, Universidad de Huelva Servicio de Publicaciones, Materiales para la docencia, 2021, núm. 185, p. 209. Respecto a normas imperativas y normas internacionalmente imperativas, *vid.* el riguroso y amplio análisis, acerca de una triple distinción entre normas: dispositivas, imperativas, y normas materiales internacionalmente imperativas, realizado por H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, 2007, pp. 47-49. Igualmente, respecto a las normas materiales internacionalmente imperativas, puede consultarse, K. THORN, “Eingriffsnormen”, *loc. cit.*, 2007, pp. 129-149.

³³⁷ Para facilitar una labor comparativa entre ambos preceptos, la redacción literal del apartado 2 del art. 9 RRI es la siguiente: “Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía del foro”. En este punto, mantiene la regulación contenida en el apartado 2 del art. 7 CR, el cual dispone: “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 (...)”.

³³⁸ *Vid.* O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2004, pp. 49-59, p. 55 *in fine*.

³³⁹ El apartado 3 del artículo 9 RRI establece que: “También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal (...)”. Sin embargo, el apartado 1 del artículo 7 CR dispone lo siguiente: “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 presente un vínculo estrecho (...)”.

Esta importante diferenciación supone, en el marco del desplazamiento internacional de trabajadores, una mayor seguridad jurídica y previsibilidad a favor de la configuración de la norma reglamentaria. Ello se debe a que el apartado 3 del artículo 9 RRI, al ceñirse a la aplicación de las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato *tienen que ejecutarse o hayan sido ejecutadas*, no da lugar a que existan diferentes conexiones. Sin embargo, la norma de origen convencional, al introducir la cláusula de los vínculos más estrechos, posibilita la aparición de diferentes conexiones entre la relación de tráfico jurídico externo en cuestión y los distintos ordenamientos jurídicos estatales³⁴⁰. En este punto, no cabe duda que nos encontramos ante un claro avance propiciado por el Reglamento “Roma I” respecto de su antecesor normativo, el Convenio de Roma de 1980.

Otro elemento a tener en cuenta es que el propio artículo 9 RRI, (a diferencia del precepto al cual sustituye: el artículo 7 del Convenio de Roma), nos ofrece una definición de qué ha de entenderse por “ley de policía” a los efectos de la aplicación de dicho precepto. Así, el Reglamento “Roma I”, en el apartado 1º de su artículo 9, considera como “leyes de policía” a las disposiciones *“cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”*. Como podemos apreciar, se trata de una definición un tanto restrictiva, puesto que dicho precepto únicamente se está refiriendo a aquellas normas materiales internacionalmente imperativas que persiguen un interés general o público y no un interés particular, en definitiva, una finalidad tuitiva (como es la protección de la parte débil de la relación litigiosa, esto es, del trabajador), lo cual se traduce en la existencia de no pocos problemas prácticos³⁴¹.

³⁴⁰ En esta línea coincido con A.M. MOLINA MARTÍN, “La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero”, Universidad de Granada, 2009, pp. 576, p. 244.

³⁴¹ La definición contenida en el artículo 9.1 RRI no es atribuible al legislador europeo, sino que tiene origen jurisprudencial, en concreto, STJCE, de 23 de noviembre de 1999, caso *Arblade*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96. En la citada STJUE (*vid.* apartado 30 de las observaciones preliminares) se pone de relieve que con la expresión “leyes de policía y de seguridad” debe entenderse a aquellas “disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta tal punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”.

En virtud del artículo 9 del RRI, las normas materiales internacionalmente imperativas se aplican a la relación contractual (tal como hemos apuntado anteriormente) con independencia de cuál sea la ley rectora designada por la correspondiente norma de conflicto, en materia laboral, por el artículo 8 RRI. Ahora bien, para que esto sea posible, en palabras de A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “es preciso que las normas de Derecho Laboral español se ‘autodeclaren’ aplicables a una relación jurídica laboral internacional”³⁴². Podemos considerar, al igual que los citados autores, que el artículo 1.4 ET cumple exactamente dicha función y, especifica a qué supuestos internacionales se les puede aplicar las normas imperativas españolas³⁴³. De este modo, las normas materiales internacionalmente imperativas (además de aplicarse al trabajo desempeñado en el Estado español), en virtud de dicho precepto, serán de aplicación “al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”. En este sentido, al menos en teoría, parece ser que la compatibilidad del artículo 9 RRI, con la norma estatutaria, es pacífica.

B) Relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y los principios europeos de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad en el marco de la libre circulación de trabajadores

Respecto al análisis sobre la posible pervivencia del art. 1.4 ET, otra cuestión a tratar es la relativa a la compatibilidad (o no) de dicha norma con el principio de

³⁴² Puede consultarse por todos A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3567; Igualmente, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3400; *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1166; También puede verse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 737; En estos mismos términos, pero respecto de los artículos 6 y 7 del Convenio de Roma, puede consultarse igualmente A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, 2006, p. 847. En esta ocasión, ambos autores ponen de relieve que: “El artículo 7 CR indica que las ‘normas materiales internacionalmente imperativas’ se aplican al contrato sea cual fuere su ‘Ley reguladora’ determinada a través del art. 6 CR. (...) Pero para ello, es preciso que las normas de Derecho Laboral español se ‘autodeclaren’ aplicables a una relación jurídica laboral ‘internacional’”.

³⁴³ Consúltase de nuevo A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3567; Del mismo modo, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3400; También, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol II, 2018, p. 1166; Acerca de esta misma cuestión *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol II, 2017, p. 737.

igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad en el marco de la libre circulación de trabajadores. En esta misma línea y desde la perspectiva del Derecho internacional privado, haremos especial referencia a la Sentencia del TJCE, asunto *Boukhalfa*,³⁴⁴ debido a su relevancia por mantener la posibilidad de una proyección extraterritorial de la prohibición de discriminación entre nacionales de la UE, así como de las disposiciones europeas en materia de libre circulación de personas al alcanzar a situaciones que no se desarrollan en el interior de la UE. A través de la mencionada Sentencia, el TJCE (actual TJUE) reafirmó el carácter imperativo de la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad que será aplicable a toda situación que presente un vínculo suficiente con la UE, aunque, tal como acabamos de precisar, dicha situación no se desarrolle en territorio de la Unión. Ello supone, en base a la conclusión del Tribunal de Justicia en el asunto *Boukhalfa*, el mantener la posible proyección extraterritorial de la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad; siempre y cuando dicha situación privada internacional presente una vinculación suficiente con algún Estado miembro de la UE³⁴⁵.

Los hechos que dieron lugar a la referida Sentencia se centran en que la demandante, la señora *Boukhalfa*, ciudadana belga, residente en Argel, que trabajaba para la embajada alemana en Argelia desde 1982, en virtud de la norma de conflicto alemana, se hallaba sometida al Derecho de Argelia por tratarse de un agente local de nacionalidad no alemana. En este punto, debemos destacar que la legislación alemana sobre los empleados del Ministerio de Asuntos Exteriores, respecto a la categoría de personal al servicio de las representaciones exteriores de la República Federal Alemana (en adelante, RFA) denominados como “agentes locales”, establecía un régimen diferenciado basado en la nacionalidad del agente local en cuestión. Así, la relación de empleo de los agentes locales de nacionalidad alemana se regiría por el Derecho y Convenios colectivos alemanes, mientras que la relación de empleo de los agentes locales de nacionalidad no alemana, se regiría por el Derecho del país de acogida³⁴⁶.

³⁴⁴ STJCE, de 30 de abril de 1996, (C-214/94).

³⁴⁵ Puede consultarse, a tal efecto, los apartados 16 y 17, así como, los apartados 20, 21 y 22 de la STJCE, de 30 de abril de 1996, asunto *Boukhalfa*, C-214/94.

³⁴⁶ Atendiendo a la traducción de las conclusiones del Abogado General (Sr. P. Léger), párrafo 3, señalamos que el artículo 33 (norma de conflicto) de la legislación alemana sobre los empleados del Ministerio de Asuntos Exteriores, en concreto, sobre los agentes locales, dispone que las condiciones de trabajo de los agentes locales de nacionalidad no alemana “se determinan en función del Derecho del país de acogida y teniendo en cuenta los usos locales. Se les garantizarán condiciones sociales apropiadas teniendo en cuenta la situación local.”

En este caso, el contrato de trabajo de la señora *Boukhalfa*, concluido en Argel, estaba sometido al Derecho argelino, todo ello en virtud de la norma de conflicto alemana (art. 33 sobre los empleados del Ministerio de Asuntos Exteriores, refiriéndose en concreto a los agentes locales).

Por otra parte, aunque dicha relación contractual laboral queda sometida al Derecho de Argelia, la señora *Boukhalfa* estaba afiliada al régimen de pensiones previsto por el Derecho alemán y se encontraba parcialmente sujeta al impuesto sobre la renta de dicho Estado miembro de la UE.

Ante la situación descrita, en 1991, la señora *Boukhalfa* en calidad de demandante, estando en desacuerdo con la aplicación que se le hacía del régimen previsto para los agentes no alemanes, reclamó que se le aplicara a su relación contractual laboral el régimen más favorable previsto para los agentes locales de nacionalidad alemana. A tal fin y ante la negativa de las autoridades, la trabajadora recurrió a la jurisdicción alemana alegando que el hecho de aplicar un trato menos favorable a los agentes locales comunitarios (europeos) no alemanes era contrario al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Sin embargo, las autoridades de la RFA argumentaban que el ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias (europeas) sobre libre circulación se limitaba al territorio de los Estados miembros (art. 227 TCE). Posteriormente, una vez planteado el asunto ante el Tribunal federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), dicho Tribunal plantea la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJCE que, en su Sentencia de 30 de abril de 1996, dio la razón a la demandante, al concluir que la prohibición de discriminación era aplicable a este caso.

El caso *Boukhalfa* plantea un problema muy específico puesto que el elemento discriminatorio no deriva del Derecho material, sino que deriva de la propia norma de conflicto al designar el Derecho aplicable. En concreto, dicho problema es planteado por la norma de conflicto alemana, ya que es ésta la que provoca una discriminación por razón de la nacionalidad, haciendo depender la aplicación del Derecho alemán a la condición de poseer la nacionalidad alemana. En definitiva, la problemática planteada se centraba en la compatibilidad de la norma de conflicto con el Derecho de la Unión

Europea³⁴⁷. Aun así, a pesar de lo expuesto, debemos matizar que el mero hecho de la utilización, por la correspondiente norma de conflicto, de la nacionalidad como punto de conexión, no es en sí algo contrario al Derecho de la Unión Europea.

En este sentido, en opinión de M. GARDEÑES SANTIAGO, la utilización de la nacionalidad por la norma de conflicto sólo podrá ser contraria al Derecho de la UE “en la medida en que opere como condición para el disfrute de un régimen jurídico más favorable”, eso sí, siempre que la situación entre dentro del ámbito de aplicación del TCE, en concreto del artículo 6 TCE, ya que dicho precepto establece la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito del citado Tratado³⁴⁸.

Por otro lado, tal como hemos venido haciendo referencia, si defendemos la posible pervivencia del artículo 1.4 ET aun teniendo en consideración ciertos matices, debemos plantear si dicha norma estatutaria es contraria o no al Derecho de la UE. En definitiva, la cuestión que ahora formulamos es la siguiente: ¿la norma de extensión contenida en el artículo 1.4 ET es compatible (o no) con el principio de igualdad de trato establecido en el Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores³⁴⁹ en el marco de la UE? No está de más recordar que si el art. 1.4 ET resulta contrario al Derecho de la UE, ello conllevaría la inaplicación de la norma estatutaria.

Teniendo como punto de partida todo el proceso de unificación de la UE y, que tanto el Derecho originario como el Derecho derivado de la UE consagran el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad en relación a la libre circulación de trabajadores en el territorio de la UE³⁵⁰, no es difícil concluir que la posible pervivencia del artículo 1.4 ET va a depender de no pocos factores.

³⁴⁷ Así lo pone de relieve el apartado número 19 de la Sentencia del Tribunal de Justicia relativa al asunto *Boukhalfa*; “... hay que observar (...) que, si bien el Derecho argelino determina las condiciones de trabajo de la Sra. Boukhalfa, ello se debe a la aplicación del artículo 33 de la GAD, *cuya compatibilidad con el Derecho comunitario se discute precisamente en el litigio principal*”. Téngase en cuenta que el citado artículo 33 es la norma de conflicto alemana que designaba como Derecho aplicable al Derecho argelino.

³⁴⁸ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)”, *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 23, septiembre/diciembre 1996, pp. 863-877, pp. 869 *in fine* y 870.

³⁴⁹ Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (*DOCE*, de 19 de octubre de 1968, núm. L 257/2).

³⁵⁰ En concreto, atendiendo al Derecho originario de la UE, el TFUE establece en el apartado 2 del art. 45 que “la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre

Entre todos estos condicionantes, incluidos los que ya hemos tenido oportunidad de analizar a lo largo de este apartado IV³⁵¹, no cabe duda que el principio de igualdad de trato ocupa un lugar relevante. Como es sabido dicho principio supone la eliminación de cualquier diferencia de trato en el ámbito laboral que se fundamente en la nacionalidad del trabajador en cuestión.

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad es una auténtica norma material de carácter imperativo, ya que “el principio de igualdad de trato constituye una regla rigurosamente imperativa”³⁵². Como es sabido, tal categoría normativa se encuentra regulada en el artículo 9 del Reglamento “Roma I”, precepto que se refiere a las normas materiales internacionalmente imperativas como “leyes de policía”. En virtud del citado precepto, las leyes de policía (o normas materiales internacionalmente imperativas) deben desplegar sus efectos tanto a nivel intracomunitario como a nivel extracomunitario. En consecuencia, el principio de igualdad de trato ha de tener efecto en aquellas situaciones en las que no todos los elementos del contrato se encuentren localizados en el territorio de la UE (esto es, en las “extracomunitarias”) pero que, a su vez, dichas situaciones mantengan una vinculación suficiente con algún Estado miembro de la Unión. En este sentido, debemos añadir, teniendo como fundamento el artículo 7 apartado 4 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores, la posible oponibilidad de la prohibición de discriminación ante los operadores privados (además de ser oponible ante el Estado o la autoridad pública)³⁵³.

los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”; Igualmente, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad queda consagrado en el art. 18 TFUE precepto que dispone que “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”, (*DOUE*, de 26 de octubre de 2012, núm. C 326/47).

Por su parte, con arreglo al Derecho derivado de la UE, el Reglamento 1612/68 en su artículo 1 establece que “todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena, a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”.

³⁵¹ Especialmente la relación de la norma estatutaria con el artículo 10.6 Cc antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma, así como su compatibilidad, como tal norma de extensión, con la norma de conflicto específica para la determinación de la ley aplicable a contratos individuales de trabajo, contenida en el Reglamento “Roma I” (art. 8), y con las denominadas “leyes de policía”, cuya regulación queda establecida en el artículo 9 del citado Reglamento.

³⁵² Así lo considera M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 1996, pp. 870-873.

³⁵³ Coincidiendo en este aspecto con M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 1996, p. 871, nota a pie de página núm. 23, en la que el citado autor, en base al artículo 7 apartado 4 del Reglamento 1612/68, afirma

Tal como venimos observando, a través de la sentencia *Boukhalfa* se pone en evidencia que utilizar un componente discriminatorio (en este caso, la nacionalidad) en la propia norma de conflicto supone un desacierto por parte del legislador. De este modo, a tenor de la norma de extensión comprendida en el artículo 1.4 ET, que únicamente se refiere a los trabajadores españoles, sería posible la aplicación a determinados contratos de trabajo de una ley distinta dependiendo exclusivamente de la nacionalidad española de ambas partes contratantes (recordemos que dicho precepto especifica: “trabajadores españoles contratados por empresas españolas”). Por tanto, si tenemos en cuenta que la aplicación de dicha norma de extensión puede suponer la aplicación de leyes distintas en función de que se trate de un trabajador de nacionalidad española, o bien, de un trabajador nacional de cualquier otro Estado miembro de la UE, podemos concluir que la aplicación del artículo 1.4 ET, en este caso, vulneraría el principio de igualdad de trato, esto es, vulneraría la norma imperativa, establecida en el Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores, que garantiza la igualdad de trato³⁵⁴. En consecuencia, la aplicación de la norma estatutaria de origen interno vulneraría el Derecho de la UE.

Igualmente, en relación a la aplicabilidad del artículo 1.4 ET, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO mantienen que “el principio de igualdad de trato recogido en el TFUE impide la licitud de una norma de extensión que establece la aplicación de una ley distinta a determinados contratos de trabajo, basada exclusivamente en la nacionalidad común española de las partes contratantes, por cuanto que, en idénticas circunstancias, un trabajador extranjero al servicio de una empresa española en el mismo país extranjero vería sujeto su contrato a una ley distinta a la aplicable al trabajador español.”³⁵⁵. Tal como hemos tenido oportunidad de precisar, el TJCE en el caso *Boukhalfa* analiza la compatibilidad entre la norma de conflicto alemana (que designaba, en virtud de la nacionalidad de la trabajadora, como Derecho aplicable a la relación laboral en cuestión el Derecho argelino)³⁵⁶ y el Derecho

que “la prohibición de discriminación es oponible no sólo ante el Estado o la autoridad pública, sino también ante los operadores privados”.

³⁵⁴ En esta misma línea se expresa O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2004, pp. 49-59, p. 56.

³⁵⁵ Puede consultarse en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 709; Además, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2018, p. 649.

³⁵⁶ *Vid.*, apartado número 19 de la Sentencia *Boukhalfa*, asunto C-214/1996 en el que se especifica que “si bien el Derecho argelino determina las condiciones de trabajo de la Sra. Boukhalfa, ello se debe a la aplicación del artículo 33 de la GAD, cuya compatibilidad con el Derecho comunitario se discute precisamente en el litigio principal.”

comunitario, concluyendo que la aplicación de la citada norma constituye una vulneración del Derecho comunitario, en concreto, del artículo 48.2 TCE y del artículo 7, apartados 1 y 4, del Reglamento núm. 1612/68.

Sin embargo, como hemos señalado en páginas anteriores, la regla establecida en la norma estatutaria objeto del presente análisis (aplicación de la ley española a un contrato entre trabajador español y empleador español, que se realiza fuera de España) presenta un parecido bastante significativo con la cláusula de excepción específica de la aplicación de los vínculos más estrechos contenida en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento “Roma I” (cuyo antecesor normativo es el apartado 2 *in fine* del artículo 6 del Convenio de Roma)³⁵⁷. Como ya hicimos referencia, la citada cláusula de excepción puede operar, siempre en defecto de autonomía conflictual, si el único elemento de internacionalidad existente, en una determinada relación contractual de trabajo, es el lugar de la prestación laboral. Recordemos que a través de dicha cláusula de excepción sería posible la aplicación del artículo 1.4 ET y, en consecuencia, apartarse de la solución conflictual. Desde esta perspectiva, O. FOTINOPOULOU BASURKO, considera defendible la aplicabilidad de la norma estatutaria (norma de extensión) ya que, en palabras de la autora, “existen casos que quedan al margen de los contratos de trabajo espacialmente vinculados con la libre circulación de trabajadores y que, por lo tanto, la aplicación conjunta de los ‘vínculos más estrechos’ y la norma de extensión basada en el elemento subjetivo de la nacionalidad del empleador y del trabajador, *no* constituiría una discriminación por razón de la nacionalidad contraria al Derecho Comunitario”³⁵⁸.

No obstante, desde esta misma perspectiva, nos encontramos opiniones contrapuestas. Así, autores como J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO mantienen que la cláusula de excepción (excepción de los vínculos más estrechos) no operaría “si el trabajador fuera francés, lo que abocaría a aplicar dos leyes distintas amparadas exclusivamente en la nacionalidad del trabajador. Dicha solución es contraria al Derecho europeo”³⁵⁹. Por este motivo, ambos autores consideran que “es

³⁵⁷ A tal efecto puede consultarse, en este mismo apartado número 2, el subapartado A) en lo referente a la relación de la norma estatutaria (art. 1.4 ET) con la cláusula de excepción específica contemplada en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento “Roma I”.

³⁵⁸ Así queda expuesto por O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2004, pp. 49-59, p. 57 (la letra en cursiva no ha sido incluida por la autora); O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*, 2006, pp. 53 *in fine* y 54.

³⁵⁹ Puede consultarse en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 712; También *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2018, p. 651. La letra en cursiva no se incluye en el texto original.

preciso defender que, al menos en los contratos de trabajo vinculados espacialmente a la libre circulación de trabajadores, la cláusula de excepción no puede tener en cuenta como conexiones ‘estrechas’ elementos subjetivos que impliquen una discriminación directa o encubierta por razón de nacionalidad, especialmente la nacionalidad del empleador y del trabajador”³⁶⁰.

En todo caso, como es sabido, cuando es de aplicación el artículo 8 del Reglamento “Roma I” para determinar la ley aplicable a una determinada relación contractual laboral, el juez nacional ha de respetar el principio de no discriminación respecto a todos los ciudadanos de la UE, en cuanto que dicho principio forma parte del orden público del foro. Y, por otro lado, si consideramos que pervive la aplicabilidad del artículo 1.4 ET en ámbitos de la legislación laboral diferentes al contrato individual de trabajo, una posible solución para evitar la vulneración del principio de no discriminación, tal como apunta M. GARDEÑES SANTIAGO, podría consistir en una “corrección hermenéutica del precepto” que, en principio, podría consistir en que la norma estatutaria prescindiera de “su autolimitación a los trabajadores españoles y extendiera su aplicación a los nacionales de otros Estados miembros, de tal manera que, siempre que éstos se encontraran en la situación prevista en el mismo, les fuera de aplicación la ley española, al menos cuando, de no aplicarse la ley española, quedarán en una situación comparativamente desfavorable”³⁶¹.

C) Relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios

A diferencia de lo que venimos observando respecto a la posible (aunque condicionada) compatibilidad entre el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores con

³⁶⁰ Igualmente, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 712; Así como J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2018, p. 651.

³⁶¹ Así lo considera M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 1996, p. 876, también sobre este mismo aspecto, p. 877 *in fine*.

los artículos 8 y 9 del Reglamento “Roma I”³⁶², no parece que podamos realizar tal afirmación en aquellos supuestos en los que exista un desplazamiento temporal de trabajadores a otro Estado.

Para llegar a la conclusión que acabamos de señalar, simplemente debemos tener en cuenta el objetivo tanto de la norma estatutaria como de la Directiva 96/71/CE y la Ley 45/1999 que transpone la citada normativa en el ordenamiento jurídico español³⁶³. Ello, teniendo en cuenta que la citada normativa europea ha sido modificada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018³⁶⁴.

En este sentido, el artículo 1.4 ET tiene como finalidad la aplicación de la legislación laboral española “al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero” (art. 1.4 ET). En consecuencia, en virtud de la norma estatutaria, se aplicará la legislación laboral española porque es la Ley del establecimiento que contrató al trabajador, en definitiva, se aplicará la legislación laboral del Estado de origen (España). Sin embargo, el propósito de ambas Directivas (tanto la del año 1996 como la de 2018) sobre el desplazamiento (temporal) de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y de la Ley 45/1999, es distinto, porque a tenor de las citadas Directivas europeas se aplicará la legislación laboral del Estado de destino. Por lo tanto, nos encontramos ante objetivos no sólo diferentes sino contradictorios entre sí³⁶⁵. De aquí que no sea posible compatibilizar la norma estatutaria con los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores, a otro Estado, en virtud de la Directiva 96/71/CE y de la Ley 45/1999. Este aspecto es extrapolable respecto de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica, aunque no de forma sustancial, la Directiva 96/71/CE, instrumento normativo

³⁶² *Vid.* el estudio realizado en páginas anteriores del presente Capítulo, apartado 2, en concreto, el subapartado “A” sobre la relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y las normas contenidas en el Reglamento “Roma I” (arts. 8 y 9).

³⁶³ *BOE*, de 30 de noviembre de 1999, núm. 286.

³⁶⁴ *DOUE*, 9 de julio de 2018, núm. L173/16.

³⁶⁵ En este mismo sentido, consultar O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2004, pp. 49-59, pp. 57-58. Igualmente, debemos señalar que, en líneas generales, la doctrina tanto del ámbito del Derecho laboral como del ámbito del Derecho internacional privado, no se ha pronunciado sobre esta materia específica acerca de la relación entre el artículo 1.4 ET y la Directiva 96/71/CE, así como con su Ley de transposición al ordenamiento jurídico español (Ley 45/1999).

clave en materia de desplazamiento de trabajadores, a otro Estado miembro de la UE, en el marco de una prestación de servicios. Es conveniente señalar que la Directiva europea de 2018 ha sido transpuesta a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, en concreto, ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Título VI del Real Decreto Ley 7/2021³⁶⁶.

³⁶⁶ Real Decreto Ley 7/2021 publicado en el *BOE*, 28 de abril de 2021, núm. 101. Más específicamente, su Título VI se encuentra contenido en la Sección I, p. 49884.

CAPÍTULO 3º:
CRITERIOS DE CONEXIÓN UTILIZADOS Y
EVENTUAL INTERVENCIÓN DE LA CLÁUSULA DE
EXCEPCIÓN EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE
TRABAJO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. EL CRITERIO DE CONEXIÓN PRINCIPAL: AUTONOMÍA CONFLICTUAL LIMITADA

1. Análisis del *modus operandi* del criterio de conexión principal

El artículo 8 del Reglamento n° 593/2008, al ser una norma de conflicto, para determinar la ley que va a regir el contrato internacional de trabajo (*lex contractus*) utiliza, en este caso, distintos criterios o puntos de conexión, siendo la conexión principal la denominada “autonomía conflictual”, es decir, en virtud de lo previsto en el artículo 8, apartado 1, del citado texto legal, el contrato internacional de trabajo se va a regir, en primer lugar, por la ley elegida por las partes de dicha relación contractual laboral.

Debemos tener en cuenta que, en materia de contrato internacional de trabajo, partimos de una relación jurídica en la que una de las partes (el trabajador) se encuentra en una posición negociadora más débil frente a la otra parte de la relación contractual laboral (el empresario). De manera que, la ley aplicable a dicha relación contractual se puede traducir en una imposición de la parte fuerte sobre la parte débil. Por este motivo, en un principio, se trató de restringir el posible uso de la autonomía de la voluntad. En este sentido, se planteó una solución un tanto radical. Como apunta M. GARDEÑES SANTIAGO, la opción más extremista consistía en excluir la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Finalmente, se consideró que tal exclusión podría perjudicar, en vez de proteger, a la parte negociadora más débil, al impedir con ello la posibilidad de elegir una ley que ofrezca al trabajador un mayor nivel de protección³⁶⁷. Así, el posible uso de la autonomía de la voluntad no se excluyó, siendo actualmente el criterio de conexión principal, aunque sí se optó por su limitación.

De aquí, que esta elección de ley se encuentre condicionada o limitada (no se trata de una libertad absoluta), ya que no se puede privar al trabajador, en tanto que es la parte débil de la relación contractual laboral, de la protección dada por las normas contractualmente imperativas del ordenamiento jurídico aplicable en defecto de elección. En este sentido, podemos afirmar que se establece un régimen imperativo

³⁶⁷ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2008, p. 398.

mínimo, en aras de garantizar el objetivo tuitivo perseguido por el artículo 8 de este instrumento europeo, que no es otro (como avanzamos anteriormente) que proteger a la parte que ocupa una posición negocial más débil frente al empresario, es decir, proteger al trabajador. De este modo, se evita que los empresarios “impongan” a los trabajadores una elección de ley aplicable al contrato de trabajo que pudiera perjudicar los derechos de los trabajadores recogidos en las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable, siendo ésta, la ley aplicable en defecto de elección. Por tanto, el artículo 8 apartado 1 del Reglamento nº 593/2008, lo que nos señala es un límite a la autonomía conflictual, límite que se traduce en que la elección de ley por las partes a su relación contractual laboral no podrá afectar a las normas imperativas del Estado que vayan a regir esa relación contractual. Como es sabido, estas disposiciones imperativas son disposiciones “no derogables por acuerdo”³⁶⁸. Con este límite a la autonomía conflictual, basado en consideraciones protectoras de la parte débil, se consigue asegurar al trabajador un determinado nivel de protección, que no es otro que el nivel que garanticen las normas imperativas del Derecho que normalmente sería aplicable.

En cuanto a las limitaciones a la ley elegida por las partes para evitar que el empresario “imponga” al trabajador una ley estatal concreta, es necesario realizar una labor de comparación. Dicho de otro modo, el funcionamiento del apartado 1 del artículo 8 del Reglamento nº 593/2008, exige una labor de comparación entre: por un lado, la ley elegida por las partes; y, por otro lado, las disposiciones imperativas o, como establece el apartado 1 del artículo 8 del Reglamento “Roma I”, “disposiciones no derogables por acuerdo” de la ley objetivamente aplicable. Una vez realizada esta labor de comparación, será finalmente aplicable, a la relación litigiosa entre empresario y trabajador, la norma más favorable a este último, puesto que el trabajador ocupa una posición negocial más desventajosa frente al empresario, produciéndose un desequilibrio contractual entre ambas partes de la relación jurídico-privada.

Desde una perspectiva práctica, esta solución plantea una serie de problemas. Resulta ciertamente criticable que el Reglamento “Roma I” no establezca cómo ha de realizarse esta comparación entre legislaciones, lo que en opinión de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ puede llevarnos a afirmar que dicha comparación se puede realizar de

³⁶⁸ El artículo 8.1 RRI utiliza la expresión “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”.

varias formas: “norma por norma”; “institución por institución”, o bien, comparando “Derecho laboral por Derecho laboral”³⁶⁹.

Otra carencia de esta norma europea, consiste en que tampoco aclara si esta labor de comparación (entre la ley elegida por las partes y las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable), la debe realizar el juez de oficio, o queda a voluntad de la parte interesada. Se viene entendiendo que esta cuestión se rige por la *lex fori*, es decir, por el ordenamiento jurídico estatal cuyos tribunales conocen del asunto.

En relación a la autonomía conflictual, siendo ésta la conexión principal, debemos subrayar que, tal y como se desprende del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 593/2008, la elección de ley ha de cumplir las exigencias contenidas en el artículo 3 de este mismo instrumento europeo³⁷⁰. De manera que la elección puede ser expresa, implícita, e incluso verbal. Tal y como observa J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la posibilidad de elección de ley por las partes, tiene como consecuencia que “trabajadores que presten sus servicios a un mismo empresario, dispongan de *condiciones laborales diferentes*”³⁷¹, si sus respectivos contratos de trabajo se rigen por *Leyes estatales diferentes*”³⁷².

Además, las partes tienen la posibilidad de cambiar la ley elegida en un primer momento, así como, de elegir varias leyes reguladoras del contrato en cuestión.

Otra opción con la que cuentan las partes, consiste en que pueden elegir la ley aplicable a una parte concreta de su contrato laboral, en cuyo caso, las cuestiones no

³⁶⁹ Puede consultarse por todos A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3555; En este mismo sentido, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3389. En concreto, párrafo 6º apartado “Tercero” relativo a las *reglas para efectuar la “comparación entre Leyes”*. Igualmente, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2018, pp. 1158 y 1159; Además, puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en cuanto a los contratos internacionales de trabajo, *Litigación internacional en la Unión Europea II, La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 722 párrafo “Tercero”.

³⁷⁰ A ello nos referimos, en el Capítulo 2º del presente trabajo, al tratar el alcance de la “autonomía conflictual” en el régimen general de Derecho aplicable a los contratos internacionales.

³⁷¹ La letra en cursiva forma parte del texto original.

³⁷² *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato de trabajo internacional”, *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Colex, 2006, pp. 843-844.

cubiertas por la ley elegida por las partes, se regirán por la ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección (fraccionamiento o *dépeçage*)³⁷³. En consecuencia, nos podemos encontrar con un contrato internacional de trabajo, en el que unas determinadas cuestiones sean reguladas por la ley elegida por las partes (en virtud de su autonomía conflictual), mientras que el resto de cuestiones (las no cubiertas por esta elección de ley), se regirán por la ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección, esto es, por la ley objetivamente aplicable³⁷⁴.

2. Correlación *forum-ius*

Desde la perspectiva del ámbito de aplicación material, es importante subrayar que, al igual que ocurría respecto de la Sección 5ª del Reglamento nº 44/2001, la Sección 5ª del Reglamento nº 1215//2012 se aplica a los litigios “*en materia de contratos individuales de trabajo*”. Se trata de unos contratos que, según la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se caracterizan por presentar un “*vínculo duradero que integra al trabajador dentro de un determinado ámbito de organización de la actividad de la empresa o del empleador*”³⁷⁵. Esta delimitación supone que quedan fuera de su ámbito de aplicación material los litigios que surgieran con motivo de las relaciones laborales de naturaleza colectiva y de la Seguridad Social. Por tanto, queda claro que lo relativo a estos aspectos es algo que queda excluido del ámbito de aplicación material de la Sección 5ª del Reglamento “Bruselas I bis”, coincidiendo en este aspecto con su inmediato antecesor normativo y, a su vez, con el Convenio de Bruselas de 1968. Desde esta misma perspectiva acerca del ámbito de aplicación material, debemos señalar que la materia relativa a los contratos individuales de trabajo no siempre ha sido objeto de una Sección específica como ocurre en los instrumentos normativos de origen institucional (RBI y RBI bis). Así, a diferencia de lo que ocurre con ambos Reglamentos europeos, el Convenio de Bruselas, no contiene una Sección específica para este tipo de contrato, sino que la competencia judicial internacional en dicho texto legal convencional se integra en el régimen general

³⁷³ El RRI reitera la posibilidad de fraccionamiento o *dépeçage*. Concretamente, respecto al régimen general (art. 3.1) y, respecto al régimen especial de Derecho aplicable en materia de contrato de trabajo (art. 8.1).

³⁷⁴ Precisamente, la ley aplicable a falta de elección forma parte del contenido que vamos a abordar un poco más adelante, en el apartado II correspondiente al Capítulo 3º del presente trabajo.

³⁷⁵ STJCE de 15 de enero de 1987, asunto *Shenavai contra Kreischer*, C-266/85, FJ 16.

(y no en el régimen especial como ocurre con contratos de consumo y seguros). En concreto, en el marco del Convenio de Bruselas, la competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo puede fundamentarse en el foro general previsto en su artículo 2 (domicilio del demandado en un Estado miembro), en defecto de éste, en el foro de la sucursal (art. 5.5) y, como tercer criterio para determinar el tribunal competente, tenemos el foro especial por razón de la materia regulado en su artículo 5.1 apartado II. Los preceptos mencionados forman parte del régimen general de competencia judicial internacional contenidos en el Convenio de Bruselas de 1968³⁷⁶.

Recordemos, puesto que ya ha sido algo a lo que nos hemos referido cuando hablábamos del ámbito de aplicación espacial (o territorial) de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”, que este texto normativo dispone como criterio general para delimitar su ámbito de aplicación espacial el de la presencia del domicilio del demandado en el territorio de un Estado miembro³⁷⁷, así lo dispone en su artículo 4. Esta conexión, de carácter general, también se tiene en cuenta en la Sección 5ª a los efectos de diferenciar, para los contratos individuales de trabajo y de determinar los tribunales internacionalmente competentes, aquellos supuestos en los que la empresa empleadora demandada estuviera o no domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea. Ello se traduce en que el legislador de la UE tiene un objetivo claro como es el favorecer los intereses del trabajador en tanto que parte débil de la relación contractual laboral, puesto que se trata de una posibilidad con la que cuenta el trabajador (no así para el empresario). En este sentido, podemos concluir que existe una coincidencia entre el Reglamento “Bruselas I” y “Bruselas I bis” ya que ambos textos normativos, en sede de competencia en materia de contratos individuales de trabajo, contemplan una ampliación del ámbito de aplicación espacial de

³⁷⁶ Interesante análisis de A. RODRÍGUEZ BENOT, “Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo”, *La Ley-Comunidades Europeas*, 1991, Nº 69, pp. 1-11.

³⁷⁷ La noción de “domicilio del demandado” es definida, como ya vimos anteriormente, en los artículos 62 (personas físicas) y 63 (personas jurídicas), ambos preceptos del Reglamento 1215/2012. Sobre esta cuestión también se ha referido la jurisprudencia europea (como es sabido, la jurisprudencia del TJCE respecto al Reglamento “Bruselas I” es extrapolable al Reglamento “Bruselas I bis” en aquellos aspectos que no hayan sido objeto de modificación, así ocurre en cuanto a la noción del “domicilio del demandado”). STJCE de 13 de julio de 2000, asunto *Grup Josi*, C-412/98; y STJCE de 1 de marzo de 2005, asunto *Owusu*, C-281/02.

las normas de competencia judicial internacional en estos supuestos en los que el empleador es el demandado³⁷⁸.

Además, en sede de cji, en aras de garantizar la protección de los trabajadores (y también de los consumidores, como tendremos oportunidad de ver un poco más adelante) y, con el objetivo claro de salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE (en caso de competencia exclusiva), así como para respetar la autonomía de las partes, determinadas normas de cji reguladas en el Reglamento “Bruselas I bis” han de ser aplicadas con independencia del citado criterio general, es decir, con independencia del país en el cual se encuentre domiciliado el demandado³⁷⁹.

Este aspecto, ciertamente relevante que introduce el Reglamento “Bruselas I bis” supone una excepción al criterio general y un elemento diferenciador fundamental respecto de su inmediato antecesor normativo, puesto que el Reglamento nº 44/2001 no contempla el supuesto de que un empresario (o bien, un profesional en contratos de consumo) no domiciliado en un país de la UE pueda ser demandado ante los tribunales de un Estado miembro.

En cuanto a los distintos foros de competencia judicial internacional que pueden operar en materia de contratos individuales de trabajo con elemento extranjero, es perfectamente posible que exista un pacto de sumisión celebrado entre empresario y trabajador, en cuyo caso, sólo los trabajadores pueden demandar a los empresarios ante los tribunales elegidos por ambas partes. Nos encontramos, por tanto, ante el foro de la sumisión expresa, en el que a través de un acuerdo expreso (también denominado, cláusula de elección de foro o convenio atributivo de competencia), las partes de una determinada relación laboral eligen qué tribunal estatal va a conocer de las controversias que surjan o puedan surgir con motivo de dicha relación contractual. En este punto es importante resaltar que, aunque las partes realicen libremente ese acuerdo atributivo de competencia, el legislador europeo ha limitado la operatividad de este foro de la

³⁷⁸ Vid. el artículo 18 apartado 2 del Reglamento “Bruselas I”, así como el artículo 20 apartado 2 del Reglamento “Bruselas I bis”.

³⁷⁹ Esta excepción, al criterio general de aplicación espacial de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, queda recogida expresamente en el Considerando núm. 14 del Reglamento “Bruselas I bis”. El citado Considerando, con la expresión “determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento”, se está refiriendo a normas que conforman el régimen especial de cji en materia de contratos de consumo y de contratos individuales de trabajo, en concreto, a los artículos 18.1 y 21.2 RBI bis respectivamente.

sumisión expresa, todo ello claro está, con la finalidad de proteger a la parte débil de la relación laboral (el trabajador) frente al empresario. De manera que, los trabajadores podrán demandar a los empresarios ante los tribunales elegidos por ambas partes de la relación laboral (cláusula de elección de foro) siempre que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 23 del Reglamento “Bruselas I bis”, de lo contrario, el pacto de sumisión no será válido ni eficaz. Por tanto, esta disposición actúa como límite al principio de la voluntad de las partes. Las circunstancias o requisitos exigidos por el mencionado precepto, para que los acuerdos atributivos de competencia sean válidos y eficaces, consisten en que éstos han de ser “*posteriores al nacimiento del litigio*”, o bien, que “*permitieran al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección*”³⁸⁰, (Sección 5ª: Competencia en materia de contratos individuales de trabajo).

Aunque la utilización de acuerdos atributivos de competencia conlleva una serie de ventajas para las partes de la relación litigiosa (como, por ejemplo, favorecer los intereses privados de las partes y favorecer la seguridad jurídica en el comercio internacional), el artículo 23 del Reglamento “Bruselas I bis” limita la operatividad del foro de la sumisión expresa en materia laboral. Ello es debido a que el legislador europeo no olvida que el trabajador ocupa una posición negociadora más desventajosa frente al empleador o empresario. Con ello, el legislador europeo ha pretendido evitar que, en la relación laboral entre ambas partes, el empresario pudiera imponer al trabajador la jurisdicción estatal competente para conocer de sus asuntos, de las controversias derivadas de su relación contractual laboral.

En este sentido, cabe resaltar que el legislador de la UE, en materia de contratos de trabajo, no nos dice nada respecto del foro de la sumisión tácita previsto para la generalidad de las materias en el artículo 26 del Reglamento nº 1215/2012 por añadir un apartado 2 al artículo 26 (específico), que no estaba presente en el RBI. En este aspecto, el citado instrumento normativo coincide con el Reglamento nº 44/2001 (pero éste no incluía el contenido del apartado 2 del artículo 26 del RBI bis, el cual es de suma importancia).

³⁸⁰ El contenido del artículo 23 RBI bis coincide con el del artículo 21 RBI. Únicamente se diferencian en que el RBI bis utiliza el término “órganos jurisdiccionales”, mientras que su antecesor normativo utiliza el término “tribunales”, lo cual carece de transcendencia alguna.

Como es sabido, el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita, al igual que el foro de la sumisión expresa, también se justifica en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, aunque -en este caso- no se materializa mediante una cláusula de elección de foro o acuerdo atributivo de competencia, sino que cuando una de las partes de la relación contractual laboral (trabajador o empresario) presente su demanda ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea, y la otra parte, esto es, el demandado, comparezca ante dicho tribunal sin impugnar su competencia, entonces se entiende que existe un comportamiento procesal inequívoco de las partes litigantes y, por consiguiente, se ha producido una sumisión tácita del asunto en cuestión a dicho tribunal, siendo éste el órgano jurisdiccional competente para conocer de ese determinado asunto.

Al no existir una remisión al foro de la sumisión tácita en materia laboral, ello ocasionaba, en el ámbito del Reglamento “Bruselas I”, el que existieran ciertas dudas acerca de la operatividad de dicho foro de cji en aquellos litigios internacionales surgidos de una relación contractual laboral. Finalmente, ha quedado claro que no existe impedimento alguno para que entre en juego el mencionado foro, puesto que éste sólo puede operar cuando el litigio ya se ha producido entre las partes, de tal forma que, una vez surgido el litigio, el empresario no puede establecer ninguna imposición al trabajador. Ello se debe a la propia naturaleza del foro de la sumisión tácita³⁸¹.

Tal como hemos hecho referencia anteriormente, el Reglamento “Bruselas I bis”, en su Sección 5ª, no menciona al foro de la sumisión tácita previsto para la generalidad de las materias en el artículo 26 (anterior art. 24 RBI). Sin embargo, el Reglamento “Bruselas I bis”, en este mismo precepto, especifica expresamente que en materia de contratos de seguro, consumo y trabajo, el juez está obligado, en primer lugar, a informar a la parte débil de la relación litigiosa de que tienen la posibilidad de impugnar la competencia y, en segundo lugar, también está obligado a informarles de las consecuencias en caso de no impugnar dicha competencia. Todo ello, siempre que sea la parte débil de la relación litigiosa la parte demandada, esto es, siempre que sea demandado: en los contratos de seguro, el tomador del seguro, o el asegurado, o un

³⁸¹ Cuestión tratada por H. AGUILAR GRIEDER, *Lecciones de Derecho del empleo*, Tecnos, 2006, pp. 496 y siguientes.

beneficiario del contrato de seguro, o la persona perjudicada; en los contratos de consumo, el consumidor; y, en los contratos de trabajo, el trabajador.

Por lo tanto, en virtud de la introducción del segundo apartado del artículo 26 del Reglamento “Bruselas I bis”, el legislador europeo no deja lugar a dudas de que el foro de la sumisión tácita puede operar en las tres categorías contractuales señaladas, es decir, en contratos de seguro, consumo y trabajo³⁸². Este aspecto resulta de gran importancia, puesto que, en este sentido, el Reglamento “Bruselas I bis” se muestra como un instrumento normativo más protector que el Reglamento “Bruselas I”.

II. LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN SUBSIDIARIOS: LA LEY OBJETIVAMENTE APLICABLE

1. Análisis del *modus operandi* de los criterios de conexión subsidiarios

El artículo 8 del Reglamento nº 593/2008, una vez que establece como conexión principal la elección de ley entre las partes (o autonomía conflictual), distingue otros criterios de conexión dirigidos a determinar la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo en defecto de elección. Se trata de determinar la ley objetivamente aplicable a las relaciones laborales con elemento extranjero.

A falta de elección, el determinar la ley que resulta aplicable a una concreta relación laboral es una cuestión relevante, puesto que, en muchas ocasiones, en los contratos de trabajo, no existirá una elección expresa o tácita de la ley aplicable, de tal forma que ésta deberá determinarse siguiendo unos criterios objetivos.

Recordemos que los criterios establecidos en el artículo 4 del Reglamento nº 593/2008 (régimen general de Derecho aplicable) constituyen unas reglas subsidiarias,

³⁸² Si comparamos el artículo 24 RBI y 26 RBI bis, ambos preceptos coinciden plenamente en su apartado primero. De hecho, el artículo 24 RBI sólo consta de dicho apartado. No obstante, el legislador europeo, en los términos que hemos indicado, añade un segundo apartado al artículo 26 RBI bis, el cual resulta muy clarificador en relación con los contratos sujetos al régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento.

es decir, aplicables en defecto de elección de las partes. Sin embargo, en el ámbito de los contratos de trabajo, dependerá de las concretas circunstancias que deriven del contrato, la ley que resulte objetivamente aplicable según los criterios establecidos en el artículo 8, apartados 2 a 4, del citado instrumento europeo, pudiendo ser derogada por la ley elegida por las partes si ésta es más favorable al trabajador³⁸³. Dicho de otro modo, sólo se aplicará la ley elegida por las partes cuando ésta sea más favorable a las pretensiones del trabajador que la *lex contractus* aplicable en defecto de elección. Así lo establece el apartado 1 de dicho precepto. De esta forma, se garantiza un nivel mínimo de protección a favor de la parte débil de la relación laboral.

Seguidamente, vamos a tratar el sistema de determinación del Derecho aplicable al contrato de trabajo a falta de elección, sistema previsto en el artículo 8, apartados 2 a 4 del Reglamento “Roma I”.

En virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 del citado texto legal, si las partes no han elegido ley aplicable (criterio principal de conexión), el contrato quedará sujeto a la *lex loci laboris*, es decir, a la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo. A tal efecto, hay que tener en cuenta que el país donde el trabajador desempeña de forma habitual su trabajo no se considerará que cambia cuando ese trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

En la práctica, este segundo criterio de conexión se utiliza de forma muy frecuente, debido a que es habitual que se produzcan desplazamientos internacionales de trabajadores con carácter temporal.

En cuanto al criterio de conexión que nos ocupa, podemos señalar que el artículo 8.2 del Reglamento modifica, en cierta medida, lo establecido en el Convenio de Roma, en el artículo 6, apartado 2. Este precepto se refería al país en que el trabajador “realice habitualmente su trabajo”. Mientras que, el apartado 2 del artículo 8 del Reglamento “Roma I”, se refiere a que “...el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”. Por lo que, como vemos, el legislador europeo, al utilizar la expresión “la ley del país en el cual, o en su defecto, a partir del cual”, concede una extensión más

³⁸³ En este sentido, *vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2008, p. 407.

amplia al criterio de la *lex loci laboris*, esto es, a la ley del estado en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo. Además, respecto a la regulación que realiza el Convenio de Roma, según H. AGUILAR GRIEDER, en virtud de este criterio de conexión (lugar habitual de trabajo), se otorga una protección idéntica a todos los trabajadores que presten sus servicios en un mismo país³⁸⁴. Por tanto, en este aspecto relacionado con el segundo criterio de conexión, podemos afirmar que existe una continuidad entre lo regulado en el Convenio de Roma de 1980 (art. 6.2) y, lo regulado en el instrumento europeo que lo sustituyó, el Reglamento n° 593/2008 (art. 8.2).

Por otra parte, el concepto de “lugar de prestación habitual del trabajo” es un concepto propio del Reglamento “Roma I”, es decir, es un concepto autónomo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en reciente jurisprudencia, señala que dicho concepto ha de ser interpretado de manera amplia³⁸⁵. Teniendo como fundamento la jurisprudencia del TJUE, se considerará como “lugar de prestación habitual del trabajo” el lugar donde o a partir del cual, “el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario”. Y, finalmente, en defecto del citado criterio de conexión, es decir, sólo si no es posible determinar un lugar en el que “el trabajador realice su trabajo de manera habitual/principal”, se deberá atender a la regla prevista en el apartado 3 del artículo 8 del Reglamento “Roma I”³⁸⁶.

Como acabamos de adelantar, el citado precepto utiliza un tercer criterio de conexión, el cual se aplica en defecto del segundo, es decir, se aplica cuando el trabajador no realice habitualmente su trabajo en un mismo país. En este caso, para determinar la ley aplicable a un determinado contrato internacional de trabajo, se atenderá a la ley del país de situación del establecimiento contratante, es decir, el lugar desde el cual el trabajador ha sido “captado” (art. 8.3 RRI). En consecuencia, lo

³⁸⁴ Vid. H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2006, p. 503.

³⁸⁵ STJUE, de 15 de marzo de 2011, asunto *Heiko Koelzsch contra Luxemburgo*, C-29/10, FJ 32 y 43.

³⁸⁶ STJUE, de 15 de marzo de 2011, asunto *Heiko Koelzsch contra Luxemburgo*, C-29/10, esta vez FJ 44 y 45, así como FJ 48 y 50. En este mismo sentido, coincidiendo con A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3557. Del mismo modo, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3391. En los mismos términos, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1160. También puede verse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en cuanto a los contratos internacionales de trabajo, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 726.

relevante en cuanto a este criterio de conexión, es el lugar donde efectivamente se captó al trabajador, independientemente del lugar de celebración del contrato.

Debido al auge de las nuevas tecnologías, especialmente a la expansión de internet, podemos plantearnos qué ocurre si la captación del trabajador se produce a través de medios telemáticos (internet, teléfono, etc.). En estos supuestos, lo que ocurre es que el lugar donde radique el establecimiento que ha contratado al trabajador no tiene por qué coincidir con el lugar donde el trabajador haya recibido la oferta, ni tampoco con el lugar desde donde se realiza la misma.

Un problema específico planteado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, es el del trabajo para Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT) cuando no fuera posible determinar la *lex loci laboris*³⁸⁷. El citado autor se refiere a cuando se prestan trabajos en varios países a través de una ETT. En tal caso, debemos entender que el establecimiento a tener en cuenta sería el de la ETT, es decir, prevalecerá la ley del lugar donde radica el establecimiento o sede de la ETT que contrata al trabajador, no el de la empresa para la que se presten los servicios. La justificación, en opinión de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la encontramos en que “no existe contrato entre el trabajador y la empresa a la que se prestan materialmente los servicios”³⁸⁸.

A pesar de la problemática planteada, podemos decir que la operatividad de este criterio de carácter subsidiario regulado en el artículo 8, apartado, 3 del Reglamento “Roma I”, va a ser escasa. Ello se debe, como señala M. GARDEÑES SANTIAGO, en primer lugar, a la amplitud con la que el legislador europeo ha configurado el criterio de conexión de la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo (*lex loci laboris*) y, en segundo lugar, porque en los casos que realmente podría

³⁸⁷ Más en profundidad, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2006, p. 845; Puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3562 *in fine* apartado 36 y p. 3563. Además, puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3396 apartado 36. De igual modo, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1163 apartado 33. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 732, apartado 991.

³⁸⁸ Igualmente, puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2ª ed., 2022, p. 3562 *in fine* apartado 36 y p. 3563. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3396 apartado 36 *in fine*. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1163 apartado 33 *in fine*. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 732, apartado 991 *in fine*.

aplicarse, es muy probable que pueda encontrarse una ley más estrechamente vinculada, en aplicación de la denominada “cláusula de escape” contenida en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento “Roma I”³⁸⁹.

El otro supuesto en el que podía ser aplicable la conexión subsidiaria del apartado 3 del artículo 8 de dicho texto legal, es el de las actividades realizadas en espacios no sometidos a la soberanía de un concreto Estado³⁹⁰. Estos son los supuestos de trabajo realizado en plataformas petrolíferas situadas en aguas internacionales, viajes espaciales, expediciones a la Antártida, etcétera. En estos casos, a falta de elección de ley (conexión principal), resulta evidente que no se puede acudir a la ley del país donde se prestan los servicios (art. 8.2 RRI) y por ello, atendiendo a este tercer criterio, debe aplicarse la ley del país donde esté situado el establecimiento contratante, en definitiva, la ley del país donde el trabajador fue captado por el empresario (art. 8.3 RRI).

Finalmente, el Reglamento nº 593/2008 establece, en el apartado 4 del artículo 8, una cláusula de excepción que puede entrar en juego si, del conjunto de las circunstancias, se desprende que un determinado contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto al país donde fue captado el trabajador. En este caso, se aplicará la ley de ese otro país, por tanto, operaría dicha cláusula de excepción específica.

Si nos fijamos, el citado precepto sólo exige que del conjunto de las circunstancias se desprendan vínculos más estrechos con un país distinto al país donde se prestan los servicios. De aquí podemos deducir que, en materia de contratos internacionales de trabajo, la aplicación de esta cláusula de excepción no va a ser precisamente “excepcional”, como su propio nombre indica, sino que se trata de una disposición más flexible que la utilizada en el régimen general de Derecho aplicable, concretamente, el artículo 4, apartado 3, del Reglamento “Roma I”³⁹¹. Por consiguiente,

³⁸⁹ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2008, p. 415.

³⁹⁰ En este sentido, consúltese A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3559 apartado 30. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3392 apartado 30. También *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1161 apartado 27. Puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 727, apartado 985 *in fine* y p. 728.

³⁹¹ El artículo 4.3 RRI exige para su aplicación que, del conjunto de las circunstancias, se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto al país

resulta más fácil recurrir a la cláusula de escape en el ámbito de contrato internacional de trabajo que en el de los restantes tipos contractuales³⁹².

2. Correlación *forum-ius*

Antes de pasar a ocuparnos propiamente de los foros de competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo, conviene precisar que existe una manifestación clara de la preocupación del legislador europeo por la protección del trabajador en tanto que parte débil de la relación contractual laboral. Concretamente, se trata de la ampliación del ámbito de aplicación espacial del foro del domicilio del demandado, foro pensado para la generalidad de las materias regulado (como ya tuvimos oportunidad de ver) en el artículo 4 del Reglamento nº 1215//2012, para cuya aplicación, el demandado tenía que estar domiciliado en un Estado parte de dicho instrumento europeo.

En esta ocasión, tal como señala la profesora H. AGUILAR GRIEDER, debemos tener en cuenta que, esta ampliación del ámbito de aplicación espacial del foro del domicilio del demandado, no es exclusiva de los contratos de trabajo puesto que dicha ampliación opera en todas las categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional³⁹³. Es decir, también opera en los contratos de seguro y en los contratos de consumo, siempre que el demandante sea la parte débil de la relación litigiosa (el trabajador, el asegurado/tomador del seguro, o bien, el consumidor), y el demandado sea la parte contractual que ocupa una posición negocial más ventajosa (empleador, asegurador, o bien, el cocontratante del consumidor) que no tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, la demanda motivada por cualquiera de estas relaciones contractuales, podrá ser presentada por la parte débil de la relación litigiosa, ante el tribunal del Estado parte en el que el demandado (empleador, asegurador, o bien, el cocontratante del consumidor) “*tuviera sucursales,*

donde se prestan los servicios. A ello nos referimos cuando analizamos el régimen general de Derecho aplicable: Capítulo 2º, apartado II, p. 99 del presente trabajo.

³⁹² En cualquier caso, en este mismo Capítulo, apartado III, analizaremos la intervención de la cláusula de excepción en la generalidad de los contratos internacionales (art. 4.3 RRI), así como la intervención de la cláusula de excepción en los contratos individuales de trabajo (art. 8.4 RRI).

³⁹³ Puede consultarse por todos H. AGUILAR GRIEDER, *Claves para entender el Sistema español de Derecho Internacional Privado: Con supuestos prácticos y sus soluciones*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2021, núm. 185, pp. 66, 69-71.

agencias o cualquier otro establecimiento”. No obstante, para ello es imprescindible que la controversia haya sido motivada por la explotación de alguna de estas sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento. Este foro opera con respecto al régimen general y especial de competencia judicial internacional; no sólo para los contratos individuales de trabajo³⁹⁴.

En concreto, en materia de contratos individuales de trabajo internacional en el marco de la UE, podemos decir que se trata de una vía diferente que nos ofrece el Reglamento “Bruselas I bis” para poder ampliar la protección del trabajador, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, a través del artículo 7, apartado 5º del citado texto internacional, coincidiendo con su antecesor normativo (art. 5.5º RBI)³⁹⁵. A dicho precepto nos remite el artículo 20 RBI bis, en su párrafo 1 (art. 18.1 RBI). En este punto debemos resaltar que debido a este artículo 7.5, que (a diferencia de esta misma disposición en su apartado 1) no se está refiriendo a materia contractual, el trabajador cuenta con la posibilidad de presentar su demanda contra el empresario, si se trata de *“litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitos.”* Por este motivo, decimos que la esfera de protección del trabajador se amplía más allá de los márgenes establecidos en el artículo 21 del Reglamento “Bruselas I bis”.

En definitiva, siempre que el empresario demandado por un trabajador, ante un tribunal de un Estado parte del Reglamento “Bruselas I bis”, no tenga su domicilio en un Estado miembro; pero posea alguna sucursal, agencia o cualquier tipo de establecimiento en un Estado europeo, se considerará a los efectos de los litigios suscitados con motivo de la explotación de dicha sucursal, agencia o cualquier establecimiento, que ese empresario está domiciliado igualmente en ese Estado de la UE. Esta ampliación del foro del domicilio del demandado, sin otro objetivo por parte del legislador europeo que proteger al trabajador como parte débil de la relación contractual en materia laboral, queda regulada en el artículo 20, apartado segundo, del Reglamento “Bruselas I bis”³⁹⁶.

³⁹⁴ Acerca de esta cuestión, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2021, pp. 66, 69 y 70.

³⁹⁵ De nuevo, en cuanto a este aspecto, en relación al RBI, hace referencia H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2006, p. 500.

³⁹⁶ En este sentido, el artículo 20.2 del Reglamento “Bruselas I bis” coincide plenamente con el artículo 18.2 de su inmediato antecesor normativo (RBI).

En materia de contratos de trabajo, el citado texto internacional en su artículo 21, regula determinados foros de competencia judicial internacional. Seguidamente, realizaremos ciertas consideraciones en torno a dichos foros.

Se trata de foros especiales por razón de la materia, los cuáles se sitúan desde el punto de vista jerárquico en el mismo nivel que el foro del domicilio del empresario demandado (art. 21.1 RBI bis). Esto significa que ambos foros operan de manera alternativa, de tal forma que el trabajador (parte débil frente al empresario) tiene la posibilidad de presentar su demanda ante el tribunal del Estado miembro en el que el empleador (demandado) tenga su domicilio, en cuyo caso, ese tribunal sería competente para conocer del asunto en virtud del foro general del domicilio del demandado, entendido tal y como establece el artículo 20.2 del Reglamento “Bruselas I bis”, es decir, en sentido amplio como apuntábamos anteriormente; o bien, el trabajador podría optar por presentar su demanda ante el tribunal que designe competente alguno de los foros especiales por razón de la materia, en nuestro caso, en materia de contratos individuales de trabajo, foros especiales regulados en el artículo 21.1 letras a) y b) del mismo texto internacional.

Estos foros especiales se fundamentan en el principio de protección de la parte débil de la relación contractual laboral (el trabajador), por lo que son auténticos foros de protección (no foros neutros que se justifican en el principio de proximidad y que suelen actuar en aquellas situaciones en las que no existe un desequilibrio en la posición contractual de las partes). Como tales foros de protección, el trabajador se ve beneficiado en el sentido en que, en virtud de estos foros especiales, podrán ser competentes tribunales que ejerzan su jurisdicción en aquel Estado miembro más estrechamente vinculado a dicho trabajador, resultándole más cómodo y más favorable económicamente entablar un litigio para defender sus derechos en el ámbito de una relación contractual laboral.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que, al igual que ocurre en el Reglamento “Bruselas I”, para que sean operativos tales foros especiales que, no sólo actúan como foros de competencia judicial internacional, sino que, también actúan como foros de competencia territorial interna, siendo ésta una característica o

singularidad propia de este tipo de foros³⁹⁷, en materia de contratos laborales, se requiere que el demandante sea el trabajador, es decir, estos foros entran en juego siempre que sea el trabajador la parte actora, en consecuencia, su utilización facilita en gran medida el acceso del trabajador a la justicia. Sin embargo, una de las diferencias más relevantes entre el Reglamento “Bruselas I bis” y su inmediato antecesor normativo se centra en la introducción de un nuevo apartado al artículo 21 (anterior art. 19 RBI). En concreto, nos referimos a la inclusión del apartado 2 del art. 21 del Reglamento “Bruselas I bis”. En virtud de este nuevo apartado, también podrán ser demandados ante los tribunales de un Estado miembro de la UE los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro y, todo ello con arreglo al apartado 1 letra b) de este mismo precepto. A diferencia del su inmediato antecesor normativo (art. 19 RBI), la aplicación de los foros especiales contenidos en el artículo 21 del Reglamento “Bruselas I bis”, no va a estar condicionada a que el demandado (empresario) se encuentre domiciliado en un Estado miembro de la UE.

Por tanto, podemos afirmar que el Reglamento “Bruselas I bis”, a través de la inclusión del apartado 2 del artículo 21, amplía el ámbito de aplicación espacial de las normas de competencia judicial internacional (en adelante, cji) respecto de los contratos individuales de trabajo contenidas en el citado instrumento normativo de la UE. Además, no sólo extiende dicho ámbito de aplicación de las normas de cji protectoras del trabajador, sino que el Reglamento “Bruselas I bis” también amplía el ámbito de aplicación espacial de las normas protectoras del consumidor cuando el demandado sea el empresario y éste se encuentre domiciliado en un Estado no miembro de la UE. En consecuencia, atendiendo al régimen especial de cji previsto en el Reglamento “Bruselas I bis” para los contratos individuales de trabajo y para los contratos de consumo, dicho instrumento normativo es más protector que su antecesor normativo, el Reglamento “Bruselas I”, puesto que el ámbito de aplicación espacial de los foros especiales en materia de contratos de consumo y en materia de contratos individuales de trabajo era mucho más reducido si lo comparamos con el ámbito de aplicación espacial

³⁹⁷ En este sentido, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2021, pp. 100-105, en especial p. 101. Tal como especifica la citada autora, se trata de una peculiaridad propia de los foros especiales por razón de la materia (arts. 7 a 23 RBI bis). Teniendo en cuenta esta particularidad, en palabras de la citada autora, los foros especiales por razón de la materia “*además de designar el órgano jurisdiccional estatal competente para conocer de un determinado litigio internacional, también designan el concreto órgano jurisdiccional, dentro del Estado miembro de que se trate, competente para conocer del referido litigio internacional*”.

‘universal’ que actualmente tienen los citados foros en cuanto a las referidas materias en el marco del Reglamento “Bruselas I bis”. Si realizamos una labor comparativa entre los criterios utilizados como foros de competencia judicial internacional, en materia de contratos de consumo y en materia de contratos individuales de trabajo, concluiremos que dichos criterios coinciden con los distintos criterios de conexión utilizados por el legislador de la UE para determinar la ley aplicable en defecto de elección (la ley objetivamente aplicable) a las categorías contractuales citadas (artículos 6 y 8 del RRI, respectivamente). En mi opinión, esta es una manifestación clara de la voluntad del legislador europeo de conseguir una correlación entre el Reglamento “Bruselas I bis” y el Reglamento “Roma I”.

Por otra parte, resulta ciertamente sorprendente que el Reglamento “Bruselas I bis”, respecto a los foros especiales en materia de contratos de consumo y en materia de contratos individuales de trabajo, no de un tratamiento similar a otra categoría contractual como son los contratos de seguro³⁹⁸ puesto que para que resulten de aplicación los foros especiales en esta materia, se requiere necesariamente que el demandado (en este caso, el asegurador) esté domiciliado en un Estado miembro de la UE, así se desprende del artículo 11.1 del Reglamento “Bruselas I bis” (anterior art. 9.1 RBI).

Por otro lado, conviene recordar que tanto los contratos de seguro regulados en la Sección 3ª (arts. 10-16 RBI bis) como los contratos individuales de trabajo regulados en la Sección 5ª (arts. 20-23 RBI bis), se someten al señalado régimen especial de cji contenido en el RBI bis. Pero no podemos decir lo mismo respecto de los contratos de consumo, ya que, al igual que ocurre en sede de Derecho aplicable, existen determinados contratos de consumo (en concreto, aquellos contratos en los que interviene un consumidor activo³⁹⁹) que no quedan incluidos en el régimen especial (régimen aplicable únicamente a los contratos de consumo en los que intervenga un

³⁹⁸ Coincidiendo en esta misma línea, consúltase el pormenorizado análisis realizado por H. AGUILAR GRIEDER, parte relativa a las peculiaridades del régimen especial de competencia judicial internacional, acerca de la discriminación de los contratos de seguro con los contratos individuales de trabajo y con los contratos de consumo, en torno a este punto, así como las diferencias y denominadores comunes en estas categorías contractuales. En concreto, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2021, pp. 67-73.

³⁹⁹ Como es sabido, se entiende por consumidor activo a aquél que no se desplaza a otro Estado miembro para consumir. Su protección se realiza a través de Directivas sectoriales de la UE en materia de consumo.

consumidor pasivo⁴⁰⁰), sino que a dichos contratos de consumo les será de aplicación el régimen general de aplicación a la generalidad de los contratos internacionales en materia civil y mercantil, tanto en sede de cji (art. 7.1 RBI bis), como en sede de Derecho aplicable (art. 4 Reglamento “Roma I”).

Los dos foros especiales de competencia judicial internacional, en materia de contratos individuales de trabajo con elemento extranjero, en el marco del Reglamento “Bruselas I bis” son:

- El lugar de prestación de los servicios en el caso de trabajo desarrollado habitualmente en un mismo país (art. 21.1 letra ‘b’, primer apartado)⁴⁰¹.
- Y si el trabajo no se desempeña o no se hubiere desempeñado habitualmente en un mismo país, se tiene que atender al lugar de situación del establecimiento que hubiera empleado al trabajador (art. 21.1 letra ‘b’, segundo apartado)⁴⁰².

Estos dos foros especiales están ordenados de manera subsidiaria entre sí, lo que significa que el foro subsidiario (foro citado en segundo lugar) sólo opera en defecto del principal (foro citado en primer lugar)⁴⁰³. Ambos foros especiales, al igual que todos los foros especiales por razón de la materia, actúan como foros de competencia judicial internacional y como foros de competencia judicial interna, porque no sólo designan a los tribunales de un determinado Estado, sino que también designan al tribunal territorialmente competente dentro de ese Estado. Como hemos señalado anteriormente, el hecho de que los foros especiales por razón de la materia actúen como foros de competencia judicial internacional y como foros de competencia territorial interna, es una peculiaridad propia y, por tanto, común a todos los foros especiales por razón de la materia.

Por virtud del foro relativo al lugar de prestación de los servicios, en el caso de trabajo desarrollado habitualmente en un mismo país (foro especial principal de competencia judicial internacional en materia de contratos laborales), el trabajador

⁴⁰⁰ Igualmente, se entiende por consumidor pasivo a aquél que es captado en su mercado doméstico.

⁴⁰¹ Equivale al artículo 19.2 letra ‘a’ del Reglamento nº 44/2001.

⁴⁰² Equivale al artículo 19, apartado 2, letra ‘b’ del Reglamento nº 44/2001.

⁴⁰³ A diferencia de lo que acontece en el ámbito del sistema autónomo español de competencia judicial internacional, regulado en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, de 22 de julio de 2015, núm. 174).

puede demandar al empresario ante los tribunales del lugar en el que el trabajador “desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado”, así queda establecido en el artículo 21.1 letra ‘b’, primer apartado del Reglamento “Bruselas I bis”. Como podemos apreciar, el mencionado precepto está pensado con la finalidad de proteger a la parte débil de la relación contractual (trabajador), incluso en aquellos casos en los que haya cesado la relación laboral que dio pie al litigio en cuestión, siendo este tipo de situaciones susceptibles de plantearse con cierta asiduidad en la práctica.

Para determinar el lugar de prestación habitual de los servicios, la jurisprudencia europea, a través de numerosas sentencias, ha ido señalando que a tal fin hay que atender a “criterios fácticos”, lo que supone que el juez tendrá que analizar detalladamente cada caso, no resultando necesario remitirse a la ley interna de ningún Estado. No obstante, el lugar de ejecución de la prestación laboral habitual del trabajador es un criterio de atribución de competencia judicial internacional susceptible de ocasionar ciertos problemas interpretativos, en concreto podemos distinguir una doble problemática: por un lado, aquellos supuestos en los que aparentemente parece ser que existe un único lugar de trabajo pero no está lo suficientemente claro; y por otro lado, aquellos casos en los que el trabajo efectivamente se ha desarrollado en varios lugares, esto último es lo que se denomina como trabajo “plurilocalizado”. Hoy en día estos supuestos se dan en la práctica cada vez con más frecuencia debido al auge del desarrollo de la actividad laboral de forma transfronteriza. Como es lógico, esta doble problemática no ha pasado inadvertida al Tribunal de Justicia⁴⁰⁴, sino todo lo contrario, ha sido una cuestión objeto de numerosas sentencias, así podemos citar algunas de las más emblemáticas: STJCE de 27 de febrero de 2002, asunto *Weber contra Universal Ogden Services Ltd.* C-37/2000; STJCE de 10 de abril de 2003, asunto *Pugliese contra Finmeccanica SpA, Betrienteil Alenis Aeroespazio*, C-437/2000. De tal forma que, como decimos, ha sido el propio Tribunal de Justicia quien, vía jurisprudencial, ha ido perfilando qué se entiende por “lugar de prestación habitual de los servicios”, especialmente en aquellos supuestos en los que existan varios lugares de trabajo, por ejemplo, en el supuesto de un determinado contrato laboral que tenga que ejecutarse en

⁴⁰⁴ Vid. al respecto: G. PALAO MORENO, *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho Europeo. Situación y perspectiva tras cincuenta años*, bajo la coordinación de S. VILATA MENADAS, Universitat de València, Colección: 500 anys d’estudis jurídics, 2005, pp. 409 y 410.

varios Estados de manera simultánea, (trabajo “plurilocalizado”). Según la interpretación del Tribunal de Justicia, el lugar de prestación “habitual” es equiparable al lugar de la prestación “principal”, concluyendo que el lugar donde se desarrolla “principalmente” la prestación laboral es el lugar donde el trabajador posee el “centro efectivo de sus actividades profesionales”, que es el “lugar desde el que planifica y organiza su trabajo”. De aquí que, según el propio Tribunal de Justicia, haya que estar a criterios fácticos, tanto es así que vía jurisprudencial considera que el lugar desde el que el trabajador “planifica y organiza su trabajo” ha de concretarse utilizando un criterio meramente temporal, como es el lugar donde el trabajador pasa “la mayor parte de su tiempo de trabajo” por cuenta de su empresa e independientemente de la naturaleza o importancia del trabajo que desempeñe ese trabajador⁴⁰⁵.

A continuación, pasamos a analizar el criterio de competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo, foro especial de carácter subsidiario regulado en el artículo 21, apartado 1, letra ‘b’, segundo párrafo del Reglamento “Bruselas I bis”. Nos referimos al lugar de situación del establecimiento que hubiere contratado al trabajador. El citado precepto establece que “*si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado*”, el trabajador tiene la posibilidad de demandar al empresario (teniendo éste su domicilio en un Estado miembro de la UE) ante el tribunal del Estado miembro “*del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador*”. Esta regulación al incluir la expresión “esté o haya estado situado” abarca aquellas situaciones en las que, una vez interpuesta la demanda por el trabajador, haya finalizado la relación contractual laboral. Esta disposición (al igual que la regulada en el artículo 21.1 letra ‘b’, primer párrafo RBI) también está dirigida a proteger al trabajador en tanto parte débil de dicha relación jurídico-privada internacional. Para que este foro especial subsidiario sea operativo, el propio precepto señala que se requiere que el trabajador no desempeñare, o no hubiere desempeñado, habitualmente su trabajo en un único país.

A veces puede ocurrir que el determinar el lugar donde se ha proporcionado el empleo al trabajador no resulte tarea fácil. Pensemos, por ejemplo, en un supuesto en el que el trabajador sea empleado a través de una Empresa de Trabajo Temporal (ETT) en

⁴⁰⁵ STJCE de 27 de febrero de 2002, asunto *Weber contra Universal Ogden Services Ltd.* C-37/2000.

Huelva para desempeñar su trabajo en varios países europeos a favor de una empresa con establecimiento en Portugal, firmándose el contrato en Francia. Parece ser que, en estos casos, según la doctrina, se atenderá al lugar donde se encuentre el establecimiento que ha “captado” al trabajador (en el ejemplo planteado: Huelva, al encontrarse en esta ciudad la ETT).

La idea esencial que debemos retener es que el Tribunal de Justicia, a la hora de interpretar estos dos criterios especiales de atribución de competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo, sigue el principio inspirador del Reglamento “Bruselas I bis” en la citada materia, como es el garantizar la protección debida al trabajador al ocupar éste una posición negocial débil frente a la otra parte de la relación laboral, el empresario.

Hasta aquí los foros de competencia judicial internacional en el marco del Reglamento “Bruselas I bis” (1215/2012), cuando el demandante es el trabajador (es decir, cuando interpone la acción la parte débil de la relación litigiosa). En resumen, con base a los foros analizados en este apartado, el trabajador puede demandar al empresario ante diferentes tribunales de Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, como ya hemos señalado, dichos foros de competencia judicial internacional son los siguientes: el domicilio del empresario demandado (art. 21.1, letra ‘a’ RBI bis/art. 19.1 RBI); el lugar de prestación de los servicios en el caso de trabajo desarrollado habitualmente en un mismo país (art. 21.1, letra ‘b’, primer párrafo RBI bis/art. 19.2, letra ‘a’ RBI); y, si el trabajo no se desempeña habitualmente en un mismo país, se tiene que atender al lugar de situación del establecimiento que hubiera empleado al trabajador (art. 21.1, letra ‘b’, segundo párrafo RBI bis/art. 19.2, letra ‘b’ RBI).

A lo señalado, es preciso añadir que también, desde la perspectiva de la Unión Europea, contamos con un foro de competencia judicial internacional como es el lugar de prestación temporal de los servicios laborales. Lo cierto es que este foro está pensado para los casos en que el trabajador se desplaza temporalmente para prestar sus servicios

en otro Estado miembro, es decir, dirigido para aquellos supuestos de movilidad internacional de la mano de obra en el empleo⁴⁰⁶.

III. LA INTERVENCIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

1. Significado y función de las cláusulas de excepción

Si partimos que la norma de conflicto ofrece a las partes de una relación contractual soluciones justas a la hora de designar la ley aplicable al contrato internacional que les une proporcionando, a su vez, seguridad jurídica en el sector de las transacciones comerciales internacionales, debemos concluir que la norma de conflicto, con el transcurso del tiempo, se ha convertido en un elemento fundamental en el ámbito del comercio internacional⁴⁰⁷.

Cuando los legisladores elaboran este tipo de normas, cada vez más, han intentado introducir, en la propia norma de conflicto, criterios de conexión que se puedan adaptar adecuadamente a la práctica actual en el comercio internacional; pero en algunos supuestos de la realidad comercial transnacional dicha adaptación resulta, además de compleja, una labor casi imposible. De tal forma que, puede ocurrir que en determinados casos y atendiendo a ciertas circunstancias, la ley designada a través del criterio de conexión para regir una determinada relación contractual no sea la ley más adecuada, vinculando dicha relación contractual a un Estado con el que no presenta claramente una conexión suficiente. A modo de ejemplo: supongamos que, en materia de contratos individuales de trabajo, una empresa española, contrata a un trabajador español para que preste sus servicios, durante dos meses, en California. El contrato de trabajo está redactado en español, el pago del salario se realizará en euros y, en dicho contrato, no existe cláusula de elección de ley. Desde la perspectiva del Derecho

⁴⁰⁶ Más en concreto, las situaciones cubiertas por la Directiva 96/71/CE, modificada por la Directiva (UE) 957/2018, quedan delimitadas en sus artículos 1 y 2. Las citadas Directivas serán objeto de análisis en el Capítulo 4º relativo al Derecho material en el ámbito de los contratos individuales de trabajo.

⁴⁰⁷ En este sentido puede consultarse el riguroso y completo análisis realizado por W.F. MARTÍNEZ LUNA, “El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, Nº 24, pp. 1-31, p. 2.

aplicable, el contrato está más vinculado con España que con California. Las conexiones con España son: la nacionalidad de ambas partes, el lugar de celebración del contrato, idioma de la redacción del contrato, pago del salario en España y en moneda española. En este caso, teniendo en cuenta la no utilización de la autonomía conflictual como criterio de conexión principal y atendiendo a las circunstancias descritas, resulta más adecuado y razonable aplicar la ley española, ya que el único vínculo existente con California es el lugar de prestación de los servicios. Como veremos más adelante, en este caso, se aplicará la ley española en virtud de la cláusula de excepción específica para los contratos individuales de trabajo contenida en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento “Roma I”.

La situación descrita anteriormente tendría importantes consecuencias como la aplicación de una ley no previsible para las partes de la relación contractual ya que éstas, en caso de conflicto jurídico, esperan que la ley que resulte aplicable a tal situación sea la ley que presenta una mayor vinculación con su situación jurídico-privada externa. De lo contrario, es decir, si la norma de conflicto a través de su criterio de conexión designa como ordenamiento jurídico estatal aplicable el de aquel Estado con el que no existe claramente una vinculación suficiente, ello supondría además un mayor coste para las partes de la relación contractual.

Tal como afirma W.F. MARTÍNEZ LUNA, “este problema se presenta principalmente cuando el legislador escoge puntos de conexión con un elevado nivel de rigidez, pues al pretender minimizar la discrecionalidad judicial, provoca que la norma de conflicto tenga especial dificultad para adaptarse a la realidad del contrato”⁴⁰⁸.

Llegados a este punto, cabe plantearse cómo se solucionaría este problema. Precisamente, el problema descrito se pretende resolver incluyendo en la norma de conflicto un mecanismo corrector que permita al juez aplicar una ley diferente de la designada por los criterios de conexión contenidos en la norma de conflicto en base a que la relación jurídica internacional que se plantee posea una mayor vinculación con esa “otra” ley estatal. El referido mecanismo corrector es introducido por el legislador en la propia norma de conflicto como una “cláusula de excepción”. Por tanto, la función

⁴⁰⁸ Vid. W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 2.

de las cláusulas de excepción es corregir la remisión a una ley que no cumple con el objetivo propio de la norma de conflicto, como es conseguir un mayor nivel de justicia, así como proporcionar seguridad jurídica a los intercambios comerciales de carácter internacional⁴⁰⁹.

En definitiva, y, en su caso, a falta de autonomía conflictual, para localizar qué ley estatal va a resultar aplicable a una determinada relación de tráfico jurídico externo, existe una doble opción: por un lado, a través de los distintos criterios de conexión contenidos en la propia norma de conflicto, o bien, a través de la cláusula de excepción si esa relación de tráfico jurídico externo posee una mayor vinculación con otra ley estatal, en cuyo caso, el juez podrá aplicar la ley de ese “otro Estado”. Es decir, el juez a través de la cláusula de excepción está facultado para poder aplicar una ley estatal distinta de la designada en virtud de los criterios de conexión contenidos en la propia norma de conflicto. En este sentido, podemos afirmar, tal como pone de manifiesto A. FERNÁNDEZ PÉREZ, que “se configura así una dualidad reguladora de localización”⁴¹⁰.

Ahora bien, un aspecto fundamental que debemos tener presente es que la finalidad de las cláusulas de excepción únicamente atiende al principio de proximidad, es decir, atiende a la relación que ha de existir entre la situación privada internacional y un determinado Estado. De hecho, si el legislador incluye en una norma de conflicto la posibilidad de que el juez pueda aplicar la ley estatal más estrechamente vinculada con una determinada relación de tráfico jurídico externo, podemos entenderlo precisamente como una proyección del principio de proximidad en la propia norma de conflicto. De tal forma, que el legislador deja en manos del juez la valoración de los elementos materiales (objetivos y subjetivos) que presente el litigio internacional para, finalmente, poder determinar cuál es el ordenamiento jurídico estatal más estrechamente vinculado con dicho litigio.

En consecuencia, lo que ha de ser valorado por el juez en cuestión es el nivel o el grado de vinculación entre la relación jurídico-privada externa y el Estado cuyo

⁴⁰⁹ Puede consultarse, W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 2.

⁴¹⁰ Véase por todos, el interesante análisis de A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, Vol. 67, Nº 2, pp. 83-109, p. 86.

ordenamiento jurídico haya sido designado por la correspondiente norma de conflicto para regular esa determinada relación contractual internacional. Únicamente si se da una vinculación clara, suficiente y real, será posible designar como ley aplicable la ley de ese “otro Estado” y no la aplicación de la ley designada, a través del criterio de conexión, por la norma de conflicto. En cuyo caso, se conseguiría desplazar a la ley designada por la norma de conflicto. Por lo tanto, el juez no ha de valorar otras posibles cuestiones que se pueden dar en la práctica como son la idoneidad o, en su caso, el grado de protección que ofrezca la relación de la situación privada internacional con un determinado Estado, sino sólo su nivel de vinculación.

Podemos señalar que, a partir de la existencia de la cláusula de excepción, el juez “cuenta con una potestad ‘institucionalizada’ al estar habilitado por el legislador para determinar la ley aplicable, siempre que la situación presente inequívocamente ‘vínculos más estrechos’ con otro orden jurídico del designado por la norma de conflicto”⁴¹¹. Por tanto, se evidencia el carácter correctivo de las cláusulas de excepción, en concreto, se trata de un mecanismo corrector cuya finalidad es “mejorar el mandato de la norma de conflicto eliminando la rigidez que puede caracterizarla”⁴¹².

La mencionada finalidad de las cláusulas de excepción da lugar a posibles críticas hacia este mecanismo corrector. Un primer planteamiento crítico es que la aplicación de la cláusula de excepción podría afectar de forma negativa al principio de seguridad jurídica, ya que la flexibilidad de la decisión del juez competente, en base al margen de apreciación que le otorga dicha cláusula, podría incrementar el nivel de imprevisibilidad en la decisión que formule dicho juez. En segundo lugar, tal como hemos expuesto anteriormente, si en virtud de la cláusula de excepción el juez que conoce del asunto tiene la facultad de “modificar” el mandato de la norma de conflicto, no cabe duda que con ello se afecta al grado de certidumbre inherente a la misma y, en última instancia, ello incide en la previsibilidad de la norma de conflicto a la que pueden acogerse las partes de una determinada situación privada internacional. Y, una tercera consideración crítica, es que, desde un punto de vista práctico, las cláusulas de excepción podrían ser utilizadas como un instrumento para la aplicación de la ley del

⁴¹¹ Vid. A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *loc. cit.*, 2015, p. 90.

⁴¹² Así lo expresa A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *loc. cit.*, 2015, p. 91.

Estado cuyos tribunales conocen del asunto, en definitiva, como un “instrumento para la aplicación del Derecho del foro”⁴¹³.

A pesar de existir estas argumentaciones críticas a las que hemos hecho referencia, existen determinados motivos por los que finalmente las cláusulas de excepción son incluidas en los sistemas estatales de Derecho internacional privado. Entre dichos motivos, subrayamos que la inclusión de la cláusula de excepción no deja sin validez al mecanismo conflictual. De hecho, el mecanismo conflictual continúa constituyendo la vía principal para la determinación de la ley aplicable.

En este sentido, debemos tener presente que la cláusula de excepción es de carácter complementario, lo que se traduce en que dicha cláusula sólo interviene una vez que se aplican el criterio o los criterios de conexión contenidos en la correspondiente norma de conflicto, y siempre en defecto de autonomía conflictual. Teniendo presente que, en el actual proceso de codificación del DIPr., el ámbito de la autonomía conflictual ha experimentado una considerable ampliación, ya que se ha extendido desde el sector de la contratación internacional (sector por excelencia en el que opera la autonomía conflictual) a otra diversidad de sectores materiales (tales como en materia sucesoria, en materia de obligaciones extracontractuales, divorcio y separación judicial, o bien, en materia de obligaciones alimenticias)⁴¹⁴, debemos precisar que la tendencia descrita, consistente en la ampliación experimentada por el ámbito de la autonomía conflictual, limita sustancialmente la operatividad de las cláusulas de excepción, con independencia de que se trate de una cláusula de excepción

⁴¹³ Acerca de estas consideraciones críticas sobre la cláusula de excepción, *vid.* A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *loc. cit.*, 2015, pp. 94 y 95.

⁴¹⁴ Más específicamente nos estamos refiriendo a que, en el marco de la Unión Europea, las normas de conflicto que determinan la ley aplicable en las materias citadas admiten como criterio de conexión el criterio de la autonomía conflictual. No obstante, en general, se trata de una autonomía conflictual limitada. Así, a modo de ejemplo: en materia sucesoria, art. 22 del Reglamento (UE) núm. 650/2012; en materia de obligaciones extracontractuales, art. 14 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 (Reglamento “Roma II”); en materia de divorcio y separación judicial, artículo 5 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 (Reglamento “Roma III”); y, en materia de obligaciones alimenticias, artículo 15 del Reglamento (CE) núm. 4/2009 (Reglamento “Bruselas III”) que incorpora por referencia las soluciones previstas en el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en concreto, se admite el criterio de la autonomía conflictual (aunque de forma muy limitada) establecido en el artículo 8 del mencionado Protocolo.

general o específica⁴¹⁵. Y, además, no hay que olvidar el carácter excepcional de dicha cláusula (al menos de la contemplada en el art. 4 del Reglamento “Roma I”).

En cuanto a una posible definición de lo que podemos entender por “cláusula de excepción”, en palabras de W.F. MARTÍNEZ LUNA, podemos definir el concepto de “cláusula de excepción” como aquella “disposición jurídica que pretende conseguir un elevado nivel de vinculación entre la situación jurídica internacional y la Ley nacional que deberá regularla, mediante la exclusión del punto de conexión planteado en la norma de conflicto general, en el evento en que la Ley designada presente una escasa e insignificante vinculación con la relación jurídica. De esta forma, un Derecho nacional provisto de una mayor vinculación con el asunto, sustituirá la Ley previamente establecida”⁴¹⁶. Como venimos manteniendo, las cláusulas de excepción constituyen una manifestación clara del principio de proximidad, cuya finalidad es localizar el ordenamiento jurídico estatal que tenga los vínculos más estrechos con la relación jurídico-privada externa.

Por otra parte, en cuanto al criterio de los vínculos más estrechos, debemos señalar que el legislador de la UE, en el ámbito del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, establece el mencionado criterio a través de dos disposiciones: el apartado 4 del artículo 4 que consagra una conexión de cierre del sistema y, a través del apartado 3 de este mismo precepto, que contiene una cláusula de excepción para la generalidad de los contratos internacionales (dicha cláusula es objeto de análisis en el siguiente apartado).

En cuanto al artículo 4.4 del Reglamento “Roma I”, cabe señalar que está pensado para aquellos contratos internacionales que quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable que, a su vez, no se encuentren incluidos entre las categorías contractuales reguladas en el apartado 1 de este mismo precepto y, respecto de los cuales no se pueda determinar la prestación característica del contrato en cuestión. Además, recordemos que para que opere el criterio de conexión de los vínculos más

⁴¹⁵ Coincidiendo en este mismo aspecto, *vid.* A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *loc. cit.*, 2015, p. 95. La citada autora añade que la inclusión de las cláusulas de excepción en los sistemas estatales de DIPr. también obedece “a una circunstancia realista en el sentido de que un sistema de DIPr., por perfecto que sea, no es capaz de elaborar normas de conflicto de carácter multilateral susceptibles de solucionar de manera satisfactoria la localización del Derecho extranjero”. Recordemos que la finalidad de las cláusulas de excepción (de carácter general o de carácter específico) es localizar la ley estatal que mantenga unos vínculos más estrechos con la situación privada internacional que se plantee.

⁴¹⁶ Tal definición aparece en, W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 3.

estrechos, previsto en el artículo 4.4 del Reglamento “Roma I”, no puede tratarse de alguna de las categorías contractuales que queden sujetas al régimen especial de Derecho aplicable consagrado en este instrumento normativo de origen internacional institucional (arts. 5-8 RRI). A modo de ejemplo, la determinación de la ley aplicable, en defecto de autonomía conflictual (art. 3 RRI), a los contratos internacionales de permuta se determina con arreglo al artículo 4 apartado 4 del Reglamento “Roma I”⁴¹⁷.

Pasamos a analizar, en los dos apartados siguientes, la cláusula de excepción en la generalidad de los contratos internacionales y en los contratos individuales de trabajo, respectivamente.

2. La intervención de la cláusula de excepción en la generalidad de los contratos internacionales

Para tratar la materia que nos ocupa, debemos tener como punto de partida que la interacción entre los criterios de conexión contenidos en las normas de conflicto para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, en defecto de autonomía conflictual, y las cláusulas de excepción en el ámbito de la contratación internacional, es una de las cuestiones más controvertidas precisamente en este sector relativo a las relaciones contractuales internacionales.

Como es sabido, el artículo 4 del Reglamento “Roma I”, consagra una norma de conflicto que designa la ley aplicable a falta de elección, para la generalidad de los contratos internacionales. El legislador europeo, siguiendo en líneas generales al Convenio de Roma de 1980, estimó conveniente la inclusión de mecanismos correctores para la determinación del Derecho aplicable en materia contractual. Así, el legislador de la Unión Europea establece, en el artículo 4 apartado 3 del RRI, una cláusula de

⁴¹⁷ Acerca de los contratos de permuta de mercancías y contratos de permuta de derechos incorpóreos, así como otros contratos de la práctica comercial internacional sin prestación característica, no incluidos en el artículo 4.1 RRI y que no quedan sometidos al régimen especial de Derecho aplicable (arts. 5-8 RRI), puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3049, último párrafo. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2970, último párrafo. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1004 y ss. En este mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, pp. 191 *in fine* y 192.

excepción para la generalidad de los contratos internacionales, la cual queda establecida en los siguientes términos: “Si del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país”. Por virtud de dicho precepto, esta cláusula de excepción podrá intervenir si la conexión del contrato en cuestión con el país designado por los párrafos 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento “Roma I” es una “vinculación puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica y aparente, pero no sustancial ni real”⁴¹⁸.

Para la mejor comprensión del alcance de la cláusula de excepción en la generalidad de los contratos internacionales, regulada en el artículo 4.3 del Reglamento “Roma I”, debemos analizar la cláusula de escape que contempla su antecesor normativo (el Convenio de Roma de 1980, en adelante, CR) en su artículo 4 apartado 5, cuya redacción es la siguiente: “No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país” y, ello siempre en defecto de elección de ley por las partes. Es conveniente señalar que el artículo 4 del Convenio de Roma, en los apartados 2, 3 y 4 regula una serie de “presunciones”⁴¹⁹ que, a falta de elección de ley por las partes, deberá tener en cuenta el tribunal para determinar qué país presenta los “vínculos más estrechos con el contrato en cuestión”.

El Convenio de Roma, a través del citado artículo 4.5, permitía aplicar a la generalidad de los contratos internacionales la ley del país con el que dicha relación contractual presentaba los “vínculos más estrechos”. En definitiva, dicho precepto posibilitaba la aplicación de la ley del país que estuviera más vinculado al contrato internacional en cuestión. Ello suponía la inaplicación de las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 4 del Convenio de Roma a esa relación jurídico-privada externa.

⁴¹⁸ Puede consultarse el exhaustivo análisis realizado por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3053. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2974. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1006. De igual forma, puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 176.

⁴¹⁹ El término “presunciones” es el que emplea el propio legislador en la redacción del apartado 5 del artículo 4 del Convenio de Roma.

En otras palabras, si se demuestra que el contrato en cuestión presenta una vinculación más estrecha con otro país, para determinar la ley aplicable a dicho contrato no operarían las presunciones contenidas en el artículo 4, apartados 2, 3 y 4 del Convenio de Roma. En este supuesto, en virtud del artículo 4 apartado 5 del citado texto normativo, a ese concreto contrato internacional se le aplicará la ley de ese otro país con el que presenta una vinculación más estrecha. En consecuencia, “se abandona la presunción porque ésta, en el caso en concreto, deja de responder al ‘principio de proximidad’”⁴²⁰. Por lo tanto, tal como afirma E. CASTELLANOS RUIZ, el artículo 4.5 del Convenio de Roma “funcionaba como una auténtica ‘cláusula de escape’ pues las presunciones del art. 4 CR cedían ante la aplicación de la ley que presentaba una ‘vinculación estrecha’ con otro país (...) la cláusula del artículo 4.5 CR como cláusula de escape, actúa como un auténtico correctivo, haciendo decaer las presunciones del artículo 4 CR por no garantizar la proximidad del contrato con el país cuya ley designan”⁴²¹.

Cabe precisar que, en virtud del “principio de proximidad” o de “vinculación más estrecha”, el contrato internacional debe quedar sujeto a la ley del Estado cuya aplicación a dicho contrato sea más fácilmente previsible por las partes de dicho contrato, de tal forma que “‘principio de proximidad’ equivale a ‘principio de previsibilidad’ de la Ley aplicable”⁴²². Además, los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, añaden posteriormente que “ambas expresiones equivalen a ‘vínculos más estrechos del contrato con un país’. Todas estas expresiones significan lo mismo: se trata de que el contrato quede sujeto a la Ley estatal que supone los costes conflictuales menores para los contratantes a la hora de regular su contrato, de cumplir con sus obligaciones y de arreglar sus diferencias jurídicas”⁴²³.

⁴²⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 73-134, p. 107.

⁴²¹ Puede consultarse en el riguroso trabajo de, E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 130-131.

⁴²² Así puede verse en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2006, p. 108.

⁴²³ Sobre esta cuestión consúltese A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3055. En este mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2976. Puede consultarse en términos similares, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1006 *in fine* y p. 1007. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 178.

La cláusula de escape, contenida en el apartado 5 del artículo 4 del Convenio de Roma, fue una de las disposiciones que planteó más dudas a los tribunales españoles en la aplicación de dicho instrumento normativo internacional. De hecho, fue una disposición polémica y muy controvertida⁴²⁴.

Desde este punto de vista, como es sabido, el Convenio de Roma no especifica qué ha de entenderse por “vínculos más estrechos”, por tanto, se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que implica dejar la interpretación de dicha expresión en manos del órgano jurisdiccional que corresponda, y de ello dependerá la designación de la ley aplicable a un determinado contrato internacional. De manera que será el tribunal correspondiente el que, analizando caso por caso y atendiendo a las circunstancias propias de cada situación, deberá concretar qué ordenamiento jurídico estatal resultará aplicable al supuesto planteado. Esta situación provocó que el artículo 4.5 del Convenio de Roma fuera interpretado de forma distinta; lo que ocasionaba inseguridad jurídica (contraviniendo el objetivo del propio Convenio de Roma) dependiendo de si los órganos jurisdiccionales nacionales acogían el modelo de presunciones débiles, o bien, acogían el modelo de presunciones fuertes y, a su vez, ambos modelos incluían otras posibles tendencias de interpretación⁴²⁵.

De forma resumida, el modelo de presunciones débiles se fundamenta en el artículo 4.1 del Convenio de Roma que establece que, en defecto de elección de ley por las partes, “el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos” sin existir otros posibles presupuestos para que esta norma general (prevista para la generalidad de los contratos internacionales) debiera ser siempre cumplida por el juez correspondiente. En este caso, “la regla de los vínculos más estrechos ocupaba un rol principal”⁴²⁶. Dicho modelo de interpretación fue objeto de numerosas críticas al considerarse que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al juez a la hora de determinar (siempre en defecto de autonomía conflictual) la ley aplicable a un determinado contrato internacional, ya que el juez podía apartarse de la ley designada a

⁴²⁴ En este mismo sentido, W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 7; E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, 2009, p. 131 último párrafo.

⁴²⁵ Acerca de ambos modelos de interpretación, puede consultarse el exhaustivo análisis de W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, pp. 8-17.

⁴²⁶ Se puede consultar en W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 8.

través de las presunciones del artículo 4 del Convenio de Roma⁴²⁷. El modelo de presunciones débiles está constituido por “elementos que, por sí mismos, no permiten a las partes prever con facilidad la Ley aplicable al contrato. Sólo ayudan, indiciariamente, a ello: tipo contractual, naturaleza y ubicación de la prestación, lugar de celebración, lugar de negociación, idioma del contrato, tribunal elegido por las partes, moneda de pago, nacionalidad de las partes, etc”⁴²⁸.

Y, por el contrario, el modelo de presunciones fuertes se basaba en que el juez podía apartarse de la ley designada por las presunciones del citado precepto únicamente en supuestos excepcionales. Esto significa que, en defecto de elección de ley por las partes, debía aplicarse la ley designada a través de las distintas presunciones del artículo 4, dando más relevancia a las conexiones reguladas en dicho precepto como manifestación de la fuerte vinculación de un país con un determinado contrato internacional. En definitiva, el modelo de presunciones fuertes lo constituyen “elementos que permiten prever a las partes fácilmente cuál es el Derecho aplicable al contrato”⁴²⁹, tales como: la residencia habitual o en su caso, la administración central de la parte que llevaba a cabo la prestación característica del contrato. De manera que la ley designada mediante las presunciones del artículo 4 del Convenio de Roma podría ser desplazada o sustituida por la ley designada a través de la cláusula de escape contenida en el artículo 4.5 de dicho texto normativo; pero dicha sustitución tan sólo sería posible de manera excepcional. En conclusión, tanto la aplicación del apartado 1, como la aplicación del apartado 5 del artículo 4 del Convenio de Roma, era posible en supuestos excepcionales⁴³⁰.

⁴²⁷ Tal como se aprecia en el trabajo de W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 13.

⁴²⁸ Así lo ponen de manifiesto A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3064. En los mismos términos, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2985. También puede verse por todos A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1010. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 187 *in fine*.

⁴²⁹ Igualmente, respecto a la definición de los elementos con “potencial localizador fuerte”, puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, pp. 3062 *in fine* y 3063-3064. Al mismo respecto, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, pp. 2983-2985. También *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1009. Además, puede consultarse en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 186.

⁴³⁰ *Vid.* W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, pp. 13-14 y siguientes. Además, el citado autor, respecto a la aplicación limitada del art. 4, apartados 1 y 5, añade que tales casos específicos se dan cuando “el contrato no tuviera un prestador característico, o cuando, a pesar de tenerlo, la elección de su Ley resultara ‘inapropiada’, o cuando de los hechos no se pudiera deducir el establecimiento donde la presunción había de ser cumplida”.

Ante la situación descrita anteriormente, en la que era posible una gran diversidad interpretativa, era absolutamente necesario que el actual TJUE se pronunciara acerca de la adecuada interpretación de la cláusula de escape contenida en el artículo 4.5 del Convenio de Roma. El esperado pronunciamiento se produjo en el año 2009 a través de la Sentencia *Intercontainer Interfrigo*⁴³¹.

En este caso, el Tribunal de Justicia, en cuanto a la correcta interpretación del artículo 4.5 del Convenio de Roma, descartó sorprendentemente el sistema de presunciones fuertes en favor de una concepción flexible o caso a caso⁴³². De tal forma que “corresponde en cada caso al juez determinar a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ley más vinculada con el contrato. Las presunciones establecidas, por tanto, en el artículo 4 apartados 2 a 4 CR se convierten en simples índices de valoración a tener en cuenta por el tribunal”⁴³³.

En esta decisión del TJUE, en el asunto *Intercontainer Interfrigo*, no se ha tenido en cuenta el carácter excepcional de la cláusula de escape contenida en el artículo 4.5 del Convenio de Roma. En base a la citada decisión, los jueces de los Estados parte en dicho Convenio internacional, para determinar, en defecto de elección, la ley aplicable a la generalidad de los contratos internacionales, tendrán un amplio margen de maniobra para valorar la regla de los vínculos más estrechos en la norma convencional (art. 4.5 CR) prescindiendo, de forma general, de las presunciones. Por tanto, en base a esta relevante decisión del TJUE, los jueces atendiendo a la valoración de los vínculos más estrechos, podrán continuar desplazando la aplicación de la ley determinada a través de las presunciones del artículo 4 del Convenio de Roma. Podemos decir que lo excepcional (art. 4.5 CR) se convierte en la norma general y lo general (aplicación de la

⁴³¹ En cuanto a este aspecto y a la mencionada Sentencia (STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto *Intercontainer Interfrigo*. C-133/08), también se pronuncia W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, pp. 18-22.

⁴³² *Vid.* FJ núm. 62, 63 y 64 de la Sentencia del TJUE *Intercontainer Interfrigo*. C-133/08. En este mismo sentido, W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 21. Igualmente, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: El asunto *Intercontainer Interfrigo* y su repercusión en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 302-315, p. 308.

⁴³³ Así lo pone de manifiesto A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, 2011, en concreto, p. 312, primer párrafo.

ley designada a través de las presunciones del artículo 4 CR) se convierte en la excepción⁴³⁴.

La situación descrita justifica la significativa alteración del artículo 4 del instrumento normativo que sustituyó al Convenio de Roma de 1980, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido comúnmente como Reglamento “Roma I”. No sólo se produce un cambio desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de ambos textos normativos pasando de un Convenio internacional, cuya elaboración se produjo en el ámbito intergubernamental, a un Reglamento europeo, esto es, a un Reglamento elaborado por las instituciones de la UE, sino que con el Reglamento “Roma I” se modificaron sustancialmente determinados aspectos incluidos en su antecesor normativo, el Convenio de Roma, con el firme propósito de mejorar dicho cuerpo normativo⁴³⁵.

Atendiendo al Considerando 16 del Reglamento “Roma I”, en aras de favorecer la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. En este sentido, cuando las partes no hayan elegido la ley aplicable a su relación contractual, para la determinación de la ley aplicable a dicho contrato, no se acudirá al principio de proximidad como regla general ni se acudirá a unos criterios de conexión que necesitan ser concretados por los jueces de los Estados miembros de la UE, es decir, se eliminan los criterios de conexión flexibles⁴³⁶.

De tal forma que, para evitar lo que ocurría a la hora de aplicar la cláusula de escape contenida en el artículo 4.5 del Convenio de Roma, es decir, para evitar la aplicación “no excepcional” de la citada cláusula propiciando que cualquier elemento de conexión de una relación contractual internacional con el país cuyos tribunales conocen del asunto fuera invocado para que ese contrato internacional presentara vínculos más

⁴³⁴ Acerca de este aspecto y recordando que el Convenio de Roma, a pesar de ser sustituido por el Reglamento “Roma I”, seguirá aplicándose en circunstancias muy concretas, *vid.* W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, pp. 21 y 22.

⁴³⁵ En cuanto a las modificaciones incluidas por el Reglamento “Roma I”, que intentan mejorar al Convenio de Roma de 1980, puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, Nº 2, pp. 52-133.

⁴³⁶ *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, 2011, en concreto, p. 312, párrafo quinto.

estrechos con dicho país y así poder aplicar la Ley material del foro⁴³⁷, era necesario limitar el poder de discrecionalidad con el que gozaban los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando debían valorar los vínculos más estrechos para asignar la ley aplicable a un determinado contrato internacional.

En consecuencia, el legislador de la UE elabora el artículo 4 del Reglamento “Roma I” con la pretensión de no hacer aplicable, sin más, la ley del país con el que un determinado contrato presenta los vínculos más estrechos. Así, para la operatividad de la cláusula de excepción contenida en el Reglamento “Roma I” (art. 4.3), el legislador de la UE establece dos exigencias que analizamos a continuación.

La primera de estas exigencias se materializa en la inclusión de la expresión “vínculos ‘*manifestamente*’ más estrechos”. Con ello se ha conseguido limitar en gran medida la operatividad de dicha cláusula, a diferencia de lo que ocurría con la cláusula de escape contenida en su antecesor normativo (artículo 4.5 CR). No olvidemos, tal como señala E. CASTELLANOS RUIZ, que “una vinculación es ‘*manifiesta*’ cuando no hay dudas de tal vinculación. Por tanto, en caso de duda deben aplicarse las normas recogidas en el artículo 4 del Reglamento ‘Roma I’ para determinar la ley aplicable a los distintos contratos internacionales”⁴³⁸, ya que el artículo 4 de este instrumento normativo de la UE pertenece al régimen general de Derecho aplicable, es decir, de aplicación a la generalidad de los contratos internacionales. La cláusula de excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento “Roma I” opera respecto de los apartados 1 y 2 de dicho precepto. Esto significa que el contrato debe presentar vínculos *manifestamente* más estrechos con otro país distinto del designado en virtud de los apartados 1 o 2 del artículo 4 de este instrumento normativo de origen institucional. La actual redacción de la cláusula de excepción limita el poder discrecional de los jueces de los Estados miembros de la UE ya que “sólo podrán cambiar la designación hecha por las normas generales cuando exista una poderosa vinculación del contrato con otro país”⁴³⁹.

⁴³⁷ A ello se refiere A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ como “aplicación torticera de la *Lex Materialis Fori*” por parte de los tribunales de los Estados miembros de la UE, puede consultarse en, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3055. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2976. Así como, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 178 *in fine*.

⁴³⁸ Interesante análisis de E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, 2009, p. 132.

⁴³⁹ Así se aprecia en el trabajo de W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, pp. 24 y 25.

En opinión de los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el hecho de que el contrato debe presentar vínculos ‘*manifiestamente*’ más estrechos significa que la vinculación del contrato con el país designado por los apartados 1 o 2 del artículo 4 RRI “debe ser una vinculación puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica y aparente, pero no sustancial ni real”⁴⁴⁰. De lo contrario, no podría ser desplazada la ley designada en virtud de los apartados 1 o 2 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”. Más concretamente, la exigencia de que sean vínculos ‘*manifiestamente*’ más estrechos, en palabras de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “se refiere a la ‘calidad de los vínculos’. Los ‘vínculos más estrechos’ entre el contrato y ese otro país deben ser ‘*evidentes*’ para cualquier observador, en particular, para los contratantes. Unos vínculos ‘*manifiestamente*’ más estrechos son unos vínculos de fuerte peso específico y no meramente aparentes o casuales. Por ello, tales vínculos conducen a la aplicación de una Ley que no ‘sorprende’ a las partes, una Ley cuya aplicación al contrato puede haber sido prevista por las partes de un modo sencillo.”⁴⁴¹

Además de la exigencia relativa a que el contrato internacional en cuestión ha de presentar vínculos ‘*manifiestamente*’ más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 y 2 del Reglamento “Roma I”, el legislador de la UE establece una segunda exigencia para que pueda operar la cláusula de excepción en la generalidad de los contratos internacionales. Esta segunda exigencia, consiste en que la vinculación ‘*manifiestamente*’ más estrecha del contrato con otro país distinto al que designen los apartados 1 o 2 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, debe desprenderse ‘*claramente*’ del conjunto de las circunstancias de dicho contrato.

Respecto a esta segunda exigencia impuesta por el legislador de la UE para que resulte operativa la cláusula de excepción contenida en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, cabe señalar que la vinculación estrecha entre el contrato y un determinado país (siendo éste un país distinto al designado por los apartados 1 o 2 del citado precepto), “debe presentarse de manera clara dentro de las circunstancias que

⁴⁴⁰ Tal como expresan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3053. En los mismos términos, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2974. Igualmente, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1006. También *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, pp. 179 *in fine* y 180.

⁴⁴¹ Consúltase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 202 *in fine* y 203 primer párrafo. El texto original no incluye el uso de cursivas.

rodean al contrato”⁴⁴². Por tanto, podemos afirmar que la citada vinculación estrecha debe ser “perceptible por cualquier persona”⁴⁴³.

De esta segunda exigencia se desprende que la labor analítica e indagatoria por parte del juez que conozca del asunto a la hora de valorar o apreciar si existen vínculos manifiestamente más estrechos, no va a requerir mayor esfuerzo puesto que dicha vinculación ha de desprenderse ‘*claramente*’ de las circunstancias que rodean al contrato internacional en cuestión, lo que se traduce en que dicha vinculación ha de apreciarse fácilmente, o de una forma evidente por todo sujeto, es decir, tanto por las partes de la relación contractual como por el juez que conozca de dicho asunto⁴⁴⁴. En cuanto a la apreciación ‘clara’ de la vinculación más estrecha, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, nos dice que para la aplicación del artículo 4.3 del RRI, es necesario que se realice “un normal ‘proceso lógico- inductivo’ (...). La exigencia de ‘claridad’ en este proceso lógico-inductivo quiere decir que la inducción debe aparecer de modo natural, sin esfuerzos ni construcciones intelectuales posteriores complejas”⁴⁴⁵.

No cabe duda que esta segunda exigencia garantiza la “seguridad jurídica en el espacio judicial europeo”, tal como pone de relieve el Considerando 16 del Reglamento “Roma I”, ya que, como acabamos de ver, dicha exigencia por parte del legislador de la UE implica que la vinculación del contrato con el país que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos se ha de apreciar ‘*claramente*’, tanto por las partes del contrato, como por el juez que conozca del asunto, en definitiva, ha de apreciarse fácilmente por todos los sujetos implicados.

Debemos tener presente que el Reglamento “Roma I”, precisamente, tiene como objetivo salvaguardar la seguridad jurídica en el territorio de la UE (Considerando 16 RRI) a través del establecimiento de normas comunes para determinar la ley aplicable al

⁴⁴² Vid. W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 25.

⁴⁴³ Expresión utilizada por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3057. Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2978. En los mismos términos, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 180, apartado 2º.

⁴⁴⁴ Acerca de esta cuestión, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3057. En este mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2978. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 180.

⁴⁴⁵ Este aspecto sobre el artículo 4.3 del RRI, como cláusula de excepción, puede consultarse en, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 202.

contrato internacional, que permitan alcanzar un alto grado de previsibilidad. Dicho objetivo se vio seriamente amenazado por la aplicación de la cláusula de escape del artículo 4.5 del Convenio de Roma. La aplicación de la citada cláusula de escape se utilizaba de forma indiscriminada con la finalidad de aplicar, en la mayoría de los casos, la ley del foro⁴⁴⁶. De aquí que debamos destacar la relevancia de la inclusión, por parte del legislador europeo, de las dos exigencias ya analizadas, dirigidas a limitar el poder jurisdiccional a la hora de valorar los vínculos más estrechos y determinar (en defecto de elección) la ley aplicable a un contrato internacional en base a la posible vinculación de dicho contrato con otro país distinto al designado por los apartados 1 o 2 del Reglamento “Roma I”.

Tal como hemos visto anteriormente, sólo si se desprende ‘*claramente*’ del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos ‘*manifiestamente*’ más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, podrá intervenir la cláusula de excepción prevista en el apartado 3 de dicho precepto. Por lo tanto, en el marco del Reglamento “Roma I” (a diferencia de lo que ocurría respecto a su antecesor normativo, el Convenio de Roma), la intervención de la cláusula de los “vínculos más estrechos” es excepcional. Ello implica que, en situaciones normales si las partes no han hecho uso de su autonomía conflictual, la determinación de la ley aplicable al contrato internacional en cuestión se llevará a cabo con arreglo a los apartados 1 o 2 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”. En definitiva, en defecto de elección de ley, lo normal será que un determinado contrato internacional quede sujeto a la ley designada en virtud de los apartados 1 o 2 del artículo 4 del citado Reglamento. Y, sólo si se cumplen las dos exigencias establecidas en el apartado 3 de dicho artículo 4 del RRI, es decir, si se da vinculación ‘*manifiestamente*’ más estrecha con otro país distinto del designado por el artículo 4.1 o 2 RRI y percepción ‘*clara*’ de dicha vinculación, en tal caso, el juez aplicará la ley del país más estrechamente vinculado con el contrato (la ley de ese “otro país”). En este sentido, debemos señalar que el artículo 4.3 del Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI) no sólo se aparta del artículo 4.5 de su antecesor normativo en los términos que hemos analizado, sino que también se aparta del artículo 4.3 del Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (conocido comúnmente como

⁴⁴⁶ Sobre este mismo aspecto, W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 27 *in fine*.

Reglamento “Roma II”)⁴⁴⁷ ya que el legislador de la UE, en este último precepto, aunque establece la exigencia de que los vínculos más estrechos con otro país se han de presentar ‘manifiestamente’, no exige que dichos vínculos se tengan que presentar de forma ‘clara’⁴⁴⁸.

En virtud del razonamiento expuesto, respecto a la generalidad de los contratos internacionales regulados en el artículo 4 del Reglamento “Roma I”, podemos apreciar que la intervención de la cláusula de los “vínculos más estrechos” contenida en el apartado 3 del mencionado precepto, es de carácter excepcional. En consecuencia, concluimos que no nos encontramos ante una “cláusula de escape”; sino que, atendiendo a la propia redacción del artículo 4.3 del RRI, nos encontramos ante una auténtica “cláusula de excepción”⁴⁴⁹. Por tanto, tal como mantiene H. AGUILAR GRIEDER, en el marco del Reglamento “Roma I”, “el principio de los vínculos más estrechos va a seguir subsistiendo, pero con un alcance mucho más reducido que el que tenía en el ámbito de su antecesor: el Convenio de Roma”⁴⁵⁰.

Por otra parte, y como ya hemos visto, entre el artículo 4.5 del Convenio de Roma y el artículo 4.3 de su sucesor normativo, el Reglamento “Roma I”, existen importantes diferencias, aunque en ambos preceptos el juez competente goza de un margen de apreciación, ya que dicho juez será quien dará el valor que considere a los criterios de conexión. En el marco del Reglamento “Roma I”, el Considerando 16

⁴⁴⁷ DOCE, de 31 de julio 2007, núm. L 199.

⁴⁴⁸ Así queda regulado expresamente en el artículo 4.3 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (‘Roma II’): “*Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país*” (...).

⁴⁴⁹ Así lo afirma J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 203. Dicho autor pone de relieve que el artículo 4.3 del Reglamento ‘Roma I’ “no es una ‘cláusula de escape’ (...). La redacción del art. 4.3 Reg. Roma I convierte al precepto en una auténtica ‘cláusula de excepción’.” En este sentido, puede consultarse por todos, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, pp. 3053-3066, especialmente, en cuanto al carácter “excepcional” de la cláusula establecida en el apartado 3 del artículo 4 del RRI, pp. 3057 y 3058. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, pp. 2974-2987, más en concreto, acerca de la “excepcionalidad” de dicha cláusula, p. 2978 *in fine*. Igualmente, ambos profesores denominan al apartado 3 del artículo 4 del RRI como “cláusula de excepción” en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid centro color, Murcia, 2022, p. 199 *in fine*, así como, pp. 207 y 208.

⁴⁵⁰ *Vid.* el detallado análisis de H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: Perspectiva de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, Nº 1, pp. 45-67, p. 62, respecto al alcance del principio de los vínculos más estrechos, pp. 62-67.

reconoce que “el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”. Ello es así porque ni en la disposición de origen convencional ni en la disposición de origen institucional, se ha especificado cómo han de valorarse los distintos criterios de conexión que pueden determinar, en defecto de elección, la ley aplicable de otro país distinto al designado por las normas generales⁴⁵¹.

Por último, en cuanto a la carga de la prueba de la vinculación más estrecha, debemos señalar que en el ámbito del Reglamento de Roma I, debido a que (a diferencia de lo acontecido en el marco del Convenio de Roma) el contrato internacional en cuestión ya no se rige necesariamente por la ley del país con el que presenta vínculos más estrechos y, el juez competente ya no está obligado a comprobarlo, en la actualidad, aunque el Reglamento no establece nada al respecto, tal como exponen A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “el contratante interesado en activar la cláusula de excepción debe demostrar al juez que el contrato presenta *claramente* vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país y que, por tanto, la Ley de ese país es aplicable”⁴⁵².

3. La intervención de la cláusula de excepción en los contratos individuales de trabajo: características y peculiaridades

Como es sabido, tanto el Reglamento “Roma I” como su antecesor normativo, el Convenio de Roma de 1980, se caracterizan por establecer una dualidad de regímenes de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

El Reglamento “Roma I”, contiene un régimen general de Derecho aplicable para determinar qué ordenamiento jurídico estatal es aplicable a la generalidad de los

⁴⁵¹ A esta consideración también se refiere W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, p. 30.

⁴⁵² Puede consultarse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3058. También puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2979. Además *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1007 apartado núm. 193. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, pp. 181 *in fine* y 182. También en esta misma línea se expresa F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 2019, p. 367. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 203 *in fine*.

contratos internacionales (arts. 3 y 4), quedando sujetos a dicho régimen aquellos contratos internacionales que queden incluidos en el ámbito de aplicación del citado instrumento normativo y que, a su vez, no queden sujetos al régimen especial de Derecho aplicable consagrado en los artículos 5 a 8 del Reglamento “Roma I”.

A diferencia de su antecesor normativo, el Convenio de Roma de 1980, que establecía un régimen especial más reducido puesto que sólo abarcaba a determinados contratos en materia de consumo (art. 5) y a los contratos individuales de trabajo (art. 6)⁴⁵³, el régimen especial consagrado en el Reglamento “Roma I”, además de abarcar a las dos categorías contractuales que acabamos de citar (arts. 6 y 8 RRI respectivamente), dicho régimen especial se extiende a otras dos categorías contractuales como son los contratos de seguro (art. 7 RRI) y los contratos de transporte (art. 5 RRI). Como es sabido, el citado régimen especial (tanto el contenido en el CR como el contenido en el RRI) se fundamenta en el principio de protección de la parte débil de la relación contractual, al tratarse de categorías contractuales en las que existe un desequilibrio entre la posición negocial de ambas partes contratantes. Por tanto, el régimen especial de Derecho aplicable tiene una clara finalidad tuitiva.

El artículo 8 del Reglamento “Roma I” contiene el régimen especial de Derecho aplicable para la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo transnacionales y, este mismo precepto, en el apartado 4, consagra una cláusula de excepción específica, sólo y exclusivamente referida a dicha categoría contractual.

Tanto el Convenio de Roma de 1980 como su sucesor normativo, el Reglamento “Roma I”, contemplan cláusulas de excepción para los contratos individuales de trabajo (art. 6.2 *in fine* y art. 8.4 respectivamente), pero no prevén dichas cláusulas de excepción específicas para los contratos de consumo.

Llevando a cabo una labor comparativa entre los dos preceptos citados en materia de contratos individuales de trabajo, podemos observar que la cláusula de excepción particular regulada en la norma convencional y la regulada en la norma

⁴⁵³ Acerca del ordenamiento jurídico aplicable al contrato de trabajo afectado por una sucesión internacional de empresas, más en concreto, las normas que integran el sistema: El Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I”, consúltese el exhaustivo y riguroso análisis de M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Aranzadi, 2009, especialmente, pp. 188-242.

europea han sido redactadas en términos muy similares. Por el contrario, no ocurre lo mismo si comparamos el artículo 6.2 del Convenio de Roma con los artículos 4.1 y 4.5 contenidos en dicho texto normativo. Como podemos apreciar, el artículo 4.1 CR se refiere al criterio de los vínculos más estrechos como criterio de conexión regulado en primer lugar. Sin embargo, el artículo 6.2 CR hace referencia a los vínculos más estrechos en tercer lugar, ya que establece en los apartados ‘a’ y ‘b’ conexiones rígidas (aquellas que no necesitan ser concretadas por el juez que conozca del asunto ni por las partes de la relación jurídica) y a continuación, en el mismo apartado ‘b’, establece la cláusula de excepción específica, es decir, la cláusula de excepción en materia de contratos individuales de trabajo⁴⁵⁴.

Por su parte, el artículo 4.5 CR, como vimos en páginas anteriores, a falta de elección de ley por las partes del contrato, impone la solución de los vínculos más estrechos a la ley designada en virtud de las presunciones contenidas en los apartados 2, 3 y 4 de dicho precepto. Así, la ley aplicable a la generalidad de los contratos internacionales será la ley del país con el que dicha relación contractual presente vínculos más estrechos. Recordemos que esta cláusula no se caracterizaba por ser precisamente “excepcional”. En este sentido, en opinión de O. FOTINOPOULOU BASURKO, ocurre algo parecido entre el artículo 4.5 y 6.2 CR *in fine* que logra excepcionar el juego de las conexiones rígidas siempre que, atendiendo al conjunto de las circunstancias en cada caso, el contrato de trabajo presente vínculos más estrechos con otro país. En este sentido, la citada autora considera que es posible afirmar que “los redactores del CR desplegaron el juego de los vínculos más estrechos de manera similar” tanto en el artículo 4.5 como en el artículo 6.2 CR *in fine*⁴⁵⁵.

En el marco del Reglamento “Roma I”, continuando en la misma línea que el Convenio de Roma de 1980, con la introducción de una cláusula de excepción específica en la norma de conflicto que designa la ley aplicable a los contratos

⁴⁵⁴ Atendiendo al artículo 6.2 CR, a falta de elección de ley por las partes, “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 haya sido enviado a 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 *vínculos más estrechos* con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de ese *otro país*”. Las cursivas no aparecen en el texto original.

⁴⁵⁵ Puede consultarse en O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La Determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 129.

individuales de trabajo, en defecto de autonomía conflictual (siendo éste el criterio de conexión principal), el legislador de la UE tiene como objetivo atenuar la rigidez que caracteriza a las soluciones conflictuales en materia contractual laboral. No podemos olvidar, tal como hemos señalado en páginas anteriores, que la finalidad de las cláusulas de excepción es eliminar la rigidez de la norma de conflicto que corresponda y, de este modo, mejorar el mandato de la propia norma de conflicto⁴⁵⁶.

En definitiva, ya desde el Convenio de Roma de 1980 (art. 6.2 CR *in fine*), el legislador de la UE en el Reglamento “Roma I”, a través de la regulación de una cláusula de excepción específica en el apartado 4 del artículo 8 de dicho instrumento normativo, ha pretendido flexibilizar las soluciones conflictuales a la hora de determinar la ley aplicable (en defecto de elección) a los contratos individuales de trabajo. En consecuencia, podemos afirmar que la norma de origen institucional (artículo 8.4 RRI) es continuista de la norma de origen convencional (artículo 6.2, último párrafo, CR)⁴⁵⁷.

Si analizamos el artículo 8 del Reglamento “Roma I”, desde la perspectiva de la protección al trabajador, no cabe duda que dicho precepto, al incluir importantes límites que afectan a la posibilidad de elección de la ley aplicable a la relación contractual laboral⁴⁵⁸, en especial, para impedir que el empresario (como parte que ocupa una posición negocial más ventajosa frente al trabajador) imponga el Derecho aplicable a la relación contractual laboral, debemos señalar que dicho precepto ofrece un óptimo nivel de protección al trabajador. No obstante, y siempre en defecto de autonomía conflictual (criterio de conexión principal), cuando el contrato individual de trabajo en cuestión presente vínculos más estrechos con otro país distinto del país designado por el lugar donde se prestan habitualmente los servicios (art. 8.2 RRI), o bien, distinto del país designado por el lugar del establecimiento contratante (art. 8.3), el juez tiene la posibilidad de “activar” la cláusula de excepción específica en virtud del apartado 4 del artículo 8 del Reglamento “Roma I” y, en consecuencia, aplicar la ley de ese otro país con el que dicha relación contractual presente vínculos más estrechos. Por tanto, la

⁴⁵⁶ Dicho aspecto fue tratado en el presente Capítulo 3º, apartado III relativo a la intervención de la cláusula de excepción en los contratos individuales de trabajo, en concreto, en el subapartado primero en el que nos referimos al significado y función de las cláusulas de excepción.

⁴⁵⁷ En este mismo sentido, *vid.* A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *loc. cit.*, 2015, pp. 99-100.

⁴⁵⁸ A tal efecto, recordemos que la elección de ley por las partes no puede privar al trabajador de la protección que le aseguren las normas imperativas en virtud de la ley objetivamente aplicable designada con arreglo: al lugar habitual de realización del trabajo (art. 8.2 RRI), o en su defecto, con arreglo a la ley del lugar donde esté situado el establecimiento contratante (art. 8.3 RRI).

intervención de la cláusula de excepción específica en materia laboral se produce en relación al apartado 2, o en su caso, en relación al apartado 3 del artículo 8 del Reglamento “Roma I” y siempre que no opere el criterio de conexión principal, es decir, en defecto de elección de ley por las partes.

Si prestamos atención a la redacción literal de la cláusula de excepción en materia de contratos individuales de trabajo en el marco del Reglamento “Roma I”, regulada en su artículo 8.4, podemos observar que el legislador europeo, a diferencia de la cláusula de excepción genérica regulada en el artículo 4.3 de este instrumento normativo, en el caso de la cláusula de excepción específica, no incluye el término “manifiestamente”, sino que basta con que el contrato en materia laboral presente “vínculos más estrechos” (y no, “manifiestamente más estrechos”). Esta cuestión evidencia que la cláusula de excepción para la generalidad de los contratos internacionales (art. 4.3 RRI) al estar formulada con mayor rigor, aporta menor flexibilidad a las soluciones conflictuales contenidas en dicho precepto. De esta forma, dicha cláusula opera como una cláusula de excepción puesto que su operatividad va a depender de que, en efecto, existan vínculos “manifiestamente” más estrechos.

En consecuencia, a pesar de que el Considerando núm. 20 del Reglamento “Roma I” denomina (entendemos que erróneamente) como cláusula de “escape” a la cláusula regulada en el apartado 3 del artículo 4 de dicho cuerpo normativo⁴⁵⁹, no cabe duda que, tal como hemos expuesto en páginas anteriores, la operatividad del artículo 4.3 del RRI no sólo va a depender de que exista otro país con el que el contrato presente “vínculos más estrechos”, sino que también se va a exigir para su operatividad que, dichos vínculos se presenten “claramente” y, además, que esos vínculos más estrechos del contrato con otro país sean “manifiestos”. Por tanto, podemos concluir que la operatividad de la cláusula regulada en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, para la generalidad de los contratos internacionales, es indiscutiblemente de carácter excepcional⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ El Considerando núm. 20 del RRI establece textualmente que: “Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 o 2, una cláusula de *escape* debe establecer que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos”. La utilización de letra en cursiva es nuestra.

⁴⁶⁰ Acerca del carácter indiscutiblemente excepcional del artículo 4.3 RRI puede consultarse en profundidad A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, pp. 3057-3058. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 2978. En este mismo sentido, de forma más resumida, *vid.* A.L. CALVO

Por el contrario, la cláusula de excepción específica contenida en el artículo 8.4 del RRI, al no incluir en su redacción el término “manifiestamente”, ofrece mayor flexibilidad a las soluciones conflictuales reguladas en este mismo precepto (art. 8 RRI)⁴⁶¹ y, al estar formulada con menor rigor, su operatividad no va a ser precisamente de carácter excepcional. En consecuencia, la cláusula de excepción específica no va a operar como cláusula “de excepción” sino que, más bien, va a operar como una verdadera cláusula de escape (de aplicación no excepcional)⁴⁶².

Desde una perspectiva práctica, la aplicación de la cláusula de excepción en materia de contratos individuales de trabajo es relativamente frecuente en los contratos de trabajo a bordo de buques en aguas internacionales cuando éstos enarbolan “pabellones de complacencia”⁴⁶³. Como es sabido, en este mismo supuesto, cuando el trabajo se realice a bordo de buques con pabellones de complacencia en aguas internacionales, en base al artículo 8.2 del RRI, se designa como ley aplicable a la *lex loci laboris*, esto es, en principio, resultaría de aplicación la ley del país donde se prestan los servicios. En consecuencia, en virtud del citado precepto, se atendería a la ley del pabellón del buque o aeronave ya que, tal como ponen de manifiesto los autores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “debe operar la ficción legal de considerar que estos buques o aeronaves son parte del territorio del Estado cuyo

CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1007 apartado núm. 192. De igual forma, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, pp. 180-181 y 734. Así como, puede verse en el subapartado 2, del apartado III correspondiente al Capítulo 3 del presente trabajo, en el que analizamos la intervención de la cláusula de excepción en la generalidad de los contratos internacionales.

⁴⁶¹ Sobre este aspecto, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, Aranzadi, Decimosegunda edición, 2022, p. 711 *in fine*. Además, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, Aranzadi, Décima edición, 2018, p. 651.

⁴⁶² Así lo expresan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, pp. 3563 *in fine* y 3564. Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3397. También se pone de manifiesto en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1164 apartado núm. 35 párrafo 2º. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 733 *in fine*.

⁴⁶³ Coincidiendo en este supuesto en el que es relativamente frecuente acudir a la cláusula de excepción específica contenida en el artículo 8.4 del Reglamento “Roma I”, puede consultarse A. FERNÁNDEZ PÉREZ, quien se refiere a contratos de embarque en los que estén involucrados buques bajo “pabellones de conveniencia”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *loc. cit.*, 2015, p. 100. Igualmente, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, pp. 711 *in fine* y 712. Además, puede verse J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2018, p. 651. En la misma línea, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, pp. 3563 *in fine* y 3565. Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, pp. 3397-3398. Igualmente, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, pp. 1164 *in fine* y 1165. Así como, puede verse en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, pp. 734-735.

pabellón enarbolan”⁴⁶⁴. No obstante, en aquellos supuestos en los que el trabajo se desarrolle a bordo de un buque en aguas internacionales, siempre que el buque o la aeronave en cuestión exhiba una bandera de un país escasamente conectado con la situación contractual, se aplicará la ley del Estado con el que el contrato presente vínculos más estrechos, en virtud de la cláusula de excepción contenida en el artículo 8.4 del RRI.

Otro de los supuestos en los que también parece adecuado aplicar la cláusula de excepción específica, contenida en el apartado 4 del artículo 8 del RRI, es el supuesto en el que el único elemento de internacionalidad existente en una determinada relación contractual laboral sea el lugar de realización del trabajo. En este segundo supuesto, si partimos de la base que, las partes de una determinada relación contractual laboral, (trabajador y empleador) son de nacionalidad española y el trabajador realiza la prestación laboral fuera de España (único elemento de extranjería), tal como ya hemos tenido oportunidad de señalar anteriormente, en virtud del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) sería de aplicación la ley española⁴⁶⁵.

En consecuencia, podemos observar que, en este caso concreto, existe bastante parecido entre ambas soluciones. Es decir, la aplicación de la cláusula de excepción específica (art. 8.4 RRI), cuando el lugar en el que el trabajador realice su trabajo sea el único elemento de internacionalidad, nos conduce hacia una solución muy similar a la regulada en la referida norma estatutaria (art. 1.4 ET).

En esta ocasión, tal como señalamos a la hora de analizar la compatibilidad entre la cláusula de excepción específica de origen institucional y la regla establecida en el artículo 1.4 del ET⁴⁶⁶, tampoco podemos olvidar que, al menos, en los contratos de trabajo vinculados espacialmente a la libre circulación de trabajadores, la cláusula de

⁴⁶⁴ Así lo ponen de relieve A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3565. Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3397 *in fine*. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1164 *in fine*. Del mismo modo, puede verse en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 734 *in fine*.

⁴⁶⁵ Nos remitimos al apartado IV del Capítulo 2º del presente trabajo. En el citado apartado nos referimos expresamente al alcance del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores y realizamos un análisis de dicha norma estatutaria con el Derecho europeo.

⁴⁶⁶ Igualmente, consúltese el Capítulo 2º, apartado IV, subapartado B), en el que analizamos la relación entre la norma estatutaria (art. 1.4) y los principios europeos de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad en el marco de la libre circulación de trabajadores.

excepción contenida en el artículo 8.4 del RRI, tal como ponen de relieve J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, “no puede tener en cuenta como conexiones ‘estrechas’ elementos subjetivos que impliquen una discriminación directa o encubierta por razón de nacionalidad, especialmente la nacionalidad del empleador y del trabajador”⁴⁶⁷. De lo contrario, esto es, si suponemos que el trabajador es de nacionalidad francesa, atendiendo a la nacionalidad del trabajador como criterio de conexión, tal circunstancia propiciaría la posibilidad de aplicar dos ordenamientos jurídicos distintos y, en consecuencia, estaríamos ante una “solución contraria” al Derecho de la Unión Europea⁴⁶⁸.

En este mismo sentido, J.F. LOUSADA AROCHENA y R.P. RON LATAS, aun reconociendo la falta de vigencia del artículo 1.4 del ET, por otro lado, admiten la posibilidad de aplicar de forma residual los criterios de conexión contenidos en dicha norma estatutaria a los efectos de la cláusula de excepción específica contenida tanto en el Reglamento “Roma I” (art. 8.4) como en su antecesor normativo, el Convenio de Roma de 1980 (art. 6.2), pero con una condición fundamental que impida situaciones de discriminación por razón de la nacionalidad respecto de todos los trabajadores de la UE. Tal condición consiste en ampliar o extender hacia todos los trabajadores europeos la referencia que realiza el propio artículo 1.4 del ET de forma exclusiva para los trabajadores españoles⁴⁶⁹.

Por tanto, como venimos señalando, la cláusula de excepción específica, al menos en los contratos de trabajo vinculados desde un punto de vista espacial a la libre circulación de trabajadores en el seno de la UE, para evitar situaciones de discriminación no puede fundamentarse en vínculos de conexión estrechos de carácter subjetivo (como la nacionalidad).

⁴⁶⁷ Puede consultarse esta cuestión en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 712 (al finalizar el primer párrafo). En idénticos términos, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2018, p. 651 (justo antes de comenzar el párrafo núm. 483).

⁴⁶⁸ *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 712 (al finalizar el primer párrafo). En idénticos términos, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2018, p. 651 (justo antes de comenzar el párrafo núm. 483).

⁴⁶⁹ Así puede verse en J.F. LOUSADA AROCHENA y R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Thomson Reuters, 2013, pp. 113 *in fine* y 114. En esta última página citada, ambos autores realizan una afirmación bastante gráfica respecto a la posible aplicación de los criterios de conexión de la norma estatutaria a pesar de su falta de vigencia (como ellos mismos reconocen) a partir de la entrada en vigor del Convenio de Roma y, posteriormente, del Reglamento “Roma I”, dicha afirmación es la siguiente: “Puede así ocurrir que, como el Cid Campeador, el citado artículo 1.4 del ET siga ganando batallas aun después de muerto”.

4. Análisis de la jurisprudencia del TJUE: especial referencia al asunto *Schlecker*

En la actualidad, como es sabido, el fenómeno de la globalización a nivel económico, social y cultural, unido a otras posibles justificaciones de naturaleza sociológica y, por supuesto, razones de naturaleza económica, han propiciado un aumento vertiginoso de situaciones privadas internacionales en las que interviene un trabajador. Dicho de otro modo, actualmente nos encontramos, por un lado, ante un aumento significativo de la internacionalización de la mano de obra y, por otro lado, es bastante común la presencia de trabajadores desplazados que prestan sus servicios en otros Estados distintos a sus respectivos Estados de origen. En definitiva, cada vez son más frecuentes la existencia de contratos de trabajo plurilocalizados, es decir, contratos de trabajo conectados con más de un ordenamiento jurídico estatal.

Teniendo como punto de partida el contexto descrito, no cabe duda que el legislador de la Unión Europea a través de la elaboración de ciertas normas, respecto a los trabajadores en los contratos internacionales de trabajo, intenta ofrecer respuestas y soluciones adecuadas para solventar los posibles problemas que se deriven de este tipo de situaciones, teniendo entre sus objetivos principales la protección de la parte que ocupa una posición negocial más débil, en este caso, el trabajador frente al empleador o empresario contratante. En este sentido, debemos precisar que esta labor del legislador de la Unión Europea no es exclusivamente respecto de los trabajadores, sino que ocurre exactamente lo mismo respecto a los consumidores en los contratos internacionales de consumo, a los asegurados o tomadores de seguro en los contratos internacionales de seguro, o bien, respecto a los transportistas en los contratos internacionales de transporte⁴⁷⁰.

En materia de contratos de trabajo conectados con más de un ordenamiento jurídico estatal, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se ha

⁴⁷⁰ Recordemos que las categorías contractuales citadas tienen como denominador común la existencia de un desequilibrio entre la posición negocial de ambas partes contractuales. De tal forma que una parte ocupa una posición más débil o más desventajosa frente a la otra, por ejemplo, en los contratos internacionales de consumo, el consumidor ocupa una posición negocial más débil frente al profesional o empresario. De aquí que el legislador de la Unión Europea elabore normas que contengan un régimen especial (tanto en sede de competencia judicial internacional como en sede de ley aplicable) fundamentado en el principio de protección de la parte débil de la relación contractual. Como es sabido, los regímenes especiales (de competencia judicial internacional y de ley aplicable) tienen esta clara finalidad tuitiva.

referido en varias ocasiones a los criterios de conexión previstos en defecto de elección para determinar la ley aplicable a un determinado contrato internacional. En este sentido, cabe destacar la jurisprudencia sentada por el TJUE en la Sentencia de 15 de marzo de 2011, asunto *Koelzsch*⁴⁷¹ y en la Sentencia de 15 de diciembre de 2011, asunto *Voogsgeerd*⁴⁷², en ambos pronunciamientos el Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) interpreta los distintos criterios de conexión contenidos en el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ya que aún no resultaba de aplicación *ratione temporis* su sucesor normativo sobre esta misma materia, esto es, el artículo 8 del Reglamento “Roma I”⁴⁷³.

Posteriormente a las decisiones citadas, el TJUE continuando su labor interpretativa en materia de contratos internacionales de trabajo, analiza la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos contenida en el artículo 6.2 *in fine* del CR (actual artículo 8.2 del RRI, de hecho, a tal efecto, la redacción permanece inalterable en el vigente instrumento normativo). Además, debemos subrayar que han resultado de gran relevancia las observaciones realizadas por el propio Tribunal acerca de la interacción de dicha cláusula específica con los distintos criterios de conexión contenidos en las normas citadas, así como, el análisis respecto a los distintos elementos significativos que pueden llegar a determinar el país con el que un determinado contrato de trabajo presenta los vínculos más estrechos. Nos referimos concretamente a la Sentencia que vamos a analizar a continuación, de 12 de septiembre de 2013, asunto *Schlecker*⁴⁷⁴.

En primer lugar, vamos a realizar una descripción del supuesto de hecho concreto, que origina este pronunciamiento del TJUE, sobre el alcance de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo. En este caso, tal como se extrae de la citada Sentencia objeto de estudio, la Sra. Boedeker es una trabajadora que había sido empleada para una multinacional dedicada al sector de la

⁴⁷¹ STJUE, de 15 de marzo de 2011, *Heiko Koelzsch contra. État du Grand-Duché de Luxembourg* (asunto C-29/10).

⁴⁷² STJUE, de 15 de diciembre de 2011, *Jan Voogsgeerd contra Navimer S.A.* (asunto C-384/10).

⁴⁷³ Así se desprende del Fundamento de Derecho (FD) núm. 46 de la STJUE, asunto *Koelzsch*, puesto que la firma del contrato objeto del litigio se realizó el 16 de octubre de 1998, es decir, con anterioridad al 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual resulta efectivamente aplicable el Reglamento “Roma I” (artículo 28 RRI).

⁴⁷⁴ STJUE, de 12 de septiembre de 2013, *Anton Schlecker*, que actúa con el nombre comercial Firma *Anton Schlecker*, contra *Melitta Josefa Boedeker* (asunto C-64/12).

droguería con varias sucursales en diferentes Estados miembros de la UE. Esta multinacional es la empresa alemana Schlecker. Dicha trabajadora (Sra. Boedeker), en virtud de un primer contrato de trabajo, había desarrollado su labor en Alemania durante 15 años, desde el 1 de diciembre de 1979 al 1 de enero de 1994. Posteriormente, realiza un segundo contrato de trabajo en virtud del cual desempeñó las funciones de gerente de la empresa Schlecker en los Países Bajos. Siendo gerente de la citada empresa, la trabajadora también ejerció funciones de dirección de la empresa Schlecker en ese Estado miembro, sobre alrededor de 300 sucursales y unos 1250 trabajadores. El 19 de junio de 2006, la empresa informó a la Sra. Boedeker de que su puesto de gerente para los Países Bajos iba a ser suprimido a partir del 30 de junio de 2006 y la invitó a que asumiera, en las mismas condiciones contractuales, el cargo de jefe de departamento de contabilidad, en Dortmund (Alemania), a partir del 1 de julio de 2006⁴⁷⁵.

Posteriormente, la trabajadora a pesar de no estar de acuerdo con la decisión adoptada de forma unilateral por la empresa sobre el cambio de su lugar de trabajo que implicaba su traslado de Países Bajos a Dortmund (Alemania), se presentó en su nuevo destino (Dortmund) el 3 de julio de 2006 para hacerse cargo de sus nuevas funciones. Dos días después, es decir, el 5 de julio de ese mismo año, la Sra. Boedeker obtiene una baja laboral por enfermedad y comienza a percibir, a partir del 16 de agosto de 2006, una prestación del organismo del seguro de enfermedad alemán⁴⁷⁶.

A partir de entonces y atendiendo a las circunstancias descritas, la Sra. Boedeker emprendió varios procedimientos judiciales en los Países Bajos con el propósito de conseguir, por un lado, la anulación del segundo contrato de trabajo en virtud del cual la empresa alemana trasladó a la referida trabajadora de Países Bajos a Dortmund (Alemania) y, por otro lado, conseguir la percepción de una indemnización. Igualmente también se solicitó, por parte de la Sra. Boedeker, que el Derecho aplicable, a su relación laboral con la empresa Schlecker, fuese el Derecho neerlandés por considerar que dicho ordenamiento jurídico le ofrecía una protección mayor en el ámbito laboral que el Derecho alemán, en concreto, en materia de movilidad geográfica, ya que la empresa Schlecker (como mencionamos anteriormente) decidió de forma unilateral

⁴⁷⁵ Tal como se extrae de los apartados 7 y 8 de la STJUE asunto *Schlecker*.

⁴⁷⁶ *Vid.* Apartado 9 de la STJUE asunto *Schlecker*.

modificar el lugar de trabajo de la Sra. Boedeker quien tendría que prestar sus servicios en Dortmund (Alemania) y no en los Países Bajos.

En este caso, las pretensiones de la trabajadora fueron resueltas de forma positiva para la misma. En consecuencia, el segundo contrato de trabajo fue rescindido con efectos a partir del 15 de diciembre de 2007; a la Sra. Boedeker se le reconoció el derecho a obtener una indemnización por un importe bruto de 557.651,52 euros; y, en principio, se declara que el Derecho neerlandés era aplicable al contrato de trabajo celebrado entre la citada trabajadora y la empresa alemana. Pero, acerca de esta última cuestión, la empresa alemana interpuso un recurso de apelación con la finalidad de que se declarase la aplicación del Derecho alemán (y no del Derecho neerlandés). A tal efecto, la empresa Schlecker sostiene que, en este caso, existe una vinculación más estrecha del contrato de trabajo con Alemania. De hecho, la empresa alemana justifica la existencia de una vinculación más estrecha entre la relación contractual laboral y dicho país en determinados elementos como la afiliación de la trabajadora a los distintos regímenes de jubilación, de seguro, de enfermedad y de invalidez en Alemania.

Una vez que se pronuncia el tribunal que conoció del asunto, deniega totalmente la petición de la empresa alemana y confirma lo establecido en la sentencia de instancia, es decir, declara como Derecho aplicable a la relación contractual-laboral entre la Sra. Boedeker y la empresa alemana el Derecho neerlandés, por ser el país en el que la trabajadora había venido desarrollando sus actividades de forma habitual (art. 6.2, letra 'a' CR, sustituido por el actualmente vigente art. 8.2 RRI).

Por su parte, la empresa Schlecker, contra la resolución dictada en apelación que declaró como Derecho aplicable el neerlandés, interpone un recurso de casación ante un tribunal de los Países Bajos para que se dilucide qué ordenamiento jurídico estatal laboral resulta de aplicación a este asunto. En este contexto de total confrontación entre la empresa (que continúa manteniendo la aplicación del Derecho alemán por considerar que existe vínculo más estrecho con Alemania) y la trabajadora (que solicita la aplicación del Derecho neerlandés al contrato de trabajo existente entre ambas partes),

la Sra. Boedeker decide, además, solicitar que se condene a la empresa Schlecker a readmitirla como “responsable para los Países Bajos”⁴⁷⁷.

Finalmente, el tribunal neerlandés competente señala que el Derecho neerlandés ofrece a la trabajadora por cuenta ajena, en el presente asunto, una mayor protección que el Derecho alemán frente a una modificación del lugar de trabajo por parte del empleador (empresa Schlecker). Debido a las dudas que tiene el propio tribunal neerlandés acerca de la interpretación del último apartado del artículo 6.2 del CR que, como es sabido, regula una cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo (actual art. 8.4 RRI), dicho tribunal decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales. La primera de ellas tiene como finalidad el solventar las dudas que plantea la interpretación del artículo 6.2 CR. Más detalladamente, en esta primera cuestión prejudicial, se plantea al TJUE si la aplicación de la ley del lugar donde se realiza habitualmente el trabajo (o criterio de la *lex loci laboris*), contenido en el art. 6.2 ‘a’ del CR (actual art. 8.2 RRI), se ha de aplicar en todos los casos, incluso si (como ocurre en el asunto planteado) el trabajador en ejecución del contrato realiza su trabajo no sólo habitualmente sino también de forma duradera y sin interrupción en el mismo país (en este caso, en los Países Bajos), o bien, si del conjunto de las circunstancias se desprende que existe una vinculación estrecha entre el contrato de trabajo y otro país (en este caso, con Alemania), se le plantea al TJUE si, en este caso, cabría la posibilidad de aplicar la ley de ese otro país (el Derecho alemán) en base a la mencionada cláusula de excepción.

Y, en la segunda cuestión prejudicial, el tribunal neerlandés plantea al TJUE que, si para aplicar la *lex loci laboris*, resultaría necesario que el empresario y el trabajador, al celebrar el contrato de trabajo o, al iniciarse la prestación objeto del mismo, hayan pretendido o, al menos, hayan sido conscientes de que el trabajo se realizaría de manera duradera y sin interrupción en el mismo país⁴⁷⁸.

Para realizar un análisis jurídico de las diferentes cuestiones tratadas por el TJUE en el asunto que nos ocupa debemos referirnos, en primer lugar, a la aplicación de

⁴⁷⁷ Así consta en los apartados 12 y 13 de la STJUE asunto *Schlecker*.

⁴⁷⁸ Acerca de las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional neerlandés al TJUE, véase el apartado 15 de la STJUE asunto *Schlecker*.

la cláusula de excepción del artículo 6.2 *in fine* CR y de su interacción con el resto de los criterios de conexión regulados en este mismo precepto; en segundo lugar, debemos hacer referencia a la posibilidad de introducir consideraciones materiales en la aplicación de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo; y, en tercer lugar, es conveniente detenerse en aquellos factores que pueden ser significativos a la hora de determinar los vínculos más estrechos en materia laboral.

Continuando en este mismo orden, en primer lugar, en cuanto a la aplicación de la cláusula de excepción contenida en el artículo 6 apartado 2 último párrafo, del CR y de su interacción con el resto de conexiones contenidas en este mismo precepto, no está de más recordar, tal como hace el TJUE en el asunto *Schlecker*, que el mencionado artículo 6 CR tiene como objetivo principal “*garantizar una protección adecuada al trabajador*”⁴⁷⁹. En este sentido, el sistema conflictual contenido en dicho precepto, para designar la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo en el marco de la UE, obedece a la “*exigencia general*” de “*previsibilidad*” de la ley aplicable al contrato de trabajo y, en consecuencia, de “*seguridad jurídica en las relaciones contractuales*”⁴⁸⁰.

Como es sabido, y hemos tenido oportunidad de ver en el Capítulo 3º del presente trabajo, la conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo en el marco de la UE, en virtud del artículo 6 CR (actual art. 8.1 RRI), es la autonomía conflictual, en virtud de la cual las partes pueden elegir la ley aplicable a su relación contractual laboral, siempre y cuando dicha elección no prive al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable (es decir, de la ley que sería aplicable en defecto de elección). Ahora bien, en defecto de autonomía conflictual, la ley aplicable se determinará en base al primer criterio de conexión subsidiario, esto es, en base a la regla de la *lex loci laboris* (ley del país en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo) según lo establecido en el artículo 6.2 ‘a’ CR (actual art. 8.2 RRI) aunque el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. Y, por último, en defecto del citado criterio de conexión, es decir, en el caso de que el trabajador no realice su trabajo en un mismo país, la ley aplicable a la relación contractual laboral se determinará en base al

⁴⁷⁹ STJUE asunto *Schlecker*, FD núm. 33.

⁴⁸⁰ STJUE asunto *Schlecker*, FD núm. 35. Debemos señalar que lo referido al art. 6 CR es extrapolable a su homólogo normativo, el art. 8 RRI.

segundo criterio de conexión subsidiario, esto es, con arreglo a la *lex loci celebrationis* (ley del país del establecimiento que haya contratado al trabajador, conexión regulada en el artículo 6.2 ‘b’ CR y actual 8.3 RRI).

Además, al margen de lo anterior y, como ya tuvimos oportunidad de ver, se incluye una cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo que puede operar independientemente de cuál sea el lugar de prestación de los servicios o del lugar donde se encuentre el establecimiento contratante. Esta cláusula de excepción puede operar, en defecto de autonomía conflictual, si del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país distinto del designado por alguno de los criterios de conexión subsidiarios, en cuyo caso, sería de aplicación la ley de ese otro país. Esta cláusula de excepción está regulada en el artículo 6.2 *in fine* CR y actual 8.4 RRI.

Como analizamos en su momento, aunque se denomine cláusula “de excepción” la aplicación de la citada cláusula específica en materia de contratos individuales de trabajo no es precisamente “excepcional”, sino que dicha cláusula más bien actúa como una “cláusula de escape”. A diferencia de la cláusula de excepción para la generalidad de los contratos internacionales (artículo 4.5 CR y actual artículo 4 apartado 3 RRI), que sí actúa como una auténtica cláusula de excepción. Recordemos brevemente que ello es debido a que para la operatividad de la cláusula de excepción específica ni el artículo 6.2 *in fine* CR ni el actual artículo 8.4 RRI exige que la vinculación del contrato con ese otro país sea “manifiesta”, ni que la vinculación estrecha con ese otro país ha de desprenderse “claramente” de las circunstancias de cada caso⁴⁸¹. En consecuencia, con arreglo al tenor literal de ambos preceptos, podemos concluir que para la operatividad de la cláusula de escape (denominada como cláusula de excepción) en materia de contratos individuales de trabajo, únicamente se requiere la mera existencia de vínculos más estrechos entre el contrato en cuestión y un país distinto al designado por la *lex loci laboris* (artículo 6.2 ‘a’ CR y actual 8.2 RRI) o, en su defecto, sólo se requerirá la mera

⁴⁸¹ Respecto a las similitudes y diferencias entre la cláusula de excepción para la generalidad de los contratos internacionales (art. 4.3 RRI) y la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo (art. 8.4 RRI) me remito a lo analizado en el presente Capítulo 3º, en este mismo apartado III relativo a la intervención de la cláusula de excepción en los contratos individuales de trabajo.

existencia de vínculos más estrechos entre dicho contrato y un país distinto del designado por la *lex loci celebrationis* (artículo 6.2 ‘b’ CR y actual 8.3 RRI)⁴⁸².

Si atendemos a los hechos que dieron lugar a la resolución en el asunto *Schlecker*⁴⁸³, debemos precisar que se trataba de determinar cuál era el Derecho aplicable: si el Derecho neerlandés, como pretendía la trabajadora (en base a la ley designada en virtud de la *lex loci laboris*) o, por el contrario, si resultaba aplicable el Derecho alemán, como pretendía el empleador (en virtud a la operatividad de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo).

Para dar respuesta a la cuestión planteada y, en definitiva, analizar el alcance de la cláusula de excepción específica en los contratos individuales de trabajo, regulada en el artículo 6.2 *in fine* CR (actual artículo 8.4 RRI), el TJUE ha de pronunciarse sobre la articulación de los distintos criterios de conexión con la citada cláusula de excepción contenidos en el artículo 6 del texto convencional, convertido en Reglamento de la UE tras el proceso de comunitarización (o europeización) del Derecho internacional privado.

En este sentido, debemos resaltar que existen dos concepciones contrapuestas⁴⁸⁴. La primera de ellas consiste en considerar la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo como una cláusula de “carácter excepcional” relegando su aplicación a “casos excepcionales” en los que, en defecto de autonomía conflictual (criterio de conexión principal), no fuera posible determinar la ley aplicable en virtud del lugar de prestación habitual del trabajo (primer criterio de conexión subsidiario, regla de la *lex loci laboris*), ni en virtud del país en el

⁴⁸² Coincidiendo en este aspecto con P. PARADELA AREÁN, “Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos. (Comentario a la STJ de 12 de septiembre de 2013)”, *Diario La Ley*, 2014, núm. 1758, p. 2 *in fine*. En relación a la cláusula de los vínculos más estrechos, la citada autora señala expresamente que “no es preciso que los vínculos sean manifiestamente más estrechos o que se deriven claramente, sino simplemente que existan”.

⁴⁸³ En concreto, me refiero a que la Sra. Boedeker realizó su trabajo para la empresa Schlecker en los Países Bajos no sólo de forma habitual, sino además de forma duradera e ininterrumpidamente durante doce años y que, salvo el lugar de prestación habitual del trabajo, existían vínculos más estrechos que conectaban el contrato de trabajo con otro país (Alemania).

⁴⁸⁴ Acerca de estas dos concepciones contrapuestas sobre la interacción entre los distintos criterios de conexión y la cláusula de excepción específica (artículo 6 CR), pueden consultarse las Conclusiones del Abogado General (Considerando núm. 42), así como, *vid.* P. PARADELA AREÁN, *loc. cit.*, 2014, p. 2; y, más en profundidad, O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Cerrando el círculo: el caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas Laborales*, 2014, núm. 123, pp. 88-91.

que se encuentre el establecimiento contratante (segundo criterio de conexión subsidiario, regla de la *lex loci celebrationis*), o bien, cuando la aplicación de dichos criterios de conexión subsidiarios determinen como ley aplicable al contrato laboral una ley manifiestamente inadecuada. Como podemos apreciar, si se atiende a sobrevalorar los criterios de conexión rígidos (los que no necesitan ser concretados por el juez), como son la *lex loci laboris* y la *lex loci celebrationis*, frente a la posible operatividad de la cláusula de excepción específica, podemos concluir que el margen de maniobra para la intervención de esta cláusula (más correctamente, cláusula de escape) es muy limitado. De tal forma que si el TJUE hubiera acogido esta primera opción, el Derecho aplicable al caso que nos ocupa hubiera sido el Derecho neerlandés en base a la regla de la *lex loci laboris*, puesto que es la ley del país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo. Así, el TJUE se hubiera pronunciado a favor de la pretensión de la Sra. Boedeker. Es más, teniendo en cuenta la propia jurisprudencia del TJUE, ésta hubiese sido la respuesta más evidente ya que, en el asunto *Koelzsch*, el TJ declaró que, en aras de garantizar la protección adecuada al trabajador, como objetivo del artículo 6 CR, dicho precepto “*debe interpretarse en el sentido de que garantiza la aplicabilidad de la ley del Estado en el que éste ejerce su actividad profesional en vez de la del Estado en que está establecido el empresario*”⁴⁸⁵. En consecuencia, se consideró que el criterio de conexión del país en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo (art. 6.2 ‘a’ CR) o regla de la *lex loci laboris* (primer criterio de conexión subsidiario) ha de interpretarse “*en sentido amplio*” y, por otra parte, el siguiente criterio de conexión como es el país donde se encuentre el establecimiento contratante (art. 6.2 ‘b’ CR) o regla de la *lex loci celebrationis* (segundo criterio de conexión subsidiario) debe ser aplicado “*cuando el juez que conoce del asunto no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo*”⁴⁸⁶. A lo que debemos añadir que, en el asunto *Voogsgeerd*, el TJUE, además de confirmar lo declarado en el asunto *Koelzsch*⁴⁸⁷, hizo referencia a que se debía recordar que, a efectos de determinar el Derecho aplicable, el criterio de conexión del lugar en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo (*lex loci laboris*) debía ser tenido en consideración de forma prioritaria⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ STJUE, de 15 de marzo de 2011, núm. C-29/10, asunto *Koelzsch*. Puede verse el FD 42.

⁴⁸⁶ STJUE asunto *Koelzsch*, FD 43.

⁴⁸⁷ STJUE, de 15 de diciembre de 2011, núm. C-384/10, asunto *Voogsgeerd*. En concreto, FD 35.

⁴⁸⁸ STJUE asunto *Voogsgeerd*, FD 32.

Por el contrario, la segunda de estas concepciones, a la hora de analizar el alcance de la cláusula de excepción específica en los contratos individuales de trabajo, consiste en considerar que no existe relación de jerarquía entre los distintos criterios de conexión establecidos en el artículo 6.2 CR (*lex loci laboris* y *lex loci celebrationis*) y la citada cláusula de excepción (más correctamente, cláusula de escape) contenida en el artículo 6.2 *in fine* CR⁴⁸⁹. Por tanto, esta cláusula de excepción (en principio) podría intervenir, aunque existiera una ley aplicable en virtud de cualquiera de los dos criterios de conexión subsidiarios citados, ya que no guarda relación de jerarquía o de subsidiariedad respecto a dichos criterios de conexión, sino que opera como una cláusula independiente o, en palabras de O. FOTINOPOULOU, se trata de una cláusula “de carácter autónomo”⁴⁹⁰. Esto se traduce en que, a diferencia de la concepción anteriormente analizada, el juez que conozca del asunto podrá aplicar la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo si esta relación contractual presenta vínculos más estrechos con otro país (con independencia de lo determinado por los criterios de conexión); en cuyo caso, finalmente, sería de aplicación la ley de ese otro país.

El TJUE, en el asunto *Schlecker*, se inclina por la segunda de las consideraciones expuestas, teniendo presente que de la propia redacción literal del artículo 6 CR (al igual que ocurre respecto del actual artículo 8 RRI), se desprende que la cláusula de excepción específica puede operar con independencia de los criterios conflictuales regulados por dicho precepto si existen vínculos más estrechos con otro país. Y todo ello sin contravenir lo determinado por el propio TJ, en los asuntos *Koelzsch* y *Voogsgeerd*, puesto que el establecer que el criterio de conexión del lugar de prestación habitual del trabajo (*lex loci laboris*) ha de ser objeto de una interpretación amplia y de carácter prioritario con respecto a la cláusula de excepción específica (art. 6.2 ‘b’ CR) no implica que exista una jerarquía respecto de las reglas conflictuales rígidas y la cláusula de excepción específica que se basa en la existencia de vínculos más estrechos⁴⁹¹. En esta misma línea, no está de más precisar que sólo y exclusivamente existe relación de jerarquía (y, por tanto, de subsidiariedad) respecto de los criterios

⁴⁸⁹ Como es sabido, la regulación mencionada del texto convencional equivale a su homólogo normativo el artículo 8 RRI. Respecto a los criterios de conexión subsidiarios, el apartado 2 de dicho precepto regula la *lex loci laboris* y el apartado 3 la *lex loci celebrationis*. Mientras que la cláusula de excepción específica queda regulada en el apartado 4 del artículo 8 RRI.

⁴⁹⁰ Vid. O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2014, p. 89.

⁴⁹¹ En este mismo sentido, P. PARADELA AREÁN, *loc. cit.*, 2014, p. 3.

conflictuales entre sí (*lex loci laboris* / *lex loci celebrationis*). No cabe duda que el TJUE lo que pretende es armonizar su posición en el asunto *Schlecker* con lo determinado en sus pronunciamientos anteriores (asuntos *Koelzsch* y *Voogsgeerd*)⁴⁹².

Al margen de lo anterior, otro de los aspectos relevantes que trata la Sentencia que nos ocupa (asunto *Schlecker*), para determinar la ley aplicable, es la relativa a la posibilidad de introducir consideraciones materiales en la aplicación de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo. Esta cuestión en la resolución del asunto *Schlecker*, alcanza una especial relevancia, debido a que, en el mencionado asunto, el Derecho neerlandés ofrecía a la trabajadora una mayor protección frente a la modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empresario. Por este motivo y, en aras de garantizar la aplicación del Derecho materialmente más favorable a la trabajadora (Derecho neerlandés), se alega por parte de la Sra. Boedeker que la cláusula de excepción específica, prevista en el último párrafo del artículo 6.2 CR, sea interpretada de modo estricto y sea aplicada en base al principio de protección de la parte más débil de la relación contractual⁴⁹³. Desde esta perspectiva, si por el contrario resultara de aplicación el Derecho alemán por ser el ordenamiento jurídico estatal más estrechamente vinculado, en virtud de la posible operatividad de la cláusula de excepción específica (cláusula de escape), la trabajadora tendría un resultado menos protector y, por tanto, menos ventajoso.

En este sentido, acerca de la posibilidad de introducir consideraciones materiales en la aplicación de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo, en la Sentencia asunto *Schlecker* el TJUE es sumamente claro y se opone expresamente a la introducción de cualquier tipo de consideración material en la aplicación de dicha cláusula de excepción. Así, el TJUE mantiene que, “*en la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente (...) a que se*

⁴⁹² Coincidiendo en este punto con O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2014, p. 90. La citada autora, además, se muestra totalmente de acuerdo, al igual que otros autores, con la decisión del TJUE, en el asunto *Schlecker*, por considerar que las reglas conflictuales sólo guardan una relación jerárquica entre sí, pero no respecto de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo.

⁴⁹³ Así se desprende de la STJUE asunto *Schlecker* FD 20.

*aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador*⁴⁹⁴. De este modo, tal como acabamos de ver, lo que se desprende de lo establecido por el TJUE en el asunto *Schlecker*, es que la aplicación de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo se fundamenta en el principio de proximidad y no en el principio de protección puesto que, en virtud de la citada cláusula, “*se trata de aplicar la Ley del país más vinculado con el contrato de trabajo, no la Ley cuyo contenido o aplicación concreta favorezca en mayor medida al trabajador*”⁴⁹⁵. En este mismo sentido, se pronuncia el Abogado General, en el asunto que nos ocupa, estableciendo que el artículo 6 CR ha de garantizar una protección adecuada al trabajador que, en base al principio de proximidad, determina como aplicable la ley del país con el que el contrato de trabajo presente vínculos más estrechos⁴⁹⁶.

A raíz del asunto *Schlecker*, el TJUE pone de relieve que la cláusula de excepción específica, en materia de contratos individuales de trabajo, no es un mecanismo de protección al trabajador, sino que se trata de una regla neutra que se justifica en el principio de proximidad y que cumple una función meramente localizadora, en definitiva, cumple una función de conexión entre la relación contractual laboral y el país con el que dicha relación contractual presente lazos más estrechos⁴⁹⁷. En consecuencia, a modo de conclusión, podemos afirmar que la activación de la cláusula de excepción, en materia contractual laboral, se producirá en base al principio de proximidad (y no en base al principio de protección).

⁴⁹⁴ Tal cual consta en la STJUE asunto *Schlecker* FD 34. Además, en este mismo apartado del pronunciamiento judicial, el TJ se remite a las Conclusiones del Abogado General, en concreto, al Considerando núm. 36 donde se pone de manifiesto (en opinión del Abogado General) que “*aunque las reglas de determinación de la ley aplicable al contrato tienen en cuenta la especificidad de la relación laboral, no deben llevar a conceder, al trabajador, en todo caso y al margen de la naturaleza del litigio, el beneficio de la ley nacional que, entre todas las leyes en conflicto y en las circunstancias particulares del asunto, parece la más favorable*”.

⁴⁹⁵ Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, al comienzo de la p. 3564. De forma más resumida, aunque en términos idénticos, respecto a la orientación conflictual (no material) de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3397, subapartado 2º *in fine*. Además, puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1164. Igualmente *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 734, primer párrafo *in fine*. En opinión de los autores mencionados, el artículo 8.4 RRI (que sustituyó al art. 6.2 *in fine* CR) “*sigue una ‘orientación conflictual’ y no una ‘orientación material’*”.

⁴⁹⁶ Conclusiones del Abogado General en el asunto *Schlecker*, Considerando núm. 32.

⁴⁹⁷ Acerca de estas consideraciones *vid.* P. PARADELA AREÁN, *loc. cit.*, 2014, p. 3; así como, P. PARADELA AREÁN, “Quince años de aplicación en España del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, p. 477.

Y, por último, otro de los aspectos que resultó muy significativo, en la resolución del asunto *Schlecker*, fue el relativo a la valoración, por parte del TJUE, de lo que puede considerarse “vínculos más estrechos” en materia laboral. A tal efecto, no conviene olvidar que quien debe determinar si interviene o no la cláusula de excepción específica, en los contratos individuales de trabajo, es el tribunal competente que ha de decidir sobre el asunto en cuestión. Por tanto, al tratarse de un criterio flexible que (a diferencia de los criterios de conexión rígidos) necesita ser concretado por el tribunal competente, es ese mismo tribunal el que ha de realizar una labor (razonada) de valoración sobre lo que considera como vinculación más estrecha. Desde esta perspectiva, adquiere mayor relevancia, especialmente en la práctica, las directrices o pautas que ofrece el TJUE en su pronunciamiento sobre el asunto *Schlecker* a la hora de que los tribunales nacionales tengan que determinar qué pueden considerarse “vínculos más estrechos” en materia laboral.

En este sentido, en virtud de lo establecido por el TJUE en el asunto *Schlecker*, la primera directriz a tener en cuenta, por los tribunales nacionales para valorar si existen vínculos más estrechos con otro país, de conformidad con la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo, consiste en que el tribunal que conozca del asunto “*debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos*”⁴⁹⁸. De aquí se deduce de forma clara que, en materia laboral, la determinación de la existencia de vínculos más estrechos con otro país no se valorará en función del número de circunstancias que conectan el contrato de trabajo en cuestión con otro país, sino en función del peso de cada una de estas circunstancias o conexiones. De tal forma que el tribunal competente tendrá que realizar una valoración completa, una valoración general del caso en cuestión y, en dicha valoración, deberá analizar el peso de cada una de estas circunstancias o conexiones, porque no todas tienen la misma importancia para revelar una vinculación sustancial del contrato de trabajo con ese otro país⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ Así puede verse en la STJUE asunto *Schlecker* FD 40.

⁴⁹⁹ Sobre este mismo aspecto, relativo al proceso de valoración de la vinculación más estrecha, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3564. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3397. En este mismo sentido, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1164. También, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2017, p. 734.

En consecuencia, el tribunal competente, en su valoración global para determinar si efectivamente existen vínculos más estrechos con otro país en virtud de la cláusula de excepción específica en materia laboral, ha de analizar las posibles conexiones del contrato de trabajo en cuestión con uno o más países, no atendiendo a si son más numerosas o menos dichas conexiones, sino atendiendo al peso, atendiendo a la importancia de cada una de esas posibles conexiones. Esto se debe a que no todos los factores presentan la misma importancia en las relaciones jurídicas; por este motivo, resulta absolutamente necesario, por parte del tribunal competente, atender a las circunstancias de cada caso en concreto para, en definitiva, poder atribuir el valor conveniente a cada una de las circunstancias o conexiones de, en este caso, la relación contractual laboral concreta⁵⁰⁰. No olvidemos que, por medio de la cláusula de excepción, se pretende introducir un cierto margen de flexibilidad en el sistema conflictual.

Y, una segunda directriz que ofrece el TJUE en su pronunciamiento del asunto *Schlecker*, para que los tribunales de los distintos Estados miembros de la UE puedan determinar la existencia de vínculos más estrechos en materia laboral, consiste en que el propio TJ, en concreto, en los Fundamentos de Derecho números 29 y 41, destaca de forma clara los elementos significativos de vinculación entre un contrato de trabajo y otro país. En virtud de lo establecido por el TJUE, los elementos más aptos (y, por tanto, con mayor peso) para poner de manifiesto una vinculación estrecha del contrato de trabajo con uno o más países son:

- El país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad.
- El país en el que el trabajador está afiliado a la Seguridad Social, y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad o invalidez.
- Los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo, como la moneda de pago.

Es conveniente precisar que, en este caso, el TJ no incluye entre estos elementos el de la nacionalidad. Tal como pone de relieve P. PARADELA AREÁN, este elemento tiene más peso en otro sector jurídico distinto como es el Derecho de familia, pero en

⁵⁰⁰ A ello también se refiere, P. PARADELA AREÁN, *loc. cit.*, 2014, p. 4 *in fine*.

materia contractual, tiene una importancia mucho menor⁵⁰¹. Por eso, en este caso, no está incluido entre los criterios más importantes en materia laboral. En esta misma línea, podemos afirmar que el TJUE, gracias a su pronunciamiento en el asunto *Schlecker*, puede poner fin a la utilización de forma abusiva del criterio de la nacionalidad como conexión de peso a la hora de determinar una vinculación estrecha del contrato de trabajo en cuestión con otro país. Ello es debido, como acabamos de ver, a que, en la citada Sentencia, el propio TJUE establece de forma nítida unas pautas dirigidas a los distintos tribunales de los Estados miembros, precisamente con la finalidad de determinar y valorar la posible existencia de vínculos más estrechos en base a la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo. No obstante, en general e independientemente de la materia de que se trate, esta cuestión continúa siendo muy compleja y problemática en la práctica, puesto que no resulta fácil lidiar con un criterio tan “escurridizo” como el de los criterios de conexión⁵⁰².

Por último, debido a la relevancia que tuvo, en materia laboral, la STJUE en el asunto *Schlecker*, este pronunciamiento del TJUE ha de ser de gran utilidad práctica a los distintos tribunales nacionales a la hora de interpretar la norma de conflicto específica en materia de contratos individuales de trabajo contenida en el RRI (art. 8), o bien, contenida en el CR (art. 6). Al margen de esta consideración, podemos señalar, a modo de conclusión, que esta Sentencia, objeto de nuestro estudio, abarca ciertos aspectos esenciales, en concreto, tres cuestiones muy significativas que debemos valorar de forma positiva.

Si seguimos el mismo orden expositivo que el TJUE en la mencionada Resolución, la primera de estas tres cuestiones decisivas, que aborda el TJ en el asunto *Schlecker*, es la relación de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo con las conexiones del artículo 6 CR (extrapolable a su

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 4 y 5. Esta misma autora realiza un breve e interesante análisis acerca de la utilización, por parte de los tribunales españoles, de la cláusula de excepción específica en materia de contratos individuales de trabajo (o cláusula de escape como la denomina la citada autora), utilizando como elemento relevante, para la determinación de los vínculos más estrechos, la nacionalidad de las partes. Como pone de manifiesto P. PARADELA AREÁN en la mencionada referencia, la doctrina “*ha censurado especialmente la utilización de la nacionalidad común de las partes o la nacionalidad del trabajador como elementos decisivos para establecer que existía un ordenamiento más estrechamente vinculado*”.

⁵⁰² El adjetivo calificativo utilizado entre comillas (“escurridizo”) es el mismo que utiliza la autora que se cita a continuación para referirse al criterio de los vínculos más estrechos, *vid.* O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2014, p. 91.

homólogo normativo, el artículo 8 RRI). Tal como hemos tenido oportunidad de ver, el TJUE no establece una relación de jerarquía entre los distintos criterios de conexión y la cláusula de excepción, sino todo lo contrario, ya que el TJUE sitúa los criterios de conexión, para determinar la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo, en el mismo plano que la cláusula de excepción específica en materia laboral⁵⁰³. En consecuencia, en base a este pronunciamiento del TJUE, la operatividad de la cláusula de excepción únicamente va a depender de que el juez competente valore que existan vínculos más estrechos (en los términos analizados) con otro país distinto al designado en virtud de los criterios de conexión que le preceden, en concreto, con otro país distinto al designado por el lugar de prestación habitual del trabajo (*lex loci laboris*) o, en su defecto, con otro país distinto al designado por el lugar de situación del establecimiento que haya contratado al trabajador (*lex loci celebrationis*). En definitiva, la apreciación del TJUE en el asunto *Schlecker*, hace posible la utilización de la cláusula de excepción específica, en materia de contratos individuales de trabajo (art. 6 *in fine* CR; art. 8.4 RRI), siempre que el juez competente valore y, finalmente, determine la existencia de vínculos más estrechos con otro país distinto del designado por cualquiera de los dos criterios de conexión citados y, como es sabido, siempre a falta de autonomía conflictual. En todo caso, considero que la interpretación del TJUE a este respecto ha de ser valorada de forma positiva, ya que consigue, por un lado, flexibilizar el método conflictual y, por otro, consigue que la operatividad de la cláusula de excepción no sea precisamente de carácter “excepcional”, es decir, consigue que tal cláusula sea una verdadera cláusula “de escape” y, a su vez, elude las posibles discrepancias que pudieran surgir acerca de si las conexiones de la *lex loci laboris*, o en su defecto, las conexiones de la *lex loci celebrationis* son o no adecuadas⁵⁰⁴. No obstante, somos conscientes de que esta postura puede acarrear un excesivo margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional competente.

En segundo lugar, otro de los aspectos cruciales, abordados por el TJUE en el asunto *Schlecker*, que también debe ser valorado de forma positiva, es el relativo a la

⁵⁰³ Recordemos que nos referimos a dos criterios de conexión como son: el lugar de prestación habitual del trabajo (*lex loci laboris*) y, el lugar de situación del establecimiento contratante (*lex loci celebrationis*). Estos criterios de conexión guardan una relación de jerarquía entre sí (pero no respecto de la cláusula de excepción), por tanto, ambos criterios de conexión operan de forma subsidiaria. Además, no podemos olvidar que la cláusula de excepción específica, en materia de contratos individuales de trabajo, opera siempre en defecto de elección de ley. Esto último es extrapolable, por su propia naturaleza intrínseca, a todas las modalidades contractuales.

⁵⁰⁴ En esta misma línea, P. PARADELA AREÁN, *loc. cit.*, 2014, p. 5.

consagración de la cláusula de excepción en el ámbito laboral como un mecanismo localizador y, en la que no es posible incluir consideraciones materiales (como la protección al trabajador), ya que, como hemos analizado anteriormente, la aplicación de esta cláusula, por su propia naturaleza, se fundamenta en el principio de proximidad y no en el principio de protección a la parte débil de la relación contractual laboral. En este sentido, la posición por la que opta el TJUE, en el citado pronunciamiento, está acorde con el verdadero fundamento de la analizada cláusula de excepción y se adapta mejor a una interpretación ordenada, en este caso, del artículo 6 CR que, no olvidemos, también es de utilidad para la interpretación del artículo 8 RRI de futuros pronunciamientos por parte de los tribunales nacionales. Igualmente, la determinación de la cláusula de excepción específica en materia laboral como mecanismo localizador, en principio, proporciona mayor seguridad jurídica al evitar la utilización de dicha cláusula de excepción para aplicar la ley más favorable al caso en cuestión porque, como es sabido, los tribunales nacionales pueden dar soluciones distintas debido a la complejidad existente para determinar qué ley es más favorable. Por estos motivos, se ha de valorar positivamente cómo ha abordado el TJUE este aspecto clave en el asunto *Schlecker*; concluyendo, finalmente, que la cláusula de excepción específica, en contratos individuales de trabajo, es un mecanismo localizador en el que no es posible incluir consideraciones materiales como la protección al trabajador, por mucho que éste sea el principio subyacente del artículo 8 del RRI (así como del artículo 6 del CR).

Y, en tercer lugar, debemos concluir que también ha de valorarse de forma positiva la labor orientativa que realiza el TJUE respecto a la delimitación de los elementos más aptos, en el marco del contrato de trabajo, para establecer qué circunstancias pueden considerarse como vínculos más estrechos entre la relación contractual laboral y uno o varios países. Ello disminuye la posibilidad de discrecionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, tal como hemos analizado con anterioridad, gracias a que el TJUE expone claramente qué elementos pueden ser considerados como vínculos más estrechos (no incluyendo, en este caso, el criterio de la nacionalidad), el propio TJUE pretende evitar, respecto a los contratos individuales de trabajo en el marco de la UE, que los tribunales nacionales, en virtud de la cláusula de excepción, puedan utilizar el criterio de la nacionalidad con el objetivo de terminar aplicando la ley del foro, es decir, la ley del Estado en el que dichos tribunales ejercen su jurisdicción. Como es sabido, la valoración de los vínculos

más estrechos ha de realizarse en función del sector jurídico concreto, de tal forma que en el ámbito contractual, en general y, en el ámbito de los contratos individuales de trabajo, en particular (teniendo como fundamento la STJUE en el asunto *Schlecker*), el criterio de la nacionalidad no es relevante a la hora de establecer la posible existencia de una vinculación estrecha entre la relación contractual laboral y otro país, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho de la persona y en el del Derecho de familia, sectores jurídicos en los cuales el que el criterio de la nacionalidad, así como el de la residencia habitual sí tiene una mayor relevancia a efectos de localización de la relación jurídico-privada internacional en un determinado ordenamiento jurídico estatal.

Por todas estas consideraciones, la sentencia *Schlecker* nos merece una valoración muy positiva. De hecho, dicha sentencia, que ha hecho correr ríos de tinta, es clave en materia de contratación internacional.

CAPÍTULO 4º:

EL DERECHO EUROPEO MATERIAL EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO: ALCANCE INTERNACIONAL Y COORDINACIÓN CON LOS REGLAMENTOS “ROMA I” Y “BRUSELAS I BIS”

I. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 96/71/CE SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. Ámbito de aplicación y definición de “trabajador desplazado”

Más de veinte años después de la adopción de la Directiva que vamos analizar a continuación, en concreto, la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁵⁰⁵, debemos mencionar que, el 9 de julio de 2018, fue publicada una nueva regulación sobre esta misma materia. Se trata de la Directiva (UE) 2018/957, de 28 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁰⁶. A medida que vayamos analizando la Directiva de 1996, haremos referencia a la señalada Directiva del año 2018.

En todo caso, no podemos olvidar una relevante cuestión, como es que ambas Directivas europeas sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, suponen una excepción respecto de la determinación de la ley aplicable a los contratos de trabajo en virtud del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el Reglamento “Roma I”, cuando se produce un desplazamiento temporal de trabajadores a otro Estado miembro para que éstos desempeñen en otro Estado miembro su labor. Tal como hemos visto en páginas anteriores, la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo, a través del artículo 8 del Reglamento “Roma I” (norma de conflicto específica que contiene el régimen especial de Derecho aplicable para dicha categoría contractual), se realiza en la mayoría de los casos atendiendo a la ley del Estado de origen, teniendo como base la regla general de la *lex loci laboris*, es decir, la ley del país en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo (art. 8.2 RRI). Sin embargo, en virtud de las Directivas europeas sectoriales citadas (Directiva 96/71/CE y Directiva (UE) 2018/957) esto no ocurre respecto a unas determinadas materias que constituyen el denominado “núcleo duro” de las condiciones

⁵⁰⁵ DOCE, de 21 de enero de 1997, núm. L 18.

⁵⁰⁶ DOUE, de 9 de julio de 2018, núm. L 173.

laborales⁵⁰⁷. Se trata de las materias reguladas en el artículo 3 de la Directiva del año 1996, precepto actualizado y modificado por la Directiva de 2018⁵⁰⁸.

Ciñéndonos, en este momento, al ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE, cabe precisar que esta importante cuestión se encuentra regulada en el artículo 1, apartado 3, de la mencionada Directiva. Más detalladamente, los supuestos de desplazamiento que quedan incluidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva 96/71/CE, en base a su artículo 1.3, son aquellas situaciones en las que las empresas establecidas en un Estado miembro, desplacen a trabajadores, de manera temporal, a territorio de otro Estado miembro. Dicho desplazamiento, tal como indica expresamente el primer apartado del artículo 1, ha de efectuarse “*en el marco de una prestación de servicios transnacional*” y, en cumplimiento de alguna de las “*medidas transnacionales*” contempladas en el apartado 3 del mencionado precepto, tales como:

- a) “*desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o*
- b) *desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o*
- c) *en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.*”

⁵⁰⁷ En este mismo sentido, respecto a la Directiva del año 1996, *vid.* D.M. CAIRÓS BARRETO, “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal”, en *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, AAVV (Coord.: O. FOTINOPOULOU BASURKO), Atelier, 2017, p. 122 *in fine*.

⁵⁰⁸ Las materias reguladas en el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE tras la modificación operada por la Directiva (UE) 2018/957 van a ser tratadas en el próximo apartado número 2.

En relación a este último párrafo recogido en el apartado c), conviene tener presente que, en cuanto al ámbito de aplicación, el legislador europeo a través de la Directiva 2018/957, realiza una puntualización sustituyendo las expresiones “empresa de trabajo interino” o “empresa de suministro de mano de obra”, por “empresa de trabajo temporal” o “agencia de colocación”. Desde una perspectiva jurídica, podemos decir que dicha sustitución de denominaciones carece de relevancia, puesto que tal sustitución sólo obedece a una mera actualización de los términos expresados en la Directiva originaria del año 1996 que, con el transcurso del tiempo, quedan algo obsoletos. Además, de esta forma, el legislador de la UE consigue que la Directiva de 2018 esté en sintonía con otras Directivas europeas, especialmente por lo que respecta al término de empresa de trabajo temporal, por ejemplo, con la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal⁵⁰⁹. Ello constituye una manifestación más del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la UE. Además, respecto a este mismo artículo 1, apartado 3, letra c) de la Directiva de 1996, el cual, como hemos señalado, regula el supuesto de desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal (ETT) para, posteriormente, cederlo a una empresa usuaria establecida en otro Estado miembro, cabe puntualizar que si la prestación de servicios (según expone el TJUE, asunto *Michael Dobersberger*, puede consistir en labores de limpieza o de restauración para los pasajeros), se lleva a cabo a bordo de trenes internacionales que circulan por varios Estados miembros, el TJUE ha considerado que dichos trabajadores, teniendo en cuenta que realizan “*una parte importante del trabajo inherente a tales servicios*” en el Estado miembro de origen o en el de destino (siendo este último el Estado miembro en el que está establecida la empresa que les ha asignado la prestación de servicios en trenes internacionales), no se incluyen en el concepto de trabajador “desplazado” a efectos de la Directiva de 1996, ya que no se produce una “*vinculación suficiente*” entre dichos trabajadores y los Estados miembros de la UE por los que circulan estos trenes⁵¹⁰.

Para analizar de forma más ordenada los distintos aspectos relativos al ámbito de aplicación de la citada normativa europea de 1996, los autores D.M. CAIRÓS BARRETO y O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, distinguen entre ámbito objetivo y

⁵⁰⁹ DOUE, de 5 de diciembre de 2008, núm. L 327/9.

⁵¹⁰ STJUE, de 19 de diciembre de 2019, asunto C-16/18, caso *Michael Dobersberger*, fallo publicado en el DOUE, de 24 de febrero de 2020, núm. 61/2. También puede verse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 3570 *in fine* y 3571.

subjetivo de aplicación⁵¹¹. No obstante, recordemos que, desde un punto de vista espacial, el desplazamiento temporal de trabajadores ha de realizarse a nivel intracomunitario. Además, en España la aplicación de la Directiva 96/71/CE también incluye a los países que hayan firmado el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), es decir, incluye a Islandia, Noruega y Liechtenstein⁵¹². Como es sabido, el mencionado Acuerdo es anterior a la Directiva europea de 1996, se firmó el 2 de mayo de 1992 y entró en vigor dos años más tarde, en concreto, el 1 de enero de 1994⁵¹³.

Como puede apreciarse, en virtud del artículo 1, apartado 3, anteriormente transcrito, la Directiva 96/71/CE se aplica a las empresas que desplazan temporalmente a sus trabajadores para que realicen su labor en un Estado miembro diferente al Estado miembro cuya ley rige la relación contractual laboral. La mencionada Directiva, como señalamos, se aplica a las empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea que realicen un desplazamiento temporal, pero con una excepción, las empresas de marina mercante por lo que se refiere al personal navegante. A estas últimas, no les será de aplicación la Directiva 96/71/CE. Esta excepción relativa al ámbito de aplicación, se encuentra expresamente establecida en el apartado 2 del artículo 1 de esta Directiva.

En concreto, los tres supuestos que quedan incluidos dentro del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE son las siguientes situaciones transnacionales de desplazamiento temporal de trabajadores: el desplazamiento en el marco de una relación contractual laboral entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios; el desplazamiento de trabajadores en un centro o en una empresa que pertenezca al grupo; y, el desplazamiento de trabajadores por una empresa de trabajo temporal que cede dichos trabajadores a una empresa usuaria que actúe en un Estado diferente al de la empresa que ha cedido a esos trabajadores.

En estas tres situaciones que implican un desplazamiento transnacional de trabajadores, para la aplicación de la Directiva objeto de nuestro estudio, han de

⁵¹¹ Puede consultarse D.M. CAIRÓS BARRETO, loc. cit., 2017, pp. 123-126; así como, O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo, 2020, pp. 105-110.

⁵¹² A este aspecto hace referencia el apartado 4 de la Exposición de Motivos de la Ley española que transpone, al ordenamiento jurídico español, la Directiva 96/71/CE, Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, publicada en el *BOE*, de 30 de noviembre de 1999, núm. 286.

⁵¹³ *DOCE*, de 3 de enero de 1994, núm. L 1/3.

cumplirse una serie de presupuestos. Así, como denominador común a todas estas situaciones de desplazamiento, tiene que existir una relación contractual laboral, es decir, tiene que existir una relación de trabajo vigente entre la empresa de procedencia y el trabajador desplazado⁵¹⁴. Otro de los presupuestos a tener en cuenta es el objeto o finalidad del desplazamiento, así como, su carácter temporal. Estos presupuestos van a ser tratados a continuación.

En todo caso, debemos tener presente que se trata de desplazamientos transnacionales de trabajadores realizados por cuenta del empleador o empresario y, desde un punto de vista espacial, como ya indicamos, dichos desplazamientos quedan delimitados al territorio de la Unión Europea, es decir, ha de tratarse de un desplazamiento temporal de trabajadores “intra-UE”. En definitiva, el ámbito de aplicación espacial requerido para que resulte de aplicación la Directiva de 1996 y de 2018, así como, en el caso de España la Ley 45/1999 (al ser la ley nacional de transposición), consiste en que el desplazamiento internacional de trabajadores, efectuado en el marco de una prestación de servicios, ha de afectar a dos Estados miembros de la UE, por tanto, ha de tratarse de empresas establecidas en algún Estado miembro. De lo contrario, la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo en cuestión se determinará en virtud del artículo 8 del Reglamento “Roma I”⁵¹⁵. Este presupuesto de índole espacial es extrapolable a la Directiva (UE) 2018/957 que modifica la Directiva de 1996, así como, al Real Decreto-Ley 7/2021, cuyo Título VI transpone la citada Directiva de 2018 al ordenamiento jurídico español⁵¹⁶.

Tal como hemos mencionado anteriormente, uno de los presupuestos que ha de cumplirse, para que una determinada situación de desplazamiento transnacional de trabajadores quede incluida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE (y de 2018), es la existencia de una relación contractual laboral vigente entre la empresa de procedencia y el trabajador desplazado. En cuanto a la exigencia, por parte de la Directiva de 1996, de este presupuesto o requisito, necesario para su aplicación, cabe señalar que lo que persigue la mencionada normativa europea es garantizar que se

⁵¹⁴ En este sentido, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2003. COM (2003) 458 final, p. 5.

⁵¹⁵ Este aspecto puede consultarse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2022, p. 3571; Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 2878. También puede consultarse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada 2018, p. 1168.

⁵¹⁶ El citado Real Decreto-Ley aparece publicado en el *BOE*, de 28 de abril de 2021, núm. 101.

produzca un *auténtico* desplazamiento⁵¹⁷. De hecho, como punto de partida conviene recordar que la forma jurídica más frecuente de llevar a cabo la movilidad transnacional de trabajadores por cuenta de su empleador o empresario, es el desplazamiento temporal en el marco de una prestación de servicios transnacional. Es precisamente la Directiva 96/71/CE la que, durante más de veinte años, ofrece una regulación de carácter específico a esta forma tan típica de movilidad.

No obstante, es curioso observar que la Directiva de 1996, en su artículo 1, no define qué ha de entenderse por el término “desplazamiento” a efectos de dicha normativa europea. Sin embargo, el mencionado precepto únicamente realiza una descripción aproximativa del referido término, al especificar, en su artículo 1, apartado tercero, los tres supuestos de desplazamiento a los que le es de aplicación, tal como hemos detallado en líneas anteriores.

Por otro lado, para que al supuesto en cuestión le sea de aplicación la Directiva 96/71, hemos señalado que ha de tratarse de un auténtico desplazamiento. Por el contrario, es decir, si la relación laboral comienza y concluye cuando también finaliza el propio desplazamiento, la ley aplicable en defecto de elección de ley sería la ley de destino en virtud del artículo 8 del Reglamento “Roma I”⁵¹⁸.

No cabe duda que los distintos supuestos de desplazamiento transnacional de trabajadores, previstos en esta Directiva de 1996, abarcan a una gran multitud de situaciones, todas incluidas dentro del ámbito de aplicación de la mencionada normativa europea. No obstante, aunque el texto de la Directiva intenta abarcar a todos los supuestos posibles de desplazamiento transnacional de trabajadores, debido a la utilización, por parte del legislador europeo, de ciertos conceptos jurídicos que añaden imprecisión a la norma, cabe plantearse si queda fuera de su ámbito de aplicación algún supuesto no contemplado expresamente en el articulado anteriormente expuesto. Desde esta perspectiva conviene señalar, tal como precisa D.M. CAIRÓS BARRETO, que en el marco de la Unión Europea no existía “*un concepto ni un régimen jurídico del fenómeno de la subcontratación, ni un concepto de grupo de empresas válido a los efectos de esta Directiva, ni tampoco existía una regulación jurídica europea de la*

⁵¹⁷ Así lo afirma B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Desplazamiento y Traslado de Trabajadores al Extranjero*, Aranzadi, 2017, p. 72.

⁵¹⁸ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Nº 1, p. 215.

cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal cuando la Directiva 96/71/CE fue dictada”⁵¹⁹.

Debido a que la finalidad de la Directiva de 2018 es actualizar la normativa europea relativa a desplazamientos, dicho texto normativo modifica sustancialmente a la citada Directiva de 1996. A tal efecto, la Directiva de 2018 refuerza las garantías de los trabajadores desplazados, añade nuevos ámbitos sometidos al principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y trabajadores desplazados y, a su vez, amplía la función de control (o de vigilancia) de los distintos Estados. En relación a esta función de control, debemos subrayar que la Directiva de 2018, en su artículo 5, titulado “Vigilancia, control y ejecución”, (anteriormente, su título obedecía a un término más genérico: “Medidas”), establece un régimen sancionador aplicable a las empresas que no cumplan la normativa sobre desplazamientos de trabajadores.

En cuanto a la noción de “trabajador desplazado”, debemos subrayar que es clave, ya que dicha definición va a determinar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 96/71/CE, así como, de la actualmente vigente, Directiva (UE) 2018/957, precisamente, de ello va a depender el “juego conflictual” entre la propia Directiva y el artículo 8 del Reglamento “Roma I”.

Dicho lo cual, conviene precisar, tal como pone de relieve O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, que, el Reglamento número 3 del Consejo de 1958, cuyo artículo 1, aunque no se refiere expresamente a “trabajador desplazado”, establece lo que el legislador europeo de 1958 definía como “trabajador de temporada”, estableciendo que: *“Trabajador de temporada es un trabajador que viaja al territorio de uno de los Estados miembros con el fin de realizar en nombre de uno o más empleados de ese país un trabajo estacional de una duración no superior a ocho meses y que permanezca en el territorio de dicho Estado durante el período de su trabajo”*⁵²⁰. Por tanto, este podría considerarse el primer antecedente normativo respecto de “los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios”.

En el ámbito de la UE, no son muchos los instrumentos normativos en los que se ofreciera una definición de “trabajador desplazado”. Si nos referimos a Directivas,

⁵¹⁹ Vid. D.M. CAIRÓS BARRETO, *loc. cit.*, 2017, pp. 124 *in fine* y 125.

⁵²⁰ Vid. O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, p. 40, incluyendo la nota al pie núm. 55.

podemos citar la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Aunque se trata de una disposición derogada, en virtud de su artículo 1, las disposiciones de dicha Directiva, se refieren a *“los nacionales de un Estado miembro de la Comunidad, bien con vistas a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, bien en calidad de destinatarios”*⁵²¹.

Igualmente, aunque se trata de una disposición derogada, podemos citar la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios⁵²². Su artículo 1, apartado «a», se refiere, entre otros supuestos, a *“los nacionales de un Estado miembro que se hayan establecido o quieran establecerse en otro Estado miembro con objeto de ejercer en él una actividad por cuenta propia o que quieran llevar a cabo en el mismo una prestación de servicios”*.

El Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad⁵²³, refiriéndose al derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Comunidad⁵²⁴, establece que *“tal derecho debe reconocerse indistintamente a los trabajadores «permanentes», de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios”*⁵²⁵.

Por su parte, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad⁵²⁶, se refiere al supuesto en el que *“el trabajador que ejerza una actividad en el territorio de un Estado miembro al servicio de una empresa de la que dependa normalmente y destacado en el territorio de*

⁵²¹ DOCE, de 4 de abril de 1964, núm. 850/64.

⁵²² DOCE, de 28 de junio de 1973, núm. L 172/14.

⁵²³ DOCE, de 19 de octubre de 1968, núm. L 257/2.

⁵²⁴ Considerando tercero del citado Reglamento de 1968.

⁵²⁵ Así queda dispuesto en el Considerando 4 de dicho Reglamento.

⁵²⁶ DOCE, de 5 de julio de 1971, núm. L 149/2.

otro Estado miembro por esta empresa con el fin de efectuar allí un trabajo por cuenta ajena”⁵²⁷.

De estas definiciones se desprende que el desplazamiento de trabajadores obedecía a un tipo determinado de movilidad transnacional, cuya finalidad, además de impulsar la libre circulación de trabajadores, era eliminar las barreras de la libre prestación de servicios en el territorio europeo.

Precisamente, hasta la aparición en escena de la Directiva 96/71/CE, tal como pone de relieve O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, resulta algo sorprendente el hecho de que no existe algún otro texto normativo de Derecho sustantivo en el que se haga referencia a “los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios”⁵²⁸. Desde el año 1996, con la aprobación de citada Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, simplemente atendiendo a su nomenclatura oficial, podemos vislumbrar que este tipo de movilidad laboral va a depender de los empresarios, en la medida en que éstos ejerciten el derecho a la libre prestación de servicios de sus trabajadores. Por este motivo, se trata de una modalidad de desplazamiento de trabajadores muy específica que denota un carácter “temporal” y, distinta a otras modalidades como, por ejemplo, el desplazamiento de los trabajadores migrantes, o también, se trata de una modalidad de desplazamiento completamente diferente a la movilidad de aquellos ciudadanos de la UE que se desplazan, de un Estado miembro a otro Estado miembro, en busca de un empleo.

Por otra parte, debemos destacar que el propio Reglamento “Roma I”, en su Considerando núm. 36, respecto al concepto de “desplazamiento temporal de trabajadores”, señala que *“la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”* y, además, añade que, *“la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”*. En este sentido, cabe puntualizar que lo dispuesto en el citado Considerando, no ha sido, ni mucho

⁵²⁷ Tal supuesto aparece expresamente en el artículo 14, apartado 1, letra «a», i) del referido Reglamento del año 1971.

⁵²⁸ Puede consultarse, O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, p. 41.

menos, suficiente. De hecho, podemos afirmar que, entre los distintos elementos que conforman la noción de “desplazamiento”, el que plantea una problemática mayor es, precisamente, el tratar de definir el elemento relativo a la “temporalidad” ya que, ni el Reglamento “Roma I”, ni su antecesor normativo, el Convenio de Roma de 1980, dotaron de contenido al término “temporalidad” en el contexto de los trabajadores desplazados desde un Estado miembro (Estado de origen) a otro Estado miembro (Estado de destino, o Estado de recepción) para realizar su labor y, de esta forma, poder distinguir con claridad cuándo estamos ante un desplazamiento de trabajadores, en el marco de una prestación de servicios, de carácter “temporal”, o bien, de carácter definitivo⁵²⁹.

Por su parte, la Directiva 96/71/CE, aunque se refiere al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, guarda silencio respecto a la “temporalidad” de dicho desplazamiento. No cabe duda que, el hecho de que la citada Directiva de 1996 no especifique cuándo un desplazamiento se va a considerar “temporal”, genera cierta inseguridad jurídica que, a lo largo de más de veinte años, ha ido afectando y dificultando la efectiva aplicación de las importantes garantías que incorpora este texto normativo⁵³⁰.

La ausencia de un concepto claro de, en este caso, el término “temporal” en relación con el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, supuso una de las cuestiones más problemáticas planteada por la Directiva de 1996 que, recordemos, se trata de un instrumento normativo, elaborado por las instituciones de la UE *ad hoc* en la mencionada materia. Debido, entre otras cuestiones, al silencio del legislador europeo al respecto, ello contribuyó al incremento de abusos y comportamientos fraudulentos, e igualmente, contribuyó a la creación de empresas

⁵²⁹ En cuanto al desplazamiento temporal de trabajadores y sus singularidades, M., GARDEÑES SANTIAGO, “Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur”, *Liber amicorum*, 2011, Lextenso éditions, pp. 255-278.

⁵³⁰ Coincidiendo en este mismo sentido, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “El régimen de ley aplicable a los trabajadores desplazados con carácter temporal tras la Directiva 2018/957/CE”, en *Nuevos escenarios del Derecho Internacional Privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 537 *in fine*. En esta misma línea, O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. Temporalidad en las normas de Derecho Internacional Privado del Trabajo Europeas, *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 2017, pp. 258-262.

ficticias⁵³¹. De forma que, en el contexto descrito, era necesario abordar ciertas modificaciones por parte del legislador europeo respecto a la Directiva de 1996.

La primera de las citadas reformas se materializó con la Directiva 2014/67/UE⁵³² cuya finalidad principal es introducir medidas encaminadas a ofrecer una mayor protección a los trabajadores desplazados y, en definitiva, disponer de un marco normativo más seguro⁵³³.

En aras de alcanzar los necesarios objetivos señalados anteriormente, a través de la mencionada Directiva de 2014, atendiendo a su articulado, podemos apreciar que, en virtud de su artículo 4, (denominado “Identificación de los desplazamientos reales y prevención de abusos y elusiones”), se incluyen determinadas medidas uniformes, así como, una serie de reglas comunes encaminadas a detectar, por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros, aquellos supuestos en los que el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios ha de ser considerado de carácter “temporal”. De la redacción de dicho precepto, queda claro que, en todo caso, las autoridades competentes han de llevar a cabo una “evaluación global de todos los elementos fácticos”⁵³⁴. Por tanto, habrá que analizar minuciosamente caso por caso, para poder determinar si nos encontramos ante un auténtico desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

En mi opinión, el esfuerzo del legislador europeo por delimitar el concepto controvertido referente al carácter “temporal” inherente (a efectos de la Directiva de 1996) a esta modalidad tan específica de desplazamiento de trabajadores, ha sido innegable en la Directiva de 2014, aunque, tampoco haya dotado de un dato cuantitativo

⁵³¹ Tal como puede verse, N. MARCHAL ESCALONA, “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: Hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, núm. 68, pp. 87 *in fine*, a 90, en especial, pp. 89-90.

⁵³² Directiva 2014/67/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de información del Mercado Interior (Reglamento IMI). La mencionada Directiva se encuentra publicada en el *DOUE*, de 28 de mayo de 2014, núm. L 159/11.

⁵³³ Puede verse al respecto el análisis de N. MARCHAL ESCALONA, “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, Vol. LIV, Nº 2, pp. 811-822.

⁵³⁴ Así lo evidencian los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE.

al elemento de la “temporalidad”⁵³⁵ y, por tanto, en este sentido, siga existiendo inseguridad jurídica. No obstante, a pesar de suponer cierto avance, entre otras⁵³⁶, en materia relativa a la protección de los trabajadores desde la perspectiva de la defensa de sus derechos, así como, facilitar las denuncias y el pago de los atrasos (art. 11 de la citada Directiva), es una Directiva que, tal como pone concluye O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, se trata de “una norma de garantía de aplicación de otra”⁵³⁷ que, finalmente, no ha logrado dar solución a los principales problemas de la Directiva de 1996, de hecho, no ha conseguido evitar la necesidad de realizar una labor interpretativa sobre la noción de “temporalidad”⁵³⁸ pero, no cabe duda que la aprobación de esta Directiva de 2014 ha sido necesaria para continuar avanzando, en el marco de la UE, hacia una mejor protección del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios, en definitiva, hacia una “mayor garantía de cumplimiento”⁵³⁹ de la Directiva originaria, la Directiva 96/71/CE.

En consecuencia, fue necesario abordar, por parte del legislador europeo, una segunda reforma, en este caso, a través de la aprobación de la Directiva (UE) 2018/957 que, como es sabido, modifica a la Directiva de 1996.

Por lo que aquí respecta, en cuanto a la definición de “trabajador desplazado”, como hemos visto anteriormente, esta modalidad de desplazamiento de trabajadores, denota un carácter “temporal”, concepto que es necesario definir para poder delimitar el supuesto de hecho al que le resulta de aplicación el Derecho europeo material en el ámbito de los contratos individuales de trabajo. Dicha definición, tal como pone de relieve N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, no tiene por qué tener como elemento principal “el tiempo que dure el desplazamiento, sino el regreso del trabajador al Estado de origen al finalizar la prestación del servicio sin llegar a acceder, en ese caso, al

⁵³⁵ En cuanto a la “temporalidad del desplazamiento”, puede consultarse el exhaustivo análisis de F.J. ABELLEIRA, “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, N° 1, pp. 216-218.

⁵³⁶ Nos referimos también a las siguientes materias tratadas a lo largo del articulado de la Directiva de 2014, como son, mejorar el acceso a la información sobre las condiciones de empleo (art. 5), fomentar la cooperación entre las autoridades de los diferentes Estados miembros (arts. 6-8), establecer determinados requisitos administrativos y medidas de control, siempre compatibles con el Derecho de la UE, por parte de los Estados miembros para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones previstas tanto en la Directiva de 2014 como en la de 1996 (art. 9), mejorar la efectividad de las inspecciones de trabajo (art. 10) y, facilitar la ejecución transfronteriza de sanciones y multas (art. 13 y siguientes).

⁵³⁷ Vid. O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, p. 304 *in fine*.

⁵³⁸ Puede verse al respecto, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *loc. cit.*, 2017, pp. 258-259. Así como, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *loc. cit.*, 2021, pp. 537 *in fine* y 538.

⁵³⁹ Igualmente, puede consultarse O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, p. 305.

mercado de empleo del Estado de acogida”⁵⁴⁰. De manera que, el detectar la temporalidad en los desplazamientos de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios en el marco de la UE, en principio, va a depender (no del contenido cuantitativo) sino, de las circunstancias específicas que se den en cada supuesto, incluyendo aspectos como la voluntad de regresar al país de origen, e igualmente, de la integración del trabajador en cuestión, al mercado laboral del Estado de destino (o de acogida)⁵⁴¹.

Recordemos que, tal como vimos en páginas anteriores, el Reglamento “Roma I”, en su artículo 8, no incluye una noción de “temporalidad”, sino que es en el Considerando núm. 36 del mencionado texto normativo en el que se indica, sin incluir algún elemento cuantitativo, por tanto, de modo muy similar, en qué circunstancias puede existir un desplazamiento “temporal” de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, haciendo referencia a elementos fácticos, como son, el regreso del trabajador y la reanudación del desempeño de su labor en el Estado miembro de origen.

No obstante, a diferencia de la Directiva originaria de 1996 y de la Directiva que supuso su primera reforma, la Directiva 2014/67/UE, atendiendo a que, en principio, se evitaría ocasionar inseguridad jurídica sin una precisión de carácter cuantitativo sobre el elemento de la “temporalidad”, el legislador europeo mediante la Directiva (UE) 2018/957, introduce en su artículo 3, un nuevo apartado («1 bis») en el que, por primera vez, delimita cuantitativamente el elemento de la temporalidad.

En concreto, la citada Directiva de 2018, realiza en el nuevo apartado 1 bis de su artículo 3, una importante diferenciación entre trabajadores temporalmente desplazados (hasta 12 meses) y, los trabajadores desplazados de larga duración (de 12 a 18 meses). Aunque, la ampliación de la temporalidad a partir de los 12 meses se produce de forma excepcional, la Directiva (UE) 2018/957 introduce una nueva categoría de trabajador desplazado, el trabajador desplazado de larga duración.

⁵⁴⁰ Interesante análisis el realizado por N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *loc. cit.*, 2021, p. 539.

⁵⁴¹ En este mismo sentido, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *loc. cit.*, 2021, p. 539.

2. Condiciones de empleo y trabajo que han de ser garantizadas

Para ocuparnos de las condiciones de empleo y trabajo que han de ser garantizadas, debemos hacer obligada referencia al artículo 3 de la Directiva 96/71/CE e, ir analizando la modificación al respecto operada por la Directiva (UE) 2018/957.

Los trabajadores que, en el marco de una prestación de servicios, hayan sido temporalmente desplazados a otro Estado miembro, gozarán de las garantías laborales establecidas en el ordenamiento jurídico del Estado de destino establecidas en el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 96/71/CE, precepto modificado por la Directiva (UE) 2018/957.

Realizando una labor comparativa entre dicho precepto, redactado por la Directiva originaria de 1996, y su modificación tras la Directiva de 2018, podemos precisar que, debido a que la Directiva (UE) 2018/957, como vimos anteriormente, distingue entre los trabajadores desplazados temporalmente por un período máximo de 12 meses y, por otro lado, los trabajadores desplazados de larga duración (de 12 a 18 meses), la Directiva de 2018 establece, para esta nueva categoría de trabajadores desplazados, un régimen específico ya que se trata de una figura distinta al trabajador desplazado temporalmente por un máximo de 12 meses⁵⁴² y, al trabajador del Estado de destino.

Atendiendo al artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, tras su modificación por la Directiva (UE) 2018/957, las condiciones de empleo y trabajo que han de ser garantizadas a los trabajadores temporalmente desplazados (intra-UE), en el marco de una prestación de servicios, son las siguientes: períodos máximos de trabajo, períodos mínimos de descanso; duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías del salario mínimo (a lo que la Directiva de 2018 denomina como “*remuneración*”), incluido el incremento por horas extraordinarias; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de las agencias de trabajo interino (expresión actualizada en la Directiva de 2018, quedando redactada por el legislador europeo como: “*las condiciones de desplazamiento de los trabajadores, en particular*

⁵⁴² Denominado como trabajador desplazado “ordinario” por N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *loc. cit.*, 2021, p. 542.

por parte de la empresa de trabajo temporal”); la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes (en este punto, la Directiva de 1996 se refería expresamente a las condiciones de trabajo “y empleo”); la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación; las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual (materia incluida en la Directiva de 2018 y no en la normativa de 1996); y, por último, los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de sus domicilios por motivos profesionales (igualmente, se trata de una materia incluida en la Directiva de 2018, no en la Directiva de 1996).

Por tanto, en una primera aproximación, podemos señalar que la Directiva (UE) 2018/957, en cierta forma, respecto de la Directiva 96/71/CE, amplía las materias consideradas como el núcleo duro de las condiciones de trabajo.

Además de las materias citadas y establecidas en la Directiva de 1996, los trabajadores desplazados temporalmente, en virtud de la Directiva (UE) 2018/957, gozarán de las condiciones de alojamiento establecidas en la legislación del país de destino, así como, de los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de sus domicilios por motivos profesionales⁵⁴³.

En consecuencia, podemos afirmar que la Directiva (UE) 2018/957, respecto de la Directiva 96/71/CE, amplía las materias consideradas como el núcleo duro de las condiciones de trabajo. De manera que, teniendo como base el principio tuitivo hacia el trabajador, en tanto que es la parte débil de la relación contractual, dicha Directiva europea sectorial de 2018, ofrece una mayor protección a los trabajadores desplazados temporalmente por un plazo no superior a 12 meses.

⁵⁴³ Materia incluida en la Directiva de 2018, a través de dos nuevos apartados («h», «i», respectivamente), ampliando el párrafo 1º del artículo 3 de la Directiva originaria. Por tanto, estas dos cuestiones no fueron reguladas por la Directiva de 1996.

La ley aplicable a todas estas materias, en virtud de la Directiva 96/71/CE y, posteriormente, en virtud de la Directiva (UE) 2018/957 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, será la ley del país de destino y no la ley determinada por la norma de conflicto específica para contratos individuales de trabajo (artículo 8 del Reglamento “Roma I”).

Al margen de lo anterior, creemos conveniente destacar la protección que reconoce la Directiva (UE) 2018/957 a los trabajadores desplazados por las empresas de trabajo temporal (o, también conocidas como “agencias de colocación”). La Directiva (UE) 2018/957, ha incluido un nuevo apartado al artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE, se trata del apartado «1 *ter*». De manera que, la citada Directiva de 2018, teniendo en cuenta, en la propia redacción del artículo 3.1 *ter*, que la Directiva (CE) 2008/104 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (ETTs)⁵⁴⁴, establece en su artículo 5.1 la igualdad de trato entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria, mediante el mencionado artículo 3.1 *ter*, la Directiva de 2018 establece que los Estados miembros han de garantizar que las condiciones de trabajo que se aplican a los trabajadores desplazados por ETTs de un Estado miembro diferente a aquel Estado miembro en el que se realiza la prestación de servicios de manera temporal, sean las mismas condiciones que se aplican a los trabajadores de la empresa usuaria (trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal establecidas en el país en el que se realiza el trabajo)⁵⁴⁵. De hecho, la citada Directiva de 2018 da un paso más respecto a la protección de los trabajadores desplazados por empresas de trabajo temporal ya que, el legislador europeo, en esta ocasión, se expresa en términos de obligatoriedad, por lo que lo establecido en el artículo 3.1 *ter* introducido por la Directiva (UE) 2018/957, es un mandato legal impuesto a todos los Estados miembros, a diferencia de la mera opción para los Estados establecida en el artículo 5 de la Directiva (CE) 2008/104⁵⁴⁶. De tal forma, podemos decir que se evitaría el problema de coordinación descrito entre, en este caso, dos Directivas europeas sectoriales en materia de contratos individuales de trabajo, en aras de alcanzar el ansiado principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

⁵⁴⁴ DOUE, de 5 de diciembre de 2008, núm. L 327/9.

⁵⁴⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, pp. 110-118, especialmente, pp. 117-118.

⁵⁴⁶ En cuanto a este aspecto y otras cuestiones, D.M. CAIRÓS BARRETO, *loc. cit.*, 2017, pp 147-148. Así como, N. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, 2019, pp. 99-100.

Por otro lado, tal como hemos mencionado anteriormente, la Directiva (UE) 2018/957 consagra, a través del apartado 1 *bis*, incorporado al artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, una nueva modalidad de trabajadores desplazados, nos referimos a “los trabajadores desplazados de larga duración” (de 12 a 18 meses). Sin duda, podemos decir que se trata de la mayor aportación llevada a cabo por dicha Directiva de 2018 que, no olvidemos, se sigue fundamentando en la libre prestación de servicios⁵⁴⁷.

De hecho, la existencia de esta modalidad de trabajadores desplazados constituye un avance por parte del legislador europeo dirigido a la efectiva protección de los derechos de los trabajadores desplazados teniendo como base el principio de igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los trabajadores del país de destino. Recordemos que la Directiva 96/71/CE se considera una “Directiva de mínimos” ya que, únicamente se limitaba a garantizar, al trabajador desplazado, un “núcleo mínimo” de disposiciones laborales, reconocidas en el país de destino, y de aplicación obligatoria al trabajador desplazado en aquello que le fuera más favorable que lo establecido por las normas laborales del país de origen, en materias fundamentales para el trabajador desplazado, (materias que han sido enumeradas en el artículo 3.1, de la Directiva 96/71/CE). Sin embargo, la Directiva (UE) 2018/957, además de garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores desplazados intra-UE, en el marco de una prestación de servicios, (derechos y garantías enumeradas en el artículo 3 de la Directiva originaria de 1996), puede ser un texto normativo “de máximos”⁵⁴⁸.

Por ejemplo, en cuanto a la cuantía del salario, la Directiva 96/71/CE únicamente garantizaba al trabajador desplazado el “salario mínimo” establecido en la normativa laboral del Estado de destino. En este sentido, la Directiva (UE) 2018/957, fundamentándose en la igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los trabajadores del país de destino (artículo 3.8), garantiza una “protección de máximos” en materia salarial obligando al empresario a remunerar al trabajador desplazado conforme al concepto de remuneración contenido en la legislación laboral del Estado miembro de destino, incluyendo como parte de dicha remuneración, los complementos

⁵⁴⁷ Tal como pone de relieve N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *loc. cit.*, 2021, p. 542.

⁵⁴⁸ Puede verse N. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, 2019, p. 102.

específicos por desplazamiento (gasto de transporte, alojamiento, dietas, etc.)⁵⁴⁹. De este modo, el nuevo Derecho de la UE, al reconocer en materia salarial el principio de igualdad de trato entre los trabajadores desplazados (nos referimos a los desplazados temporalmente, así como, a los desplazados de larga duración) y, los trabajadores del Estado miembro de destino, garantiza una protección de máximos en dicha materia. A lo que podemos añadir que, esta nueva dirección que, en materia salarial, marca claramente la Directiva (UE) 2018/957, tal como señala N. MARCHAL ESCALONA, “*pretende guardar un efectivo equilibrio entre la protección efectiva del trabajador y la libre prestación de servicios de las empresas europeas (...)*”⁵⁵⁰.

No obstante, a pesar de lo plausible que puede llegar a considerarse la medida que acabamos de hacer alusión, no podemos olvidar que el concepto de lo que se entienda, o no, por “remuneración” está condicionado por el Derecho de cada Estado miembro de destino. En este sentido, en mi opinión, podría ser un tanto criticable el hecho de que el legislador europeo no establezca un concepto autónomo y, por tanto, común a los Estados miembros de la UE, respecto a qué se entiende por el término “remuneración”, que, como tal concepto autónomo, pueda ser interpretado de la misma forma en todos los Estados miembros de la UE, a efectos de ser garantizado a la totalidad de los trabajadores desplazados (temporales, o bien, de larga duración) a otros Estados miembros en el marco de una prestación de servicios.

Por otra parte, podemos decir que, *a priori*, el que la Directiva (UE) 2018/957, al incluir la modalidad de los trabajadores desplazados de larga duración (de 12 a 18 meses), haya ampliado el ámbito de protección de los trabajadores a los que se les garantiza las condiciones laborales del país de destino y, el hecho de establecer un valor cuantitativo, arrojando claridad y, por tanto, mayor seguridad jurídica, en cuanto al concepto (hasta ahora indeterminado) relativo a la “temporalidad”, son aspectos positivos pero, no por ello, la aplicación de la Directiva de 2018 va a estar exenta de problemas interpretativos. En este sentido, respecto a los trabajadores desplazados de larga duración, en los supuestos en los que el desplazamiento en el marco de una prestación de servicios, a otro Estado miembro, supere los 18 meses, una cuestión que

⁵⁴⁹ Más información sobre la cuestión salarial, O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, pp. 118-136.

⁵⁵⁰ *Vid.* N. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, 2019, p. 105.

se debe tener en cuenta es que dichos trabajadores se considerarán integrados en el mercado laboral del país de destino. En consecuencia, su relación contractual, en principio, se regulará (en defecto de autonomía conflictual), por otra nueva *lex loci laboris* (art. 8.2 RRI) pero, cabe plantearse qué ocurrirá si, al finalizar la prestación de servicios en el país de destino, dichos trabajadores regresan al país de origen. Incluso, se ha llegado a considerar que los trabajadores desplazados de larga duración que superen los 18 meses, queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2018/957 pero, incluidos en el Considerando 36 del Reglamento de Roma I⁵⁵¹.

3. Problema del “*dumping* social internacional”: necesaria referencia a la Directiva 96/71/CE y a la Directiva (UE) 2018/957

Para el tratamiento del fenómeno conocido como “*dumping* social internacional”, debemos tener presente que se trata de un concepto cuya definición, más que proceder de nuestro ordenamiento jurídico, o bien, del Derecho de la Unión Europea, podemos decir que ha emergido de la propia experiencia en el terreno práctico. En palabras de U. BELINTXON MARTÍN, se puede considerar como “*dumping* social”, “*aquellas prácticas que pretenden, en ocasiones mediante sociedades ficticias y/o sociedades buzón, eludir las normas de acceso a un determinado sector comercial, con el objetivo de obtener ventajas competitivas (entre otras: menor coste de producción, menores costes salariales/laborales y de seguridad social, empeoramiento de las condiciones contractuales, menor fiscalidad, menores costes de matriculación de vehículos), y generando frente al resto de competidores una competencia absolutamente desleal, e incurriendo en fraude y en abuso en relación con el desplazamiento de trabajadores y el acceso a las prestaciones sociales.*”⁵⁵².

Recordemos que, atendiendo al régimen conflictual específico establecido en el artículo 8.2 del Reglamento “Roma I”, la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo (en defecto de autonomía conflictual), será la ley del lugar en el

⁵⁵¹ Tal como ha expresado N. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, 2019, p. 98. Igualmente, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *loc. cit.*, 2021, p. 543.

⁵⁵² Definición aportada por U. BELINTXON MARTÍN, “*Dumping social, desarmonización socio-laboral y Derecho Internacional Privado: La des-Unión Europea*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, Tomo XVI, p. 622.

que el trabajador realiza habitualmente su trabajo (criterio de la *lex loci laboris*) y, teniendo en cuenta que, este mismo precepto señala que, “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice, con carácter temporal, su trabajo en otro país”, en virtud de dicho precepto, en caso de desplazamiento internacional de trabajadores, la ley aplicable al contrato individual de trabajo sigue siendo la ley en cuyo territorio el trabajador presta sus servicios habitualmente, es decir, sigue siendo la ley del país de origen.

Esta regla general establecida en el artículo 8.2 del Reglamento “Roma I”, teniendo en cuenta que, el desplazamiento de trabajadores es un elemento inherente a la libre prestación de servicios y que, en la medida en que existen diferencias, entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE, respecto a costes salariales, así como, a los costes de seguridad social, puede dar lugar a innumerables situaciones de *dumping social*⁵⁵³.

Como es sabido, la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 45/1999⁵⁵⁴, introduce una regulación específica del desplazamiento internacional de trabajadores que, posteriormente, ha sido modificada por la Directiva (UE) 2018/957 y, transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Título VI del Real Decreto-Ley 7/2021⁵⁵⁵. De manera que, para tratar de evitar los problemas de *dumping social* internacional, el Derecho de la UE, como vimos en páginas anteriores, obliga a respetar la ley del Estado miembro de destino en materias fundamentales para el trabajador (artículo 3). En consecuencia, tanto la Directiva de 1996 como la Directiva de 2018 son normas “antidumping”, normas complementarias al Reglamento “Roma I” que, en cierta medida, restringen la libre prestación de servicios en aras de ofrecer una protección más efectiva a los trabajadores desplazados y, teniendo como base el artículo 23 del Reglamento “Roma I”, prevalecen sobre el régimen establecido en su artículo 8. En sede de Derecho aplicable, (al igual que ocurre en el sector de la competencia judicial internacional en el marco del RBI bis), la materia

⁵⁵³ Acerca de este aspecto, D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2019, núm. 142, p. 39.

⁵⁵⁴ BOE, de 30 de noviembre de 1999, núm. 286.

⁵⁵⁵ BOE, de 28 de abril de 2021, núm. 101. En concreto, el Título VI del Real Decreto-Ley 7/2021, aparece en, Sección I. p. 49884.

relativa a la seguridad social queda fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I” y de las mencionadas Directivas europeas sectoriales, pese a ello, tal como pone de relieve D. CARRASCOSA BERMEJO, debemos destacar que la “*eficacia antidumping*” de ambas Directivas “*se manifiesta incluso indirectamente en el campo de la Seguridad Social*”, ello se debe a que “*si se incrementan los salarios de los desplazados por la aplicación de la normativa laboral del Estado de destino, también subirán las cotizaciones que por estos trabajadores se deberán pagar al sistema de la Seguridad Social del Estado de origen al que, en principio, siguen vinculados*”⁵⁵⁶.

En este sentido, el Derecho de la UE (que sigue teniendo como base la libre circulación de trabajadores), al igual que las normas de transposición españolas, tiene como finalidad principal garantizar los derechos laborales de aquellos trabajadores que hayan sido desplazados temporalmente de un Estado miembro a otro, así como, garantizar la coherencia del mercado laboral del país de destino⁵⁵⁷.

Como tuvimos ocasión de ver en el apartado anterior, a través de la Directiva (UE) 2018/957, la cual introduce elementos cuantitativos de temporalidad que, a su vez, incluye una nueva modalidad de trabajador desplazado como es el trabajador desplazado de larga duración (de 12 a 18 meses), el legislador europeo consigue avanzar en la protección de los trabajadores desplazados en la medida que proporciona ciertas herramientas que ayudan al operador jurídico a detectar más precisamente el supuesto de hecho en el que, de forma obligatoria, sería de aplicación el Derecho derivado de la UE, en este caso, la Directiva originaria de 1996 tras su modificación por la Directiva (UE) 2018/957, disminuyendo los indeseables efectos del *dumping* social internacional.

II. ALCANCE DEL FORO DE COMPETENCIA JUDICIAL PREVISTO EN LA DIRECTIVA 96/71/CE

1. El lugar de prestación temporal de los servicios como regla especial de competencia judicial internacional: foro *ad hoc* en

⁵⁵⁶ Véase, D. CARRASCOSA BERMEJO, *loc. cit.*, 2019, p. 43 *in fine*.

⁵⁵⁷ Este aspecto puede consultarse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2022, p. 3570.

relación con los foros previstos en el Reglamento (UE) n° 1215/2012

En el marco de la Unión Europea, el texto normativo para solucionar los problemas de competencia judicial internacional (en adelante, cji) que presenten los litigios internacionales en materia de contratos individuales de trabajo, como es sabido, es el Reglamento (UE) n° 1215/2012, relativo a competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Texto normativo conocido comúnmente como Reglamento “Bruselas I bis” (RBI bis).

El citado instrumento normativo de la UE contiene un régimen general para la generalidad de los litigios internacionales en materia civil y mercantil de carácter patrimonial (arts. 4-9) y, un régimen especial de cji, fundamentado en el principio de protección hacia la parte débil de la relación litigiosa, coincidiendo en este aspecto con el Reglamento “Roma I”. En virtud del régimen especial de cji, se determinan los tribunales competentes cuando se trate de un litigio internacional derivado de unas determinadas categorías contractuales cuyo denominador común es que, en cada una de ellas existe un desequilibrio entre la posición negocial de las partes. Este es el caso de determinados contratos en materia de seguros (arts. 10-16), en aquellos contratos de consumo en los que intervenga un consumidor pasivo (arts. 17-19) y, en materia de contratos individuales de trabajo (arts. 20 a 23).

En materia de contratos individuales de trabajo, los foros de cji contenidos en el RBI bis, son foros de protección cuyo objetivo es proteger al trabajador a la hora de determinar los tribunales competentes. De forma resumida, podemos decir que, cuando en un litigio internacional derivado de un contrato individual de trabajo, el demandante sea el trabajador, éste podrá demandar al empresario domiciliado en un Estado miembro, ante los tribunales del domicilio del empresario demandado o, ante los tribunales del Estado miembro del lugar de prestación de los servicios, o, si el trabajador no desempeña habitualmente su trabajo en un único Estado miembro, el trabajador podrá demandar al empresario ante los tribunales del Estado miembro del lugar de situación del establecimiento contratante (art. 21 RBI bis).

Precisamente, una de las novedades más importantes del RBI bis en materia de contratos individuales de trabajo, se produce respecto del foro del lugar de prestación de los servicios y respecto al foro del lugar de situación del establecimiento contratante. La mencionada novedad, introducida por el legislador europeo, en el apartado 2 del artículo 21 del RBI bis, consiste en que, cuando el empresario no esté domiciliado en un Estado miembro, ni posea una sucursal agencia o cualquier otro tipo de establecimiento en un Estado miembro, el empresario podrá ser demandado por el trabajador ante los tribunales de un Estado miembro teniendo como base cualquiera de los dos foros citados anteriormente. Esta opción no la contemplaba el RBI (antecesor directo del RBI bis), ni el Convenio de Bruselas de 1968, cuya regla general de aplicación espacial de las normas reguladoras de cji exigía que el demandado estuviera domiciliado en un Estado miembro de la UE.

De igual forma, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, también resultan competentes los tribunales elegidos por trabajadores y empresarios pero, para evitar una imposición de jurisdicción por parte del empresario hacia el trabajador, las cláusulas de elección de foro o acuerdos atributivos de competencia, en aras de la función tuitiva que caracteriza este régimen especial de cji, han de cumplir alguna de las circunstancias reguladas en el artículo 23 RBI bis, es decir, las cláusulas de elección de foro han de ser posteriores al litigio, o bien, deben dar la posibilidad al trabajador de realizar demandas ante tribunales distintos, sean o no de un Estado miembro, de los establecidos en el artículo 21 del RBI bis.

Ahora bien, en el ámbito de la UE, en los supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, a los foros que acabamos de citar, regulados en el régimen especial de cji contenido en el RBI bis (art. 21), hay que añadirles el foro introducido por la Directiva 96/71/CE, en su artículo 6. En concreto, nos referimos al foro del lugar de prestación temporal de los servicios laborales. En este caso, se trata de un foro especial complementario a los previstos en el artículo 21 del RBI bis⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Respecto al carácter complementario se refieren F. RUIZ LINAZA y P. OLÁBARRI CANDELA, “Comentario del artículo 21 del Reglamento «Bruselas I bis»”, en *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez-Llorca, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 490. En el mismo sentido, lo pone de relieve, O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, p. 141. Igualmente, acerca

En virtud del foro del lugar de prestación temporal de los servicios laborales, introducido por la Directiva originaria de 1996, el trabajador tiene la posibilidad de interponer su demanda contra el empresario tanto en el Estado miembro donde se realiza el trabajo con carácter temporal como, en cualquier otro Estado miembro. En este mismo sentido, conviene precisar que, atendiendo al tenor literal del artículo 6 de la Directiva 96/71/CE, el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar su acción judicial en el Estado miembro donde dicho trabajador esté o haya sido desplazado de forma temporal⁵⁵⁹. A lo que hay que añadir que, esta opción sigue siendo viable incluso cuando ya haya finalizado la relación laboral. Ello encuentra su justificación en otra de las Directivas europeas sectoriales en materia de contratos individuales de trabajo, (objeto de estudio en páginas anteriores), nos referimos a la Directiva 2014/67/UE relativa, entre otras cuestiones, a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. Más concretamente, nos referimos al artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2014/67/UE, cuya finalidad es, además de garantizar el cumplimiento de la citada Directiva originaria de 1996, garantizar el cumplimiento, “en particular” de su artículo 6, precepto que, en sede de competencia judicial internacional y en aras del principio de protección, introduce esta otra posibilidad en beneficio del trabajador.

Podemos decir que, el alcance de dicho foro especial, es amplio ya que, en aras de la función tuitiva de los foros de protección hacia la parte que ocupa una posición negocial más desventajosa, (foros establecidos en el art. 21 del RBI bis y, en el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE que, introduce el citado foro especial que, a su vez, complementa a los regulados en el régimen especial de cji del RBI bis), el foro del lugar de la prestación temporal de los servicios laborales facilita el acceso a la justicia de los trabajadores desplazados temporalmente a otros Estados miembros en el marco de una prestación de servicios. En definitiva, el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE (transpuesto al ordenamiento jurídico español por el artículo 16 de la Ley 45/1999), al incrementar el número de órganos jurisdiccionales estatales ante los que el trabajador desplazado temporalmente a otro Estado miembro puede presentar su demanda contra el empresario, facilita el acceso a la justicia a la parte débil de la relación litigiosa.

del carácter complementario del foro especial introducido por la Directiva 96/71/CE, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Decimosegunda edición, 2022, p. 707.

⁵⁵⁹ Dicho precepto relativo a la competencia judicial, dispone expresamente que, “A fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio *esté o haya estado desplazado* el trabajador (...)”.

Realizando una labor comparativa entre la Directiva 96/71/CE y la Directiva (UE) 2018/957 que modifica a la anterior, el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE es uno de los preceptos que no ha sido objeto de modificación por el legislador europeo. Por tanto, dicho foro *ad hoc* no ha sufrido cambio alguno. Aunque, un aspecto que, a mi modo de ver, podría plantearse es que, si los elementos cuantitativos introducidos por el legislador europeo en la Directiva (UE) 2018/957 para delimitar la “temporalidad” del desplazamiento, distinguiendo entre trabajadores temporalmente desplazados (si el desplazamiento no es superior a 12 meses) y, trabajadores desplazados de larga duración (de 12 a 18 meses), en la medida que, dicho desplazamiento se produce en el marco de una prestación de servicios, la delimitación temporal se entendería, igualmente, respecto de la temporalidad de la prestación. En cuyo caso, aunque dicho foro especial no ha sufrido alteración alguna, ganaría en seguridad jurídica en virtud de la Directiva (UE) 2018/957.

En mi opinión, en la medida en que la existencia del foro del lugar de la prestación temporal de los servicios laborales, introducido vía Directiva, consigue que exista la posibilidad, por parte de los tribunales del país de destino, de velar y salvaguardar el cumplimiento de las condiciones de trabajo más beneficiosas al trabajador y, ello, sin perjuicio de que el trabajador disponga de las restantes opciones descritas anteriormente y reguladas en el Reglamento “Bruselas I bis”, ya que el foro especial, previsto en la Directiva 96/71/CE, es complementario de los demás foros de protección previstos en el RBI bis, constituye otro de los avances del legislador europeo hacia la efectiva protección del trabajador desplazado temporalmente, en esta ocasión, en sede de competencia judicial internacional. De hecho, si tenemos en cuenta que la Directiva 96/71/CE tiene como objetivos principales, tal como pone de relieve J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, lograr “*compatibilizar los principios de competencia leal y libre prestación de servicios, con la aplicación de un régimen legal de protección del trabajador extensible a aquellos trabajadores que desempeñen temporalmente un trabajo en un Estado miembro*”⁵⁶⁰, el foro introducido por la citada Directiva de 1996 como regla especial de competencia judicial internacional (foro *ad hoc*), es una mera consecuencia de la protección que el legislador

⁵⁶⁰ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 708.

européo otorga al trabajador desplazado temporalmente a otro Estado miembro en el marco de una prestación de servicios.

2. Análisis del artículo 16 de la Ley 45/1999 y del Título VI del Real Decreto-Ley 7/2021

A diferencia de los Reglamentos de la Unión Europea que son directamente aplicables, las Directivas europeas, incluidas las elaboradas por las instituciones de la UE en determinados sectores de la contratación (agencia, seguros, consumo, trabajo), al no ser directamente aplicables, necesitan ser transpuestas a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos Estados miembros para poder ser efectivamente aplicables.

Recordemos que las Directivas europeas no tienen como finalidad unificar los ordenamientos jurídicos internos de los distintos Estados miembros de la UE, sino que tratan de armonizar, en la medida de lo posible, dichos ordenamientos jurídicos.

En concreto, la Directiva 96/71/CE ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. La Ley 45/1999 ha sido modificada el 2 de marzo de 2022⁵⁶¹.

La citada Directiva de 1996 establece una serie de medidas con el objetivo de garantizar que, los desplazamientos temporales de los trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios, se realicen al amparo de determinadas condiciones laborales del Estado miembro de destino, siempre y cuando dichas condiciones sean más favorables para los trabajadores desplazados que las del Estado miembro de origen. En definitiva, la protección hacia el trabajador desplazado, al depender de las condiciones laborales del país de destino cuando éstas le resulten más favorables, puede dar lugar a diferentes niveles de protección⁵⁶².

Al margen de lo anterior, atendiendo a la redacción literal del artículo 16, apartado 1, de la Ley 45/1999 que, ha sido el precepto que adapta, al ordenamiento

⁵⁶¹ BOE, de 30 de noviembre de 1999, núm. 286.

⁵⁶² Coincidiendo en esta misma línea con O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2020, p. 142.

jurídico español, el foro especial de competencia judicial internacional previsto en el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE, podemos decir que, la redacción por parte del legislador español del citado artículo 16.1 es excesivamente defectuosa y, en consecuencia, se trata de una norma, cuanto menos, confusa e imprecisa⁵⁶³.

Con base en el artículo 16.1 de la Ley 45/1999, relativo a la competencia de la jurisdicción social, los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer las cuestiones litigiosas que se susciten en aplicación de la citada Ley cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente a España. Mediante dicho precepto, en virtud del foro del lugar de la prestación temporal de los servicios laborales en España, serán competentes los tribunales españoles.

Ahora bien, tal como he adelantado anteriormente, teniendo en cuenta que la Ley 45/1999 ha sido modificada el 2 de marzo de 2022, podemos apreciar que la redacción del mencionado precepto no guarda una total sintonía con la Directiva (UE) 2018/957 que, como es sabido, modifica a la Directiva 96/71/CE, en el sentido en que, el legislador español no especifica, en el artículo 16.1, los valores cuantitativos respecto a la temporalidad del desplazamiento introducidos por la mencionada Directiva de 2018.

Ciertamente, la Directiva (UE) 2018/957 ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores⁵⁶⁴. En concreto, nos referimos al Título VI del citado Real-Decreto Ley, que se denomina “Transposición de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”⁵⁶⁵.

A su vez, el Título VI del citado Real-Decreto Ley modifica a la Ley 45/1999. Debido a que el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE no ha sufrido alteración alguna, no aparece en el Directiva (UE) 2018/957 ni, lógicamente, en el Título VI del Real

⁵⁶³ Sobre este aspecto del artículo 16 de la Ley 45/1999, puede consultarse, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 2022, p. 707 *in fine*.

⁵⁶⁴ BOE, de 28 de abril de 2021, núm. 101.

⁵⁶⁵ BOE, de 28 de abril de 2021, núm. 101. Sección I. p. 49884.

Decreto- Ley 7/2021. Como hemos visto, la regla especial de competencia judicial relativa al foro del lugar de la prestación temporal de los servicios laborales, permanece intacta en la confusa redacción que el legislador español utiliza en el artículo 16 de la Ley 45/1999, norma de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 96/71/CE.

Por último, debemos referirnos, aunque sea brevemente, al régimen autónomo español de competencia judicial internacional contenido en el artículo 25 de la LOPJ 6/1985⁵⁶⁶, relativo al orden social. Recordemos que la reforma operada por la LOPJ 7/2015 no afectó a dicho precepto, sino que modificó el artículo 22 que regula los foros generales de cji para la generalidad de los supuestos.

En los casos de contratos individuales de trabajo no cubiertos por el Reglamento “Bruselas I bis” ni por algún Convenio internacional en vigor para España, la determinación de los tribunales competentes, se llevará a cabo con arreglo al artículo 25 de la LOPJ 6/1985, debido al carácter subsidiario de todos los sistemas autónomos estatales de Derecho Internacional privado, entre ellos, el sistema autónomo español. Por tanto, tal como puso de relieve la STJUE, de 25 de febrero de 2021, asunto *Markt24 GmbH*⁵⁶⁷, se trata de una norma de carácter residual.

En concreto, el art. 25, apartado 1, de la LOPJ 6/1985, establece que los Tribunales españoles serán competentes en litigios derivados de contrato de trabajo en los siguientes supuestos: Cuando los servicios se hayan prestado en España. O, cuando el contrato se haya celebrado en territorio español. O, cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o, una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España (concepto de domicilio en sentido amplio). O, cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, con independencia del lugar de prestación de los servicios o celebración del contrato. Y, por último, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

⁵⁶⁶ BOE, de 2 de julio de 1985, núm. 157.

⁵⁶⁷ DOUE, de 14 de abril de 2021, núm. C 138/10. En el fallo de la mencionada STJUE, queda claro que, en este supuesto de contrato celebrado en un Estado miembro para un empleo en otro Estado miembro, es de aplicación el artículo 21, apartado 1, letra «b», inciso «i» del RBI bis (régimen especial de cji), en consecuencia, se excluye la aplicación de las normas nacionales de competencia.

Como se puede apreciar, el artículo 25 LOPJ en ningún momento hace referencia a los foros de sumisión, en este caso, a los tribunales españoles. Por tanto, en los escasos supuestos que resulte de aplicación dicho precepto, se debe considerar que no opera el principio de la autonomía de la voluntad, de manera que empresario y trabajador no podrán acordar o elegir los tribunales competentes⁵⁶⁸. No obstante, con arreglo a dicho precepto, al ordenar los distintos foros de forma alternativa, otorga a los órganos jurisdiccionales españoles, en litigios internacionales derivados de contratos de trabajo, un volumen muy amplio de competencia judicial internacional ya que los tribunales españoles serán competentes para conocer de los litigios internacionales en esta materia cuando se cumpla alguna de las condiciones citadas anteriormente, al estar ordenadas alternativamente entre sí, nos referimos a que los servicios se hayan prestado en España, o que el contrato se haya celebrado en territorio español; que el demandado tenga su domicilio en territorio español (entendiendo el concepto de domicilio en sentido amplio); que ambas partes del litigio (trabajador y empresario) sean nacionales españoles, con independencia de cuál sea el lugar de prestación de los servicios o la celebración del contrato; y, por último, en el supuesto de contrato de embarque, éste hubiese sido precedido por oferta recibida en España por trabajador español.

Atendiendo a lo expuesto, podemos afirmar que el legislador español, a la hora de establecer los foros de competencia judicial internacional contemplados en el artículo 25.1 LOPJ, ha fundamentado dichos foros en el principio de proximidad entre el litigio y el territorio español, no en el principio de protección. Podemos concluir que el régimen autónomo español de cji, en materia de contratos de trabajo, confiere al trabajador una protección mucho menor que el régimen de cji contemplado en instrumentos normativos de origen internacional.

III. OTRAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN LA MATERIA

En materia de contratos individuales de trabajo, además de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el

⁵⁶⁸ Puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid centro color, Murcia, 2022, p. 257 *in fine*.

desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁵⁶⁹ y, la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018⁵⁷⁰, que modifica la citada Directiva europea del año 1996, existen abundantes Directivas europeas sectoriales. Entre ellas, podemos destacar las siguientes:

- Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo⁵⁷¹. Esta Directiva europea es una “Directiva marco”. Las disposiciones de esta Directiva se continúan aplicando plenamente a los ámbitos que cubre la Directiva 2003/88, sin perjuicio de disposiciones más rigurosas y/o específicas contenidas en la misma. Así lo establece el Considerando 3 de la Directiva 2003/88.
- Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo, de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (quinta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)⁵⁷².
- Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral⁵⁷³.
- Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵⁷⁴.
- Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST)⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ DOCE, de 16 de diciembre de 1996, núm. L18/1.

⁵⁷⁰ DOUE, de 9 de julio de 2018, núm. L 173/16.

⁵⁷¹ DOCE, de 29 de junio de 1989, núm. L 183/1.

⁵⁷² DOCE, de 21 de junio de 1990, núm. L 156/14.

⁵⁷³ DOCE, de 18 de octubre de 1991, núm. L 288/32.

⁵⁷⁴ DOCE, de 13 de diciembre de 1993, núm. L 307/18.

⁵⁷⁵ DOCE, de 2 de julio de 1999, núm. L 167.

- Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad⁵⁷⁶. Esta Directiva pretende que los derechos y obligaciones del trabajador (individuales y colectivos) dimanantes de la relación laboral que le une con la empresa, no se vean alterados (o, en su caso, lo menos posible) por la transferencia de una empresa. Esta Directiva tiene su antecedente inmediato en la Directiva 77/187/CE, de 14 de febrero de 1977⁵⁷⁷. La referida Directiva ha sido posteriormente modificada por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998⁵⁷⁸.
- Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea⁵⁷⁹.
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵⁸⁰.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁵⁸¹.
- Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁵⁸².
- Directiva (CE) 2008/104 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal⁵⁸³.

⁵⁷⁶ DOCE, de 22 de marzo de 2001, núm. L 82/16.

⁵⁷⁷ DOCE, de 5 de marzo de 1977, núm. L 061.

⁵⁷⁸ DOCE, de 17 de julio de 1998, núm. L 201.

⁵⁷⁹ DOCE, de 23 de marzo de 2002, núm. L 80/29.

⁵⁸⁰ DOUE, de 18 de noviembre de 2003, núm. L 299/9.

⁵⁸¹ DOUE, de 26 de julio de 2006, núm. L 204/23.

⁵⁸² DOUE, de 28 de octubre de 2008, núm. L 283/36.

⁵⁸³ DOUE, de 5 de diciembre de 2008, núm. L 327/9.

- Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁵⁸⁴. La mencionada Directiva derogó, a partir del 6 de junio de 2011, a la Directiva 94/45/CE⁵⁸⁵.
- Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado⁵⁸⁶.
- Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) (vigésima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE⁵⁸⁷.
- Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores⁵⁸⁸.
- Directiva 2014/67/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)⁵⁸⁹.
- Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión

⁵⁸⁴ *DOUE*, de 16 de mayo de 2009, núm. L 122/28.

⁵⁸⁵ *DOCE*, de 30 de septiembre de 1994, núm. L 254.

⁵⁸⁶ *DOUE*, de 18 de junio de 2009, núm. L 155/17.

⁵⁸⁷ *DOUE*, de 29 de junio de 2013, núm. L 179/1.

⁵⁸⁸ *DOUE*, de 30 de abril de 2014, núm. L 128/8.

⁵⁸⁹ *DOUE*, de 28 de mayo de 2014, núm. L 159/11.

Europea⁵⁹⁰. La mencionada Directiva de 2019 sustituyó a la Directiva del año 1991, la cual ha sido citada anteriormente (Directiva 91/533/CEE).

- Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento⁵⁹¹.

Otro sector de la contratación sumamente afectado por la existencia de Directivas europeas, y que también hemos tratado en el presente trabajo de investigación, es el del consumo. El sector del consumo es, de hecho, el sector jurídico material en el que existe un mayor número de Directivas europeas sectoriales. Como es sabido, dichas Directivas conforman el llamado Derecho europeo de consumo. Las Directivas del susodicho sector tratan numerosos aspectos relativos a los contratos de consumo. Entre dichas Directivas, destacamos las siguientes:

- Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁵⁹².
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia⁵⁹³.
- Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo⁵⁹⁴.
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ *DOUE*, de 11 de julio, de 2019, núm. L 186/105.

⁵⁹¹ *DOUE*, de 17 de mayo de 2023, núm. L 132/21.

⁵⁹² *DOCE*, de 21 de abril de 1993, núm. L 95/29.

⁵⁹³ *DOCE*, de 4 de junio de 1997, núm. L 144/19.

⁵⁹⁴ *DOCE*, de 7 de julio de 1999, núm. L 171/12.

⁵⁹⁵ *DOCE*, de 9 de octubre de 2002, núm. L 271/16.

- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica a la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Se conoce comúnmente como, «Directiva sobre prácticas comerciales desleales»⁵⁹⁶.
- Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo⁵⁹⁷.
- Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio⁵⁹⁸.
- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁹⁹.
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010, (Texto pertinente a efectos del EEE)⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ DOUE, de 11 de junio de 2005, núm. L 149/22.

⁵⁹⁷ DOUE, de 22 de mayo de 2008, núm. L 133/66.

⁵⁹⁸ DOUE, de 3 de febrero de 2009, núm. L 33/10.

⁵⁹⁹ DOUE, de 22 de noviembre de 2011, núm. L 304/64.

⁶⁰⁰ DOUE, de 28 de febrero de 2014, núm. L 60/34.

- Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE⁶⁰¹.
- Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión⁶⁰².

IV. CONCILIACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) Nº 593/2008 CON EL DERECHO EUROPEO MATERIAL EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

1. Principio de conciliación en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

Una vez que hemos tratado la transformación del Convenio de Roma de 1980 en instrumento europeo, debemos considerar las verdaderas intenciones que existen tras la regulación del Reglamento “Roma I”, en especial, la voluntad del legislador europeo de coordinar dicho instrumento normativo con otros textos legales también pertenecientes al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, o bien, con otros Reglamentos, o bien, con Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados ámbitos de la contratación internacional.

En este sentido, como telón de fondo, debemos tener presente que el principio de conciliación o de coherencia valorativa, al igual que existe a nivel interno (es decir, a nivel estatal) entre el DIPr. y el Derecho privado interno (Derecho civil, mercantil, laboral y procesal) en la medida que conforman un sólo ordenamiento jurídico, esto es, el ordenamiento jurídico del Estado al cual pertenezcan las citadas ramas del Derecho, de igual forma, esa misma correspondencia de valores también ha de existir en el

⁶⁰¹ DOUE, de 22 de mayo de 2019, núm. L 136/28.

⁶⁰² DOUE, de 18 de diciembre de 2019, núm. L 328/7.

ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En consecuencia, el DIPr. europeo no puede concebirse de forma aislada o, al margen de las demás ramas del ordenamiento jurídico al cual pertenece, en definitiva, el DIPr. europeo no puede ser considerado al margen del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

De hecho, en base al principio de conciliación, los textos europeos de alcance general (sin importar a tal efecto que regulen un ámbito u otro del DIPr.) y, las disposiciones materiales, de carácter imperativo, de las Directivas y Reglamentos europeos elaborados para determinados sectores de la contratación, en palabras de H. AGUILAR GRIEDER, tienen que crearse y entenderse “no como textos individualmente considerados e independientes entre sí, sino como un todo unitario, como un conjunto normativo coherente, es decir, como instrumentos complementarios”⁶⁰³.

Además, con arreglo al principio de conciliación, los instrumentos normativos europeos de DIPr. tienen que estar al servicio de los principios y finalidades del

⁶⁰³ Acerca del principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE y la necesidad de coherencia valorativa entre el Derecho Internacional Privado Europeo y el Derecho europeo material, consúltase el riguroso análisis elaborado por H. AGUILAR GRIEDER, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional privado)”, *CDT*, 2022, Vol. 14, Nº 2, pp. 53-54. Igualmente, puede consultarse el artículo doctrinal al respecto por H. AGUILAR GRIEDER, “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *CDT*, 2012, Vol. 4, Nº 2, pp. 23-48, p. 28. Acerca de la necesidad de conciliar los textos europeos de alcance general con las disposiciones materiales imperativas contenidas en Directivas y Reglamentos elaborados por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, *vid.*, H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-53. Véase un riguroso y pormenorizado análisis realizado por la citada autora relativo a la problemática y compleja delimitación entre el Derecho internacional privado comunitario y el Derecho comunitario material en un sector específico de la contratación internacional como es el contrato de agencia comercial internacional en el marco de la Unión Europea. A lo largo de este exhaustivo estudio monográfico, H. AGUILAR GRIEDER aborda de forma magistral los distintos mecanismos de conciliación (o coordinación) del Convenio de Roma de 1980 (vigente en el momento de publicación de esta obra monográfica) y las disposiciones imperativas contenidas en la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (*DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382). Me refiero al estudio monográfico de H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, Nº 14, Madrid, 2007, especialmente, pp. 83-136. Igualmente, en cuanto a las modificaciones sustanciales introducidas por el “Reglamento ‘Roma I’” respecto a su inmediato antecesor, el Convenio de Roma, y que afectan a la problemática de la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial “intracomunitarios” y “extracomunitarios”, consúltase H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *CDT*, 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 24-46.

mercado interior, puesto que garantizar su correcto funcionamiento constituye un objetivo básico de la UE⁶⁰⁴.

Como ya hemos puesto de relieve, tras la aparición en la escena comunitaria del Reglamento “Roma I”, subyace una voluntad clara por parte del legislador europeo de conciliar el citado cuerpo normativo con el Derecho derivado de la UE (fundamentalmente, con Directivas europeas elaboradas para determinados sectores de la contratación internacional, es decir, con las Directivas sectoriales) y, con otros instrumentos normativos de DIPr. que forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en especial con el Reglamento “Bruselas I”, el cual es derogado por el Reglamento “Bruselas I bis”.

Teniendo como base que uno de los objetivos principales del Reglamento “Roma I” consiste en potenciar o impulsar el principio de conciliación en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, no es de extrañar que el legislador europeo, a lo largo de su articulado, introduzca determinados mecanismos o cauces que posibiliten la coordinación entre las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I” y las normas imperativas contenidas en Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación. Más en concreto, se trata de Directivas europeas que ofrecen una regulación material de cuestiones básicas que conciernen a los siguientes sectores de la contratación: consumo, trabajo, agencia comercial y, seguros⁶⁰⁵. Con ello se persigue, precisamente en dichos sectores concretos de la contratación internacional, una mejor adaptación a las necesidades del mercado interior.

Una de las manifestaciones del principio de conciliación, entre las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I” y determinadas Directivas europeas sectoriales, consiste en la uniformidad del significado de los conceptos jurídicos por ellas utilizados. Ello se produce cuando el Reglamento “Roma I” utiliza conceptos que

⁶⁰⁴ Entre dichas finalidades del mercado interior destaca la relativa a homogeneizar las condiciones de competencia en el territorio de la UE, lo cual contribuiría de manera decisiva a garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

⁶⁰⁵ Como es sabido, nos encontramos ante contratos en los que existe un desequilibrio entre la posición negocial de ambas partes contratantes. Este tipo de Directivas tienen dos objetivos principales, por un lado, garantizan un mínimo de protección a la parte que ocupa una posición negocial más débil, es decir, garantizan un mínimo de protección al consumidor, al trabajador, al agente comercial y al asegurado o tomador del seguro, en contratos de consumo, trabajo, agencia comercial y seguros respectivamente; y, por otro lado, las Directivas europeas sectoriales también tienen como finalidad asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior.

también son empleados por las Directivas europeas y, a su vez, remite el significado del término de que se trate a la Directiva que contiene la definición de dicho concepto. Se trata de una de las manifestaciones más claras del principio de conciliación, y aparece tanto en los Considerandos como en el articulado del Reglamento “Roma I”⁶⁰⁶.

Respecto a los contratos de seguro, el Reglamento “Roma I” incorpora a dichos contratos dentro de su ámbito de aplicación material a través de su artículo 7. Se trata de un precepto amplio en el que el legislador europeo intenta incluir el contenido de Directivas europeas de seguros. Esto supone un elemento diferenciador respecto de su antecesor (el Convenio de Roma), a su vez, coincidiendo con H. AGUILAR GRIEDER, puede ser considerado como una manifestación más de la voluntad de conciliar o coordinar Directivas sectoriales con el propio Reglamento “Roma I”⁶⁰⁷.

Además, como venimos poniendo de manifiesto, el Reglamento “Roma I” prevé distintas vías o mecanismos dirigidos a coordinar sus normas de conflicto con determinadas Directivas sectoriales. Ahora bien, nos encontraremos ante un mecanismo de conciliación u otro dependiendo de cómo delimite su ámbito de aplicación territorial la correspondiente Directiva. De tal manera que, si la Directiva en cuestión delimita su ámbito de aplicación territorial a través de normas de conflicto en materia contractual, el mecanismo de conciliación es el previsto en el artículo 23 del Reglamento “Roma I”.

⁶⁰⁶ Existen numerosos ejemplos de lo señalado, entre los cuales se encuentra el Considerando 30 del Reglamento “Roma I”: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por *instrumentos financieros* y por *valores negociables* aquellos *instrumentos mencionados en el artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE*” (la utilización de cursivas no corresponde al texto original). Igualmente, en relación a los contratos de consumo, artículo 6.4 letras ‘b’ y ‘c’ del Reglamento “Roma I”: “Los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los siguientes contratos:

- b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.
- c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE”. Dicho texto normativo ha sido sustituido por la Directiva 2008/122/CE (DOUE, de 3 de febrero de 2009, núm. L 333/10).

⁶⁰⁷ Tal consideración puede verse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2012, pp. 29 y 32. Más específicamente, por lo que se refiere a los problemas de coordinación en el sector asegurador y el *modus operandi* para hacerles frente, *vid.* el riguroso y exhaustivo análisis realizado por H. AGUILAR GRIEDER, “Mecanismos de protección del asegurado en tanto que parte débil de la relación contractual en el marco del Derecho internacional Privado”, en *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador*, Comares, Granada, 2021, pp. 389-414. Igualmente, de la misma autora, “La Ley de distribución de seguros y el Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en *La distribución de seguros privados*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 559-580. En el mismo sentido, H. AGUILAR GRIEDER, “La contratación internacional en el mercado asegurador en el ámbito de la Unión Europea: novedades y desafíos”, en *El contrato de seguro y distribución en la encrucijada*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra 2018, pp. 35-89. Así como, “Problemas de Derecho Internacional Privado en la contratación de seguros: especial referencia a la reciente Directiva (UE) 2016/97 sobre distribución de seguros”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, núm. 2, pp. 39-58.

Sin embargo, en los casos en que la correspondiente Directiva no delimite su ámbito de aplicación territorial, o bien, lo delimite a través de las denominadas “normas con incidencia en la ley aplicable”, para estos supuestos existen dos vías o mecanismos de conciliación como son: la cláusula de protección del Derecho de la Unión Europea contenida en el artículo 3 apartado 4º del Reglamento “Roma I”, y las normas materiales internacionalmente imperativas, aunque conviene precisar que este instrumento europeo, en su artículo 9 apartado 1, las denomina como “leyes de policía”.

En este sentido, entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las Directivas que delimitan su ámbito de aplicación territorial a través de normas de conflicto en materia contractual, actúa como vía de coordinación entre ambos instrumentos normativos, la regla general contenida en el artículo 23 del citado Reglamento, el cual se refiere a las relaciones del Reglamento “Roma I” con otras disposiciones de Derecho comunitario. Dicho precepto establece, como regla general, que el Reglamento “Roma I” no impedirá la aplicación de otros textos de la Unión Europea que contengan normas de conflicto relativas a obligaciones contractuales. En consecuencia, basándonos en esta regla general, podemos concluir que las normas de conflicto, relativas a obligaciones contractuales, contenidas en Directivas europeas tienen primacía sobre las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I”⁶⁰⁸.

Ahora bien, esta regla general no es aplicable respecto de todas las obligaciones contractuales, puesto que no se puede aplicar respecto de los contratos de seguro. Ello se debe, como ya hicimos referencia anteriormente, a que el contenido de las Directivas de los contratos de seguro ha quedado incluido en el Reglamento “Roma I” a través de su extenso artículo 7. Por lo tanto, los contratos de seguro quedan excluidos de la regla general prevista en el artículo 23 del Reglamento “Roma I”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ A modo de ejemplo, el referido mecanismo de conciliación podría operar respecto de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DOCE*, de 21 de enero de 1997, núm. L 18/1) que contiene en su artículo 3 una norma de conflicto relativa a las condiciones de trabajo y empleo que garantiza, al trabajador determinados derechos laborales básicos, mínimos (tales como una cuantía de salario mínimo, la duración mínima de las vacaciones remuneradas, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, etc.), regulados por la legislación del Estado miembro al que haya sido desplazado, de manera temporal, ese trabajador y, todo ello con independencia de la ley designada en virtud del artículo 8 del Reglamento “Roma I” que, como es sabido, es la norma de conflicto que determina la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo internacionales en el marco de la UE.

⁶⁰⁹ Esta idea es expresada por H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2012, p 32.

Por otro lado, tal y como hemos mencionado anteriormente, el Reglamento “Roma I” contempla otros dos mecanismos enfocados a la consecución de poder coordinar las normas de conflicto contenidas en dicho cuerpo normativo respecto a un grupo de Directivas, concretamente, las Directivas sectoriales que no delimitan su ámbito de aplicación territorial, como ocurre con la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, en cuyo caso, lo ha tenido que determinar el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, lo que ha dado lugar a una situación de inseguridad jurídica⁶¹⁰; o bien, respecto a las Directivas sectoriales que delimitan su ámbito de aplicación territorial a través de normas con incidencia en la ley aplicable, lo cual se da con bastante frecuencia en Directivas sobre contratos de consumo⁶¹¹. Cabe subrayar que las normas con incidencia en la ley aplicable nos dicen cuándo se aplica una determinada Directiva, su ámbito de aplicación espacial, esto es, establecen cuándo se aplica el Derecho material de la Unión Europea; pero lo cierto es que las normas con incidencia en la ley aplicable suelen ser muy imprecisas. Por este motivo no se alcanza una plena coordinación entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las Directivas que contienen este tipo de normas.

Como ya hemos mencionado, en el sector del consumo son muy abundantes las Directivas que contienen normas con incidencia en la ley aplicable. Se trata de preceptos de DIPr. que señalan que los derechos reconocidos al consumidor por dichas Directivas pueden hacerse valer aunque las partes hayan elegido como ley aplicable al contrato, la ley de un tercer Estado o Estado no miembro, pero siempre que el contrato presente una *“estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la*

⁶¹⁰ En este sentido, *vid.* sentencia significativa y muy cuestionada por la doctrina que sirve de referente en materia de contratos de agencia, se trata de la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000, asunto *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.* (C-381/98). Igualmente, por lo que se refiere al ámbito de aplicación territorial (o espacial) de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (*DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382) consúltese el detallado y riguroso análisis realizado por H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, en especial pp. 67-80.

⁶¹¹ Sirva de ejemplo mencionar alguna de ellas: Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DOCE*, de 21 de abril de 1993, núm. L 95). Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*DOCE*, de 4 de junio de 1997, núm. L 144). Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*DOCE*, de 7 de julio de 1999, núm. L 171). Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (*DOCE*, de 9 de octubre de 2002, núm. L 271/16). Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativas a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (*DOUE*, de 22 de mayo de 2008, núm. L 133/66).

Comunidad” (artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁶¹²), un “*vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros*” (artículo 12 de la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia⁶¹³, y artículo 12.2 de la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros⁶¹⁴), o bien, que el contrato presente un “*vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros*” (artículo 7.2 de la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo⁶¹⁵). Por consiguiente, si el contrato está “de alguna manera estrechamente vinculado con la Unión Europea” y el profesional haya impuesto en el contrato, a través de una cláusula de elección de ley, la aplicación de un “Derecho de un tercer país”, ello no impide que el consumidor se beneficie de los derechos que le reconozca el Derecho material de la Unión Europea.

2. Mecanismos de conciliación del Reglamento “Roma I”

Ciñéndonos ahora a los dos mecanismos de conciliación más importantes previstos por el propio Reglamento “Roma I” para coordinar sus normas de conflicto con las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación que, o bien, no delimitan su ámbito de aplicación, o bien, lo delimitan a través de normas con incidencia en la ley aplicable, podemos señalar que estos dos mecanismos de conciliación (objeto de estudio en este apartado), son: en primer lugar, la cláusula general de protección del Derecho de la UE, considerada como mecanismo prioritario de conciliación, regulada en el artículo 3 apartado 4 del Reglamento “Roma I” y, en segundo lugar, las normas materiales internacionalmente imperativas, consideradas como mecanismo subsidiario de conciliación y reguladas en el artículo 9 de este instrumento normativo de la UE que, curiosamente, las denomina “leyes de policía”.

Respecto a la cláusula general de protección del Derecho de la UE, debemos recordar que los presupuestos necesarios para la intervención de dicha cláusula son,

⁶¹² DOCE, de 21 de abril de 1993, núm. L 95.

⁶¹³ DOCE, de 4 de junio de 1997, núm. L 144.

⁶¹⁴ DOCE, de 9 de octubre de 2002, núm. L 271/16.

⁶¹⁵ DOCE, de 7 de julio de 1999, núm. L 171.

como primer presupuesto, que en el momento de la elección del Derecho aplicable se localicen todos los elementos pertinentes del contrato en el área europea y, como segundo presupuesto, que las partes de dicha relación contractual, en virtud de su autonomía de la voluntad conflictual, elijan como Derecho aplicable a su relación contractual una ley que no sea la de un Estado miembro de la UE, en cuyo caso, dicha elección no impedirá que se apliquen las disposiciones imperativas de Derecho europeo. A ello, debemos añadir que la citada cláusula, al igual que las Directivas europeas sectoriales a las cuales se refiere, tiene dos claros objetivos: por un lado, la protección de la parte débil de la relación litigiosa y, por otro lado, la protección del correcto funcionamiento del mercado interior⁶¹⁶.

En cuanto a este último aspecto, el artículo 3 apartado 4 del Reglamento “Roma I”, siendo éste el precepto que contiene la citada cláusula de protección del Derecho de la UE (o cláusula del mercado interior), adolece de ciertos defectos en su redacción, ya que de la misma se desprende que sólo se refiere a los contratos intracomunitarios, lo que conlleva que dicha cláusula, por una parte, resulta aplicable respecto de los contratos cuyos elementos estén vinculados al territorio de la UE y, por otra parte, no se aplicaría a aquellos contratos en los que no todos sus elementos estén vinculados al área europea. Por tanto, al referirse únicamente a contratos intracomunitarios, se trata de una protección limitada. Ello se traduce en que las reglas de juego no serían las mismas en todos los casos, al existir un trato diferenciado según se trate de contratos intracomunitarios (a los que sí se les aplicaría la cláusula del mercado interior) o extracomunitarios (a los que no se les aplicaría la referida cláusula). De este modo, se producirían notables diferencias respecto de las normas del Derecho de la competencia y ello influye significativamente en el acceso al mercado. Por este preciso motivo, se afectaría al correcto funcionamiento del mercado interior y, en consecuencia, a la protección del mercado interior que, como es sabido, constituye uno de los objetivos propios de esta cláusula contemplada en el artículo 3 apartado 4 del Reglamento “Roma I”.

Otro importante defecto que padece la redacción de dicha cláusula de protección del Derecho de la UE consiste en que sólo puede intervenir si las partes de una

⁶¹⁶ La cláusula de protección del Derecho de la UE también es denominada como “cláusula del mercado interior”.

determinada relación contractual hacen uso de su autonomía de la voluntad conflictual. Por lo tanto, debido a los déficits que presenta la redacción de la cláusula de protección del Derecho de la UE, podemos concluir que su alcance es excesivamente limitado y, en consecuencia, no se llega a alcanzar uno de los objetivos principales para la cual fue prevista, como es la protección del correcto funcionamiento del mercado interior.

En cualquier caso, tenemos que señalar que la cláusula de protección del Derecho de la UE contenida en el artículo 3 apartado 4 del Reglamento “Roma I”, no encaja con las normas que delimitan de manera indeterminada el ámbito de aplicación espacial de las Directivas sectoriales, es decir, no sintoniza con las normas con incidencia en la ley aplicable previstas por Directivas sectoriales. En líneas generales, ello se debe a que dichas Directivas, muy especialmente en materia de consumo, que delimitan su ámbito de aplicación espacial a través de las normas con incidencia en la ley aplicable, excepto la Directiva sobre los contratos de multipropiedad inmobiliaria⁶¹⁷, exigen que la vinculación con el área europea *sea estrecha*, pero no especifican cuándo se considera que existe tal conexión, esto es, no determinan en qué consiste esa *vinculación estrecha* entre la situación contractual y el territorio de la Unión Europea⁶¹⁸. Por este motivo, debido a la imprecisión o indeterminación propia de las normas con incidencia en la ley aplicable a la hora de especificar el ámbito de aplicación espacial de las Directivas europeas sectoriales, los contratos extracomunitarios deberían quedar sometidos a la regulación material imperativa contenida en las correspondientes Directivas europeas sectoriales.

Al margen de la cláusula del mercado interior (o, también denominada, cláusula general de protección del Derecho de la UE), contenida en el artículo 3 apartado 4 del

⁶¹⁷ Nos referimos a la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*DOCE*, de 29 de octubre de 1994, núm. L 280/83), estos contratos también se denominan contratos de “*Time Sharing*”. La citada Directiva sí establece el criterio de aplicación espacial en su artículo 9, en virtud del cual “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro”. De aquí que el criterio de aplicación espacial, especificado en la propia Directiva 94/47/CE sea la situación del bien inmueble en el área europea. Cabe señalar que la mencionada Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*DOUE*, de 3 de febrero de 2009, núm. L 33/10), cuyo artículo 12, además de sustituir al citado artículo 9, establece los supuestos en los que el consumidor queda protegido por la actual Directiva de *Time Sharing*.

⁶¹⁸ Este aspecto ha sido tratado en páginas anteriores.

Reglamento “Roma I”, como mecanismo de conciliación dirigido a alcanzar la ansiada conciliación o coordinación entre las normas de conflicto propias de dicho cuerpo normativo y las Directivas europeas sectoriales que no delimitan su ámbito de aplicación espacial, o bien, lo delimitan a través de las normas con incidencia en la ley aplicable, existe un segundo mecanismo de conciliación, de carácter subsidiario, como es la eventual intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas⁶¹⁹.

Debido a que nos encontramos ante una técnica de reglamentación ampliamente reconocida por la generalidad de los distintos sistemas estatales de DIPr., no cabe duda que se trata de un tipo de normas de gran relevancia práctica. Por este motivo, para abordar las normas materiales internacionalmente imperativas como mecanismo de conciliación, así como, su alcance en materia de contratos individuales de trabajo (objeto del siguiente subapartado), creemos conveniente detenernos en una cuestión tan fundamental como compleja, nos referimos a la delimitación del concepto de normas materiales internacionalmente imperativas.

En este sentido, podemos señalar que este tipo de técnica de reglamentación se fundamenta en garantizar la aplicación de ciertas normas esenciales para el Estado, es decir, garantizar que se apliquen determinadas leyes de aplicación necesaria (o inmediata) por contener principios de política legislativa y criterios que el Estado legislador considera fundamentales. Ello justifica que este tipo de normas sea de carácter imperativo y resulten de aplicación a las situaciones privadas internacionales independientemente de que el ordenamiento jurídico estatal aplicable, a dicha relación de tráfico jurídico externo designado por la correspondiente norma de conflicto (en virtud de la autonomía conflictual de las partes, o bien, en defecto de ésta), sea otro ordenamiento jurídico distinto⁶²⁰. Por lo tanto, la complejidad a la hora de definir convenientemente este tipo de normas es evidente en la medida en que ha de tratarse de una definición satisfactoria para la generalidad de todos los sistemas estatales de Derecho internacional privado.

⁶¹⁹ El Reglamento núm. 593/2008 (“Roma I”), en su artículo 9, denomina sorprendentemente a las normas materiales internacionalmente imperativas como “leyes de policía”. En este aspecto coincide con su antecesor normativo el Convenio de Roma de 1980 que se refiere, en su artículo 7, a “leyes de policía”.

⁶²⁰ Coincidiendo en esta misma línea, puede consultarse C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: Especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2017, Vol. 9, Nº 2, p. 177.

Por otro lado, lo que sí podemos concretar, tal como afirma C.I. CORDERO ÁLVAREZ, es que las normas materiales internacionalmente imperativas “*son Derecho imperativo del Estado del foro* (ya sean de origen interno, o bien, de origen institucional o europeo) *que debe ser aplicado por los tribunales y autoridades nacionales a determinadas situaciones privadas internacionales cualquiera que sea el ordenamiento designado por la norma de conflicto aplicable a este tipo de situaciones transfronterizas*”⁶²¹ (incluidos aquellos casos en los que la correspondiente norma de conflicto designe, como ley aplicable a dicha situación de tráfico jurídico externo, a un ordenamiento jurídico extranjero).

A estas consideraciones debemos añadir la importancia que tiene el Derecho imperativo en relación al orden público ya que la intervención de este último puede tener como efecto la inaplicación del ordenamiento jurídico extranjero (*lex causae*) designado como competente por la norma de conflicto que corresponda (este es el denominado “efecto negativo”). Recordemos que en virtud del artículo 12.3 Cc la norma extranjera no será de aplicación “cuando resulte contraria al orden público” (efecto negativo). Como podemos apreciar, tanto las normas materiales internacionalmente imperativas como la institución del orden público pueden tener el mismo efecto en la práctica. Si a ello añadimos que el Derecho material imperativo incide sustancialmente en la configuración de ambas instituciones, nos encontramos ante una posible confusión a la hora de determinar si se aplica una norma material internacionalmente imperativa, o bien, determinar si resulta posible la intervención del orden público.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente debemos señalar que, en el contexto de la UE, el Reglamento “Roma I” (concretamente en el primer apartado de su artículo 9) y, a diferencia de su antecesor normativo el Convenio de Roma de 1980⁶²², introduce expresamente una definición respecto de las denominadas “leyes de

⁶²¹ A este respecto, *vid.* C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *loc. cit.*, 2017, p. 177.

⁶²² Conviene precisar que el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, comúnmente conocido como “Convenio de Roma”, aunque dedica su artículo 7 a las “leyes de policía” no nos ofrece una definición de este tipo de normas. Como es sabido, con la conversión de dicho Convenio en Reglamento el legislador de la UE aprovechó la oportunidad para realizar ciertas modificaciones sustanciales con la finalidad de evitar determinados problemas que se dieron a la hora de aplicar el Convenio de Roma de 1980.

policía”⁶²³, precepto que establece lo siguiente: “una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”. Esta definición no fue ideada por el legislador europeo, sino que su origen es jurisprudencial, en concreto, este concepto de leyes de policía lo encontramos en el apartado número 30 de la STJCE (en la actualidad, TJUE) de 23 de noviembre de 1999, conocido como asunto *Arblade*⁶²⁴.

El hecho de que el texto normativo de origen institucional haya incluido la referida definición expresa de leyes de policía está directamente relacionado con uno de los objetivos de las instituciones de la UE como es la unificación del Derecho europeo puesto que se trata de la introducción, a nivel europeo, de un concepto autónomo y uniforme para todos los Estados miembros de la UE. De tal forma que, en el ámbito de la UE, en virtud del texto del artículo 9.1 RRI, el concepto de “leyes de policía” ha de entenderse e interpretarse de igual forma (siendo el TJUE el máximo intérprete), con independencia de su significado para los distintos textos normativos de origen interno elaborado por el legislador de cada Estado miembro.

En consecuencia, se trata de una cuestión bastante significativa ya que, desde una perspectiva práctica, en el supuesto de que a un tribunal nacional de un Estado miembro le corresponda decidir si aplica una norma interna como ley de policía, dicho tribunal no podrá contravenir el Derecho de la UE. Por tanto, el tribunal nacional no gozará de plena libertad respecto a dicha decisión. De hecho, también en el mencionado asunto *Arblade*, el TJUE estableció de forma clara el principio de subordinación de las leyes nacionales de aplicación necesaria (o inmediata) al Derecho de la UE. En

⁶²³ Como hemos tenido oportunidad de señalar en alguna ocasión anterior, tanto el Convenio de Roma en su artículo 7, como el Reglamento “Roma I” en su artículo 9 se refieren a “*Leyes de policía*” en vez de utilizar la expresión de “normas materiales internacionalmente imperativas”.

⁶²⁴ En la citada STJCE, asunto *Arblade*, apartado número 30 puede leerse: “En lo que atañe a la segunda cuestión planteada en cada uno de los asuntos en relación con la calificación, en Derecho belga, de las disposiciones controvertidas como *leyes de policía y de seguridad*, debe entenderse esta expresión en el sentido de que *se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él.*”. Asuntos acumulados C-376/96 y C-369/96. Identificador: ECLI:EU:C1999:575. (La letra en cursiva no pertenece al texto original).

definitiva, el Tribunal de Justicia puso de relieve la primacía del Derecho de la UE respecto de las normas internas de carácter imperativo elaboradas por cada Estado miembro de la UE⁶²⁵. Este aspecto relativo al principio de subordinación fue posteriormente confirmado por el propio Tribunal⁶²⁶.

Otra cuestión que debemos tener presente es que este tipo de normas puede intervenir en relaciones contractuales intracomunitarias, e igualmente, (a diferencia de la cláusula general de protección del Derecho de la UE), las normas materiales internacionalmente imperativas también pueden operar en las relaciones contractuales extracomunitarias. Si a esta cuestión añadimos que la citada categoría normativa afecta al régimen general y al régimen especial de determinación de la ley aplicable y que, es susceptible de operar con independencia de que las partes de una determinada relación contractual ejerciten o no su autonomía conflictual, podemos afirmar que, las normas materiales internacionalmente imperativas, *a priori*, constituyen una vía de conciliación apropiada para coordinar las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I” con las Directivas europeas elaboradas por las instituciones de la UE para determinados sectores de la contratación. En definitiva, nos encontramos ante un mecanismo de conciliación adecuado del ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁶²⁷.

No obstante, una posible crítica a la vía de conciliación que ahora nos ocupa se centra, precisamente, en la propia definición que realiza el Reglamento “Roma I” del concepto “ley de policía”. Más en concreto, debemos subrayar la importancia de los términos utilizados expresamente por el legislador de la UE en dicha definición como son: “*salvaguardia de los intereses públicos y salvaguardia de la organización política, social o económica*” del Estado en cuestión⁶²⁸. En consecuencia, a efectos del Reglamento “Roma I”, las normas materiales internacionalmente imperativas no pueden intervenir para proteger intereses privados, esto es, no pueden intervenir para proteger a

⁶²⁵ STJCE, de 23 de noviembre de 1999, asunto *Arblade*. Asuntos acumulados C-376/96 y C-369/96. Identificador: ECLI:EU:C1999:575.

⁶²⁶ *Vid.* apartado número 22 y siguientes de la STJCE, de 15 de marzo de 2001, C-165/98, conocido como asunto *Mazzoleni*. Identificador: ECLI:EU:C:2001:162.

⁶²⁷ Acerca de la idoneidad de las normas materiales internacionalmente imperativas como otra posible vía de conciliación entre las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I” y las Directivas europeas elaboradas para determinados sectores de la contratación, así como una visión crítica de la definición aportada por el artículo 9 apartado 1 del referido texto normativo sobre el concepto de “leyes de policía”, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2012, pp. 38-39.

⁶²⁸ La letra en cursiva no aparece en el texto original del artículo 9.1 RRI.

la parte débil de la relación contractual, sino que sólo y exclusivamente son susceptibles de operar para proteger intereses públicos o intereses generales.

En este sentido, en base a la regulación del artículo 9 del Reglamento “Roma I”, las normas materiales internacionalmente imperativas son consideradas como disposiciones que protegen únicamente intereses públicos. Esta cuestión, en aras de alcanzar el correcto funcionamiento del mercado interior, obedece a la realización de los principios y objetivos del Derecho de la Unión Europea y de las propias necesidades que demanda el mercado interior, con lo cual, desde esta perspectiva, parece que prima en mayor medida la protección del interés público, el interés general, frente a la protección del interés privado.

Dicho lo cual, debemos tener presente que existen normas que, aunque protejan intereses privados o particulares también protegen, de manera indirecta, intereses públicos o generales lo que, tal como afirma C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “justificaría su consideración y aplicación como leyes de policía en el Derecho europeo al amparo del art. 9.1 del Reglamento”⁶²⁹. De hecho, esta fue la conclusión a la que llegó el TJUE en el conocido asunto *Ingmar*⁶³⁰.

Como ya hemos avanzado en páginas anteriores, tras la regulación del Reglamento “Roma I”, se deja entrever la voluntad del legislador europeo de coordinar dicho instrumento normativo con otros textos legales también pertenecientes al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, es decir, con otros Reglamentos elaborados por las instituciones europeas, o bien, con Directivas europeas elaboradas para determinados sectores de la contratación internacional.

⁶²⁹ Puede consultarse, C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *loc. cit.*, 2017, p. 179.

⁶³⁰ Sentencia de 9 de noviembre de 2000, asunto *Ingmar*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:60. En este pronunciamiento el Tribunal de Justicia se refirió a la Directiva 86/653/CE, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DO, de 18 de diciembre de 1986, L 382). En el mencionado asunto, el Tribunal de Justicia concluyó que los artículos 17 y 18 de la Directiva 86/653/CE que garantizan determinados derechos al agente comercial una vez terminado el contrato de agencia, deben aplicarse cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro, aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la ley de este país en virtud de una de sus cláusulas. En definitiva, el Tribunal de Justicia estableció la aplicación de los citados preceptos contenidos en dicha Directiva en materia de contratos de agencia por considerarlos “leyes de policía”, es decir, normas materiales internacionalmente imperativas de aplicación obligatoria al margen del Derecho material aplicable designado en virtud de la norma de conflicto que corresponda.

Hasta aquí nos hemos referido a los distintos mecanismos de conciliación existentes entre el citado Reglamento y determinadas Directivas sectoriales, ahora bien, como ya hemos apuntado anteriormente, también existe la necesidad de conciliar el Reglamento “Roma I”, perteneciente al ámbito del Derecho aplicable, con otros Reglamentos europeos, especialmente, por lo que se refiere al ámbito procesal, con el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, comúnmente denominado Reglamento “Bruselas I bis”⁶³¹. Por lo que respecta a su inmediato antecesor normativo, el Reglamento “Bruselas I”, también existía por parte del legislador europeo la necesidad de coordinar el Reglamento “Roma I” con dicho instrumento normativo.

En esta misma línea, podemos decir que existen varias manifestaciones claras de la voluntad del legislador europeo encaminadas, en última instancia, a lograr la pretendida conciliación o coherencia valorativa entre el Reglamento “Roma I” y el Reglamento “Bruselas I bis”, instrumentos normativos de Derecho internacional privado. Ambos textos legales, como es sabido, son considerados actualmente como los ejes centrales del espacio judicial europeo.

Así, vamos a mencionar a continuación varias manifestaciones claras de conciliación entre los citados instrumentos europeos básicos de Derecho internacional privado.

Un primer ejemplo de ello es la gran similitud existente entre el artículo 1 apartado 1 del Reglamento “Roma I” y el artículo 1 apartado 1 del Reglamento “Bruselas I bis” (que no introduce modificaciones sustanciales con respecto a su antecesor directo). Como es sabido, dichos preceptos se refieren a la delimitación del ámbito material de ambos instrumentos europeos de DIPr.⁶³².

Una segunda manifestación evidente de conciliación consiste en el hecho de que los conceptos de “prestación de servicios” y de “venta de mercaderías”, utilizados por el

⁶³¹ DOUE, de 20 de diciembre de 2012, L 351.

⁶³² En virtud de los preceptos mencionados, ambos cuerpos normativos se aplican en materia civil y mercantil, quedando excluida tal aplicación cuando se trate de materia fiscal, aduanera y administrativa.

artículo 4 apartado 1 letras ‘a’ y ‘b’ del Reglamento “Roma I” relativo a la ley aplicable en defecto de elección a determinados contratos, todos ellos sujetos al régimen general de Derecho aplicable, han de interpretarse del mismo modo que en el ámbito del artículo 7 apartado 1 letra ‘b’ del Reglamento “Bruselas I bis”, que contiene el foro especial de competencia judicial internacional en materia contractual, precepto que establece (salvo pacto en contrario) cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa para los contratos de “prestación de servicios” y para los contratos de “compraventa de mercaderías”. Por lo tanto, se trata de conceptos autónomos, esto es, conceptos comunes a los Estados miembros de la UE, son términos que significan lo mismo y han de ser interpretados de igual modo tanto en el Reglamento “Roma I” como en el Reglamento “Bruselas I bis”⁶³³.

Como tercera manifestación clara de conciliación entre los instrumentos normativos citados, debemos detenernos en el artículo 4 apartado 1 letras ‘c’ y ‘d’ del Reglamento “Roma I”. Como es sabido, se trata de una norma de conflicto propia del régimen general de Derecho aplicable.

Con arreglo al artículo 4 apartado 1 letra ‘c’ del Reglamento “Roma I”, los contratos internacionales cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se van a regir por la ley del país de situación del bien inmueble. Ahora bien, este mismo precepto, en la letra ‘d’ de su apartado 1, establece una excepción a esta regla general para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que cumplan cuatro condiciones⁶³⁴, en cuyo caso, dicho contrato no se regirá por la ley del país de situación del bien inmueble en cuestión (siendo ésta la regla general), sino por la ley del país de la residencia habitual del propietario del bien inmueble arrendado. Por lo que aquí respecta, debemos precisar que esas cuatro condiciones o requisitos que han de cumplirse para que sea aplicable la excepción, en vez de la regla general, son exactamente las mismas que las previstas en sede de competencia judicial internacional en el artículo 24 apartado 1 del Reglamento

⁶³³ Esta misma manifestación de conciliación se daba respecto del artículo 4.1 ‘a’ y ‘b’ del Reglamento “Roma I” y el artículo 5.1 ‘b’ del Reglamento “Bruselas I”. Así lo pone de manifiesto de forma detallada H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2012, p. 40.

⁶³⁴ Concretamente estas condiciones o requisitos que se han de cumplir, para que opere la excepción (no la regla general), son las siguientes: ha de tratarse de un contrato celebrado para uso particular, por un período máximo de seis meses consecutivos, además, el arrendatario tiene que ser una persona física, y tanto arrendador como arrendatario han de tener su residencia habitual en el mismo Estado miembro de la UE.

“Bruselas I bis” relativo a las competencias exclusivas a favor de los órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros de la UE en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Esta plena coincidencia se considera una manifestación evidente de la voluntad del legislador de la UE de conciliar el Reglamento “Roma I” con el Reglamento “Bruselas I bis”⁶³⁵.

Otras muestras de conciliación o coordinación entre ambos instrumentos europeos de DIPr. se dan en relación a dos ámbitos concretos de la contratación internacional, como son los contratos de consumo y los contratos individuales de trabajo. De ello nos vamos a ocupar a continuación.

En primer lugar, respecto a los contratos de consumo, la necesaria conciliación que ha de existir entre ambos Reglamentos europeos conlleva el tener que coordinar el artículo 6 apartado 1 del Reglamento “Roma I” con los artículos 17 a 19 del Reglamento “Bruselas I bis”. Nos referimos, de forma más precisa, al concepto de “actividad dirigida” que es utilizada tanto en uno como en otro cuerpo normativo. El Reglamento “Roma I” utiliza, en su artículo 6 apartado 1, el concepto de “actividad dirigida” para delimitar el ámbito de aplicación espacial del régimen especial de Derecho aplicable para los contratos de consumo⁶³⁶, de tal forma que la interpretación de dicho concepto debe ir en consonancia con la que se realice de este mismo concepto en sede de competencia judicial internacional, esto es, ha de ser coherente con la interpretación de “actividad dirigida” en el régimen especial de competencia previsto en los artículos 17 a 19 del Reglamento “Bruselas I bis”⁶³⁷.

Y, en segundo lugar, encontramos otro ejemplo claro de conciliación en el artículo 8, apartados 2 y 3, del Reglamento “Roma I”, precepto que como tal norma de conflicto establece los criterios de conexión para determinar la ley aplicable en defecto de elección⁶³⁸ a los contratos individuales de trabajo en el marco de la UE, en definitiva, para determinar la ley objetivamente aplicable a esta categoría contractual en el ámbito

⁶³⁵ Exactamente igual ocurre entre el Reglamento “Roma I” (artículo 4.1 ‘c’ y ‘d’) y el Reglamento “Bruselas I” por lo que se refiere a su artículo 22.1, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2012, p. 40.

⁶³⁶ Como es sabido, el régimen especial de Derecho aplicable a las operaciones de consumo se encuentra regulado en el artículo 6 del Reglamento “Roma I”.

⁶³⁷ Del mismo modo ocurre entre el artículo 6.1 del Reglamento “Roma I” y el régimen especial de competencia judicial internacional previsto en los artículos 15 a 17 del Reglamento “Bruselas I”.

⁶³⁸ Recordemos que la autonomía conflictual, especialmente en materia contractual, es el criterio de conexión principal, aunque no es de carácter ilimitado.

de la UE. Dicho lo cual, estos puntos o criterios de conexión (que son el lugar habitual de trabajo, como primera conexión subsidiaria, y el lugar del establecimiento contratante, como segunda conexión subsidiaria) son similares o, al menos, tienen cierto parecido con los foros alternativos que constituyen el régimen especial de competencia judicial internacional regulado en el artículo 21 apartado 2 del Reglamento “Bruselas I bis” para los casos en los que el trabajador tenga la condición de demandante y pretenda demandar al empresario ante un tribunal de un Estado miembro distinto al Estado miembro del domicilio del empresario demandado. Por tanto, en materia de contratos individuales de trabajo, este “cierto parecido” entre criterios de conexión contenidos en una norma de conflicto que pertenece al régimen especial de Derecho aplicable y los foros alternativos del régimen especial de competencia judicial internacional se considera una manifestación de la voluntad del legislador de conciliar el Reglamento “Roma I” con el Reglamento “Bruselas I bis”⁶³⁹.

A pesar de todas estas manifestaciones claras de conciliación entre ambos instrumentos de DIPr., debemos señalar que la coordinación entre el Reglamento “Roma I” y el Reglamento “Bruselas I bis” no se ha conseguido de forma plena, al igual que ocurrió respecto al inmediato antecedente normativo de este último, es decir, respecto del Reglamento “Bruselas I”. Ello se puede apreciar realizando una mera comparación entre el artículo 19 del Reglamento “Roma I” y el artículo 63 apartado 1 del Reglamento “Bruselas I bis”.

En ambos preceptos, el legislador europeo nos ofrece una definición de qué ha de entenderse por “residencia habitual” o por “domicilio” de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas⁶⁴⁰. A efectos del Reglamento “Roma I”, su artículo 19 al ofrecer tal definición utiliza un único criterio como es el lugar donde se encuentre la administración central de dicha sociedad, asociación o de la persona jurídica en cuestión⁶⁴¹. Sin embargo, el Reglamento “Bruselas I bis”, en su artículo 63 apartado 1,

⁶³⁹ En este mismo aspecto también coincide el Reglamento “Bruselas I”, artículo 19.2 que regula el régimen especial de competencia judicial internacional para los contratos individuales de trabajo. Igualmente, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2012, p. 41.

⁶⁴⁰ La expresión “residencia habitual” es la que aparece en el Reglamento “Roma I”, y el término de “domicilio” es el que aparece en el Reglamento “Bruselas I bis” y “Bruselas I”.

⁶⁴¹ Para alcanzar una mayor seguridad jurídica, el propio Reglamento “Roma I” en su Considerando 39, señala la conveniencia de establecer “una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas”, por este motivo, “la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación”. Igualmente, en este mismo Considerando, el Reglamento “Roma I” reconoce que el Reglamento “Bruselas I”, (por tanto, en sede de competencia judicial internacional), hace justo lo contrario, estableciendo para el mismo concepto tres criterios distintos. A tal efecto, el “Reglamento

utiliza tres criterios para definir qué ha de entenderse por “domicilio” de las sociedades, asociaciones u otras personas jurídicas, en base al mencionado precepto, para ello hay que atender al lugar donde se encuentre su sede estatutaria, su administración central, o bien, su centro de actividad principal. Esto último ocurre exactamente igual respecto al artículo 60.1 del Reglamento “Bruselas I”.

Y, por último, podemos decir que no se ha logrado una plena conciliación entre el Reglamento “Roma I” y el Reglamento “Bruselas I bis” en cuanto que el primero de dichos Reglamentos contiene, en su artículo 3 apartado 4, una cláusula general de protección del Derecho de la UE (también denominada como “cláusula del mercado interior”). Como es sabido, con arreglo a dicha cláusula general, la parte contractual que ocupa una posición negocial más ventajosa (por ejemplo, el empleador o empresario frente al trabajador) ve limitada la posibilidad de evitar la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho de la UE.

Por el contrario, el Reglamento “Bruselas I bis” no contempla dicha cláusula que supondría un importante límite en sede de competencia judicial internacional. Es más, dicho cuerpo normativo ni siquiera prevé una limitación parecida que impida a la parte fuerte de la relación contractual el que pueda eludir, en el ámbito de la competencia judicial internacional, a través de una cláusula de elección de foro, dicha regulación imperativa europea⁶⁴².

No cabe duda que, a pesar de no lograrse una conciliación plena entre el Reglamento “Bruselas I bis” y el Reglamento “Roma I”, el mantener la coherencia valorativa entre ambos instrumentos legales ha sido un aspecto fundamental del que se ha ido preocupando el legislador europeo en aras de la consecución de una interpretación uniforme de los dos textos normativos que constituyen en la actualidad los ejes centrales del Derecho internacional privado de la UE.

3. Alcance de las normas materiales internacionalmente imperativas en materia de contratos individuales de trabajo

Bruselas I bis”, no introduce cambio alguno en aras de alcanzar mayor seguridad jurídica, sino que, en este aspecto en concreto, coincide con su inmediato antecesor normativo.

⁶⁴² Más en profundidad, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2012, pp. 41 y 42.

Como es sabido, las normas materiales internacionalmente imperativas (propias del sector del Derecho aplicable del DIPr.) son normas que recogen los principios y valores esenciales de un ordenamiento jurídico estatal y tienen como finalidad conseguir que se respeten esos principios y valores fundamentales en las situaciones privadas internacionales. Por este motivo, debido a su contenido y finalidad, las normas materiales internacionalmente imperativas son de aplicación directa a todo tipo de situaciones jurídico-privadas, es decir, esta técnica normativa es de aplicación directa tanto a las situaciones meramente privadas como a las situaciones privadas internacionales.

Además, no debemos olvidar que esta categoría normativa, como son, las normas materiales internacionalmente imperativas (o leyes de policía), son un fiel reflejo de la actuación del Estado en las relaciones jurídico-privadas. Dicha actuación estatal viene motivada, principalmente, por el abrumador crecimiento de la internacionalización de las relaciones jurídico-privadas que, a su vez, ha propiciado la elaboración y utilización de esta técnica normativa. Tal como afirma el profesor J. MASEDA RODRÍGUEZ, el impacto que tienen las normas materiales imperativas en materia contractual es mayor que en materia de obligaciones no contractuales⁶⁴³.

En materia laboral, las normas materiales internacionalmente imperativas que el artículo 9 RRI denomina como “leyes de policía”, se aplican al contrato de trabajo, de tal forma que el órgano jurisdiccional competente concederá una protección mayor al trabajador a través de las normas materiales internacionalmente imperativas, pero para ello se han de cumplir las condiciones establecidas en este mismo precepto. En este sentido, las normas materiales internacionalmente imperativas (artículo 9 RRI) se aplicarán al contrato con independencia de cuál sea la ley reguladora del mismo en virtud del artículo 8 RRI⁶⁴⁴. Exactamente lo mismo ocurre respecto a las obligaciones no contractuales, en virtud del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 864/2007, sobre la

⁶⁴³ Puede consultarse el exhaustivo estudio de J. MASEDA RODRÍGUEZ, “El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales: Límites a la aplicación de la *lex causae*”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013, núm. 25, pp. 5 y 6.

⁶⁴⁴ Acerca de este mismo aspecto, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3567. También puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3400. De igual forma, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2018, p. 1166.

ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido comúnmente como Reglamento “Roma II”⁶⁴⁵. Más en concreto, en el marco del Reglamento “Roma II”, (en adelante, RRII), con arreglo a su artículo 16, sea cual sea la ley aplicable designada por las normas de conflicto contenidas en dicho texto normativo, tanto del régimen general (arts. 4 y 14 RRII) como del régimen especial (arts. 5 a 9 RRII), los Tribunales de los diferentes Estados miembros de la UE, podrán aplicar como leyes reguladoras de las obligaciones extracontractuales, aquellas disposiciones legales que tengan la consideración “leyes de policía”, tal como las denomina el propio artículo 16 RRII⁶⁴⁶.

En definitiva, en materia contractual laboral, el artículo 9 RRI introduce la posibilidad de apartarse de la ley rectora del contrato de trabajo designada a través de la norma de conflicto específica en dicha materia (art. 8 RRI). En consecuencia, podemos concluir que el artículo 9 RRI introduce un mecanismo corrector del normal funcionamiento de las normas de conflicto contenidas en el RRI tanto del régimen general (arts. 3 y 4) como del régimen especial de Derecho aplicable (arts. 5 a 8). Pero para que esto sea posible se necesita, tal como especifican A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “que las normas de Derecho Laboral español se ‘autodeclaren’ aplicables a una relación jurídica laboral ‘internacional’”⁶⁴⁷. Tal como ya tuvimos ocasión de analizar en el presente trabajo⁶⁴⁸, podemos considerar, al igual que los citados autores, que el artículo 1.4 ET cumple exactamente dicha función y, especifica a qué supuestos internacionales se les puede aplicar las normas imperativas españolas⁶⁴⁹. De tal forma que las normas materiales internacionalmente imperativas (además de aplicarse al trabajo desempeñado en el Estado español), en virtud de dicho

⁶⁴⁵ DOUE, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40.

⁶⁴⁶ En este mismo sentido, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, 2013, p. 5.

⁶⁴⁷ Así aparece en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3567. Además, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3400. Así como, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1166.

⁶⁴⁸ Me refiero al Capítulo 2º, apartado IV acerca del alcance del artículo 1.4 del Estatuto de los trabajadores, donde se analizó la compatibilidad de dicho precepto con el Derecho de la Unión Europea, en concreto, respecto de la compatibilidad del art. 1.4 ET y las normas contenidas en el RRI, más específicamente, en relación al art. 9 RRI.

⁶⁴⁹ Así aparece en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3567. Puede verse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3400. También, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. II, 2018, p. 1166. Acerca de esta misma cuestión *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, *Litigación internacional en la Unión Europea II*, Vol. II, 2017, p. 737.

precepto, serán de aplicación “al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”⁶⁵⁰.

Por otra parte, conviene tener presente que, en materia de contratos individuales de trabajo, en el ámbito internacional, es decir, cuando la relación contractual laboral presenta conexiones o vínculos con más de un país, el tema de la imperatividad de las normas laborales suscita una mayor complejidad a consecuencia, precisamente, de los distintos ordenamientos jurídicos estatales en presencia que están destinados a relacionarse entre sí o, más exactamente, a entrecruzarse entre sí⁶⁵¹. De hecho, en el contexto descrito, podemos afirmar que la imperatividad de las normas laborales presentan una serie de problemas específicos tales como: la determinación, no sólo de la ley aplicable a la relación contractual laboral internacional, sino también de la ley aplicable a ciertos aspectos de dicha relación contractual, como pueden ser, la capacidad para contratar, así como, la validez formal del contrato de trabajo, puesto que la determinación de la ley aplicable a estos dos aspectos del contrato, como es sabido, se realiza a través de criterios de conexión distintos a los utilizados para resolver el problema de la ley aplicable al contrato laboral en cuestión⁶⁵². Entre estos problemas específicos propios de la imperatividad de las normas laborales, coincidiendo con el profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, también debemos incluir aquellos supuestos en los que se tengan que tener en cuenta normas materiales internacionalmente imperativas (leyes de policía) del Estado al que el trabajador haya sido temporalmente desplazado para desempeñar su labor en dicho Estado. Así como, qué ocurre en el supuesto de existir disposiciones del ordenamiento jurídico estatal que, en principio, serían aplicables a una determinada relación contractual laboral, si dichas disposiciones no se pudieran aplicar al ser contrarias al orden público del Estado cuyos tribunales conocen

⁶⁵⁰ Tal afirmación también puede consultarse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F.A. VEGA BORRERO, “Contrato Internacional de Trabajo”, en *Los Contratos internacionales (II)*, Tomo XVII, Aranzadi, 2014, pp. 736-737.

⁶⁵¹ Así lo pone de relieve, M. GARDEÑES SANTIAGO, “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2017, núm. 132, p. 163.

⁶⁵² Como es sabido, la determinación de la ley aplicable a la capacidad contractual, se realiza con arreglo a los sistemas autónomos estatales de Derecho Internacional Privado, en el caso español, hay que atender al artículo 9 Cc. Por otro lado, la determinación de la ley aplicable a la forma del contrato, se realiza en virtud del artículo 11 RRI.

del asunto⁶⁵³. A todo ello, se suma otra cuestión a tener presente, como es, la distinción entre dos categorías normativas como son, las normas meramente imperativas y las normas materiales internacionalmente imperativas o, leyes de policía. Como podemos apreciar, la imperatividad de las normas laborales, genera no pocas dificultades en el ámbito internacional, lo que, desde una perspectiva práctica, añade mayor complejidad al operador jurídico.

Ante el contexto descrito, analizamos, a continuación, las posibles vías de solución a las singulares problemáticas que se plantean en relación a la imperatividad de las normas laborales en el marco de la Unión Europea, comenzando, en primer lugar, por tratar determinados elementos que pueden ser útiles a la hora de distinguir las normas meramente imperativas de las normas materiales internacionalmente imperativas (o, leyes de policía). De hecho, el Considerando número 37 del RRI pone de relieve que *“el concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva”*.

Como es sabido, las normas imperativas (a diferencia de las normas dispositivas), son aquellas disposiciones que no admiten que las partes de la relación contractual, en virtud de su autonomía de la voluntad, puedan derogarlas por acuerdo entre las mismas. En este sentido, los profesores A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, afirman que *“las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo son, simplemente, las normas imperativas, o normas no susceptibles de derogación a través de pactos entre las partes”*⁶⁵⁴. De manera que, en las situaciones jurídico-privadas meramente internas (en las que no interviene algún elemento de internacionalidad), averiguar si una norma está provista, o no, de carácter imperativo, podemos decir que no reviste mayor dificultad, pues, básicamente, se trataría de distinguir entre las normas dispositivas (que admiten que las partes puedan pactar otra cosa) y, las normas imperativas que, como hemos señalado anteriormente, no admiten ser derogadas por acuerdo entre las partes⁶⁵⁵.

⁶⁵³ El profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, hace referencia a estas dificultades específicas que se derivan de la imperatividad de las normas laborales. Puede consultarse, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, p. 163.

⁶⁵⁴ Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3084. Igualmente, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3004.

⁶⁵⁵ Respecto a esta cuestión, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, p. 164.

Sin embargo, cuando se trata de una situación jurídico-privada en la que interviene algún elemento de internacionalidad, la distinción entre, por un lado, las normas meramente imperativas, o también denominadas, normas imperativas en sentido interno y, por otro lado, las normas materiales internacionalmente imperativas (o, leyes de policía), es una cuestión mucho más compleja puesto que, para que una determinada disposición legal de carácter imperativo sea considerada como “ley de policía” ha de cumplir una serie de exigencias previstas por el legislador europeo. En concreto, en el ámbito contractual internacional, en el que el concepto de “leyes de policía” ha venido siendo ciertamente controvertido, el legislador europeo, con la finalidad de evitar que cada Estado miembro de la UE pudiera establecer un concepto demasiado amplio de esta categoría normativa y, en consecuencia, eludir la posibilidad de aplicar numerosas normas materiales internacionalmente imperativas a una determinada situación privada internacional en materia contractual, establece en el Reglamento “Roma I”, en su artículo 9.1, una definición autónoma de “leyes de policía”, una definición propia del Derecho de la UE, en virtud de la cual, *“una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato”* en virtud de dicho texto normativo. De tal forma, que una disposición legal meramente imperativa, para alcanzar la calificación de norma material internacionalmente imperativa, tendría que cumplir dichas exigencias, es decir, tendría que tratarse de *“una norma esencial para para la salvaguardia de los intereses públicos, tales como, la organización política, social o económica de un Estado”*, de lo contrario, la norma imperativa no sería una “ley de policía” o norma material internacionalmente imperativa. Dicho de otro modo, la diferencia fundamental entre las normas meramente imperativas y las normas materiales internacionalmente imperativas (o “leyes de policía”), consiste en que estas últimas, tal como pone de relieve H. AGUILAR GRIEDER, gozan de un “plus de imperatividad”⁶⁵⁶, o bien, como afirma el profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, gozan de una imperatividad “reforzada”⁶⁵⁷ ya que, atendiendo a tal definición, las leyes de policía son disposiciones obligatorias, es decir, normas de aplicación necesaria que, además, protegen intereses públicos pues,

⁶⁵⁶ Puede consultarse, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2022, p. 60.

⁶⁵⁷ En este sentido, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc., cit.*, 2017, p. 168 *in fine*.

han de entenderse como “*política imperativa*” que, en beneficio del interés general o social, establece el poder estatal⁶⁵⁸.

Curiosamente, por el contrario, el legislador europeo, respecto a las obligaciones extracontractuales, no nos ofrece en el Reglamento “Roma II”, una definición de qué ha de entenderse por normas materiales imperativas a efectos de las obligaciones no contractuales. No obstante, únicamente el Considerando 7 de dicho instrumento normativo, en cumplimiento del principio de conciliación entre, en este caso, los distintos Reglamentos elaborados por las instituciones de la UE, pone de relieve que, el “*ámbito de aplicación material y las disposiciones*” del Reglamento “Roma II”, “*deben garantizar la coherencia (...) con los instrumentos normativos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*”. En consecuencia, en materia de obligaciones extracontractuales, debemos considerar como normas materiales internacionalmente imperativas (o leyes de policía) aquellas normas *cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación*, con total independencia de la ley que resulte de aplicación, en virtud, como hemos señalado anteriormente, de alguna de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma II”⁶⁵⁹. De forma más resumida, podemos decir que, teniendo como base el Considerando 7 del RRII, la definición que ofrece el legislador europeo de “leyes de policía” en el marco del Reglamento “Roma I” en materia de obligaciones contractuales (art. 9.1 RRI), debe ser exactamente la misma al referirnos al Reglamento “Roma II” en materia de obligaciones extracontractuales (art. 16 RRII).

Centrándonos en los distintos problemas específicos que se plantean sobre la imperatividad de las normas laborales, podemos comenzar, en primer lugar, analizando

⁶⁵⁸ Acerca de esta cuestión, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2º ed., 2022, p. 3083. Igualmente, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid centro color, Murcia, 2022, p. 58. También puede consultarse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2020, p. 3004.

⁶⁵⁹ Recordemos que, a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, respecto a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, aunque el criterio de conexión principal es la autonomía conflictual (art. 14 RRII), es de escasa operatividad en la práctica ya que, no va a ser frecuente que, el responsable del daño y la persona afectada o perjudicada (víctima), pacten la ley aplicable. Por este motivo, en dicha materia, tiene mayor operatividad la regla general, según la cual, en defecto de autonomía conflictual, la ley aplicable será la ley del país en el que se produce el daño (art. 4 RRII).

la relación entre la norma de conflicto específica en materia de contratos de trabajo, en virtud de la cual, el criterio de conexión principal para determinar la ley aplicable a dicha relación contractual laboral, como es sabido, es la autonomía conflictual (art. 8.1 RRI)⁶⁶⁰ y, la norma de conflicto que consagra el criterio de la autonomía conflictual como criterio de conexión principal para la determinación de la ley aplicable a la generalidad de los contratos internacionales (art. 3 RRI, en concreto su apartado 3º)⁶⁶¹.

A tenor de la redacción del artículo 8 apartado 1 del RRI, la facultad de la que disponen las partes para elegir la ley aplicable a su relación contractual laboral, permite mejorar la protección al trabajador, tal como pone de relieve el profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, pues nada impide que las partes elijan como ley aplicable a su relación contractual laboral, una ley que, en comparación con la *lex loci laboris* (ley que normalmente resulta de aplicación), ofrezca mayor protección al trabajador. En consecuencia, la autonomía conflictual, en este caso, lejos de tener como finalidad eludir las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo (*lex loci laboris*), se podría considerar como un “instrumento que permite mejorar el régimen aplicable al trabajador”⁶⁶².

Si, desde el punto de vista de la protección al trabajador, como hemos señalado anteriormente, realizamos una labor comparativa entre los artículos 8.1 y 3.3 del Reglamento “Roma I”, la diferencia fundamental entre ambos preceptos, consiste en que, en el régimen especial contenido en el apartado 1 del artículo 8, el límite a la autonomía conflictual se fundamenta en la existencia de una parte débil (el trabajador) que, como es sabido, en virtud del principio tuitivo en el que se justifica la existencia de un régimen especial de Derecho aplicable, contenido en el Reglamento “Roma I”, dicha parte débil, como es sabido, merece de una protección específica.

⁶⁶⁰ El artículo 8.1 RRI dispone expresamente que “El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.”

⁶⁶¹ Por otro lado, el artículo 3.3 RRI establece que, “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.”

⁶⁶² Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, pp. 165-166. La utilización de comillas y cursivas es nuestra.

Sin embargo, en el artículo 3.3 del Reglamento “Roma I”, el límite a la autonomía conflictual de las partes de la relación contractual en cuestión, se fundamenta en la vinculación de los elementos del contrato a un país distinto cuya ley es elegida. (Sin perjuicio de que, cuando se trate de un contrato intracomunitario y, en virtud de la autonomía conflictual, se elija la ley de un Estado no miembro de la UE, en cuyo caso, estaríamos en el supuesto descrito en el artículo 3.4 que, establece una cláusula general de protección para la generalidad de los contratos internacionales, garantizando la aplicación de las normas imperativas contenidas en disposiciones elaboradas por las instituciones europeas, tal como se apliquen en el Estado miembro ante el que se presenta el litigio, denominado, Estado miembro del foro).

En todo caso, coincidiendo en esta cuestión con M. GARDEÑES SANTIAGO, lo establecido en el artículo 3.3 del Reglamento “Roma I”, en el supuesto tan específico de los contratos de trabajo, hasta cierto punto, puede parecer un tanto innecesario, en la medida en que cuando resulte de aplicación dicho precepto, igualmente resultará de aplicación el primer apartado del régimen especial de Derecho aplicable en esta materia (art. 8.1 RRI). De manera que si los distintos elementos de un determinado contrato de trabajo (la administración central, o residencia habitual, de las partes; el lugar de celebración y de ejecución del contrato, etc.), se encuentran localizados en un solo país, la ley aplicable a dicho contrato de trabajo, se determinará (posiblemente), a través de la *lex loci laboris* (artículo 8.2 RRI) y, en su defecto, a través del lugar del establecimiento contratante (art. 8.3 RRI), sin que el artículo 3.3 del Reglamento “Roma I” añada mayor protección, en este caso, al trabajador⁶⁶³.

Uno de los problemas que plantea la imperatividad de las normas laborales, radica en delimitar o, detectar convenientemente, las normas materiales internacionalmente imperativas (leyes de policía), en especial, en los supuestos en los que el trabajador haya sido desplazado temporalmente.

En cuanto al concepto de la citada categoría normativa, tal como pone de relieve la profesora H. AGUILAR GRIEDER, la definición de “leyes de policía” ofrecida por el legislador europeo en el artículo 9, apartado 1, del Reglamento “Roma I”, adolece de ser “excesivamente restrictiva”, ya que, atendiendo a la redacción utilizada por el

⁶⁶³ Sobre esta cuestión, puede verse, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, p. 167.

legislador europeo, las “leyes de policía” no pueden operar, en el marco del Reglamento “Roma I”, para proteger a la parte que ocupa una posición negocial más débil (como es, entre otras, el trabajador), sino que, las “leyes de policía”, atendiendo a la definición ofrecida en el artículo 9.1 del Reglamento “Roma I”, únicamente pueden intervenir para proteger intereses generales o públicos⁶⁶⁴. Por este motivo, se puede afirmar que las “leyes de policía”, a efectos del Reglamento “Roma I”, son, exclusivamente “normas de dirección”, aspecto que no ofrece ninguna duda en el Considerando 37 de dicho texto legal que, viene a señalar que las leyes de policía se fundamentan en “consideraciones de interés público”. Ello obedece a que el artículo 9.1 del Reglamento “Roma I” no alude en ningún momento a las normas de protección, sino que, dicho precepto sólo se refiere de forma exclusiva, a otro tipo de normas, como son las denominadas “normas ordopolíticas” o, también denominadas, “normas de dirección”⁶⁶⁵.

Si tenemos en cuenta que, en el ámbito de la UE, en determinados sectores de la contratación internacional, (como ocurre, entre otros, respecto a determinados contratos de consumo, así como, en los contratos de trabajo), existe un elevado número de Directivas europeas cuyas normas imperativas tienen como principal finalidad, además de proteger el buen funcionamiento del mercado interior (interés general), proteger a la parte que ocupa una posición negocial más débil o desventajosa (como es el caso de determinados consumidores y, por supuesto, de los trabajadores), siendo este objetivo propio de las “normas de protección”, ya que tales normas se ocupan de proteger “*la situación jurídica de ciertas personas o colectivos que se encuentran en una «posición contractual débil» (...) y que tratan de «reestablecer el equilibrio» entre los contratantes*”⁶⁶⁶, podemos concluir que dichas normas (contenidas en Directivas europeas sectoriales) han de ser consideradas como normas materiales internacionalmente imperativas, siendo de aplicación a las categorías contractuales objeto de regulación por tales Directivas, con independencia de cuál sea la *lex contractus* (ley aplicable designada a través de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I”). Desde esta perspectiva, coincidiendo con la profesora H.

⁶⁶⁴ Puede consultarse, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2022, p. 60.

⁶⁶⁵ En este mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2022, p. 210. Así como, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2022, p. 3086.

⁶⁶⁶ Definición señalada por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Tomo III, 2022, p. 3086.

AGUILAR GRIEDER, parece lógico pensar que la distinción entre normas de dirección y normas de protección, actualmente, ha quedado obsoleta y carente de sentido⁶⁶⁷.

Teniendo en cuenta que, en los supuestos transnacionales de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de la UE, en defecto de elección de ley (en los términos ya analizados del art. 8.1 RRI), la ley aplicable sería la determinada por la *lex loci laboris*, sin que cambie tal circunstancia por el hecho del desplazamiento temporal del trabajador a otro Estado miembro (en virtud del artículo 8.2 RRI), ello no impide la aplicación de las normas materiales internacionalmente imperativas (leyes de policía) del país de destino en cuestiones fundamentales para el trabajador. Es decir, aunque el contrato de trabajo en cuestión se regulara por un Derecho extranjero, esta circunstancia no impedirá la aplicación de determinadas normas materiales internacionalmente imperativas (leyes de policía) del país al que haya sido temporalmente desplazado el trabajador. De esta forma, el legislador europeo garantiza un mínimo de protección en cuestiones fundamentales para el trabajador (entre otras cuestiones, los períodos máximos de trabajo y mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones retribuidas; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación; la remuneración⁶⁶⁸, incluido el incremento por horas extraordinarias; etc.). El garantizar al trabajador ese “mínimo de protección”, se debe a la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁶⁶⁹, en concreto, a su artículo 3. No obstante, recordemos que, la mencionada “Directiva de mínimos” del año 1996, ha sido objeto de una necesaria modificación llevada a cabo por la Directiva (UE) 2018/957⁶⁷⁰, cuyo plazo de transposición a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado Miembro, finalizó el 30 de julio de 2020. Además, si atendemos a lo establecido en el Considerando 34 del Reglamento “Roma I”, la norma de conflicto específica en materia de contratos individuales de trabajo “*no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador*”⁶⁷¹ contenida en la Directiva de referencia del año 1996. Este aspecto es

⁶⁶⁷ Puede verse detenidamente el exhaustivo análisis al respecto de H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2022, pp. 60-61.

⁶⁶⁸ Término utilizado por la Directiva de 2018 y que sustituye al término “salario mínimo” utilizado en la Directiva de referencia del año 1996,

⁶⁶⁹ DOCE, 16 de diciembre de 1996, núm. L 18/1.

⁶⁷⁰ DOUE, de 9 de julio de 2018, núm. L 173/16.

⁶⁷¹ La utilización de comillas y las letras en cursiva no corresponden al texto original.

extrapolable a la Directiva de 2018 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

No obstante, en mi opinión, reviste cierta complejidad averiguar o identificar con total seguridad los distintos aspectos que nos lleven a concluir si nos encontramos ante una norma meramente imperativa o, ante una norma material internacionalmente imperativa, por lo que el operador jurídico tendrá que analizar, en todo caso, el contenido y la función o finalidad de la misma. En este sentido, el profesor M. GARDEÑES SANTIAGO pone de relieve que existirían “dos posibilidades” para averiguar esta compleja cuestión e identificar si se trata de una norma imperativa, o bien, de una norma material internacionalmente imperativa⁶⁷².

La primera de estas “dos posibilidades” consiste en que sea el propio legislador el que especifique o, “incluya alguna indicación” sobre el ámbito de aplicación espacial de la norma en cuestión. De su ámbito de aplicación espacial se podría desprender, en palabras del profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, “*la voluntad de que la disposición se aplique sea cual fuere la ley aplicable al contrato o relación jurídica de base*”. Esta posibilidad aportaría mayor seguridad jurídica. Y, la segunda posibilidad, para identificar las leyes de policía (o normas materiales internacionalmente imperativas), en defecto de “indicación expresa del legislador” en la propia norma sobre los “supuestos en que deba aplicarse” o, cuál es su “finalidad de interés público”, consiste en atender a la “interpretación teleológica o finalista de la norma”. Lo que conllevaría cierta inseguridad jurídica⁶⁷³. En este sentido, en opinión del profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, dicha inseguridad jurídica es “un inconveniente”, sin embargo, en su opinión, no se trata de algo que no se pueda superar pero que, definitivamente, “no hay más remedio que aceptar”⁶⁷⁴. Aunque, hay casos que, a pesar de la no concreción expresa del legislador delimitando el ámbito de aplicación espacial de la norma en cuestión, simplemente atendiendo a su finalidad, se puede concluir que se trata de una norma material internacionalmente imperativa. Este es el caso, por ejemplo, de las normas sobre la remuneración del trabajador, cuya finalidad principal es evitar la explotación laboral, así como, garantizar el sustento del propio trabajador, por otro lado,

⁶⁷² Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, p. 169.

⁶⁷³ Puede consultarse ambas posibilidades, *loc. cit.*, 2017, pp. 169 y 170.

⁶⁷⁴ Puede consultarse, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, p. 170.

se trata de un elemento que afecta al mercado de trabajo. De manera que, el denegar a dichas normas el carácter de “internacionalmente imperativas”, aunque no se deduzca expresamente de la redacción de dichas normas, resultaría inapropiado y negativo⁶⁷⁵.

Debemos añadir que, además de estas “dos posibilidades”, tal como pone de relieve el profesor M. GARDEÑES SANTIAGO, también podría desprenderse que se trata de una norma material internacionalmente imperativa, el hecho de que, a veces, el legislador intenta asegurar su cumplimiento imponiendo sanciones administrativas o, incluso, penales. Este hecho, conlleva una “rigurosa imperatividad de la prohibición descrita”⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Igualmente, sobre este aspecto, M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, p. 170.

⁶⁷⁶ *Vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, 2017, p. 170.

CONCLUSIONES FINALES

Teniendo como punto de partida que nos encontramos inmersos en un mundo cada vez más globalizado, cuya base se asienta en un proceso de liberalización dirigido al libre comercio, en el que la adaptación de los trabajadores, las empresas y el propio Estado a un mercado predominantemente globalizado, es una cuestión inevitable, en el presente trabajo se ha pretendido poner de relieve que la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo transnacionales en el marco de la UE, es una labor ciertamente compleja y conlleva no pocos problemas prácticos, en la medida en que, el legislador europeo, a través del Reglamento (CE) nº 593/2008, (conocido comúnmente como, Reglamento “Roma I”), ha optado por la utilización de un sistema conflictual que, a su vez, en aras del principio de conciliación del Derecho de la UE, ha de mantener una coherencia valorativa, no sólo con otros Reglamentos europeos, (especialmente, con el Reglamento (CE) nº 1215/2012, denominado comúnmente como, Reglamento “Bruselas I bis”, que, como es sabido, abarca la materia contractual desde la perspectiva de la competencia judicial internacional”), sino también con el Derecho europeo material, en este caso, en el ámbito de los contratos individuales de trabajo. Pues, como es sabido y se ha plasmado en este trabajo, los instrumentos normativos elaborados por las instituciones de la UE, han de entenderse e interpretarse como textos normativos complementarios ya que, todos y cada uno de ellos, forman parte de un mismo ordenamiento jurídico, el ordenamiento jurídico de la UE. Precisamente, teniendo como fundamento el citado principio de conciliación, a través del presente estudio, se ha llevado a cabo el análisis de una correlación *forum-ius* desde dos perspectivas distintas.

De este modo, en primer lugar, la correlación *forum-ius* se ha analizado desde la perspectiva del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no podemos olvidar que, en materia contractual, dicho principio es el generalmente admitido aunque, debemos precisar que, a pesar de ello, tiene importantes límites como hemos puesto de relieve a lo largo de nuestro análisis, tanto en sede de competencia judicial internacional, como en sede de Derecho aplicable, máxime teniendo presente que estamos abordando una categoría contractual que, como es sabido, se caracteriza por existir un desequilibrio entre la posición negocial de ambas partes contractuales, una

parte que ocupa una posición contractual más débil, en este caso, el trabajador, frente a la otra parte contractual que ocupa una posición más ventajosa, el empleador (o empresario). En este sentido, a través de los límites a la autonomía de la voluntad de las partes, uno de los objetivos más importantes que pretende el legislador europeo es evitar la imposición de jurisdicción, o bien, la imposición del ordenamiento jurídico estatal aplicable a la relación contractual laboral en la medida de sus intereses y, en consecuencia, en detrimento del trabajador Y, en segundo lugar, el análisis de la correlación *forum-ius* se ha abordado desde la perspectiva de la ley objetivamente aplicable. En todo caso, bajo el prisma del principio que vertebra todo el sistema normativo en materia de contrato internacional de trabajo transnacional en el marco de la UE, como es el principio de protección de la parte débil en la citada categoría contractual.

En sede de competencia judicial internacional, a modo de conclusión, podemos afirmar que, en materia de contratos individuales de trabajo transnacionales, la protección de origen internacional institucional o europeo ofrecida por el Reglamento (CE) nº 1215/2012, es mayor que la ofrecida por su inmediato antecesor normativo, el Reglamento (CE) nº 44/2001. En definitiva, desde el sector de la competencia judicial internacional, el Derecho internacional privado español protege al trabajador a través de la utilización de los denominados “foros de protección”, ordenados de forma alternativa, lo que facilita el acceso a la justicia de la parte débil de la relación contractual.

Por otro lado, desde la perspectiva del sector de la ley aplicable, es innegable el avance conseguido gracias al Reglamento nº 593/2008, debido principalmente a la consagración de dos técnicas para designar la ley aplicable al contrato internacional de trabajo: la técnica conflictual y la técnica de las normas materiales imperativas. De la conjunción de ambas técnicas se garantiza un mínimo de protección al trabajador.

No obstante, en cuanto a la técnica conflictual, existe una diferencia fundamental entre el apartado 1 del artículo 8 del citado texto legal y, los demás apartados de esta norma de conflicto europea. Dicha diferencia radica en que la autonomía de la voluntad conflictual, como criterio de conexión principal, se sustenta en la mejora de la protección del trabajador, es decir, se apoya en consideraciones materiales. Sin embargo, los demás puntos de conexión previstos en el artículo 8, apartados de 2 y 3,

así como, la cláusula de excepción específica existente en esta materia, prevista en el apartado 4, del mencionado precepto contenido en el Reglamento “Roma I”, se fundamentan en el criterio de proximidad. En cuanto al fundamento de la citada cláusula de excepción en el principio de proximidad, destacamos, por su gran relevancia, el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Schlecker*, analizado en el presente estudio. Así, actualmente, contamos con un criterio de conexión basado en el principio de protección (en la medida en que los interesados hayan hecho uso de su autonomía conflictual), con dos criterios de conexión y una cláusula de excepción específica y, tanto las dos conexiones como la cláusula de excepción, se fundamentan en el principio de proximidad, cuya función es meramente localizadora. En consecuencia, el Reglamento “Roma I”, (al igual que su antecesor, el Convenio de Roma de 1980), nos ofrece una solución que sólo en parte tiene en cuenta consideraciones de tipo material o de protección al trabajador.

Tal como hemos mencionado anteriormente, la designación de la ley aplicable al contrato de trabajo transnacional, también se puede realizar a través de la técnica de las normas materiales imperativas, aunque, a modo de conclusión, conviene puntualizar que, en el contexto internacional, la imperatividad de las normas laborales plantea numerosos problemas en la medida en que, se entrecruzan los distintos ordenamientos jurídicos estatales en presencia, ocasionando la posible interacción entre las normas imperativas de aquel ordenamiento jurídico que resulte de aplicación y las normas materiales internacionalmente imperativas (leyes de policía) de otros Estados que, igualmente, estén vinculados a un mismo contrato individual de trabajo transnacional.

Además, en sede de ley aplicable, merece especial mención el supuesto de desplazamiento internacional de trabajadores en el ámbito de la UE. En este sentido, en virtud del criterio de conexión establecido en el apartado 2 del artículo 8 del “Reglamento “Roma I”, la ley aplicable al contrato de trabajo sigue siendo la “ley de origen”, es decir, la ley del país en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo. Sin embargo, la aplicación de esta regla puede provocar que trabajadores contratados en un país determinado en condiciones ventajosas para sus empresarios (por ejemplo: trabajadores contratados con salarios y costes sociales más bajos, lo que se traduce en un menor coste para el empresario), sean introducidos temporalmente en otros Estados cuyas legislaciones, en materia laboral, sean más exigentes, continuando regulados por la “ley de origen” los contratos de esos trabajadores que, con carácter

temporal, van a prestar sus servicios a ese otro país. Este fenómeno es lo que se denomina “*dumping social internacional*”. No cabe duda de que, este fenómeno afecta, en gran medida, al mercado laboral de países con legislaciones sociales avanzadas.

Para evitar los problemas de “*dumping social*” que se pueden plantear en la práctica, la Directiva 96/71/CE, así como su norma de transposición al ordenamiento jurídico español, la Ley 45/1999, introducen una regulación específica del desplazamiento temporal internacional de trabajadores. Concretamente, la citada norma europea obliga a respetar la ley del país de destino en las materias fundamentales para el trabajador y, en consecuencia, esa ley del país de destino, prevalece sobre el Reglamento “Roma I”. Podemos concluir que, en este sentido, la Directiva de 1996, estableciendo la citada medida correctiva, consigue flexibilizar el método conflictual para, en definitiva, dar cumplimiento a los objetivos que se propuso alcanzar el legislador europeo a través del citado texto normativo, como son, garantizar un “núcleo duro” de derechos a los trabajadores desplazados (siempre que fueran una medidas más protectoras que las previstas en la *lex contractus*) y, de este modo, evitar supuestos de competencia desleal entre empresas. Aunque es cierto que, a lo largo del articulado del Reglamento nº 593/2008 el legislador europeo, curiosamente, no menciona el régimen previsto en la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento temporal internacional de trabajadores, es el Considerando 34 de dicho Reglamento el que nos advierte que: “*la norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE...*” Esta referencia que realiza el Considerando 34 del Reglamento europeo a la citada Directiva, podemos interpretarla como una manifestación de complementariedad entre ambos textos legales.

En el presente trabajo de investigación, se analiza la citada Directiva del año 1996 debido al impacto y, en su día, el avance que supuso su adopción. No obstante, al cabo de veinte años, en 2016, debido a las deficiencias que presenta la Directiva de 1996, se hizo verdaderamente necesaria su revisión y, posterior modificación que se lleva a cabo por la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento y, en especial, por la Directiva UE/2018/957 que modifica la Directiva del año 1996, objeto de análisis en el presente trabajo.

En este sentido, a modo de conclusión final, podemos afirmar que, a pesar de los logros alcanzados, las medidas adoptadas por la UE a lo largo de estos años, en cuanto a la protección del trabajador en los contratos individuales de trabajo transnacionales en el marco de la UE, han demostrado ser insuficientes. Sin embargo, el hecho de que la Unión Europea, mediante la adopción de la Directiva de 2018, tenga como objetivo prioritario alcanzar una mayor y más efectiva protección del trabajador, en principio, puede parecer algo ciertamente positivo, al menos, deja vislumbrar una línea de actuación diferente por parte de la UE que ha venido priorizando la prestación de servicios frente a los derechos de los trabajadores. Aun así, la Directiva de 2018 no parece que vaya a ser una regulación idónea para solucionar problemas como, por ejemplo, el *dumping* social internacional, o bien, la competencia desleal entre empresas. Y, aunque, por un lado, podemos decir que consigue cierta mejora respecto de algunos problemas de la Directiva de 1996, por otro lado, puede dar lugar a posibles problemas interpretativos. De manera que, a pesar del cierto avance alcanzado respecto a la protección de los trabajadores en los contratos individuales de trabajo transnacionales en el marco de la UE, sin duda, el legislador europeo ha de seguir avanzando para elaborar normas que ofrezcan una mayor protección a los trabajadores desplazados.

La investigación iniciada con el presente trabajo, en mi opinión, presenta una clara línea de investigación a continuar en la que poder abordar, entre otras cuestiones, nuevas estrategias de las instituciones europeas en materia de protección al trabajador desplazado, así como, los futuros pronunciamientos del TJUE al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinales:

- ADAM MUÑOZ, M.D., “Algunas consideraciones en torno al contrato individual de trabajo en el Derecho Internacional Privado de origen comunitario”, en *Algunos Retos que Plantea la Realidad Social, Económica y Jurídica Actual en los Ámbitos Societario y Laboral*, bajo la coordinación de M. SABIDO RODRÍGUEZ, 1ª ed., Aranzadi, 2012, pp. 247-284.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Derecho Internacional Privado del Empleo” en *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2ª ed., Tecnos, 2006, pp. 494-505.
- AGUILAR GRIEDER, H., *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, 2007.
- AGUILAR GRIEDER, H., «La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento “Roma I”», en *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, pp. 45-60.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 19-35.
- AGUILAR GRIEDER, H., “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 308-338.
- AGUILAR GRIEDER, H., “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 24-46.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, Vol. 4, Nº 2, pp. 23-48.
- AGUILAR GRIEDER, H., “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, 2014, Nº 8234, pp. 1-9.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva *de lege lata* y propuestas *de lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, Nº 1, pp. 45-67.

- AGUILAR GRIEDER, H., *Iniciación al Derecho Internacional Privado de la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2014, Nº 135.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo Reglamento ‘Bruselas I bis’ (1215/2012): una apuesta parcialmente frustrada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 9/2015, pp. 1-15.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Problemas de Derecho Internacional Privado en la contratación de seguros: especial referencia a la reciente Directiva (UE) 2016/97 sobre distribución de seguros”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, Vol. 9, Nº 2, pp. 39-58.
- AGUILAR GRIEDER, H., “La contratación internacional en el mercado asegurador en el ámbito de la Unión Europea: novedades y desafíos”, en *El contrato de seguro y distribución en la encrucijada*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra 2018, pp. 35-89.
- AGUILAR GRIEDER, H., *Pilares Fundamentales del Derecho Internacional Privado Europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2018, Nº 166.
- AGUILAR GRIEDER, H., “La Ley de distribución de seguros y el Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en *La distribución de seguros privados*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 559-580.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Mecanismos de protección del asegurado en tanto que parte débil de la relación contractual en el marco del Derecho internacional Privado”, en *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador*, Comares, Granada, 2021, pp. 389-414.
- AGUILAR GRIEDER, H., *Claves para entender el Sistema español de Derecho Internacional Privado: Con supuestos prácticos y sus soluciones*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2021, Nº 185.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional Privado)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, Vol. 14, Nº 2, pp. 47-70.
- ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2008, Nº 15, pp. 1-33.

- ANCEL, B., “La loi applicable à défaut de choix”, en *Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, núm. 62, Schulthess, 2008, pp. 77-93.
- ARENAS GARCÍA, R., “Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013, Vol. LXV, Nº 2, pp. 377-382.
- BALLARINO, T., “La unificación de las reglas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La transformación en Reglamento del Convenio de Roma”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, Tomo VI, pp. 331-344.
- BASEDOW, J., “Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, Tomo VI, pp. 141-159.
- BELINTXON MARTÍN, U., “Dumping social, desarmonización socio-laboral y Derecho Internacional Privado: La des-Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, Tomo XVI, pp. 611-642.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. / CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. / CARRILLO POZO, L.F. / GARAU SOBRINO, F.F. / GUARDANS CAMBO, I. / IRIARTE ÁNGEL, J.L. / SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. / GARAU SOBRINO, F.F. / LORENZO GUILLÉN, M.L. / MONTERO MURIEL, F.J., *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez-Llorca, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- BONELL, M.J., “De la Convención de Viena sobre la compraventa a los Principios Unidroit: ¿hacia un derecho global de los contratos comerciales internacionales?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 259-273.
- BONOMI, A., “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en *Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux*

obligations contractuelles, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, núm. 62, Schulthess, 2008, pp. 217-237.

- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, Vol. LI, Nº 2, pp. 383-426.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal”, en *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, AAVV (Coord. O FOTINOPOLOU BASURKO), Atelier, 2017.
- CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, 2003, Nº 21, pp. 49-69.
- CALVO CARAVACA, A.L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, Nº 2, pp. 52-133.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, 2006.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I y II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I y II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 3 Tomos, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 3 Tomos, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid centro color, Murcia, 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Autores y Directores) / CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. (Autora), *Litigación internacional en la Unión Europea I, Competencia judicial y validez de resoluciones en*

materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis, Vol. I, 1ª ed., Aranzadi, 2017.

- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Autores y Directores) / CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. (Autora), *Litigación internacional en la Unión Europea II, La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Vol. II, 1ª ed., Aranzadi, 2017.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., Comentario sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, *Jan Voogsgeerd c. Navimer S.A.*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012, Vol. LXIV, Nº 2, pp. 242-245.
- CARRASCOSA BERMEJO, D., “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2019, núm. 142, pp. 37-68.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. / VEGA BORRERO, F.A., “Contrato Internacional de Trabajo”, en *Los Contratos Internacionales (II)*, Tomo XVII, Aranzadi, 2014, pp. 705-775.
- CARRERA, S. / GEYER, F., “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, Nº 29, pp. 133-162.
- CASTELLANOS RUIZ, E., “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones”, en *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, 2005, pp. 425-475.
- CASTELLANOS RUIZ, E., *El Reglamento ‘Roma I’ sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009.
- CASTELLANOS RUIZ, E., *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010.
- CHICHARRO LÁZARO, A., “El Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010, Nº 20, pp. 36.

- CONTRERAS HERNÁNDEZ, O., *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo, 2020.
- CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: Especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, Vol. 9, Nº 2, pp. 174-193.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, 2013, Nº 8013, pp. 1-5.
- DESANTES, M. / IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Hacia un sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, Tomo IX, pp. 115-128.
- DURÁN AYAGO, A., “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, Nº 29, pp. 1-55.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, Vol. 67, Nº 2, pp. 83-109.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, Tomo IV, pp. 35-78.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Decimosegunda edición, 2022.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Décima edición, 2018.
- FERRARI, F., “Objektive Anknüpfung”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, núm. 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 57-87.
- FOTINOPOULO BASURKO, O., “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”, *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, 2004,

Nº 52, ejemplar dedicado a Derecho social internacional y comunitario, pp. 49-60.

- FOTINOPOULO BASURKO, O., *La Determinación de la Ley aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, 1ª ed., Aranzadi, 2006.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O., *El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario*, Publicaciones CES-Andalucía, 2008.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas Laborales*, 2014, Nº 123, pp. 79-108.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coordinadora), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 2017.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. Temporalidad en las normas de Derecho Internacional Privado del Trabajo Europeas, *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 2017, pp. 249-274.
- FRANZINA, P., “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol.1, Nº 1, pp. 92-101.
- GARAU SOBRINO, F.F., “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, Vol. 4, Nº 2, pp. 140-158.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, 2008, Nº 6957, pp. 1-10.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “Obligaciones contractuales”, en *La Cooperación en Materia Civil en la Unión Europea: Textos y Comentarios*, Thomson Aranzadi, 2009, pp. 607-634.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, Civitas Thomson Reuters, Quinta Edición, 2019.
- GARDEÑES SANTIAGO, M., “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 30 de abril de 1996, desde la óptica

- del Derecho internacional privado)”, *Revista de Instituciones Europeas*, septiembre/diciembre 1996, Nº 23, pp. 863-877.
- GARDEÑES SANTIAGO, M., “El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 C) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, Nº 11, pp. 231-249.
 - GARDEÑES SANTIAGO, M., “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 387-424.
 - GARDEÑES SANTIAGO, M., “Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur”, *Liber amicorum*, 2011, Lextenso éditions, pp. 255-278.
 - GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2017, núm. 132, pp. 163-187.
 - GIULIANO, M. / LAGARDE, P., “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*, de 11 de diciembre de 1992, C 327.
 - GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Nº 1, pp. 213-232.
 - GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4.” en AAVV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pp. 56-58.
 - GUARDANS I CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Madrid, 1992.
 - HARRIS, J., “Mandatory Rules and Public Policy under The Rome I Regulation” en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 269-348.
 - HEISS, H., “Party Autonomy”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 1-16.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 302-315.
- JACQUET, J.M., “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, Tomo X, pp. 35-48.
- JOYA CARRASCO, M., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea. Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012”, *Diario La Ley*, 2014, Nº 8247, pp. 1-9.
- JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, bajo la dirección de A.L. Calvo Caravaca y de J. Carrascosa González, Comares, Granada, 2002.
- JUNKER, A., “Arbeitsverträge”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat-und Verfahrensrecht, núm 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 111-127.
- LEIBLE, S., “Rechtswahl”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat-und Verfahrensrecht, núm 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 41-55.
- LEIBLE, S., “El Marco Común de Referencia y la elección de Derecho aplicable”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 481-492.
- LEIBLE, S., “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en *Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, núm. 62, Schulthess, 2008, pp. 61-75.
- LEIBLE, S., “La importancia de la autonomía de la voluntad conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 214-233.
- LEIBLE, S. / STAUDINGER, A., “El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, Tomo I, pp. 89-115.

- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo art. 6 Reglamento Roma I”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 511-529.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. / RON LATAS, R.P., *El contrato de trabajo internacional*, Thomson Reuters, 2013.
- LÜTTRINGHAUS, J. D., “Chapter II: Uniform Rules” en *Rome I Regulation Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers (selp), Munich, 2015, pp.403-423.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., “El régimen de ley aplicable a los trabajadores desplazados con carácter temporal tras la Directiva 2018/957/CE”, en *Nuevos escenarios del Derecho Internacional Privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 529-554.
- MAGNUS, U., “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 27-50.
- MANGAS MARTÍN, A. / LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª ed., Tecnos, 2012.
- MANKOWSKI, P., “Consumer Contracts under Article 6 of de Rome I Regulation”, en *Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, núm. 62, Schulthess, 2008, pp. 121-160.
- MANKOWSKI, P., “Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 171-216.
- MARCHAL ESCALONA, N., “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, Vol. LIV, Nº 2, pp. 811-822.
- MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: Hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, núm. 68, pp. 81-116.

- MARTÍN VALVERDE, A. / RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. / GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ LUNA, W.F., “El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, N° 24, pp. 1-31.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J., “El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales: Límites a la aplicación de la *lex causae*”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013, núm. 25, pp. 1-45.
- MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I. / UNCETA LABORDA, M., “Los Principios de unidroit como *lex contractus*”, en *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, 2005, pp. 765-800.
- MOLINA MARTÍN, A.M., “*La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero*”, Universidad de Granada, 2009.
- MONCAYO HORMIGO, A.M., “Consideraciones sobre la ley aplicable en materia contractual en el ámbito de la Unión Europea”, en *Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, mayo-agosto 2022, N° 20, pp. 49-78.
- NUYTS, A. (Coordinateur), *Actualités en Droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- NUYTS, A., “Bruxelles I bis: presentation des nouvelles règles sur la compétence et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, en *Actualités en Droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 77-134.
- ORTIZ VIDAL, M.D., “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, N° 1, pp. 376-402.
- PARADELA AREÁN, P., “Quince años de aplicación en España del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2008, Tomo VIII, pp. 469-480.
- PARADELA AREÁN, P., “Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos. (Comentario a la STJ de 12 de septiembre de 2013)”, *Diario La Ley*, 2014, N° 1758, pp. 1-7.

- PÉREZ GUERRERO, M^a. L. / CASTELLANO BURGUILLO, E. / PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., “Trabajo atípico en la Unión Europea”, *Revista Gaceta Laboral*, 2008, Vol. 14, N^o. 3, pp. 327-350.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’ de 15.12.2005”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2006, N^o 367, pp. 1-22.
- RAGNO, F., “The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation”, en *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 129-170.
- RAGNO, F., “Chapter II: Uniform Rules; Article 6: Consumer contracts”, en *Rome I Regulation Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers (selp), Munich, 2015, pp. 208-253.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., “Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo”, *La Ley-Comunidades Europeas*, 1991, N^o 69, pp. 1-11.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, N^o 1, pp. 112-130.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, *Relaciones Laborales*, 1996, N^o 1, pp. 1335-1374.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. / PÉREZ GUERRERO, M^a. L., “La armonización del trabajo atípico en la Comunidad Europea: de la Directiva 2008/104/CE a la reforma laboral en España”, en *Derecho de la Unión Europea y reformas del Ordenamiento Jurídico Español*, Collectanea 155, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 2011, pp. 227-261.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ, *Desplazamiento y Traslado de Trabajadores al Extranjero*, 1^a ed., Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A. “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, Vol. 6, N^o 1, pp. 330-347.

- RUIZ LINAZA, F. y OLÁBARRI CANDELA, P., “Comentario del artículo 21 del Reglamento «Bruselas I bis»”, en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pérez-Llorca, (Coordinadores: P. Blanco-Morales Limones, F.F Garau Sobrino, Mª L. Lorenzo Guillén, F.J. Montero Muriel, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 485-493.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M., *La Protección del Trabajador en Sucesiones Internacionales de Empresas*, 1ª ed., Aranzadi, 2009.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Algunas cuestiones que plantea en DIPr la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 233-260.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M. (Coordinadora), *Algunos Retos que Plantea la Realidad Social, Económica y Jurídica Actual en los Ámbitos Societario y Laboral*, 1ª ed., Aranzadi, 2012.
- SALOMON, D., “Verbraucherverträge”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, núm. 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 89-110.
- SERRANO GARCÍA, Mª. J., *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2011.
- STAUDINGER, A., “Internationales Versicherungsvertragsrecht- (k)ein Thema für Rom I?”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, núm. 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 225-243.
- STAUDINGER, A., “Chapter II: Uniform Rules. Article 8: Individual employment contracts”, en *Rome I Regulation*, Selp (Sellier European Law Publishers), Munich, 2015, pp. 287-320.
- THORN, K., “Eingriffsnormen”, en *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, núm. 10, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2007, pp. 129-149.
- VILATA MENADAS, S. (Coordinador), *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho europeo. Situación y perspectiva tras cincuenta años*, Universitat de València, Colección: 500 anys d’estudis jurídics, 2005.

- VIRGÓS SORIANO, M., “Obligaciones contractuales”, en AAVV. (Dir. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-207.

Otros documentos:

- Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. [COM (2002) 654 final].
- Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI. [COM (2006) 708 final].
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [COM (2009) 174 final].
- Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [COM (2009) 175 final].
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. [COM (2009) 175 final] (2010/C 255/08). *DOUE*, 22.9.2010, C 255/48.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (2011/C 308 E/06). *DOUE*, 20.10.2011, C 308 E/36.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”. [COM (2012) 131 final - 2012/0061 (COD)]. *DOUE*, 15.11.2012, C 351/61.

- Dictamen del Comité de las Regiones. El Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. (2013/C 17/12). *DOUE*, 19.1.2013, C 17/67.
- Resumen ejecutivo del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y sobre la propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. (2013/C 27/03). *DOUE*, 29.1.2013, C 27/4, C 27/5 y C 27/6.

Direcciones de internet consultadas:

- B.O.E.: www.boe.es
- Blogs de Derecho Internacional Privado: www.conflictuslegum.blogspot.com
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net
- Cuadernos de Derecho Transnacional: www.uc3m.es/cdt
- Derecho de la Unión Europea: www.eur-lex.europa.eu
- Diario “La Ley”: www.laley.net
- Información general sobre Derecho Internacional Privado: www.accursio.com
- Revista Electrónica de Estudios Internacionales: www.reei.org/DIPr.htm
- Revista para el análisis del Derecho: www.indret.com
- Unión Europea: www.eu.es

