

CERRANDO EL CÍRCULO: EL CASO SCHLECKER Y LA INTERPRETACIÓN DE LA REGLA CONFLICTUAL DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO PLURILOCALIZADO

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

EXTRACTO

Palabras clave: Derecho comunitario, relaciones laborales plurilocalizadas

La relaciones laborales plurilocalizadas, esto es, conectadas con más de un ordenamiento jurídico, originan desde el punto de vista jurídico un buen número de problemas, de entre los que destaca el de la concreción o determinación de la ley aplicable a un contrato de trabajo de estas características. En este contexto, durante los años 2011 (casos Koelzsch y Voogsgeerd) y recientemente en el año 2013 (Schlecker), el TJ ha interpretado el bloque normativo conflictual comunitario, tanto por lo que se refiere al criterio de *lex loci laboris*, *lex loci celebrationis* y más recientemente el de los vínculos más estrechos respectivamente. Como quiera que la interpretación realizada por el Tribunal de Luxemburgo origina alguna que otra duda con respecto a cómo distinguir la interpretación realizada en relación con los vínculos más estrechos y los requisitos substanciales para concretar el lugar de prestación habitual de servicios, el presente trabajo tiene por objeto desentrañar esta dificultad con el fin de clarificar la aplicabilidad de uno o de otro criterio a estos supuestos.

ABSTRACT

Key words: Community law, labour relations with different points of territorial connection

The plurilocalized labour relations, that is, connected to more than one legal system, originating from the legal point of view a number of problems, most notably that of the completion or determination of the law applicable to a contract of employment these features. In this context, during 2011 (and Voogsgeerd Koelzsch cases) and recently in 2013 (Schlecker), the ECJ has interpreted the regulatory community block conflictual, both as regards the criterion of *lex loci laboris*, *lex loci celebrationis* and more recently of the closest links respectively. Since the interpretation by the Court of Luxembourg rise to some doubt as to how to distinguish the interpretation made in relation to closer ties and realize the substantial requirements for the habitual rendering of services, this paper is object unravel this difficulty in order to clarify the applicability of one or another criterion to these assumptions.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUPUESTO DE HECHO Y ELEMENTOS DEL LITIGIO EN LA SENTENCIA SCHLECKER
3. EL SISTEMA CONFLICTUAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE TRABAJO ESTABLECIDO EN EL ART. 6 CR
4. LA ARTICULACIÓN DE LA REGLA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON LOS CRITERIOS CONFLICTUALES OBJETIVOS CONTENIDOS EN EL ART. 6 CR Y EL ART. 8 RR I.
5. DELIMITACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA REGLA FLEXIBLE DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS
 - 5.1. Aproximación general al criterio conflictual de los vínculos más estrechos
 - 5.2. Definición de los vínculos más estrechos en el art. 6.2 *in fine* y art. 8.4 RR I
 - 5.2.1. Imposibilidad de la interpretación del criterio conflictual de los “vínculos más estrechos” a partir de otras previsiones del Convenio
 - 5.2.2. Construcción de la noción de vínculos más estrechos
6. ¿VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS VS ELEMENTOS SUBSTANCIALES?

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2011, el TJ acometió en dos fallos diferenciados (casos Koelzsch¹ y Voogsgeerd² respectivamente), la interpretación de las reglas conflictuales rígidas contenidas en el art. 6 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma en 1980 (CR)³ y hoy, como se sabe, sustituido por lo dispuesto en el art. 8 de su homólogo Reglamento Roma I sobre la misma materia⁴. Con ambos pronunciamientos,

¹ Sentencia de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Caso Koelzsch. Comentada por Maseda Rodríguez, J: “Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo”, *Diario La ley* n° 7662, 29 de junio de 2011. La Ley 12236/2011.

² Sentencia de 15 de diciembre de 2011, en el caso C-384/10

³ JOCE L266, de 9 de octubre de 1980.

⁴ Reglamento comunitario n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008. DOUE L177, de 4 de julio de 2008. Sobre el particular, con carácter general, 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* n° 6957, 30 de mayo de 2008, La Ley 17139/2008. Kenfack, H: “Le règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *Journal de Droit International* n° 1, 2009, pp. 1-39. Lagarde, P y Tenenbaum, A: “De la convention de Rome au reglement Rome I”, *Revue critique de droit international privé* n° 4, 2008, pp. 727 y ss. Ubertazzi, B: *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, 2008. Guzmán Zapater, M: “El Reglamento CE n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi Civil-Mercantil* n° 12, 2009, versión electrónica BIB 2009/1678. Desde nuestra perspectiva, véase Gardeñes Santiago, M: “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: Una oportunidad perdida”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 387-424. Molina Martín, A.M: “Nuevo sistema de determinación del Derecho aplicable en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores: el reglamento Roma I”, en VV.AA: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. Volumen II, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 236-261,

el Tribunal de Luxemburgo inicia un proceso interpretativo sin precedentes, orientado a sentar los criterios que permiten conocer en el marco de los contratos de trabajo plurilocalizados o, si se prefiere, conectados con más de un ordenamiento jurídico, la legislación laboral que les es de aplicación; colmando así un vacío hermenéutico cuya duración se ha prolongado durante bastante tiempo⁵. Ahora bien, a las sentencias ya anotadas se les ha añadido muy recientemente, el 12 de septiembre del 2013 (Asunto Schlecker⁶), una última “decisión” que, entre otras cosas, parece cerrar –al menos a priori– el círculo interpretativo emprendido con las anteriores, en la medida en que, en un supuesto de esta naturaleza, aborda la regla conflictual de los vínculos más estrechos contenido en el art. 6.2 in fine del CR y actual art. 8.4 del RR I⁷, que a estos efectos no modifica ni un ápice la redacción original. Ya sólo sea por esta razón, desde aquí se considera necesario aproximarse a este último supuesto en el comentario que a continuación se relaciona. Pero no sólo por eso, ya que sin perjuicio de que la interpretación dada por el TJ en este último caso no origina duda alguna por lo que respecta a la que esto suscribe⁸, sí que es cierto que, sin embargo, el TJ no ha abordado en esta ocasión un problema que considero ya se suscitaba a propósito de la sentencia Koelzsch y, que sin agravarse especialmente, sigue latente o pendiente tras la decisión emitida en el caso Schlecker.

Y es que en la primera de aquéllas⁹, el órgano jurisdiccional europeo empleaba la noción de sustancialidad para delimitar el criterio de *lex loci laboris* como algo divergente y distinto al denominado criterio de los vínculos más estrechos, que es el que se analiza en el fallo del 2013. En efecto, para quienes lo desconozcan en aquel momento y fundamentalmente en el marco de las conclusiones a aquella sentencia; el abogado general y, posteriormente el TJ, dibujaron una manera de aprehender la conexión del contrato de trabajo con el país de prestación habitual de servicios a través de la construcción de una noción de sustancialidad que, en última instancia, se refiere a la necesidad de

⁵ Máxime teniendo en cuenta que el Primer protocolo de 19 de diciembre de 1988, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma de 1980 (DO C27) entró en vigor el 1 de agosto de 2004.

⁶ Asunto C-64/12.

⁷ “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto al indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”.

⁸ Ya que en esencia, la interpretación dada por el TJ es similar a la que sostuvo en el trabajo titulado *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2006.

⁹ Considerando 97 de las conclusiones de la abogada general, donde expresamente señala que “para decidir cuál es el país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo el juez nacional debe tener en cuenta tanto criterios sustanciales como criterios temporales”.

analizar la naturaleza del trabajo y, por tanto, al conjunto de circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador en concreto. Dicho de un modo más clarificador, el TJ para dotar de contenido a la *lex loci laboris* se ve en la obligación de observar qué criterios de carácter sustancial vinculan el contrato del trabajador (en aquel momento un transportista por carretera) con el ordenamiento jurídico de un país u otro.

Pero lo que no se nos dijo, y no se nos dice ahora, es cómo diferenciar de manera nítida el conjunto de elementos a tener en cuenta para concretar el país desde el cual o en el cual el trabajador presta servicios con respecto del criterio localizador de los vínculos más estrechos. Así, parece obvio que dadas las interrogantes que, al menos, a mí me asaltan con respecto a esta cuestión y teniendo en cuenta que ya ha pasado cierto tiempo desde entonces, se deba, al menos, contraponer, a la luz de la propia sistemática que exhibe el CR y el RR I, ambos conceptos con la finalidad de dilucidar si constituyen aspectos diferenciados y excluyentes entre sí; o si, por el contrario, debemos considerar que la creación del concepto de sustancialidad sólo responde a la complejidad del supuesto que dio pie a la sentencia Koelzsch.

2. SUPUESTO DE HECHO Y ELEMENTOS DEL LITIGIO EN LA SENTENCIA SCHLECKER

Para acometer el problema principal al que he hecho apenas referencia, se hace necesario en primer lugar describir el supuesto de hecho que encierra la sentencia Schlecker; objeto de este análisis. Pues bien, este caso tiene como protagonista a una trabajadora, la Sra. Boedeker, que había estado empleada para la empresa alemana Schlecher, que no es sino una multinacional dedicada al sector de la droguería con sucursales en distintos Estados miembros. La trabajadora en cuestión, había prestado servicios en Alemania desde el 1 de diciembre de 1979 al 1 de enero de 1994, cuando ésta celebró un nuevo contrato de trabajo, en cuya virtud desempeñó las funciones de gerente de Schlecker en los Países Bajos. En dicha condición, ejerció funciones de dirección de Schlecker en ese Estado miembro, sobre alrededor de 300 sucursales y unos 1.250 trabajadores. El 19 de junio de 2006, la empresa informó a la Sra. Boedeker 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 del departamento de contabilidad en Dortmund (Alemania), a partir del 1 de julio de 2006. La trabajadora, aún no estando contenta con la decisión unilateral de traslado adoptada por la empresa, se presentó en Dortmund el 3 de julio del mismo año para asumir sus nuevas funciones, obteniendo, tan sólo dos días después a su incorporación, la

baja laboral por enfermedad y comenzando a percibir una prestación del organismo del seguro de enfermedad alemán.

En este contexto, la Sra. Boedeker emprendió diversos procedimientos judiciales en los Países Bajos con la finalidad de obtener la anulación del segundo contrato y la percepción de una indemnización, amén de solicitar que el derecho aplicable fuera el neerlandés, en la medida en que el ordenamiento jurídico-laboral de este país le otorgaba una mayor protección que el derecho alemán en materia de movilidad geográfica. Habiendo obtenido respuesta positiva a todas sus pretensiones, la empresa interpuso un recurso de apelación con el objeto de que se declarara la aplicación del derecho alemán sobre la base de entender que en el presente asunto existía una vinculación más estrecha del contrato de trabajo con ese país, no en vano la trabajadora se encontraba afiliada a los regímenes de jubilación, de seguro de enfermedad y de invalidez en Alemania. El tribunal que conoció del asunto rechazó la petición de la empresa, confirmando la sentencia de instancia y señalando que la trabajadora había venido prestando servicios con carácter habitual y duradero en los países bajos y que, en consecuencia, el derecho aplicable debía ser el neerlandés. Contra la sentencia en apelación, Schlecker interpuso recurso de casación ante un tribunal de los Países Bajos relativa a la determinación del Derecho aplicable, en cuyo marco las discrepancias entre la trabajadora y la empresa con respecto a esta cuestión seguían subsistiendo, al punto de que la Sra. Boedeker solicitó que se condenara a la empresa a readmitirla como responsable para los países Bajos.

El órgano jurisdiccional neerlandés competente, a la vista de las circunstancias y las dudas que le generaba la interpretación realizada sobre el art. 6.2 in fine del CR relativo al criterio de conexión de los vínculos más estrechos, elevó petición de decisión prejudicial al TJ solicitando que se le respondiera a dos interrogantes concretas. Por una parte, desea conocer si el criterio de la *lex loci laboris* contenido en el art. 6.2.a) CR debe ser aplicado en todos los casos, esto es, incluso en los supuestos más evidentes como el presente, en los que la ejecución del contrato se realizaba no sólo de manera habitual en los Países Bajos, sino también de manera duradera e ininterrumpida en dicho país o si, por el contrario, cuando el contrato de trabajo presente vinculación más estrecha con otro país, debe aplicarse la legislación de este último Estado. Por su parte, el órgano a quo requiere al TJ para que le señale si para dar una respuesta afirmativa a la duda central ya señalada es necesario que el empresario y el trabajador, en el momento de celebración del contrato de trabajo o, al iniciarse la prestación, hayan pretendido o hayan sido conscientes de que el trabajo se realizaría de manera duradera y sin interrupción en el mismo país.

3. EL SISTEMA CONFLICTUAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE TRABAJO ESTABLECIDO EN EL ART. 6 CR

Pues bien, para poder desentrañar correctamente la interrogante planteada, considero necesario situar al lector ante el sistema conflictual establecido en el art. 6 CR. En este sentido, y antes de cualquier otra consideración, se ha de señalar que esta disposición –al igual que su homóloga en Roma I (art. 8)- sustentadora del régimen conflictual aplicable para las relaciones individuales de trabajo, parte del deseo de ofrecer a la parte débil en el contrato de trabajo una protección adecuada; objetivo éste que se configura como el principio esencial de la norma¹⁰. En efecto, esta “*ratio*” inspiradora de la norma de conflicto relativa al contrato de trabajo en el CR (y también en Roma I) es la que preside su contenido, fuertemente influenciada por la necesidad de conceder a uno de los contratantes una serie de garantías accionadas a través de mecanismos de DºI. Pr., como son las normas conflictuales materiales, el orden público internacional y las normas imperativas¹¹, dada su inferioridad socio-económica y jurídica¹². Así, ésta debe tenerse siempre presente, ya que sin esta aproximación no podemos entender ni la estructura ni el significado del precepto que tratamos.

Naturalmente, estos mecanismos en el ámbito del DºI.Pr. del trabajo y concretamente en la producción convencional internacional del CR (y también en Roma I), se sostienen a través de lo que se ha venido a denominar la materialización de las reglas de conflicto¹³. Ello significa que a pesar de que el DºI. Pr. tradicionalmente emplea normas de conflicto neutrales, en el sentido de pretender únicamente la localización en el espacio de un ordenamiento jurídico

¹⁰ Sobre la parte débil en la relación contractual con carácter general, Gilliéron, P.R: “La protection du faible dans les contrats”, *Revue de droit suisse*, 1979, pp. 233-266. En relación a la regulación específica de esta materia en el derecho internacional privado y el Convenio de Roma, véase Pocar, F: “La protection de la partie faible en droit international privé” en *Recueil des Cours* 1984-I, vol. V, pp. 349-417. Salvadori, M.M: “La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella convenzione di Roma” en Sacerdoti, G. Y Frigo, M: *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè editore, Milano, pp. 121-151.

¹¹ Pocar, F: “La protection de la partie faible en droit...”, loc. cit. pp. 353 y ss.

¹² Baylos, A: “*el Derecho del trabajo se concibe como un derecho especial de los trabajadores subordinados, producto del Estado y de la autotutela de los propios trabajadores para corregir y remediar la desigualdad socio-económica y jurídica realmente existente*” en *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta ed., Madrid 1991, p. 32.

¹³ También denominado “*metodo materiale di determinazione della legge applicabile*” por Picone, P en *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Cedam editorial, Padova, 1986, pp. 14 y ss. En el mismo sentido se expresa Fieschi-Vivet, P. “*La finalit  de la règle juridique se rapportant aux relations de travail est d’assurer la protection des travailleurs et pour cela un des moyens consiste à faire prévaloir la règle plus protectrice.[...] L’application de la loi dépend de son contenu et, donc, la règle de conflit présente un caractère substantiel marqué*” en “*La règle de conflit applicable au contrat de travail international*”, *Recueil Dalloz Sirey*, 37 Cahier, 1987, p. 257.

concreto aplicable al contrato, haciendo caso omiso a la reglamentación sustantiva interna del mismo; en el caso del contrato de trabajo éstas obedecen a la búsqueda de justicia material¹⁴, es decir, atienden a determinados resultados o finalidades del sistema del Derecho privado interno¹⁵. De esta manera, puede afirmarse que en cierto modo se sacrifica el interés conflictual por la función social¹⁶ que en esta materia cumple o debe cumplir el DºI.Pr¹⁷. Realidad ésta que tiene su reflejo, dentro del art. 6 CR (y art. 8 Roma I), en la necesidad de asegurar una concordancia entre la relación de trabajo y la intervención estatal.

Para comprender lo anteriormente señalado, se hace necesario exponer a grandes rasgos el contenido de la norma conflictual que tratamos. A tal fin, el art. 6 del CR dispone cuanto sigue:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

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

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

¹⁴ Para un análisis histórico de esta noción, Leclerc, F: *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois)*, Bruylant editorial, Bruselas, 1995, pp. 63 y ss.

¹⁵ De Nova, R: “Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international”, *Revue critique de droit international privé*, 1948, p. 191.

¹⁶ Este problema ha sido puesto de manifiesto por la doctrina francesa en relación al empleo de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo plurilocalizado. En este sentido, la polémica se ha centrado en establecer si con el sistema instaurado por el art. 6 se puede seguir hablando de una *lex contractus* al contrato de trabajo, o si por el contrario ésta No Es Más Que La Ley De Protección Mínima O La Ley Elegida Por Las Partes. Según LAGARDE, P. si el trabajador se beneficia de las normas que le son favorables, no es posible seguir hablando de una *lex contractus* al contrato de trabajo, sino solamente de soluciones materiales derivadas de la comparación de las leyes aplicables en presencia, en “Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d’une évolution mal maîtrisée” en AAVV: *Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz editorial, Paris, 1989, p. 95. Haciéndose eco de este problema, véase en la doctrina española, Pérez Beviá, J.A.: “Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo en los Convenios comunitarios europeos de Derecho Internacional Privado”, *Relaciones Laborales* nº 22-1995, p. 1404 y los por él citados en nota a pie nº 40.

¹⁷ Lipstein, K: “Private international law with a social content – A super law?”, *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 23 y ss.

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 este otro país”.

Como es visible, el art. 6 CR (y el art. 8.1 Roma I¹⁸) empieza por reclamar a la autonomía de las partes la responsabilidad de determinar la ley que regirá el contrato. El carácter prioritario de la conexión subjetiva de la autonomía de la voluntad se “excepciona” en función de ciertos límites, ya que la elección de ley aplicable no podrá tener por resultado “*privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable en defecto de elección (art. 6.2)”*.”

El párrafo segundo de esta disposición (art. 6.2 CR) establece los puntos de conexión de carácter objetivo y/o rígidos, señalando en primer lugar [art. 6.2.a) CR y actual art. 8.2 Roma I, aunque con una sensible diferencia¹⁹] que en el caso de que las partes (trabajador y empresario) no hayan hecho uso de la libertad que se les confiere en el apartado primero de la presente norma y si el trabajo se realiza habitualmente en un Estado, el contrato se regirá por la ley de ese Estado, “*aun cuando con carácter temporal haya sido enviado a otro país*”. El precepto alude a la llamada “*lex loci laboris*”, esto es, al lugar de ejecución habitual del trabajo, conexión ésta principal en el ámbito de la contratación laboral, ya que la hipótesis de partida no es otra que entender que en la práctica lo más habitual es que el trabajador preste servicios en un único país, a salvo de evidentes excepciones como los casos de prestación de servicios en itinerancia o de multiplicidad de *locus laboris* en la ejecución del trabajo, o incluso de prestación de servicios fuera de la soberanía de cualquier país. En segundo lugar, en el caso de que las partes no hayan elegido la ley al contrato de trabajo pero el trabajador no realice habitualmente su trabajo en un mismo país, el contrato de trabajo se regirá por la ley de país en que se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador, es decir, el llamado “*lex loci celebrationis*” (art. 6.2.b) CR y art. 8.3 Roma I²⁰). Este criterio pone de relieve

¹⁸ En efecto, el art. 8 Roma I señala 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 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*”.

¹⁹ Sobre la que volveremos más adelante. En cualquier caso, el art. 8.2 Roma I establece que “*En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país*”.

²⁰ El art. 8.3 Roma I establece que “*Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*”.

la posibilidad de que la identificación del lugar de ejecución del trabajo no sea posible en algunos casos y, por lo tanto, no pueda jugar la regla anterior.

Finalmente y con independencia de cuál sea el lugar de prestación de servicios o del lugar donde se sitúe el establecimiento que contrató al trabajador, si el contrato de trabajo presenta los vínculos más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país, siempre en defecto de elección (art. 6.2 in fine y actual art. 8.4 Roma I²¹). Esta “cláusula de escape” es similar, que no idéntica, a la establecida en el art. 4.5 CR (art. 4.4 Roma I) y se muestra acorde con el carácter elástico del CR (y de Roma I). En efecto, se trata de una fórmula correctora de la solución a las que nos remita la aplicación de las conexiones de carácter rígido establecidas en los párrafos precedentes²².

Como se ha avanzado, el espíritu del cual parte el CR (y también Roma I) en el momento de establecer un régimen conflictual aplicable al contrato de trabajo es el de ofrecer una protección al contratante débil en este contexto. No obstante, ese objetivo no puede confundirse con el hecho de que el sistema conflictual aplicable al contrato de trabajo en el CR (y por extensión en Roma I) sea el de designar, siempre y en todo caso, el ordenamiento jurídico más favorable a los intereses del trabajador. O dicho de otro modo, no debe confundirse la finalidad tuitiva o de protección social que persigue la norma con el principio del “*favor laboratoris*” en el marco del art. 6 CR (art. 8 Roma I). Y es que únicamente es posible afirmar que el interés por salvaguardar un ordenamiento jurídico más favorable viene de la mano de las restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes para designar la ley rectora al contrato de trabajo²³. En efecto, la “*electio iuris*” se impondrá sobre los resultados a los que conduzcan la aplicación de los criterios conflictuales del art. 6.2 CR (arts. 8.2, 8.3 y 8.4 Roma I), siempre y cuando el ordenamiento jurídico seleccionado sea más favorable que las normas imperativas que le fueran de aplicación de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado segundo de esta disposición, esto es, las resultantes en defecto de elección. Así, los criterios conflictuales establecidos en el art. 6.2 CR (arts. 8.2; 8.3 y 8.4 Roma I) pretenden localizar el contrato de trabajo en aquellos países con los que la relación jurídica que pretenden regular se encuentre más íntimamente conectada, entendiendo por tal la posibilidad de dar intervención a las

²¹ “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto al indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”.

²² Pérez Beviá, J.A.: “Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo...”, loc. cit. p. 1403.

²³ “L’application de la loi la plus favorable est réservée au cas où les parties ont choisi une loi”, Lyon-Caen, G : *Les relations de travail internationales*, Liaisons éditions, Paris, 1991, p. 29.

normas imperativas del tal Estado sobre el contrato²⁴, sosteniendo el carácter tuitivo que caracteriza al art. 6 CR (y el art. 8 Roma I).

En este contexto general es donde cabe insertar el pronunciamiento del TJ, en un asunto, donde a diferencia de sus predecesores del año 2011 no existe elección de ley aplicable y, por lo tanto, lo que se trata de dilucidar es el alcance del juego de las reglas conflictuales rígidas y elásticas entre sí, al punto de aplicar esta última incluso en el supuesto de que la prestación de la relación de tráfico jurídico externo laboral se haya desempeñado o desenvuelto de manera duradera y prolongada en un único Estado. Esta realidad lleva aparejada la necesidad de abordar dos cuestiones íntimamente conectadas entre sí. Por un lado, el análisis del juego de reglas conflictuales establecidas en el art. 6 CR y art. 8 RR I y su articulación con la regla de los vínculos más estrechos. Por otra parte, una vez delimitada esta primera cuestión, se hace necesario establecer los elementos que permiten establecer esa vinculación más estrecha del contrato de trabajo con un ordenamiento jurídico distinto al designado por las reglas conflictuales objetivas, ya sea la determinada por la *lex loci laboris*, como sucede en el caso *Schlecker*, pero también –eventualmente– con la *lex loci celebrationis*.

4. LA ARTICULACIÓN DE LA REGLA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON LOS CRITERIOS CONFLICTUALES OBJETIVOS CONTENIDOS EN EL ART. 6 CR Y EL ART. 8 RR I

Uno de los aspectos prioritarios que la sentencia que comentamos aborda es el papel que la regla de los vínculos más estrechos [art. 6.2.b) in fine del CR o art. 8.4 RR I] juega en relación con el resto de criterios conflictuales contenidos en las disposiciones anotadas. En este sentido, parecía obvio que esta cuestión se debía plantear en un momento u otro, ya que la sentencia *Koelzsch* proclamaba el carácter prioritario y prácticamente excluyente del criterio del país donde con carácter habitual el trabajador o trabajadora preste servicios con respecto al segundo de los criterios contenidos en la norma, esto es, la *lex loci celebrationis*²⁵. Ahora bien, en aquel supuesto el TJ no entró a valorar si también la regla conflictual de la *lex loci laboris* (y eventualmente *lex*

²⁴ Sobre las normas imperativas en el CR, vid. Wojewoda, M: “Mandatory rules in private international law: with special reference to the mandatory system under the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations”, *Maastricht Journal of European and comparative law* nº 2, 2000, pp. 183 y ss.

²⁵ Posición que ya se ha criticado con respecto al análisis de la sentencia *Voogsgeerd* realizada por quien esto suscribe bajo la rúbrica “De nuevo sobre la ley aplicable al contrato de Embarque. (A propósito de la STJUE de 15 de diciembre de 2011, Asunto C-384/10, caso *Voogsgeerd vs Navimer S.A.*)”, *Revista de Derecho Social* nº 58, 2012, pp. 121-152.

loci celebrationis) debía jugar del mismo modo con respecto a la regla de los vínculos más estrechos o si las primeras debían decaer “*cuando del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo presenta una vinculación más estrecha con cualquier otro país*”. A pesar de la ausencia de referencia expresa sobre la cuestión, sí que es cierto que el planteamiento que dio lugar a la sentencia anotada (Koelzsch) dejaba esta interrogante abierta, ya que el TJ construyó lo que puede denominarse como criterios de substancialidad con el objeto de lograr la aplicabilidad de la *lex loci laboris* en prácticamente todos los supuestos en lo que ello fuera posible. Lo anterior conducía a sobrevalorar el criterio rígido de la ley del país donde el trabajador preste habitualmente servicios, dejando –a priori– un escaso margen para la aplicación de la cláusula de escape contenida en el art. 6.2 b) CR (actual art. 8.4 RR I).

En efecto, trasladando esa construcción al asunto que ahora nos entretiene, y en la medida en que la trabajadora litigante había venido prestando servicios de manera duradera y continuada en los Países Bajos para la empresa Schlecker, lo obvio hubiera sido que el TJ hubiera respondido a esta cuestión haciendo prevalecer los elementos substanciales delimitadores de la *lex loci laboris* sobre la conexión más estrecha con otro país, en este caso Alemania, llegando a la misma conclusión que la pretensión elevada por la actora, esto es, la aplicabilidad de la legislación neerlandesa al conflicto planteado. No obstante, el TJ va a entender que las reglas conflictuales contenidas en el art. 6 CR y el art. 8 de su homólogo RR I presentan un carácter “jerárquico” sólo en relación a las reglas conflictuales rígidas u objetivas entre sí: *lex loci laboris* y *lex loci celebrationis*. Y en consecuencia, no existiría tal relación de jerarquía, ni por ende, de subsidiariedad, cuando lo que se trata es de aplicar la cláusula de escape, que mantendría su carácter autónomo en todo caso, permitiendo –por tanto– que si el juez que conoce del asunto determina que la relación jurídico-laboral presenta lazos más estrechos con otro país, deba ser este último el ordenamiento jurídico aplicable.

La interpretación hecha en el caso Schlecker en relación con esta cuestión se muestra, por lo que respecta a ésta que suscribe estas páginas, perfectamente coherente con el sentido del instrumento convencional, hoy comunitarizado, y por lo tanto, estamos plenamente de acuerdo con la misma. A pesar de lo anterior, sí que es cierto que si tuviéramos que realizar una crítica a esta construcción, la misma vendría dada por el marco del debate donde esta discusión se inserta. Y es que los distintos autores que han trabajado la relación entre los criterios rígidos y flexibles contenidos en las disposiciones anotadas parten de dos ideas contrapuestas²⁶. En primer lugar, la de considerar que existe una relación principio/excepción

²⁶ Conclusiones del Abogado General (Considerando 42).

entre aquéllas, lo que en esencia supone que la búsqueda de eventuales lazos más estrechos con otro país sólo puede realizarse excepcionalmente, esto es, cuando en aplicación de las presunciones se designe una Ley manifiestamente inadecuada con el contrato. La segunda de las posturas mantenidas, que es en la que particularmente me alinee, es señalar que no existe una relación jerárquica entre las disposiciones de que se trata y el juez disfruta de un cierto margen de apreciación para determinar el ordenamiento jurídico aplicable más estrechamente conectado con el contrato objeto de examen.

Pues bien, sin perjuicio de que en el marco de este debate, el TJ se incline por la segunda de las interpretaciones anotadas y que, desde aquí, mostremos –se insiste– toda nuestra conformidad con aquélla; sí que es cierto que su voluntad es aunar este último posicionamiento con la interpretación que ya diera en los asuntos anteriores (Koelzsch y Voogsgeerd), tratando –en consecuencia– de armonizar ambas conjuntamente, optando por lo que cabe denominar como posición mixta. Dicho de otro modo, la postura que sostiene la inexistencia de una relación jerárquica entre los criterios conflictuales derivados de los arts. 6 CR y 8 RR I, no sólo se defiende con respecto al juego entre los criterios objetivos y flexible entre sí como mantiene el TJ en la sentencia Schlecker, sino para todos ellos sin excepción. Lo que ocurre es que el TJ se ve en la obligación de asumir la interpretación realizada en las sentencias del año 2011 y tratar de conjugarla con lo que ahora considera “impepinable”, esto es, que el establecimiento del ordenamiento jurídico regulador del contrato de trabajo plurilocalizado depende, de acuerdo a la cláusula de cierre que contemplan los instrumentos señalados, de que no exista otra ley más estrechamente conectada con el contrato de trabajo, distinta a la que pudiera inferirse de la aplicación de los criterios rígidos y objetivos establecidos en las normas a emplear.

En consecuencia, el TJ en la sentencia Schlecker va a seguir admitiendo que el criterio contenido en el art. 6.2.a) CR y, por extensión, en el art. 8.2 RR I deberá aplicarse en todos aquellos supuestos en los que ello sea factible, asumiendo –en consecuencia– que el criterio de la ley del lugar de ejecución del contrato de trabajo conectado con más de un ordenamiento jurídico debe interpretarse de forma amplia y extensiva, dejando un escaso margen al criterio del establecimiento contratante y decayendo sólo en el supuesto de que la cláusula de salvaguardia condujera a la determinación de la ley aplicable distinta a las anteriores. Esta interpretación origina que, con independencia de que la ejecución de servicios se haya desenvuelto en un país determinado con carácter duradero y estable, dando lugar a la aplicación del ordenamiento jurídico designado por el art. 6.2.a) CR y art. 8.2 RR I, éste pueda ser sustituido por la Ley rectora que mejor se adapte a la situación sobre la base

de un criterio tan escurridizo y problemático como el de los vínculos más estrechos²⁷.

En consecuencia, la importancia de la cláusula de escape contenida en el CR y en RR I es trascendental en el marco de la determinación de la ley aplicable a los contratos de trabajo plurilocalizados²⁸. Si bien ello es así, surge el problema derivado de determinar qué elementos son los que permiten establecer esos lazos más estrechos de la relación jurídico-laboral con respecto a un ordenamiento jurídico concreto y distinto del designado por los criterios rígidos y especialmente por la *lex loci laboris*; máxime teniendo en cuenta que en el caso Schlecker, la trabajadora había venido prestando servicios ininterrumpidos durante unos 11 años en los Países Bajos. En efecto, la indeterminación o indefinición en la que se mueve la cláusula de escape ha venido originando problemas aplicativos de envergadura a los que ahora, el TJ por vía interpretativa- ha dado respuesta. Si bien ello es así, y como hemos tenido la ocasión de señalar con anterioridad, habrá que analizar en primer lugar qué criterios son los que se ha empleado para dar contenido a la conexión de los vínculos más estrechos y si cabe diferenciar éstos de los elementos de substancialidad que permiten la aplicación prioritaria y extensiva de la *lex loci laboris* erigida a propósito de la sentencia Koelzsch. Pero vayamos por partes.

²⁷ En este sentido, Morse, C.G.J. "Contracts of Employment and the ECC contractual obligations Convention" en North, P.M (de.): *Contract conflicts. The EEC Convention on the Law applicable to contractual obligations: A Comparative Study*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, p. 157, quien a pesar de criticar la introducción de este criterio dada la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que aboca, reconoce su utilidad. Así, "*unwise to exclude consideration of other factors* [esto es, los establecidos en los apartados a) y b) del art. 6.2 CR], *in reality, employment relationships are of such a variety that the possible permutations of connecting factors and the emphasis which should be attached to particular connecting factors within each permutation will differ considerably*".

²⁸ Incluso, tal y como afirma el considerando 35 de la sentencia Schlecker, de tal envergadura que el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el apartado 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2009, ICF, C-133/08, Rec. p. I-9687, apartado 62). Esta misma postura es la que mantuve en el trabajo titulado *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)*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2006.

5. DELIMITACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA REGLA FLEXIBLE DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS

5.1. Aproximación general al criterio conflictual de los vínculos más estrechos

Como se ha anunciado, el art. 6 CR (y el art. 8.4 RR I) consagra en su último párrafo una cláusula destinada a garantizar que la ley señalada por las conexiones establecidas en el art. 6.2 CR y artículos 8.2 y 8.3 RR I no sea distinta de la que, con anterioridad, y seguramente impuesta por reglas indisponibles para las partes, vincule (más estrechamente) al contrato con un determinado país. Así, la norma se orienta a corregir la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo cuando el conjunto de criterios de conexión rígidos conduzca a la aplicación de una Ley que se encuentre insuficientemente vinculada al contrato de trabajo. La dificultad primordial que esta cláusula de escape encierra es la de su interpretación²⁹, sobre todo para el exegeta continental –incluido el español– acostumbrado al manejo de reglas de localización rígidas para la definición del ordenamiento jurídico aplicable a la relación de tráfico externo laboral. Ésta es la razón por la que la inclusión de una disposición de estas características en el marco de la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo se ha discutido de manera intensa, puesto que se ha sostenido que la asunción de dicho criterio repercute de manera negativa sobre la seguridad jurídica que debe informar esta parcela del ordenamiento jurídico, máxime cuando su aplicación se produce en el marco de relaciones contractuales en las que una de las partes se encuentra en una situación de debilidad, como acaece

²⁹ Para un estudio sobre el origen del criterio de los vínculos más estrechos, Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università di Roma, Giuffrè editorial, Milán, 1991, pp. 78-118. Asimismo Vitta, E: "Influenze americane nella Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1983, pp. 261-278, quien establece los precedentes del criterio de los vínculos más estrechos en la teoría de Savigny quien afirmaba que "per ogni rapporto bisogna cercare la sfera del diritto al quale, per la sua particolare natura, appartiene o è sottoposto". Esta primera aproximación fue desarrollada por Gierke, para el que "la legge applicabile per risolvere i conflitti di leggi sarebbe quella del paese in cui è spazialmente situato il "centro de gravità (Scherpunkt) della relazione legale". Finalmente, el CR adopta este criterio del *most relevant relationship* a la luz de las teorías desarrolladas en EEUU sobre la base de la teoría inglesa del "proper law of contract". Para un estudio sobre la teoría americana de D^oI. Pr. veáse la importante aportación en este sentido de Vitta, E: "Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours* 1979-I, t. 162, pp. 10-243.

en nuestro caso³⁰. Es más, la mayor parte de los autores que se han aproximado al estudio de esta conexión conflictual no se han mostrado favorables a su empleo³¹, valorando incluso negativamente su recurso al definirla como “*l’éviction de la loi normalment compétent*”³². Asimismo, se ha señalado que uno de los principales peligros³³ que arrastra una cláusula tan indeterminada es el de acabar sometiendo *materialmente* su apreciación al arbitrio judicial³⁴, algo que no es precisamente lo que se pretende. En contraposición, se ha defendido la utilidad del criterio³⁵, a pesar de sus condiciones de uso, en los casos en los que o bien no sea posible determinar la ley aplicable de acuerdo a los criterios de conexión rígidos (por no ajustarse sus condicionantes materiales a la situación fáctica dada, lo que sería el caso de las prestaciones que no pueden imputarse a un territorio concreto) o bien cuando las soluciones resultantes conduzcan a la aplicación de un ordenamiento jurídico alejado a la relación jurídica que se pretende regular. En fin, es posible que la solución de los vínculos más estrechos no se formule con suficientes garantías de orden semántico, pero ello no puede poner en tela de juicio su utilidad.

³⁰ Entre otros, Morse, C.J.G: “Contracts of Employment and the ECC...” en *Contract ...*, op. cit. p. 161. En el mismo sentido Corrao M^ºE: “I rapporti di lavoro nella convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1984, p. 107, que sigue la estela doctrinal iniciada por Giardina, A: “La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano”, *Rivista di Diritto internazionale* 1981, pp. 805 y ss.

³¹ Con carácter general se han mostrado escépticos a la asunción de este criterio conflictual, entre otros, Lavile, P: “Tendance et méthodes en Droit international privé (Cours général)”, *Recueil des Cours* 1977-II, pp. 326 y ss. Vitta, E: “La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, pp. 850-851.

³² Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale...*, op. cit. p. 232 y los por él citados en nota a pie nº 47, p. 232.

³³ Porque no soluciona todos los problemas que pudieran plantearse, Badiali, G: “Le droit international privé des Communautés européennes”, *Recueil des Cours*, 1985-II, p. 91.

³⁴ Postura que mantienen ciertos autores al criticar la utilización de este criterio y que según BARATTA, R no ha de confundirse con la discrecionalidad. Así, “...il margine di apprezzamento insisto nel collegamento più stretto non ha nulla a che vedere con l’arbitrarietà: discrezionalità, insomma non vuol dire che il giudice possa decidere come meglio gli aggrada” en *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale...*, op. cit. p. 246 y 249. En este sentido, por todos, Vischer, F: “The antagonism between legal security and the search of justice in the field of contracts”, *Recueil des Cours* 1974-II, p. 55.

³⁵ En tal sentido, Carrillo Pozo, L.F, quien entiende que esta cláusula “vendría a postular y sostener la aplicación de aquella ley que, aun no siendo la más fuertemente conectada con el caso, sí alcance a proveer la protección más eficaz e intensa al trabajador” en *El contrato internacional: la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 89. No obstante, si bien podríamos estar de acuerdo con la primera parte de su afirmación, esto es, con la funcionalidad que reviste la utilización de la cláusula de los vínculos más estrechos, no podemos compartir la opinión que adelanta en el sentido de entender que la misma confiere la protección más intensa y eficaz al trabajador, ya que con ello parece estar confundiendo la teoría del *proper law of contract* con la teoría del *better law approach*.

La novedad que reviste una regla de estas características y el desconocimiento de su empleo, sobre todo por parte del juez continental, puede llevar a la aplicación abusiva de la “*lex fori*” en el momento de designar el ordenamiento jurídico aplicable a la relación laboral³⁶. No obstante, no por ello debe criticarse la incorporación de la cláusula de los vínculos más estrechos en el marco del art. 6 CR o el art. 8 RR I, puesto que estos instrumentos jurídicos propician la necesidad de que el intérprete se vea obligado a realizar una importante labor de indagación, que nace desde el momento mismo de la calificación fáctica del supuesto o lo que es más importante, en el momento de determinar qué normas imperativas simples o materiales son aplicables a la relación de tráfico jurídico externo laboral, que de igual manera pueden recaer en el reprochable *legeforismo*.

Parece lógico que quienes defienden la seguridad jurídica de las normas de conflicto vean en este criterio una erosión del fin último al que, según éstos, deben acogerse las normas de conflicto aplicables a los contratos de trabajo³⁷. No obstante, el CR y el RR I han optado por priorizar la justicia material al caso concreto por delante de la supuesta seguridad jurídica que proporcionan las conexiones rígidas de los párrafos precedentes, en coherencia con el espíritu del art. 6 CR y del art. 8 RR I. Si esto es así, carece de sentido situar la conveniencia o inconveniencia de la adopción de este criterio en el debate primordial de contraponer la seguridad jurídica a la justicia material³⁸. Ese mecanismo de cierre excepcional persigue, al igual que los criterios rígidos determinados por el art. 6 CR y art. 8 RR I, una finalidad y función material prioritarias a la conflictual estricta de la que parten los criterios establecidos en el régimen general del CR o el RR I, dada la posición de debilidad del trabajador en relación con el empresario, si bien estableciendo un criterio de carácter elástico. No necesariamente debe confundirse la determinación de la ley rectora a partir del criterio de los vínculos más estrechos ni con una erosión del principio de “*favor laboratoris*” ni con una preterición del principio tuitivo. Ello parte, por un lado, de desconocer el juego del art. 6 CR y del art. 8 RR I. En efecto, en lo que se refiere a la protección del contratante débil en el contrato de trabajo en correspondencia con la búsqueda del ordenamiento jurídico más favorable (“*favor laboratoris*”), ésta se restringe únicamente al art. 6.1 CR y art. 8.1 RR I, esto es, al “*pacto de lege utenda*”³⁹, que establece límites a la “*electio iuris*” si se pretende imponer la aplicación de un ordenamiento jurídico más desfavorable a los intereses del trabajador. Por su

³⁶ Dubler, C: *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, pp. 56 y ss ; y 94 a 101.

³⁷ Corrao, M^ºE: “I rapporti di lavoro nella Convenzione europea...”, loc. cit. p. 107.

³⁸ Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale...*, op. cit. p. 247.

³⁹ En contra, Carrillo Pozo, L.F: *El contrato internacional: la prestación...*, op. cit. nota a pie nº 28, p. 89, quien defiende que “*aquel principio habrá de reflejarse en las mecánicas de aplicación e interpretación de las reglas particulares y en concreto en la integración del concepto de conexión más estrecha. De este modo el sentido de la norma quedaría comprometido*”.

parte, tampoco es posible afirmar que la utilización de la regla de los vínculos más estrechos conduzca en sí misma a la erosión del objetivo tuitivo al que responden estas disposiciones, puesto que éstos únicamente pretenden localizar el contrato de trabajo en aquellos países con los que presumiblemente el contrato de trabajo se encuentra más estrechamente conectado⁴⁰.

5.2. Definición de los vínculos más estrechos en el art. 6.2 *in fine* y art. 8.4 RR I

Como se ha anunciado, las críticas a la introducción de este criterio en el marco de designación de la ley aplicable al contrato de trabajo provienen fundamentalmente de la incertidumbre jurídica a la que conduce la utilización de los vínculos más estrechos en el marco del CR y del RR I. Suele ser común apelar a la inseguridad jurídica cuando nos enfrentamos a la interpretación de normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados como es el caso de la noción de vínculos más estrechos. Ello fuerza al intérprete a encontrar sentido al concepto de acuerdo con el resto de las previsiones del CR⁴¹ o bien, como hace ahora el TJ, construir su contenido a propósito de otros criterios.

5.2.1. Imposibilidad de la interpretación del criterio conflictual de los “vínculos más estrechos” a partir de otras previsiones del Convenio

El criterio interpretativo que debe emplearse para dilucidar el concepto de vínculos más estrechos y que permita al juzgador delimitar el contenido de aquél exige –en primer lugar– acudir al resto de las previsiones del CR y del RR I, tal y como ha hecho el TJ en este caso. Así, no cuesta demasiado localizar en el CR otras alusiones a los vínculos más estrechos. Estas se producen en los arts. 4.1 y 4.5 CR (actual art. 4 RR I)⁴², esto es, en los preceptos que establecen el régimen general del CR, encomendados a señalar ley rectora para los

⁴⁰ No ha de olvidarse, asimismo, que el objetivo tuitivo se ampara en otras normas del CR y del RR I, que ofrecen al juez la posibilidad de aplicar normas imperativas materiales de un ordenamiento distinto a la “*lex contractus*”, sea la “*lex fori*” o la de un tercer ordenamiento con el que la relación jurídico laboral observe un estrecho ligamen, así como la posibilidad de excluir una disposición de la ley designada según las normas de conflicto, cuando ésta sea “*manifestamente*” incompatible con el orden público del foro. En el mismo sentido, Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale...*, op. cit. pp. 237-238.

⁴¹ Y que como señala Virgós Soriano, M, deben ser instrumentales en la búsqueda de la seguridad y la previsibilidad en los contratos en “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato” en AAVV: *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo-IV, Civitas editorial, Madrid, 1996, p. 5295.

⁴² De hecho, la profesora Gaudemet-Tallon, H en “La loi applicable au contrat de travail international”, *La semaine juridique-Cahiers de droit de l’entreprise*, nº 4, 1986, p. 7, señala que el juego de los vínculos más estrechos contenido en el contrato de trabajo actúa de manera similar o idéntica a la general. En contra, Carrillo Pozo, L.F, quien estima que el art. 4.5 CR viene a “decirle al juez que debe modular su importancia, inicialmente privilegiada, de las indicaciones presuntivas” en *El contrato internacional...* op. cit. p. 94.

contratos en ausencia de manifestación de la autonomía conferida a las partes del art. 3 CR y RR I. No obstante, y a pesar de las apariencias, las menciones y hasta definiciones que el CR (y también RR I) dedican a los vínculos más estrechos en esos anotados preceptos no acaban por resolver nuestro problema interpretativo, postura que confirma el TJ en la sentencia que comentamos.

En primer lugar, a pesar de que el art. 4.2 CR (art. 4 RR I) define qué entiende por vínculos más estrechos mediante el empleo de diversas presunciones, pudiendo servir tales referencias para el momento de aplicar el art. 6.2 *in fine* CR o el art. 8.4 RR I, esas definiciones empleadas *ad exemplum* pueden ser suplantadas por otros vínculos más estrechos aún, si ello es posible. Esto es, pese a que, de acuerdo con el art. 4 CR y RR I, el domicilio de quien ha de ejecutar la prestación característica en el momento de la celebración del contrato pudiera tenerse como un vínculo más estrecho, esta referencia puede suplantarse por un vínculo aún más estrecho, avocado por el art. 4.5 CR (art. 4.4. RR I), y para cuya determinación ya no existen referencias expresas, lo que vuelve a reproducir el problema. En segundo lugar, los elementos de aproximación que las disposiciones anotadas utilizan para concretar la noción de vínculos más estrechos no parecen ser operativos en el ámbito de los contratos de trabajo. El sistema de presunciones establecido en el art. 4.2 CR⁴³ y art. 4.2 RR I señalan⁴⁴ al país donde se encuentre la residencia habitual de quien en el momento de la celebración del contrato deba realizar *la prestación característica*⁴⁵.

La noción de *prestación característica* en el contexto de los contratos de trabajo no nos sirve para delimitar la noción de los vínculos más estrechos, ya que el contrato de trabajo es un negocio jurídico sinalagmático que plantea, como mínimo, dos prestaciones características (dar trabajo y pagar salario). La existencia de dos prestaciones características y, por tanto, de dos sujetos obligados, imposibilita el empleo de esta referencia, que precisa para su fun-

⁴³ Sobre la prestación característica, entre otros Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università di Roma, Giuffrè editorial, Milán, 1991. Virgós Soriano, M: "La ley aplicable a los contratos internacionales...", op. cit. pp. 5289-5309 y los por él allí citados.

⁴⁴ Sobre el sistema de presunciones, Parra Rodríguez, C: *El nuevo Derecho Internacional Privado de los contratos*, Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 337-361.

⁴⁵ Casas Baamonde, M^{re} cita en este sentido el posicionamiento seguido por la doctrina judicial y jurisprudencial española, aportando "*por todas*" la STJ Madrid, de 3 de junio de 1999 (Ar. 1956) en Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea..., op. cit. nota a pie n° 15, p. 24. De este modo, en el F.D 2º, el tribunal interpreta el sentido del criterio de los vínculos más estrechos del art. 6.2 *in fine* de acuerdo al art. 4 CR señalando que "*Como en el caso de autos no ha habido elección parece que la decisión habría de encauzarse conforme a "los vínculos más estrechos" fijados por el "conjunto de circunstancias", vínculos que atendiendo al carácter personalista de la prestación, que caracteriza el contrato de trabajo, vendrían determinados bien por la nacionalidad del trabajador a la fecha de celebración del contrato bien por su residencia habitual en tal momento*".

cionamiento la determinación de un único obligado. Esta consideración podría superarse, tal y como expresan algunos autores⁴⁶, escogiendo una de las prestaciones propia de cada contrato sinalagmático y en concreto aquella que se sostiene en una contribución en especie y no meramente pecuniaria. Aplicando estas consideraciones al contrato de trabajo, la prestación característica sería la de trabajar⁴⁷ ya que la de remunerar no sería tan definitiva, al darse también en otro tipo de contratos (arrendamiento de servicios). Ahora bien, estas construcciones, orientadas a salvar la referencia contenida en el art. 4.2 CR, plantean ciertos problemas. Primero, aunque probablemente la prestación principal del obligado empresario dentro del contexto de la relación laboral sea el abono del salario, a aquella se le añaden otras no menos importantes -al poder provocar su incumplimiento la extinción causal del vínculo- y que podrían también considerarse características, por definitivas o exclusivas de la relación laboral. Entre ellas podríamos citar a la deuda de seguridad e higiene, el deber de ocupación efectiva, la promoción en el trabajo o la deuda formativa.

Asimismo, aun considerando la prestación de trabajo como la característica de este contrato, el resultado que se obtiene de aplicar el art. 4.2 CR (art. 4 RR I) en la determinación de la los vínculos más estrechos por remisión tácita desde el art. 6.2 *in fine* (art. 8.4 RR I) lleva a escenarios difícilmente congruentes con los objetivos a que se orientan ambos instrumentos jurídicos. Por ejemplo, si se considera vínculo más estrecho a tenor del art. 4.2 la residencia del trabajador (quien realiza la prestación característica) en el momento de ser contratado nos encontraríamos con que la empresa acabaría viéndose estimulada a contratar a aquellos trabajadores cuyo derecho nacional resultara menos tuitivo, algo que en condiciones normales ya se produce sin necesidad de la entrada en vigor de instrumentos como el CR o el RR I. En efecto, la desigualdad originaria impide el empleo de normas que descansen en elementos circunstanciales tan fácilmente manejables por la parte fuerte del contrato, cuestión ésta que planea sobre el art. 6 CR y art. 8 RR I, pero que, por contraste, no tiene reflejo en el art. 4 CR y RR I⁴⁸.

⁴⁶ Por todos, Virgós Soriano, M.: "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 783.

⁴⁷ "La de trabajar es la "prestación característica" del contrato de trabajo" según CASAS Baamonde, M^ºE: Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Relaciones Laborales* n^º 23, 1993, p.10.

⁴⁸ Algo similar sucede con el resto de los elementos identificativos o presuntivos basados en el principio de proximidad destinados a delimitar los vínculos más estrechos. La presunción establecida para el caso en el que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de aquél decae por su propio peso, ya que es evidente que el contrato de trabajo no tiene por objeto un derecho real. Finalmente, y por la misma razón, no es posible trasladar la presunción del art. 4.4 CR para los contratos de transporte al ámbito laboral, ya que tampoco es éste el supuesto que nos ocupa.

En conclusión, aunque mediante esfuerzos interpretativos sea posible trasladar en el plano de lo abstracto las referencias que emplea el art. 4 CR y RR I a las necesidades que marca el art. 6 CR y el art. 8 RR I a propósito de los vínculos más estrechos, las diferentes preocupaciones residentes en cada uno de esos preceptos hacen muy difícil que tales maniobras resulten útiles a nuestros efectos⁴⁹.

5.2.2. Construcción de la noción de vínculos más estrechos mediante criterios ex ante y ex post

Como acabamos de ver, el recurso al CR y/o RR I para tratar de delimitar el concepto de vínculos más estrechos no resuelve el problema interpretativo al que hemos hecho referencia, lo que urge un esfuerzo añadido al juzgador luxemburgués que es el que plasma en la sentencia que comentamos en la delimitación de los elementos significativos de vinculación entre el contrato de trabajo plurilocalizado y el ordenamiento jurídico designado a través de la cláusula de escape. En este sentido, y como quiera que me pronuncié en extenso sobre esta materia concreta hace ya algunos años⁵⁰, y que ahora me congratulo al observar que en la sentencia del TJ se acoge la versión allí defendida, al menos parcialmente, expondré la cuestión de manera breve; anotando primero las posibles soluciones que caben en relación con la materia y la solución finalmente adoptada por el Tribunal luxemburgués.

Para atacar las dificultades que surgen de la determinación de los criterios que permiten localizar más estrechamente el contrato de trabajo plurilocali-

⁴⁹ Así lo considera el abogado general en los considerandos 57, 58 y 59 de las conclusiones a la sentencias. En particular señala en los apartados 58 y 59 que “58. *En primer lugar, deseo señalar que, aunque la cláusula de excepción general actualmente recogida en el artículo 4, apartado 3, del Reglamento Roma I reproduce expresamente el adverbio «manifiestamente» en su enunciado, eso no sucede en el caso de la disposición que se refiere específicamente a los contratos de trabajo que figura en el artículo 8, apartado 4, de ese mismo Reglamento. En mi opinión, esta voluntad de restringir el recurso a la cláusula de excepción general establecida en el artículo 4 del Convenio de Roma queda claramente demostrada, como se desprende de los trabajos preparatorios, por el hecho de que incluso se planteara su supresión en un determinado momento. Aunque, desde luego, el Reglamento Roma I no es aplicable ratione temporis al litigio principal, considero no obstante, siguiendo la estela de las consideraciones formuladas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Koelzsch, antes citada, que dicho Reglamento es un elemento que refuerza la interpretación que procede realizar del Convenio de Roma 59. En segundo lugar, el requisito según el cual la existencia de lazos más estrechos debe resultar «claramente» de las circunstancias se explica, a mi juicio, porque, a diferencia de lo que sucede con las reglas establecidas en el artículo 6 del Convenio de Roma, que se inspiran simultáneamente en la idea de proximidad y en la de protección del trabajador, el artículo 4 insta una regla de conflicto de leyes totalmente neutra que persigue, con carácter principal, y ante todo, un objetivo de previsibilidad y de seguridad jurídica.*

⁵⁰ Fotinopoulou Basurko, O: *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2006.

zado con el ordenamiento jurídico de un Estado, son dos las opciones por las que eventualmente pueden inclinarse los juzgadores. Así, por una parte, éstos podrían fijarse en un aspecto de la relación obligatoria, a la que imputaría la cualidad de mantener un vínculo más estrecho con un determinado Estado, esto es, tendrían que basarse en un análisis *a priori* o *ex ante* de elementos necesariamente distintos a la “*lex loci laboris*”⁵¹ y a la “*lex loci celebrationis*”. A este punto podrían considerarse aspectos como el lugar donde se sitúe el establecimiento de la empresa empleadora, la residencia habitual o la nacionalidad común de los contratantes, la moneda pactada en el contrato para hacer efectivo el salario, el idioma empleado en la redacción del contrato, el domicilio del trabajador, etc.⁵². Como es visible, se trataría de emplear una serie de indicios que presentan un carácter abierto, de entre los cuales el juzgador podría seleccionar algún/os de esos elementos. Como es visible, el problema principal que se plantea con el uso de este método apriorístico es la excesiva discrecionalidad a que conduce, lo que llevará en la mayor parte de los casos a que el juez acabe aplicando la “*lex fori*”. En efecto, el que se recurra a referencias distintas al territorio de ejecución o el de celebración que cuenten con la cualidad de estar más vinculadas a un determinado país parte de juicios valorativos que no acaban por sustentarse en tierra firme. Por un lado, de acuerdo con esta fórmula, el juzgador parece libre para buscar una referencia que determine vínculos más estrechos; en definitiva, se le confiere un cierto poder para concebir aspectos añadidos a los que tuvo en cuenta el CR o el RR I, con la sola exigencia de que justifique la mayor vinculación de tales aspectos con el Derecho de un Estado. Y en segundo lugar, muchas de las referencias tenidas en cuenta por la doctrina judicial se basan en elementos accidentales, perfectamente disponibles o utilizables en su beneficio por la parte contractualmente fuerte en el contrato de trabajo (capaz de imponer aspectos como la moneda de pago, el idioma con el que esté redactado el contrato, etc....).

Teniendo en cuenta los problemas anotados, la segunda posibilidad que existe es la de tratar de delimitar el concepto de vínculos más estrechos a través de un análisis *a posteriori* o *ex post* de las conexiones existentes entre el contrato y determinados Estados, que es la versión –como se verá– que ahora defiende el TJ, aunque de manera tímida o más bien sin ser del todo categórico al sostener la posibilidad de emplear elementos para su concreción propios

⁵¹ Otra opinión es la mantenida por Casas Baamonde, M^ºE, quien sostiene que la conexión más estrecha al contrato de trabajo según el art. 6.2 *in fine* será el lugar habitual de prestación del trabajo, en “Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma...”, loc. cit. p. 10.

⁵² Así, KAYE, P: “Article 6: Individual Employment contracts” en *The New private international law of contract of the European Community*, Dartmouth editorial, England, 1993, p. 237. En el mismo sentido, Krebber, S: “Conflict of laws in employment in Europe”, *Comparative labour law and policy journal*, vol. 21, 2000, pp. 526-527.

de lo que aquí hemos defendido como elementos apriorísticos. Éstas vendrán determinadas por elementos ajenos al contrato y que necesariamente vendrán forzadas por normas de Derecho público de cada Estado. En este sentido, se trata de dilucidar qué tipo de normas jurídico públicas afectan ya e imponen ciertas cargas al contrato de trabajo, de tal manera que ello posibilite establecer una afectación estrecha entre el contrato y un país determinado. En efecto, no se trata de imaginar aspectos capaces de conectar el contrato, sino de examinar sobre hechos si algún Estado, gracias a sus normas de Derecho público o en su caso, gracias a alguna norma de extensión, ya opera sobre el contrato celebrado mediante la imposición de gravámenes, tasas o la concesión de permisos.

Esta interpretación resulta coherente con las orientaciones del CR y el RR I, en orden a procurar una proximidad entre las normas de Derecho Público, indisponibles para la autonomía de la voluntad, y las que las partes pueden elegir en el gobierno de su relación, sobre todo cuando en ésta no se apoya sobre una desigualdad originaria. Asimismo, este procedimiento para dar contenido a los vínculos más estrechos no requiere de una conceptualización *a priori* de cuáles hubieran de ser, sino simplemente de una *quaestio facti*, limitada a analizar si un Estado ya se encuentra vinculado al contrato gracias a sus normas tributarias o de seguridad social. Esta circunstancia favorece un empleo más pacífico de la norma y evita el riesgo de que el Juez haya de acabar completando la labor legislativa del CR o del RR I, concibiendo referencias que completen a las tenidas en cuenta por ese texto. La determinación de la ley aplicable contará con una referencia de base, que será la asentada en las opciones del CR y RR I ("*lex loci laboris*" o, en su caso, "*lex loci celebrationis*") que únicamente decaería si es que un Estado presenta, gracias a sus normas de Derecho público, relación con el contrato. Como quiera que esta segunda referencia se asienta sobre un dato fáctico, las partes pueden tenerlo en cuenta en todo momento, resultando asimismo la labor judicial mucho más controlable.

De entre las dos posturas anunciadas, el TJ –como se ha adelantado– opta por la segunda, esto es, por señalar que los elementos significativos de vinculación entre el contrato de trabajo plurilocalizado y el ordenamiento jurídico de un determinado país viene delimitado por el lugar donde el trabajador *por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad o invalidez*, como ocurría en el caso Schlecker (Considerando 66). No obstante, este posicionamiento no figura de manera categórica al permitir que se empleen también la *totalidad de las circunstancias del asunto, como los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo*. El pequeño matiz que introduce el TJ en este contexto es el que ahora nos llama la atención, ya que de acuerdo a éste no queda clara la diferencia entre los elementos a emplear para delimitar

la ley aplicable con respecto al criterio rígido de la *lex loci laboris* y el de los vínculos más estrechos; cuestión ésta que trataremos en el siguiente epígrafe.

En todo caso, lo que sí parece cierto es que de la opción principal que asume el TJ en la sentencia que comentamos, se deduce que lo que menos importa en la mecánica de utilización de esta segunda vía para la determinación del criterio de los vínculos más estrechos es establecer en qué hechos (sea la nacionalidad, sea la residencia u otras) se basa el Estado para imponer sus cargas, puesto que lo que verdaderamente interesa es que, por la razón que sea, ese Estado ha decidido imponer una serie de gravámenes sobre el contrato, lo que ya de por sí viene a constituir un vínculo más estrecho. En mi opinión, que es la misma que expuse hace ya algún tiempo, ésta parece ser la vía más coherente para tratar de evitar la utilización discrecional del criterio de los vínculos más estrechos por parte del juzgador, mostrándose asimismo acorde con algunos pronunciamientos del TJ anteriores. En efecto, algunas sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en el marco de la libre circulación de trabajadores fuera del territorio de la Comunidad se han orientado a establecer un vínculo de conexión lo suficientemente estrecho entre la relación laboral y el territorio de algún Estado miembro para aplicar el Derecho comunitario a aquéllas. Para ello toman en consideración de manera indistinta tanto elementos apriorísticos como indicios fácticos que conecten el supuesto de hecho con la normativa comunitaria correspondiente, eliminando la tendencia a entender inaplicable, entre otras, bien el reglamento comunitario sobre libre circulación de trabajadores y dentro de éste, fundamentalmente, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, o bien el respectivo dedicado a la determinación de la ley aplicable en materia de seguridad social por la única circunstancia de que el trabajador en cuestión preste servicios fuera del territorio de la Comunidad. Muestra paradigmática de este tipo de pronunciamientos es el asunto *Boukhalfa*⁵³, que ponía fin a la petición de una cuestión prejudicial planteada ante el tribunal comunitario por una nacional belga que prestaba servicios en la embajada alemana en Argel, lugar donde además residía con anterioridad de forma permanente. La actora demandaba la aplicación de la normativa alemana aplicable a los agentes locales, sosteniendo la posible vulneración de la prohibición de no discriminación enunciada en el art. 48.2 TCEE y en los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Para la resolución del conflicto planteado, el tribunal se interrogaba sobre si el Derecho comunitario está vinculado por el principio de territorialidad, puesto que en caso afirmativo no sería posible extender su aplicación más allá de las fronteras comunitarias.

⁵³ Ingrid Boukhalfa contra Bundesrepublik Deutschland, Asunto C-214/94, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, Recopilación, 1996-I, pp. 2253-2280.

No obstante, el TJCE llega a la conclusión de que la normativa comunitaria no está sujeta a un principio semejante. Para ello se ampara por un lado en distintas disposiciones del Tratado que niegan el alcance territorial limitado de sus disposiciones, así como y lo que es más importante, fundamentando la justificación de aplicación extraterritorial de su normativa sobre la noción de “*vínculo de conexión suficientemente estrecho con dicho territorio*”.

Así, el tribunal comunitario venía a recomendar a los jueces *a quo* el empleo de una serie de elementos o haz de indicios que en cada caso particular le permitan dar contenido suficiente y efectivo a este criterio aplicativo. Ahora bien, entre los elementos sugeridos por el tribunal se encontraban tanto aquellos que nosotros denominamos de carácter apriorístico⁵⁴, así como aquellos otros que hemos llamado *quaestio facti* o deducibles *a posteriori* por la existencia de una relación jurídico pública con el contrato⁵⁵. En efecto, el tribunal no establece una clasificación diferenciada entre unos y otros, limitándose más bien a establecer una enumeración sin propósito de exhaustividad de lo que

⁵⁴ Apartado 46 de la sentencia anotada. Entre los que allí se señalan cabría designar como elementos o indicios de carácter apriorístico los siguientes: relación laboral establecida entre un trabajador comunitario y una empresa de otro Estado miembro; contratación de dicho trabajador comunitario en otro Estado miembro; trabajador comunitario establecido en un Estado miembro en el momento de su contratación; establecimiento del empresario en el Estado miembro del que sea nacional; sometimiento del empresario al ordenamiento jurídico de un Estado miembro; sometimiento de la relación laboral al Derecho del Estado miembro de que sea nacional el empresario; trabajador comunitario que ejerza sus actividades por cuenta de la empresa que lo emplea, aun cuando éstas se ejerzan en un país tercero.

⁵⁵ Apartado 46 de la sentencia *Boukhalfa*. Señala la afiliación del trabajador al régimen de Seguridad Social del Estado miembro y la sujeción de dicho trabajador al Impuesto sobre la Renta del Estado miembro. En ambos casos, el TJCE se refiere a estos elementos que vincularían la relación de trabajo con un Estado miembro siempre que el trabajador sea comunitario, así como la sujeción de éste al régimen de seguridad social o tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea. Si bien esto es así, en cuanto a que el trabajador tenga que ser necesariamente nacional comunitario para que se le aplique extraterritorialmente el Derecho comunitario parece desmentirse en la sentencia *Bozkurt*, en la que el tribunal comunitario confirma la postura mantenida por la sentencia *Boukhalfa*, si bien el trabajador implicado en aquella controversia lo era de un tercer Estado (Turquía). Por su parte, y en lo que se refiere a la sujeción del trabajador al régimen de Seguridad Social y al sistema tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea, debemos señalar que ni la sujeción de un trabajador a un sistema de Seguridad ni a un sistema tributario se corresponde necesariamente al mismo que sea nacional la empresa que lo emplea. En efecto, la afiliación a un sistema de seguridad social, por ejemplo al español, determina su carácter vitalicio, por lo que la variación del sujeto empleador a otro no perteneciente a la misma nacionalidad no variará esta circunstancia, sino que dará lugar a la aplicación de las normas internacionales de Seguridad Social, sean reglamentos comunitarios o los Convenios internacionales de seguridad social correspondientes según los Estados que se encuentren implicados en la relación de Derecho público con el trabajador. Asimismo, la aplicación de un determinado sistema tributario se establece dependiendo del lugar donde se realiza el hecho imponible y no con el sistema tributario del que sea nacional la empresa que emplea al trabajador, de tal manera que si con ello quedan afectados dos o más Estados (pongámos por caso en el mismo año impositivo), habrá de estarse a los tratados de doble imposición con el fin de evitar una doble carga fiscal.

aquél considera como datos fácticos que permiten deducir la existencia de un vínculo de conexión suficientemente estrecho de una relación laboral con el territorio de la UE, y en consecuencia aplicar extraterritorialmente la normativa comunitaria a aquéllas. Si bien esto es así, es posible deducir de la lógica que el TJ sigue en la sentencia anotada, así como y sobre todo de las referencias que a su anterior jurisprudencia jalonan el contenido de la *opinio iuris* mencionada, unos hechos comunes que no son otros sino que el trabajador se halle sujeto al régimen de seguridad social y al sistema impositivo o tributario de un Estado miembro⁵⁶. Este especial hincapié sobre dos cuestiones que considero como indicios *a posteriori*⁵⁷ no hace sino avalar el razonamiento por el que particularmente me inclino y trato de defender, que no es otro que el de señalar que en el caso de que un trabajador implicado en el litigio de tráfico externo con un régimen de Seguridad Social, como con un sistema de Derecho tributario

⁵⁶ En efecto, si atendemos a alguna de las sentencias que sobre esta cuestión ha dictado el TJCE, podemos observar que el Tribunal recurre en numerosas ocasiones a la circunstancia o bien de la afiliación del trabajador a un sistema de seguridad social o el sometimiento de éste al Impuesto sobre la renta de las personas físicas de un Estado miembro. Así ocurre, por ejemplo, en el asunto *Prodest* (Asunto 237/83, de 12 de julio de 1984, Rec. 1984-7, pp. 3153 y ss) que versaba sobre la aplicación del principio de no discriminación a un nacional que empleado por una sociedad de un segundo Estado miembro pretendía la conservación de sus derechos de seguridad social en el ejercicio temporal de su actividad laboral en el territorio de un tercer Estado. En este supuesto, el TJCE en el apartado 7 de esta sentencia sostenía como vínculo más estrecho que “*un tel rattachement peut être trouvé dans la circonstance que le travailleur communautaire a été engagé par une entreprise d’un autre État membre et, de ce fait, a été affilié au régime de sécurité sociale de cet État et qu’il exerce toujours ses activités pour le compte de l’entreprise communautaire même son détachement dans le pays tiers*”. Más clarificador en el sentido que tratamos es la interpretación sobre el criterio de vínculo más estrechamente contactado con la Comunidad contenido en el asunto *Lopes da Veiga* (Asunto 9/88, de 27 de septiembre de 1989, Rec. 1989-8, pp. 2989 y ss). La cuestión prejudicial versaba sobre si un marinero portugués que trabajaba con carácter permanente para una empresa neerlandesa, a bordo de buques con pabellón neerlandés, podía invocar las disposiciones sobre no discriminación por razón de nacionalidad establecidos en los artículos 7 y ss del Reglamento 1612/68. En este supuesto, el TJCE considera que existe un vínculo entre la relación laboral y la Comunidad, puesto que, entre otras circunstancias [éstas si bien de carácter apriorístico, como que el trabajador prestara servicios en un buque de bandera neerlandesa], al trabajador se le efectuaban retenciones de impuestos de su salario en los Países Bajos y cotizaba a la Seguridad Social neerlandesa. En el mismo sentido que el mantenido en la sentencia *Prodest* se mueven las consideraciones emitidas por el TJCE en el asunto *Aldewereld* (Asunto C-60/93, de 29 de junio de 1994, Rec. 1994-6, pp. 2991 y ss). Un paso importante que confirma esta orientación jurisprudencial fue la determinada en el asunto *Bozkurt* (Asunto C-434/93, de 6 de junio de 1995, Rec. 1995-6, pp. 1475 y ss) en el que el Tribunal ratifica la existencia de los vínculos más estrechos tomando en consideración, entre otros, que el trabajador estaba cubierto por el sistema de seguridad social neerlandés. Finalmente, y en el asunto *Boukhalfa*, el TJCE en el apartado 5 de la sentencia citada, señala que esta trabajadora cotiza a la Caja de Pensiones legal alemana y se halla sujeta, por sus ingresos procedentes de los fondos públicos nacionales, a un impuesto limitado a sus ingresos, con arreglo a las disposiciones alemanas.

⁵⁷ Que deban ser indicios establecidos *a posteriori* es la postura que sostiene Virgós Soriano, M: “La ley aplicable a los contratos internacionales...”, op. cit. pp. 5296-5297.

sirven para dar contenido a esta noción de vínculos más estrechos. A diferencia de la postura que vengo manteniendo y que consiste en excluir de la delimitación de los vínculos más estrechos aquellos elementos que yo he denominado apriorísticos; el TJ no se muestra tan taxativo en este caso. En efecto, a pesar de que particularmente me incline por la postura anunciada que, entre otras cosas, permite salvar la tendencia de los jueces a aplicar discrecionalmente la “*lex fori*” interna o que se empleen elementos apriorísticos que pudieran ser aleatorios⁵⁸; el TJ opta por utilizar el mismo razonamiento que el planteado en el asunto *Boukhalfa*, lo que nos lleva a describir a continuación el problema que deja abierta la citada interpretación, que no es otro que el de la distinción entre los elementos sustanciales que sirven para delimitar la *lex loci laboris* y el de los factores para localizar el ordenamiento jurídico más estrechamente conectado con la relación jurídico-laboral plurilocalizada.

6. ¿VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS VS ELEMENTOS SUBSTANCIALES?

Como se ha avanzado, la opción interpretativa a la que alude el TJ en la sentencia *Schlecker* es, en general, la que sostuve hace ya algunos años,

⁵⁸ Finalmente, el empleo de estos elementos se muestra plenamente coherente con la posibilidad ofertada al juez de dar intervención a las normas imperativas [En este sentido, véanse los apartados 28 y 29 del asunto 36/74 Walrave y Koch. Sentencia de 12 de diciembre de 1974. Rec. 1975, pp. 1405 y ss] con las que la relación jurídica presente los vínculos más estrechos, incluso de aquellos contenidos en el Derecho comunitario, tales como el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que como sabemos era el objeto de litigio de la sentencia *Boukhalfa*. Éstas se impondrán en todas las relaciones jurídicas que puedan localizarse en el territorio de la Unión Europea según los criterios señalados. El art. 1.4 ET puede servir para una mejor comprensión de estas consideraciones. Este precepto establece la aplicación extraterritorial de la legislación española en el supuesto de trabajador español contratado por empresa española para prestar servicios en un establecimiento de ésta en el exterior, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el “*locus executionis*”. Para ello, toma como elemento fáctico la nacionalidad común española del empresario y trabajador, siendo ésta la opción elegida por el Estado para proyectar su normativa a este tipo de relaciones laborales. Al margen de la justificación para elegir este criterio, lo importante es que, de acuerdo con el mismo, un Estado va a exigir el cumplimiento de determinadas reglas administrativas. Por tanto, no es que la nacionalidad (criterio elegido por el art. 1.4 ET) represente un vínculo más estrecho, ya que, más bien, lo que hace es crearlo. Insisto, no se trata de tomar en consideración a la nacionalidad como el elemento que conecta estrechamente un contrato con un país, sino más bien prestar atención a la circunstancia objetiva de que la legislación española se acabará proyectando sobre la relación laboral –siempre y cuando se articule al margen del ámbito espacial de la libre circulación de trabajadores–, siendo lo de menos que ello se deba a la nacionalidad o cualquier algún otro criterio. Sobre la influencia del Derecho comunitario en la determinación de normas internacionalmente imperativas, Quiñones Escámez, A: “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade* al *Portugaia*)”, *Revista de Derecho comunitario europeo* nº 12, 2002, pp. 435-453.

esto es, la de entender que los criterios a emplear para localizar el contrato de trabajo plurilocalizado a través de los vínculos más estrechos deben ser los determinados por los indicios a posteriori anteriormente señalados. No obstante, también hemos podido constatar que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal de la UE no llega a una posición categórica al respecto, ya que entiende que los juzgadores también pueden emplear la totalidad de las circunstancias del asunto, como los parámetros utilizados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo, lo que parece remitir, al menos parcialmente, a algunos elementos que en la sentencia Koelzsch de 2011 fueron calificados como elementos substanciales para determinar el criterio de la *lex loci laboris*.

A estos efectos, conviene recordar que en la sentencia del año 2011, el debate para la concreción de la *lex loci laboris* se circunscribía a un caso de ejecución de servicios en el territorio de los Estados miembros por parte de un transportista internacional, que por definición realiza su actividad de manera itinerante en diversos países. Pues bien, la sentencia venía a señalar que cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en el que se realice habitualmente el trabajo contenido en el art. 6.2.a) CR (art. 8.2 RR I) debe interpretarse de modo amplio. Así, debe entenderse que dicha noción se refiere al país en el cual o a partir del cual el trabajador cumpla la parte principal de sus actividades profesionales frente al empresario; lugar que debe determinarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del caso de autos. El tribunal, acogiendo las sugerencias de la abogada general, viene a emplear una serie de elementos que de manera orientativa, permitan vincular (más significativamente o de manera sustantiva) el contrato de trabajo con el ordenamiento jurídico de un país “a partir o desde el cual” el trabajador preste servicios. Los criterios a los que alude son los siguientes: en qué Estado el trabajador recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza el trabajo o también en qué lugar se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo, debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones⁵⁹.

Como quiera que los elementos anteriores de vinculación sustantiva con el ordenamiento jurídico derivado de la aplicación del criterio de *lex loci laboris* (art. 6.2.a) CR y 8.2 RR I) podrían ser eventualmente coincidentes con los elementos que en la sentencia Schlecker se utilizan para concretar la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos (art. 6.2.b) in fine y art. 8.4 RR I), considero que la interrogante esta servida, puesto que: ¿qué condiciones de trabajo son las que se han de tomar en consideración para la aplicación de una norma u otra?. Mi respuesta particular a este problema es el que ya hemos adelantado, esto es, el de considerar que los indicios a posteriori son los que se deben tener en cuenta para vincular más

⁵⁹ Considerando 49 de la sentencia.

estrechamente un contrato de trabajo con un ordenamiento jurídico en concreto; toda vez que la alusión a cualesquiera otras condiciones de trabajo bien pudieran emplearse tanto para localizar el contrato en el país de ejecución habitual de la prestación como con el país de celebración del contrato, esto es, para cualesquiera conexiones rígidas contenidas en este instrumento jurídico.

Es más, entiendo –en orden a tratar de justificar mi posición ante esta cuestión– que dado que la postura que el TJ mantiene en el caso Schlecker es deudora de la sentencia Koelzsch, debemos acudir a ésta última para comprobar, si quizá, debiéramos considerar la interpretación efectuada en aquel caso como demasiado forzada y, por tanto, objeto de revisión. Pues bien, sin intención de detenerme en exceso en este asunto particular, debemos señalar –en primer lugar– que el TJ para dar contenido a la regla conflictual del *locus laboris* en el caso Koelzsch utilizó una interpretación previa plasmada en la sentencia Weber del año 2002⁶⁰, ya de por sí peculiar. De este modo, el TJ (Koelzsch) vino a acoger la interpretación efectuada en el asunto Weber, a propósito de la noción de habitualidad expresada en el “extinto” Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional en materia civil y mercantil (CB). Como se puede fácilmente deducir, el TJ importa al ámbito de la determinación de la ley aplicable, la consideración de criterio sustancial sostenido a propósito de los problemas originados en el campo de la determinación del *forum* en el caso del año 2002; y con él –también– la alteración de los criterios que se empleaban en

⁶⁰ Asunto C-37/00. Este asunto trae causa en un litigio que se plantea entre el Sr. Weber, domiciliado en Alemania, y la empresa escocesa con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido) que le contrató como cocinero para prestar servicios en una plataforma petrolífera desde 1987 a 1993, para posteriormente desenvolver su actividad –durante un breve período de tres meses (entre septiembre y diciembre de 1993) a bordo de un buque-grúa en las aguas territoriales danesas; momento a partir del cual la empresa decide prescindir de sus servicios despidiéndole. El Sr. Weber disconforme con el acto extintivo, demanda por despido improcedente ante los Tribunales holandeses. Los Tribunales holandeses ante los cuales se interpone la reclamación correspondiente, elevan varias cuestiones prejudiciales orientadas a interrogarse acerca de si el trabajo realizado a bordo de una plataforma continental adyacente a los Países Bajos, debe considerarse como territorio de un país contratante a los efectos de determinar el *locus laboris* del art. 5.1 CB [actual art. 19.2.a) RB]. Para una crítica de la solución adoptada por el TJCE desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y que asimismo comparto, Gonzalez Vega, J.A.: “Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la <obsesión por el territorio>”, *La Ley-Unión Europea*, nº 5556, mayo de 2002, pp. 1-6. También, véase el comentario a esta sentencia hecha por un especialista en cuestiones concernientes a los trabajadores del mar: Chaumette, P en *Droit Maritime Français* nº 628, 2002, pp. 632-648. Finalmente, se muestra interesante el trabajo que desde la mirada del D.I.Pr. ha realizado Adrián Arnáiz, A.J.: “Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea (Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto Weber)”, *Información Laboral* nº 4, 2002, pp. 5-22. Sobre la misma cuestión, vid. comentario de una experta en estas cuestiones, Zabalo Escudero, M^{te}: “Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE”, *Revista de Derecho comunitario Europeo*, nº 14, 2003, pp. 225-239. Asimismo, Górriz, C: “Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XX, 2003, pp. 307-332.

el contexto del CB para concretar el lugar habitual de prestación del trabajo⁶¹. En efecto, si hasta el asunto *Weber* el criterio principal era cuantitativo -el de la temporalidad- a los efectos de situar el tribunal competente en uno u otro país (empleado en las sentencias *Mulox*⁶² y *Rutten*⁶³; litigios en los que se trataba de identificar el lugar principal de ejecución de los servicios cuando el

⁶¹ La extensión de la norma de conflicto de habitualidad a los supuestos de contratos de trabajo que se desempeñan en distintos países donde existe una variación del *locus* de ejecución conduce al TJ a realizar una inversión de los criterios empleados para determinar el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional (temporalidad en *Mulox* y *Rutten* y vínculos más estrechos en *Weber*). Esta variación en la aplicación de los criterios empleados para determinar la noción de habitualidad no es tan novedoso si tomamos en cuenta que un sector doctrinal ya venía defendiendo la aplicación de criterios cualitativos y cuantitativos -si bien de manera no jerarquizada entre ambas- para fijar el contenido de la noción de habitualidad. Es el caso, en nuestra doctrina, de Menéndez Sebastián, P: Competencia judicial y ley aplicable..., op. cit. p. 84 o de otros autores como Van Eeckhoutte, W: "The Rome convention on the law applicable to contractual obligations and labour law (1980)" en Blanpain, R: *Freedom of services in the European Union*; Kluwer editorial, La Haya, 2006, pp. 169 y 170; Plender, R y Wilderspin, M.: *The European Private International Law of obligations*, Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 315. Junker, A: "Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im internationalen Privatrecht" en Lorenz, S *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, Beck editorial, Munich, 2005, p. 733. O también, Deinert, O: "Neues internationales Arbeitsvertragsrecht", *Recht der Arbeit* n° 3, 2009, p. 145].

⁶² STJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-125/92, Recop. 1993, pp. 4075 y ss. 2 El litigio se planteó entre la sociedad inglesa, *Mulox IBC Ltd*, con domicilio social en Londres, y uno de sus antiguos empleados, el Sr. Hendrick Geels, nacional neerlandés, con domicilio en Aix-les-Bains (Francia), como consecuencia de la resolución de su contrato de trabajo por parte de su empresa. El Sr. Geels, que fue contratado por *Mulox* en calidad de Director de Marketing Internacional con efecto a partir del 1 de noviembre de 1988, estableció su despacho en su domicilio de Aix-les-Bains y se dedicó, en un principio, a introducir los productos de *Mulox* en Alemania, Bélgica, Países Bajos y los países escandinavos, lugares a los que se desplazaba con frecuencia. A partir del mes de enero de 1990, el Sr. Geels ejerció sus actividades en Francia. Como consecuencia de la resolución de su contrato de trabajo, el Sr. Geels presentó una demanda contra su antigua empresa ante el conseil des prud'hommes d'Aix-les-Bains con el fin de obtener una indemnización por incumplimiento de plazo de preaviso y por daños y perjuicios. Mediante resolución de 4 de diciembre de 1990, este órgano jurisdiccional se declaró competente al amparo del número 1 del artículo 5 del Convenio y, con arreglo a la ley francesa, condenó a *Mulox* a pagar al Sr. Geels distintas sumas en concepto de indemnizaciones. Entonces, *Mulox* interpuso un recurso ante la cour d'appel de Chambéry, en el que alegaba que los órganos jurisdiccionales franceses no eran competentes para conocer del litigio, debido a que el lugar de cumplimiento del contrato de trabajo controvertido no se limitaba a Francia, y a que *Mulox* tenía su domicilio en el Reino Unido. Comentario de Kerckhove, E: "Le contrat de travail exécuté dans plusieurs États membres de la Communauté", *Droit Social*, núm. 3-1994, pp. 309-314.

⁶³ STJCE de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95, Rec. p. I-57. En este caso, el litigio surgió de la celebración de un contrato de trabajo entre el Sr. *Rutten*, ciudadano holandés con domicilio en Holanda, y *Cross Medical BV*, empresa holandesa filial de *Cross Medical Ltd*. El ciudadano holandés comenzó a prestar servicios para la filial en Holanda para, posteriormente, pasar a trabajar para la matriz, ejerciendo su actividad indistintamente en varios Estados parte del Convenio y no parte del mismo. Cuando la matriz despidió al Sr. *Rutten*, éste decide interponer una demanda ante un Tribunal holandés, solicitando el pago de determinadas cantidades salariales en concepto de atrasos, así como otras cuantías accesorias. El tribunal se declaró competente, lo que propició que la empresa recurriera ante el órgano jurisdiccional inmediatamente superior que anuló la decisión del Tribunal de instancia. Ante tales circunstancias, el Sr. *Rutten* acudió a un tercer tribunal holandés que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE solicitando la interpretación del art. 5.1 CB.

trabajador es desplazado temporalmente en el marco de una prestación de servicios); a partir de este momento se van a invertir los criterios interpretativos anotados, optando por emplear criterios o elementos cualitativos como el de la substancialidad⁶⁴. No obstante, y he aquí lo relevante, existe una diferencia importante entre el asunto que da pie a la sentencia Koelzsch y la que se suscita a propósito de Weber. Y es que mientras que en aquél –Weber– se trataba de interpretar el punto de conexión del art. 5.1 CB, donde –como se sabe– no existe foro alguno que permita imputar el conocimiento de un litigio derivado del contrato de trabajo plurilocalizado al foro de los vínculos más estrechos (ni tampoco existe en el RB I); en el CR (también en RR I) contamos con un criterio conflictual específico de estas características dirigido a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, lo que convierte el enjuiciamiento de Koelzsch, al menos desde esta perspectiva, en criticable; máxime cuando –además– por cualquiera de las vías que estamos analizando [art. 6.2.a) CR y del art. 6.2 *in fine* del mismo texto (actuales 8.2 y 8.4 Roma I)], se hubiera alcanzado la misma consecuencia, esto es, la aplicación de las normas imperativas contenidas en el Derecho alemán.

Como consecuencia de este primer “desaguisado”, ahora nos encontramos con una dificultad añadida a las ya existentes con carácter general en el marco de esta temática. Y es que si de acuerdo al TJ, el criterio de substancialidad (empleado para localizar el contrato de trabajo plurilocalizado mediante el criterio de la *lex loci laboris*) debe ser algo distinto al criterio de vinculación más estrecha propio del criterio conflictual contenido como cláusula de cierre, supongo que sería oportuno establecer cuándo y cómo emplear uno u otro. Agradecería que alguien me clarificara la interrogante.

⁶⁴ Un sector doctrinal ya venía defendiendo la aplicación de criterios cualitativos y cuantitativos –si bien de manera no jerarquizada entre ambas– para fijar el contenido de la noción de habitualidad. Es el caso, en nuestra doctrina, de Menéndez Sebastián, P: Competencia judicial y ley aplicable..., op. cit. p. 84 (véase la nota a pie nº 50 de este texto) o de otros autores como Van Eeckhoutte, W: “The Rome convention on the law applicable to contractual obligations and labour law (1980)” en Blanpain, R: *Freedom of services in the European Union*; Kluwer editorial, La Haya, 2006, pp. 169 y 170; Plender, R y Wilderspin, M.: *The European Private International Law of obligations*, Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 315. Junker, A: “Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im internationalen Privatrecht” en Lorenz, S *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, Beck editorial, Munich, 2005, p. 733. O también, Deinert, O: “Neues internationales Arbeitsvertragsrecht”, *Recht der Arbeit* nº 3, 2009, p. 145.