

EL CONTRATO DE TRABAJO CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA

THE EMPLOYMENT CONTRACT WITH FOREIGN ELEMENTS

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Graduado en ADE-DERECHO
diegar6@alumni.uv.es

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto analizar la competencia judicial internacional respecto de los litigios que se originen consecuencia de la existencia de un contrato de trabajo que vincula a empresario y trabajador cuando existen elementos de internacionalidad que hacen necesario recurrir en el ámbito de la Unión Europea al nuevo Reglamento Bruselas I bis. En la segunda parte del comentario se analiza la determinación de la Ley aplicable por el juez competente en el Reglamento Roma I de obligaciones contractuales concluyendo qué aplicación práctica tiene en la actualidad el art. 1.4 del ET.

PALABRAS CLAVE: contrato de trabajo internacional, foros competenciales, ley aplicable, norma de extensión.

ABSTRACT: The present comment is intended to analyze the international jurisdiction with regard to labor disputes that produce as a result of the existence of an employment contract which linking employer and employee when there are internationality elements that make necessary to resort in the European Union scope to the new European regulation Brussels I bis. In the second part analyze the identifying of applicable law by competent judge in the Rome I Regulation of contractual obligations concluding what practical application has the article 1.4 of the Statute of Workers at the present time.

KEY WORDS: international employment contract, forums of jurisdiction, applicable law.

FECHA DE ENTREGA: 25/05/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: 1. Introducción y análisis de los criterios competenciales en el Reglamento Bruselas I bis.- 2. Competencia judicial internacional en litigios sobre el contrato de trabajo individual con elementos de internacionalidad.- 3. Determinación de la ley aplicable a los litigios sobre contrato de trabajo individual.- 4. La aplicación del art. 1.4 del ET como norma de extensión.

1. La existencia de elementos propiamente nacionales en un contrato de trabajo no plantea problemas desde el punto de vista de la determinación de la competencia judicial y la legislación aplicable cuando existe una controversia o litigio entre empresario y trabajador fruto de la estipulación de un contrato de trabajo y la consiguiente existencia de una relación laboral.

No obstante, la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable a los litigios entre empresario y trabajador se complica cuando entramos dentro del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado, es decir, cuando existen elementos supranacionales o extranjeros que exceden de las fronteras nacionales, situación que se produce cada vez más como consecuencia de la deslocalización y mundialización de los mercados.

El Reglamento Bruselas I bis recoge reformas y modificaciones por cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional, sin embargo, en lo que a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo se refiere no hay diferencias apreciables o significativas en comparación con el anterior Reglamento Comunitario Bruselas I 44/2001.

El presente comentario versará sobre el análisis de la competencia judicial internacional a propósito del Reglamento Bruselas I bis en los litigios entre empresarios y trabajadores en los cuales existe uno o varios elementos supranacionales y la determinación de la ley aplicable a los mismos.

En la determinación de la competencia judicial internacional, el Reglamento comunitario 1215/2012 diferencia entre:

- Competencias exclusivas (art. 24).
- Foros atributivos de competencia (arts. 25 y 26) o mencionadas sumisión expresa y sumisión tácita.
- Competencias especiales (arts. 7 a 9) y foro general de competencia del domicilio del demandado (art. 4) que se aplican con carácter alternativo, es decir, puede el demandante elegir entre aplicar el foro general o los foros especiales.

- Foros especiales de protección en 3 sectores específicos como son contratos de seguro (arts. 10 a 16), contratos celebrados con consumidores (arts. 17 a 19) y contratos individuales de trabajo (arts. 20 a 23)

El criterio general de determinación de la competencia es el domicilio del demandado, siempre que dicho domicilio esté situado en un Estado miembro de la Unión Europea al que le será de aplicación el mismo.

Sin embargo, la primera categoría competencial supone una excepción al criterio general del domicilio del demandado, pues la determinación de la competencia cuando estamos en primer lugar ante una materia sobre la que versa una competencia exclusiva no se rige por el domicilio del demandado.

Idéntica situación ocurre con los foros atributivos de competencia cuando las partes se someten expresa o tácitamente a los Tribunales de un determinado Estado miembro distinto al de su domicilio o partes que tienen su domicilio en un Estado no miembro pero determinan que para los casos en los que surgiera un conflicto entre ambos, conocerán los órganos jurisdiccionales de un concreto Estado miembro.

Los foros especiales de protección de los arts. 17 y siguientes del Reglamento Bruselas I bis contienen criterios atributivos de competencia judicial internacional que establecen previsiones favorables a la parte débil del contrato, ya sea asegurado, consumidor o trabajador.

Desde el ámbito comunitario, el legislador comunitario es especialmente sensible en estas situaciones en las que una de las partes del contrato se encuentra en posición de desigualdad respecto de la otra parte.

Por ello, las normas contenidas en los arts. 20 a 23 del Reglamento Bruselas I bis referentes a la determinación de la competencia judicial internacional en contrato individual de trabajo contienen normas de protección especial en materia de competencia a favor del trabajador.

La competencia judicial internacional es analizada desde 4 ámbitos de aplicación:

- **Ámbito de aplicación temporal:** las previsiones del Reglamento Bruselas I bis 1215/2015 en materia de contratos celebrados con trabajadores se aplican a los conflictos que surjan entre empresario y trabajador a partir del 10 de enero de 2015 en los que existan elementos de extranjería, debiendo aplicar para los conflictos surgidos antes de dicha fecha el antiguo Reglamento Bruselas I 44/2001 de forma transitoria.

- **Ámbito de aplicación espacial:** El ámbito de aplicación espacial no ha experimentado cambios respecto al Reglamento 44/2001 que le precede, siendo aplicable dicho Reglamento en todos los Estados miembros de la Unión Europea

excepto Dinamarca que es el único Estado que no adopta Bruselas I bis no quedando vinculado por este ni sujeta al mismo ámbito de aplicación.

- **Ámbito de aplicación material:** Dicho ámbito integra los conflictos que versen sobre materias civiles o mercantiles generando la duda de a qué materia pertenecen los conflictos que versen sobre contratos individuales de trabajo.

Sin embargo, el TJUE se pronunció sobre dicha cuestión llevando a cabo una formulación autónoma del concepto del contrato de trabajo, considerando los litigios derivados de contratos individuales de trabajo como materia civil y por tanto objeto de aplicación del Reglamento tanto Bruselas I en su momento como en la actualidad Bruselas I bis para los conflictos entre empresario y trabajador fruto del contrato individual de trabajo. Ello por dos razones principales:

- La primera razón deriva de la expresa inclusión de estos conflictos en los arts. 20 a 23 del Reglamento Bruselas I bis, cuya inclusión ya se produjo con la promulgación del anterior Reglamento Bruselas I.

- Por la evidente naturaleza civil que deriva del propio contrato de trabajo, considerando el contrato de trabajo como materia civil y por tanto coherente con la determinación competencial por razón de la materia.

En el ámbito estatal, España cuenta con la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional, la cual adopta la delimitación competencial adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en su art. 1º incluye dentro de su ámbito de aplicación en materia civil y mercantil la responsabilidad civil derivada del delito y los contratos de trabajo.

A sensu contrario, al hacer referencia a “contrato individual de trabajo” la determinación de la competencia solo se refiere a acciones individuales sobre el contrato de trabajo, no estando comprendido la materia colectiva ni los litigios en materia de Seguridad Social

- **Ámbito de aplicación personal:** El criterio general por el que se rige el Reglamento Bruselas I bis para la determinación de la competencia judicial internacional es el domicilio del demandado siendo independiente la nacionalidad de las partes para la aplicación del mismo.

Ello implica que si un italiano cuyo domicilio se encuentra en Orlando (Estados Unidos) es demandado en Italia, los Tribunales italianos no podrán hacer uso del Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia, debiendo utilizar otra norma internacional que resulte de aplicación con la salvedad de las anteriormente mencionadas competencias exclusivas o la existencia de sumisión expresa o tácita. No ocurriría lo mismo si un ciudadano nacional de Orlando pero que tuviera su domicilio en Italia o en Francia fuera demandado en alguno de estos países, en cuyo

caso, los Tribunales italianos o franceses sí estarían obligados a utilizar el Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia.

Por ello, al ser el criterio determinante de la aplicación del Reglamento el domicilio del demandado, hay que determinar el concepto de domicilio.

Con respecto al domicilio de la persona física, el art. 62 del Reglamento 1215/2012 no determina directamente qué se entiende por domicilio de la persona física emplazando a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro a aplicar su ley interna para determinar si está domiciliada la persona en un Estado miembro.

Si el sujeto demandado no está domiciliado en el Estado miembro en el que se ha interpuesto la demanda sino en otro Estado miembro, deberá aplicar la ley de dicho Estado miembro para determinar qué se entiende por domicilio.

En el ordenamiento jurídico español es el Código civil el que determina qué se entiende por domicilio de la persona natural, siendo este el lugar de su residencia habitual, no obstante, no se concreta en el propio Código qué se entiende por residencia habitual o más bien cuánto debe durar la permanencia en dicho núcleo de convivencia para que este tenga el carácter de habitual.

Sin embargo, el Reglamento Bruselas I bis sí delimita de forma directa qué constituye el *domicile* o domicilio de la persona jurídica proponiendo en el art. 63 tres opciones de domicilio:

- La sede estatutaria.
- Su administración central o,
- Su centro de actividad principal.

Pero, como se explicará a continuación con ocasión del análisis de los arts. 20 a 22 del Reglamento Bruselas I bis, en litigios que versen sobre el contrato individual de trabajo hay una regulación favorable al trabajador, una especie de *vis* extensiva de la consideración de domicilio cuando el empresario no tenga domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea pero sí posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro. El art. 20.2 del Reglamento permite asimilar la sucursal, agencia o establecimiento a la consideración de domicilio de la persona jurídica siendo esta previsión especialmente favorable al trabajador.

Cuando se plantea un litigio que tiene por objeto un contrato individual de trabajo que relaciona a empresa y trabajador, los foros atributivos de competencia puestos a disposición de las partes serían:

- Al no existir en el art. 24 del Reglamento competencia exclusiva alguna relacionada con el contrato individual de trabajo, se descarta la aplicación de las competencias exclusivas cuya aplicación no depende del domicilio del demandado.

- Por tanto, los primeros foros de competencia aplicable serían los foros atributivos de competencia basados en la sumisión expresa o la sumisión tácita (arts. 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis)

Podría ser que en el propio contrato de trabajo estipulado entre un trabajador español con domicilio en Massachusetts (Estados Unidos) y una empresa estadounidense sin domicilio ni sucursal o establecimiento en un Estado miembro de la UE se hubiera hecho referencia expresa a que en caso de litigio entre empresario y trabajador fruto del contrato de trabajo estipulado las partes se someten expresamente a los Tribunales italianos. Dicha situación sería un claro ejemplo de la existencia de un acuerdo de sumisión expresa y sumisión a los órganos judiciales de un Estado miembro de la UE con independencia de la localización del domicilio.

Lo mismo ocurriría si en el caso anterior el trabajador español demanda ante los Tribunales españoles y la empresa estadounidense contesta a la demanda sin interponer declinatoria de la competencia, estando en este caso ante la figura de la sumisión tácita.

Estos foros suponen una excepción al criterio o foro general del domicilio del demandado.

A falta de foros atributivos de competencia, se aplicaría el foro general del domicilio del demandado basado en el principio de *favor debitoris*. Es un foro que trata de favorecer a la parte deudora, no obstante, parece que no tenga mucho sentido sostener la aplicación de este foro general en los casos de conflictos entre empresario y trabajador en los que la mayoría de ocasiones será el trabajador el que demande al empresario (TODOLÍ SIGNES, A.: “La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo”, *Revista de Información Laboral* 1/2016 Aranzadi). A pesar de ello, se sostiene dicho foro competencial pero se ofrecen al trabajador foros especiales de protección.

Se crean con vocación de otorgamiento de una amplia protección del trabajador partiendo de la asimetría que existe entre empresario y trabajador y la necesidad de protección de la parte más débil a través del principio denominado *favor laboratoris*.

En primer lugar, el TJUE tuvo que determinar las características del contrato individual del trabajo para elaborar un concepto autónomo del mismo evitando concepciones oportunistas provenientes de las distintas legislaciones de los Estados miembros, caracterizándose el contrato de trabajo por los siguientes elementos (STJUE 81, 133):

- El trabajador se encuentra bajo la dirección de un empresario.
- Desempeña la prestación laboral dentro del ámbito de una organización empresarial.
- Relación de carácter duradero.

Del considerando 55 de la STJUE de 31 de mayo (STJUE C-43/99, asunto Leclere) se desprende que “existe contrato de trabajo cuando una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, determinadas prestaciones por las cuales percibe una retribución”.

2. Habiendo sido comentada anteriormente la previsión del art. 20.2 del Reglamento, el análisis se centrará en los arts. 21 y 22.

El art. 21 contiene criterios muy favorables a la posibilidad de demandar por el trabajador al empresario siempre que este último esté domiciliado en un Estado miembro:

- Podrá demandar el trabajador al empresario ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el empresario. Como se observa, este fuero se solapa con el propio art. 4 del Reglamento, pues en definitiva está reproduciendo el fuero general cuando es el trabajador quien demanda al empresario, no obstante, el amplio ámbito de protección lo otorga la posibilidad de aplicación alternativa de este foro competencial o de los contenidos en los apartados siguientes.

- O bien ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto:

Podrá demandar el trabajador ante los órganos jurisdiccionales del lugar en el que o desde el cual este desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar donde haya desempeñado la prestación laboral.

Este apartado también está pensado entre otros para los trabajadores transfronterizos, es decir, aquellos cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro distinto de aquel en que desempeñan la prestación laboral. Por ejemplo, un trabajador español cuyo domicilio se encuentra en Pontevedra pero todos los días acude al centro de trabajo de la empresa en el cual presta sus servicios localizado en Coímbra (Portugal) aunque el domicilio social se encuentra en Madrid. Puede decidir entre demandar en Coímbra que es el lugar donde desempeña la prestación laboral o ante los Tribunales españoles por tener la empresa el domicilio social en España.

- Podrá demandar ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre el establecimiento que haya empleado al trabajador en los casos de trabajadores que hayan prestado servicios para la empresa indistintamente en más de un Estado miembro.

El apartado segundo del art. contempla una cláusula de cierre para los casos en los que el domicilio social de la empresa no se encuentre en un Estado miembro de la UE.

El art. 22 del Reglamento 1215/2012 otorga un número de fueros inferior al empresario.

- El empresario solo podrá demandar al trabajador ante los órganos del Estado miembro en que este último ostente su domicilio.

- No obstante, la única salvedad o excepción a la previsión anterior la ejemplifica el apartado 2º de dicho art., pues el empresario podrá formular reconvencción ante los Tribunales del Estado miembro en que resida el domicilio social de la empresa cuando el trabajador haya interpuesto demanda.

Es decir, se rompe con la regla del apartado 1º que exige que cuando sea el empresario el que demande solo podrá hacerlo en el Estado miembro donde se encuentre domicilio del trabajador

La restricción en comparación con las posibilidades otorgadas al trabajador para demandar queda patente al examinar este art. 22.

3. Una vez determinadas las posibilidades sobre determinación de competencia dispuestas en el Reglamento Bruselas I bis, el siguiente paso para el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro es decidir qué ley aplicará a la resolución del litigio, en este caso entre trabajador y empresario.

Desde el 1 de septiembre de 1993, fecha en la que entra en vigor en España el Convenio de Roma sobre obligaciones contractuales, existe en nuestro país y en los demás países que ratifican dicho Convenio, un instrumento en orden a determinar la ley aplicable ante litigios que versen sobre obligaciones contractuales.

No obstante, en 2008 con la promulgación del Reglamento comunitario Roma I de obligaciones contractuales, esta norma de derecho comunitario sustituye al Convenio de Roma vigente en España desde el año 1993 instaurando el sistema actualmente vigente de determinación de la ley aplicable.

Antes de entrar a analizar los arts. del Reglamento Roma I es necesario detenerse un momento en el art. 2. La peculiaridad de este Reglamento sobre determinación de la

ley aplicable a obligaciones contractuales es que tiene carácter universal. Ello implica que podrá resultar de aplicación una ley distinta a la de un Estado miembro.

Esta es una diferencia importante con respecto al Reglamento Bruselas I bis relativo a la determinación de la competencia judicial internacional. Para aplicar el Reglamento Roma I es necesario que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro de la UE o que exista una competencia exclusiva que remita a los órganos judiciales de un Estado miembro o estar ante un supuesto de sumisión expresa o sumisión tácita con independencia de que en estos casos el domicilio del demandado se sitúe o no en un Estado miembro.

Sin embargo, los órganos jurisdiccionales no sufren un encorsetamiento comunitario a la hora de determinar la ley aplicable, pues la ley que resulte de aplicación a la resolución del litigio puede ser la de un Estado no miembro de la Unión Europea.

Es el art. 8 del Reglamento comunitario 593/2008 el que establece los criterios que permiten determinar la ley aplicable a la resolución de los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo, configurando un sistema de determinación de ley aplicable de clara vocación subsidiaria.

- La primera posibilidad que ofrece el art. 8 en su apartado 1º es la elección por las partes de la ley aplicable a la resolución del litigio. En contrato individual de trabajo puede pactarse entre empresario y trabajador que en caso de litigio sobre alguno de los aspectos del contrato sea aplicable la ley española, en concreto el Estatuto de los trabajadores y la Ley de la Jurisdicción Social española o podrían elegir dado el citado carácter universal la ley chilena, en concreto el Código de Trabajo Chileno y la Ley de Procedimiento Laboral Chilena.

Esta primera posibilidad sigue la lógica de la libertad en la elección de ley aplicable del art. 3 del Reglamento Roma I. Por tanto, podría resultar en primer lugar aplicable la ley española si las partes así lo manifiestan en el propio contrato de trabajo.

No obstante, hay una excepción a continuación de dicha previsión pues “dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.”

Este podría ser el claro ejemplo de un trabajador extranjero contratado por empresa española que preste servicios habitualmente en España o bien con carácter residual cuando se encuentre en España el establecimiento que contrató al trabajador. También podría ser el caso de trabajadores españoles contratados en España que prestan servicios para empresas españolas en el extranjero, aspecto que no cambia el punto de conexión del apartado 2º del art. 8.

En estos casos, si la ley elegida distinta a la española puede privar al trabajador de la protección que dispensan las normas de derecho necesario español contenidas en el Estatuto de los trabajadores y fuera efectivamente la ley española la aplicable atendiendo a los puntos de conexión contenidos en los apartados 2, 3 o 4 del art. 8, se aplicarían simultáneamente la normativa elegida por las partes y la normativa española en cuanto a los aspectos más favorables en comparación con la ley elegida por las partes, dando lugar a una situación especialmente peculiar en la cual con carácter general se aplicará la ley elegida por las partes, con la excepción de aquellas cuestiones en las cuales la legislación elegida sea peyorativa con respecto a las normas de derecho necesario español del ET.

Pero si se sostiene que el Estatuto de los trabajadores se configura como una ley de policía (art. 9 Reglamento Roma I), es decir, disposición cuya observancia en un país resulta esencial para la salvaguarda de los intereses públicos, si el Juez español resultara competente aplicara simultáneamente la ley elegida por las partes y el Estatuto de los trabajadores en lo que a disposiciones imperativas incluido se refiere con independencia de que esta fuera más o menos favorable a la ley elegida por las partes en el contrato individual de trabajo, por la consideración como norma de orden público. Aun así no deja de ser una simple conjetura, ya que el Reglamento Roma I exige para que estemos ante una Ley de policía, que la observancia de esta en un país resulte esencial para salvaguardar los intereses públicos.

Al ser el orden público un concepto jurídico indeterminado y no existiendo un concepto autónomo del mismo es difícil sostener la existencia propiamente de Leyes de policía en los términos que exige el propio art. 9 del Reglamento. Opiniones existen a favor tanto de la consideración del ET como Ley de policía como de la inexistencia del carácter de Ley de policía de este.

- En el segundo apartado del art. 8 puede observarse el carácter subsidiario anteriormente citado pues en defecto de ley elegida por las partes, la ley aplicable será la *lex loci executionis* o lugar de desempeño habitual de la prestación laboral. Hay una previsión en el propio apartado 2º in fine para los casos de desplazamientos temporales de trabajadores a otro país en desempeño de la prestación laboral, pues se considerará que el lugar inicial de prestación habitual de servicios no cambia a pesar de la existencia de un desplazamiento temporal para desempeñar dicha prestación laboral en otro país, todo ello bajo el principio de favor laboratoris (STJUE asunto Koelzsch C-29/10 Considerando 46)

Por ello, si el lugar de prestación habitual de servicios es España y por tanto la ley aplicable es la española, no cambiará la ley aplicable porque el trabajador se haya desplazado temporalmente a Francia para prestar servicios en dicho Estado.

- El tercer apartado continúa aplicando la regla de la subsidiariedad, pues en caso de no poder determinar cuál es el lugar de prestación habitual de servicios se aplicará un criterio de carácter residual que será el lugar del establecimiento a través del cual

se haya contratado al trabajador (STJUE asunto Koelzsch C-29/10 Considerando 36).

Este criterio de conexión está pensado para los casos en los que no se haya podido determinar el lugar de prestación habitual de servicios siempre que se haya analizado de modo amplio dicho lugar, es decir, de acuerdo con los Considerandos 39 y 45 de la STJUE de 15 de marzo de 2011 asunto Koelzsch, pues habrá que comprobar a falta de centro de actividad cuál es el lugar donde se ha prestado la mayor parte de su trabajo en aquellos casos en los que las prestaciones laborales se hayan ejercitado en más de un Estado miembro. Solo cuando de esta segunda comprobación no podamos distinguir dónde se ha prestado la mayor parte de los servicios, aplicaremos este tercer criterio de conexión.

Por tanto, en la medida en que el establecimiento que haya contratado al trabajador se encuentre en España, la ley aplicable será la española.

- Por último, el criterio de conexión contenido en el apartado 4º del art. 8 establece una excepción a los apartados 2º y 3º del art. cuando se constata por el Juez competente para conocer del litigio internacional una serie de características que permiten aplicar la Ley de otro Estado distinta a la que resultaría de los apartados 2º o 3º siempre y cuando exista un vínculo significativo, y dicho vínculo significativo se analiza conforme a una serie de criterios contenidos en los Considerandos 45, 49 y 50 de la Sentencia Koelzsch:

- Lugar donde realiza la mayor parte del trabajo cuando no pueda determinarse cuál es el centro de actividad principal.

- A partir del cual realice sus misiones, reciba instrucciones sobre las misiones y organice su trabajo.

- Lugar donde se encuentren las herramientas de trabajo.

- Lugar donde cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.

Si del análisis de los anteriores criterios, el Juez entiende que es otra la ley que debería ser aplicable conforme a la existencia de un vínculo más estrecho, aplicará este prescindiendo de los criterios de determinación de los apartados 2º y 3º del art. 8, pudiendo ser aplicable la ley española por el Juez cuando, de la observancia de los requisitos anteriores sea España el país más vinculado con el trabajador demandante.

4. El art. 1.4 del Estatuto de los trabajadores establece una norma de derecho internacional privado que tiene la consideración de norma de extensión.

Una norma de extensión excepciona el régimen general conflictual sustituyendo en este la aplicación de una ley distinta a la española por la ley española, es decir, una ley basada en criterios de oportunidad y de política legislativa y cuyo eje central parte de un elemento subjetivo como es el de la nacionalidad.

Por la cercanía del supuesto de hecho con España, el legislador español decide introducir la siguiente previsión normativa en el apartado 4º del art. 1:

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

Esta regla de extensión está prevista para los casos en los que el único elemento de extranjería es el lugar de prestación de servicios, pues el trabajador es nacional español y el establecimiento de contratación es España.

Dicha norma ha estado contemplada en el Estatuto de los trabajadores durante mucho tiempo sufriendo alguna que otra modificación pero la esencia se mantiene desde el año 1980 hasta la actualidad.

Puede plantear problemas sobre el principio de igualdad y no discriminación que se recoge en el Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores puesto que el final del apartado 4º del art. 1 contempla que los trabajadores españoles que trabajen para empresas españolas en el extranjero conservarán los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

Es peligroso este último párrafo pues podría estar discriminándose a los trabajadores extranjeros al servicio de empresas españolas en el extranjero con respecto a los españoles al servicio de las mismas cuando las condiciones económicas establecidas en la legislación española sean más favorables a las condiciones económicas en la legislación extranjera.

Como expone Fotinopoulou Basurko. O en su art. doctrinal “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado” que en este punto reproduce los argumentos de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo en “La aplicabilidad del art. 1.4 del ET, llevaría a la aplicación de una ley distinta a determinados contratos justificada únicamente en la nacionalidad española común de las partes”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2005 resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina (STS 2005, 76) en el que se planteaba la incorrecta aplicación del art. 1.4 del ET.

La Sentencia de instancia en su FJ 1º “argumenta que el mandato del art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores pretende únicamente garantizar unas condiciones mínimas a los trabajadores españoles que presten sus servicios en el extranjero y que, siendo más favorables las normas de la legislación extranjera, debe ser ésta la aplicable.”

Sin embargo, la Sala de lo Social del TS en el FJ 3º de la Sentencia dice lo siguiente:

“Obvio es que el tenor literal del precepto no autoriza a entender que la aplicación de la norma española quede subordinada al mejor tratamiento jurídico del Derecho español respecto del extranjero con el que se le compare. Determinación no fácil de realizar dada la complejidad de derechos y obligaciones que se imbrican en el curso de una relación laboral.”

En base a esta argumentación del Alto Tribunal y, como dice LLOBERA VILA, el art. 1.4 del ET que contempla una norma imperativa, en caso de que resulte de aplicación, se aplicará independientemente de que sus previsiones sean favorables o desfavorables para el trabajador español en comparación con la legislación extranjera.

¿Qué aplicación práctica tiene entonces el precepto contenido en el art. 1.4 del ET?

- El art. 1.4 del ET, a pesar de estar vigente desde 1980 aun habiendo sufrido modificaciones, dejaría de ser aplicable desde el 1 de septiembre de 1993 con la entrada en vigor en España del Convenio de Roma sobre obligaciones contractuales, y con mayor acento si cabe desde la promulgación del Reglamento Roma I sobre obligaciones contractuales pues al existir previamente un instrumento internacional y posteriormente un instrumento comunitario, estos se aplicarán con carácter preferente sobre cualquier disposición estatal por su aplicación directa en España vía art. 96 de la Constitución española desplazando el Reglamento 593/2008 la aplicación del art. 1.4 del ET (LLOBERA VILA, M.: “El art. 1.4 del ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Ed. Bomarzo, 2016, núm. 73º p.147).

- En segundo lugar, la aplicación del art. 1.4 del ET viene condicionada a la prueba del derecho extranjero pues el trabajador español que presta servicios para una empresa española en el extranjero deberá probar en dicho país el derecho español y si no resulta suficientemente probado, el Juez del país en que preste servicios aplicará el ordenamiento jurídico interno o ley del foro sin reparar en la aplicación del art. 1.4 del ET.

