

TESIS DOCTORAL

**LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA
INTERNACIONAL DE TRABAJADORES
RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LA PRESTACIÓN
TEMPORAL DE SERVICIOS EN EL EXTRANJERO**

Doctoranda: Amparo M. Molina Martín

Director: Dr. D. Francisco Javier Prados de Reyes

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

UNIVERSIDAD DE GRANADA

2009

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Amparo María Molina Martín
D.L.: GR 3533-2009
ISBN: 978-84-692-6381-5

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	21

PARTE I

CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. Nuevo contexto internacional de las relaciones de trabajo.....	29
2. Globalización económica y movilidad geográfica internacional de trabajadores.....	30
2.1. El significado de la globalización económica en el ámbito de las relaciones laborales.....	30
2.2. La globalización económica como factor de la movilidad geográfica internacional de trabajadores	34
3. Nuevas formas de organización flexible de la empresa en supuestos de trabajo temporal en el extranjero.....	38
3.1. Las transformaciones de los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva.....	38
3.2. Nuevas formas de organización productiva para la movilidad geográfica internacional de trabajadores	43
3.2.1. Los grupos multinacionales de empresas.....	44

3.2.2. Las “nuevas” empresas de trabajo temporal.....	48
3.2.3. Las empresas destinatarias de una prestación de servicios.....	50
3.3. La flexibilización de la organización productiva como factor de la movilidad geográfica internacional de trabajadores	51
4. Motivaciones empresariales para hacer circular internacionalmente a trabajadores propios.....	54
5. Factores sociológico-demográficos de la prestación temporal de servicios en el extranjero.....	58
6. Especialidades del caso europeo como espacio integrado.....	61
6.1. Singularidades de la movilidad geográfica supranacional de trabajadores a nivel comunitario	62
6.2. La problemática identificación de los supuestos de trabajo temporal en el extranjero en el contexto de las libertades comunitarias de circulación.....	64

PARTE II

EL CONCEPTO DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. La movilidad geográfica internacional de trabajadores: una manifestación de movilidad transnacional del empleo.....	77
2. La movilidad geográfica internacional de trabajadores como supuesto diferenciado de movilidad geográfica.....	84
3. Movilidad geográfica internacional de trabajadores y contrato internacional de trabajo.....	88

4. Elementos definitorios de la movilidad geográfica internacional de trabajadores.....	90
5. Distinción de figuras afines y supuestos excluidos.....	94
5.1. Criterios de sistematización de sus rasgos diferenciales	94
5.2. Supuestos incluidos	97
5.2.1. El desplazamiento de trabajadores al extranjero.....	97
A) Manifestaciones genéricas	97
B) El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional como supuesto específico y diferenciado.....	102
5.2.2. La expatriación de trabajadores.....	107
5.2.3. La movilidad geográfica internacional en supuestos de interposición en la figura del empleador	113
A) La puesta a disposición de trabajadores a nivel externo. Especial consideración de la circulación internacional de trabajadores en los grupos de empresas.....	114
B) Trabajadores en misión en el extranjero: las empresas de trabajo temporal que operan a nivel internacional.....	122
C) La movilidad geográfica internacional de trabajadores en supuestos de subcontratación internacional	125
5.3. Supuestos excluidos.....	130
5.3.1. Trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero	130

5.3.2. Trabajadores móviles o itinerantes a nivel externo	134
5.3.3. Trabajadores que prestan servicios para empresas fronterizas	138
5.3.4. Trabajadores transfronterizos ..	139

PARTE III

REGLAS JURÍDICAS SOBRE CONFLICTOS MÓVILES EN SUPUESTOS DE TRABAJO TEMPORAL EN EL EXTRANJERO

CAPÍTULO PRIMERO: LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. La intervención de normas privadas internacionales en la articulación del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero: conflictos de <i>forum</i> y de <i>ius</i>	145
2. La determinación de la competencia judicial internacional en el ordenamiento jurídico español <i>ex art. 25</i> de la LOPJ.....	150
3. Las disposiciones internacionales sobre determinación de la competencia judicial internacional.....	155
3.1. Los Convenios de Bruselas y de Lugano.....	155
3.2. El Reglamento “Bruselas I”.....	158
3.3. El foro especial de la Directiva 96/71.....	162
4. La normativa bilateral: el Convenio con Rumanía y el Convenio con El Salvador.....	164

5. Competencia judicial internacional en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores: la *vis attractiva* de jurisdicción del país de origen.....166

CAPÍTULO SEGUNDO: PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A RELACIONES DE TRABAJO INTERNACIONALES

1. Ámbito de aplicación de la legislación laboral nacional.....177

2. Normas sobre Derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico interno. Especial referencia al Derecho español.....179

2.1. Las reglas generales establecidas en el art. 10.6 del CC.....179

2.2. El supuesto particular del art. 1.4 del ET.....182

2.3. Problemas de articulación de las soluciones al conflicto de Derecho aplicable de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET185

2.3.1. La aplicación preferente del art. 1.4 del ET.....187

2.3.2. La naturaleza jurídica diversa de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET.....193

2.4. El conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo desde la perspectiva del Derecho comparado196

3. La normativa internacional de ordenación de los conflictos de Derecho aplicable en el ámbito de las obligaciones contractuales.....198

3.1. El Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I”198

3.2. La configuración extensiva del ámbito de aplicación del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”.....203

3.3. Vigencia de las reglas internas sobre Derecho aplicable en situaciones de trabajo temporal en el extranjero a la luz de las normas de origen internacional...	209
3.3.1. Sistema de técnicas para la determinación del Derecho aplicable en situaciones privadas internacionales.....	209
3.3.2. La aplicación residual del art. 10.6 del CC.....	213
3.3.3. La cuestionada vigencia del art. 1.4 del ET.....	216
4. El Derecho aplicable a las relaciones de trabajo internacionales en el Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”.....	226
4.1. Libertad de elección y ley objetivamente aplicable: la fuerza centrípeta del Derecho del país de origen.. ..	227
4.2. La corrección del Derecho aplicable a través de la incorporación de disposiciones de otros ordenamientos jurídicos nacionales.....	234
4.2.1. El sistema corrector del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”	234
4.2.2. La aplicación de las leyes de policía de la ley del foro como parámetro de legalidad del Derecho aplicable.....	238
4.2.3. La corrección del Derecho aplicable mediante disposiciones imperativas de ordenamientos jurídicos terceros: condiciones y cautelas	243
4.3. El desarrollo del sistema corrector del Convenio de Roma en la Directiva 96/71.....	250
5. El <i>ius en el forum</i>: alegación y prueba del Derecho extranjero.....	256

CAPÍTULO TERCERO: SOLUCIONES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN SITUACIONES DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. Las fuentes heterónomas.....	266
2. Las fuentes autónomas.....	271
2.1. La dimensión internacional del contenido de la negociación colectiva.....	271
2.2. Aplicación extraterritorial de la negociación colectiva del país de origen...	276
2.2.1. Límites generales a la libertad de determinación de la unidad de contratación	276
2.2.2. Prácticas negociales de exclusión aplicativa del trabajo temporal en el extranjero	278
2.2.3. Principio de igualdad y no discriminación y ampliación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos de origen	283
2.3. Condiciones de aplicación de la negociación colectiva del país de destino. Los límites impuestos por la Directiva 96/71	290
2.4. La negociación colectiva supranacional. Especial atención a la experiencia europea.....	296
3. La intervención de los principios laborales de interpretación y aplicación de las normas en la determinación del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores.....	309
3.1. Concurrencia de normas del Derecho del país de origen y de destino	309
3.1.1. Análisis del principio <i>favor laboratoris</i> en clave internacional.....	309

3.1.2. La articulación de los Derechos del país de origen y de destino en la Directiva 96/71.....315

3.2. Sucesión de normas del Derecho del país de origen y de destino y derechos adquiridos por el trabajador movilizado329

PARTE IV

RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LA PRESTACIÓN TEMPORAL DE SERVICIOS EN EL EXTRANJERO EN EL DERECHO ESPAÑOL

CAPÍTULO PRIMERO: MARCO NORMATIVO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. La progresiva adaptación del ordenamiento jurídico español al desarrollo de nuevas formas de movilidad geográfica.....339

2. Supuestos tradicionales de movilidad geográfica en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....341

2.1. La exigua regulación de la movilidad geográfica en la legislación preconstitucional.....341

2.2. La paulatina configuración de un régimen jurídico de movilidad geográfica en el ET: los desplazamientos y traslados del art. 40344

3. La regulación del trabajo en el extranjero en el ordenamiento jurídico español.....349

3.1. La normativa nacional sobre emigración.....349

3.2. El replanteamiento de la política de emigración en la Constitución de 1978354

4. La ordenación normativa de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el Derecho español.....360

4.1.	Una regulación particular por incompleta, fragmentada e inespecífica.....	360
4.2.	La Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional	362
4.2.1.	Ámbito de aplicación y determinación de su alcance en el Derecho de la prestación temporal de servicios en el extranjero	362
4.2.2.	Contenido específico	365
A)	Relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional con destino en España.....	365
B)	Relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional con origen en España.....	371
4.3.	El Estatuto de los Cooperantes	375
4.3.1.	Su significación en el marco normativo interno de la movilidad geográfica internacional de trabajadores	375
4.3.2.	Ámbito de aplicación del Estatuto de los Cooperantes.....	377
4.3.3.	Régimen jurídico-laboral de la prestación de servicios en el Estatuto de los Cooperantes	380
4.4.	El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior	385
CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES		
1.	La naturaleza jurídica plural de la prestación temporal de servicios en el extranjero.....	395
2.	El cambio en el lugar de trabajo como manifestación del poder de dirección del empresario: la “movilidad geográfica débil”.....	397

3. El cambio en el lugar de trabajo como supuesto de novación objetiva de carácter modificativo en el contrato de trabajo.....404

3.1. La movilidad geográfica internacional de trabajadores como supuesto de movilidad geográfica *ex art. 40 del ET*.....404

3.2. La prestación temporal de servicios en el extranjero como supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo.....415

3.3. Las cláusulas convencionales y contractuales de reserva de modificación..425

4. La movilidad geográfica internacional de trabajadores como supuesto de novación del contrato de trabajo: la novación extintiva, la novación suspensiva y la novación subjetiva.....429

CAPÍTULO TERCERO: ÁMBITO DE LA PRESTACIÓN TEMPORAL DE SERVICIOS EN EL EXTRANJERO Y CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO

1. Ámbito subjetivo: la identificación de las partes en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores.....437

2. Ámbito geográfico: el lugar de contratación y del lugar de prestación de servicios.....441

3. Forma, documentación e información en la relación de trabajo temporal en el extranjero.....447

3.1. Marco normativo general.....447

3.2. Requisitos de forma450

3.3. Obligaciones documentales.....455

3.4. Derechos de información.....458

3.5. Forma, documentación e información de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en la negociación colectiva.....467

4. Elementos económico-retributivos de la relación de trabajo sujeta a movilidad geográfica internacional.....470

4.1. La especificidad de los devengos económicos y su relevante papel en el régimen jurídico de la movilidad geográfica internacional de trabajadores.....470

4.2. El “sistema de transferencia equivalente” u “hoja de balance” como instrumento de cálculo de la retribución.....475

4.3. Percepciones salariales específicas de los trabajadores en régimen de movilidad geográfica internacional: la retribución por vía de complementos salariales.....477

4.3.1. El complemento de destino en el extranjero.....479

4.3.2. La prima de país.....484

4.3.3. La compensación de las diferencias en el coste de vida.....486

4.4. Beneficios asistenciales ligados a la prestación temporal de servicios en el extranjero. Especial referencia a su relación con la seguridad y salud de los trabajadores movilizados489

5. El tiempo de trabajo durante la movilidad geográfica internacional497

5.1. La adaptación de las condiciones sobre tiempo de trabajo en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero.....497

5.2. La problemática particular del reconocimiento y retribución de las horas extraordinarias504

6. Condiciones de trabajo y empleo tras el regreso al país de origen.....506

CONCLUSIONES513

BIBLIOGRAFÍA525

ABREVIATURAS

AA.PP.	Administraciones Públicas
AA.VV.	varios autores
AEEE	Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
aptdo.	apartado
art./arts.	artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CB	Convenio de Bruselas
CC	Código Civil
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CC.OO.	Comisiones Obreras
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CES	Consejo Económico y Social
<i>cit.</i>	citado/a anteriormente
CL	Convenio de Lugano
CoCo	convenio colectivo
Comp.	Compilación

Coord.	Coordinación
CR	Convenio de Roma
CSS	<i>Code de la Sécurité Sociale</i>
CT	<i>Code du Travail</i>
Dir.	Dirección
disp. adic.	disposición adicional
disp. derog.	disposición derogatoria
disp. fin.	disposición final
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea (también en referencia a sus denominaciones históricas como Diario Oficial y Diario Oficial de las Comunidades Europeas)
Ed./ed.	Editor(es)/edición
EEE	Espacio Económico Europeo
ET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETT/ETTs	Empresa de Trabajo Temporal/Empresas de Trabajo Temporal
EU/EUs	Empresa usuaria/Empresas usuarias
F.D.	Fundamento de Derecho
F.J.	Fundamento Jurídico
JS	Juzgado de lo Social
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil

LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LETT	Ley de Empresas de Trabajo Temporal
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOE	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
núm./núms.	número/números
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
<i>op. cit.</i>	obra citada anteriormente
pág./págs.	página/páginas
RBI	Reglamento “Bruselas I”
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RDLOE	Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Recop. Jurisp.	Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Ref. Ar.	Referencia en la base de datos de Aranzadi
RRI	Reglamento “Roma I”
RRII	Reglamento “Roma II”
S/SS	sentencia/sentencias
SAP	sentencia de la Audiencia Provincial
SJS	sentencia del Juzgado de lo Social
ss.	siguientes
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STSud	sentencia del Tribunal Supremo para la unificación de doctrina
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
tit.	título
TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCT	Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo

TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

El análisis del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero supone llevar a cabo un estudio multidisciplinar e integral.

Se trata de un estudio multidisciplinar porque excede los límites clásicos de las investigaciones en el ámbito del Derecho del Trabajo. En efecto, la aprehensión de esta materia exige incorporar técnicas y conocimientos de otras disciplinas científicas, tanto jurídicas –Derecho Civil, Derecho Internacional Público y, significativamente, Derecho Internacional Privado- como no jurídicas –Economía, Sociología-. La información que suministran sus fuentes propias y específicas supone un complemento imprescindible para analizar con garantías este tema. A ello hay que sumar –máxime tratándose de un tema como el que nos ocupa- las múltiples y distintas perspectivas que ofrece el Derecho comparado.

Además, el presente estudio del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero es integral. Quiere ello decir que, más allá de la exposición y ordenación de los referentes normativos que regulan diferentes aspectos de esta institución, se realiza una completa y profunda prospección de sus elementos objetivos y manifestaciones prácticas.

La oportunidad de esta investigación se pone de manifiesto a medida que se identifica el contexto en el que se desenvuelven las relaciones de trabajo en la actualidad. De hecho, la progresión de su análisis evidencia la existencia de factores específicos que favorecen el desarrollo de experiencias de trabajo temporal en el extranjero, al tiempo que permite avanzar los problemas jurídicos que plantea.

En este sentido, son determinantes factores de diversa índole que responden tanto a planteamientos político-jurídicos, como económicos, organizativos, sociales y culturales. Concretamente, el protagonismo lo ostentan la globalización económica

y las alteraciones en los sistemas tradicionales de organización productiva, junto con motivaciones empresariales para hacer circular internacionalmente trabajadores propios, así como aspectos sociológicos y demográficos.

En este ámbito, y como no podía ser de otra forma, el análisis de las especialidades del caso europeo como espacio integrado adquiere una importancia indudable. Un estudio como el que nos ocupa no puede ignorar la particular idiosincrasia que presentan las relaciones de trabajo que se desarrollan en territorio comunitario sobre la base de la consagración de las libertades de prestación de servicios, de circulación de trabajadores y de establecimiento. La configuración que dichas libertades confieren al mercado de trabajo comunitario tiene que ser tomada en especial consideración para completar el análisis de los factores que influyen en la movilidad geográfica de trabajadores a nivel externo, que en este contexto resultan especialmente favorables.

Introducido el objeto de nuestro estudio a través de la identificación del panorama en el que se presenta, procede a continuación abordar la delimitación conceptual de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, tomando como referencias principales las figuras del contrato internacional de trabajo y de la movilidad geográfica. El punto de partida es incontrovertible: en el contexto de la movilidad transnacional, la prestación temporal de servicios en el extranjero es una experiencia de “movilidad *en* el empleo”, frente a aquéllas que suponen una “movilidad *para* el empleo”, de manera que se marca una diferencia sustancial entre estas nuevas formas de ejecución transitoria de la actividad laboral a nivel externo o internacional y los tradicionales movimientos migratorios.

Con esta premisa, la elaboración del concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores a partir del análisis y combinación de los rasgos definitorios de las figuras del contrato internacional de trabajo y de la movilidad geográfica –siendo referente en ambos casos, aunque sobre todo en el segundo, la configuración que reciben en nuestro ordenamiento jurídico- trae como consecuencia la revisión de ambas instituciones. No se trata de un ejercicio de

adaptación artificial ni de construcción selectiva de la una respecto de las otras, sino que la evolución de la investigación pone de manifiesto la necesidad de clarificar sus conceptos y elementos.

Dotan de contenido, a la vez que coadyuvan a dicha delimitación conceptual, la identificación, sistematización y desarrollo de las figuras afines y supuestos excluidos en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Se trata de una operación, no exenta de dificultades, que exige una observación atenta y crítica de las distintas formas en que se manifiesta la prestación temporal de servicios en el extranjero.

El estudio del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero, una vez concretados su contexto y su concepto, exige llevar a cabo un examen particular de las normas privadas internacionales que determinan la competencia judicial internacional y, sobre todo, el Derecho aplicable. No en vano, las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional son situaciones privadas internacionales y, como tales, plantean supuestos de conflicto móvil entre jurisdicciones y ordenamientos jurídicos de distintos países.

El análisis de las reglas sobre determinación de la competencia judicial internacional resulta una operación necesaria en estos supuestos de prestación sucesiva de servicios en varios Estados. Ello no obstante, la cuestión nuclear que debe abordarse en este ámbito es la identificación del Derecho aplicable, pues las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores provocan la aparición de conflictos normativos, eminentemente, entre los Derechos del país de origen y de destino, aparte del foro. No en vano, la articulación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero depende directamente de la solución que se dé a dichos conflictos.

La selección del Derecho aplicable, sin embargo, no basta por sí sola para conocer las condiciones de trabajo y empleo en situaciones de movilidad geográfica

internacional de trabajadores, como tampoco para identificar su caracterización técnico-jurídica. Estas cuestiones tienen que ser analizadas desde otra perspectiva, al margen de lo dispuesto en las normas privadas internacionales. Es preciso, por tanto, estudiar el contenido de las disposiciones materiales de los ordenamientos jurídicos internos, a cuyo efecto se toma como referencia principal el Derecho español.

La investigación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero en nuestro ordenamiento demanda la sistematización de su marco normativo, tanto desde un punto de vista histórico como en relación con las disposiciones vigentes. La identificación de las normas específicas sobre el particular, distintas y separadas de las disposiciones reguladoras de la movilidad geográfica y de los movimientos migratorios, resulta fundamental para conocer el contenido y la extensión que tiene en nuestro Derecho su régimen jurídico-laboral. A este respecto, interesa especialmente conocer la evolución que han experimentado estas normas a partir de la aprobación de la Constitución de 1978, fundamentalmente en relación con lo dispuesto en su art. 42, que convoca al Estado a velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, así como a orientar su política hacia su retorno.

El análisis de la caracterización técnico-jurídica de los supuestos de trabajo temporal en el extranjero presenta un interés particular en este contexto. No en vano, lejos de resultar una cuestión de carácter meramente teórico, de esta operación se desprenden utilidades prácticas indudables al poner de manifiesto las deficiencias que subyacen en la configuración jurídica de estos supuestos en nuestro sistema normativo. El recurso automático e incondicionado a la aplicación del régimen jurídico de los supuestos típicos de movilidad geográfica a nivel interno –los desplazamientos y los traslados del art. 40 del ET–, como aglutinante de todas las experiencias de modificación locativa de la prestación de servicios, es muestra de ello.

La determinación del ámbito y de las condiciones de trabajo y empleo en situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero debe culminar el

estudio de su régimen jurídico-laboral. Se trata de un ejercicio de análisis normativo que aconseja tomar en especial consideración la regulación que dispone la negociación colectiva, principalmente, en aquellas materias más susceptibles de experimentar modificaciones como consecuencia de la movilidad geográfica internacional del trabajador –forma, documentación e información, retribución y tiempo de trabajo-.

Conviene advertir finalmente que este trabajo se centra en la investigación de la problemática jurídico-laboral que presentan los supuestos de movilidad geográfica internacional, tanto en el ámbito de los derechos individuales como respecto de los derechos colectivos. Las cuestiones vinculadas con la Seguridad Social, por tanto, no se abordan específicamente a pesar de su destacado protagonismo en este ámbito, si bien en ocasiones se tienen en cuenta para ilustrar y completar, *mutatis mutandis*, lo dispuesto por la normativa laboral. Su tratamiento excedería las intenciones que acotan los límites de esta investigación.

PARTE I

CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. Nuevo contexto internacional de las relaciones de trabajo

Es un hecho incuestionable que la configuración clásica de las relaciones de trabajo está experimentando significativas alteraciones en los últimos tiempos como consecuencia de la evolución de la vida política, económica y social¹. Existen, en efecto, distintos factores de índole diversa que, de manera paulatina, transforman las características tradicionales de los mercados de trabajo y, con ello, también el ordenamiento jurídico².

La globalización, entendida –por ahora, a grandes rasgos- como “la apertura de las economías nacionales y la creciente integración de las mismas, tanto a nivel regional como global”³, contribuye a la intensificación de las transacciones

¹ En AA.VV. (Coord. ESPLUGUES MOTA, C.) *Contratación internacional*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 54, se afirma que hoy existe “un profundo incremento en el flujo comercial entre los distintos Estados, algo apoyado, en gran medida, por el enorme desarrollo tecnológico y el perfeccionamiento de los medios de transporte y comunicación (...) que viene acompañado de un paralelo incremento en cuanto a su complejidad”. En concreto, se observa que el “mito de la «tipicidad» del contrato quiebra: las modalidades contractuales existentes hasta el momento se ven notablemente alteradas, apareciendo, asimismo, nuevas variedades”.

² De hecho, como observa VALDÉS DAL-RÉ, F. “El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2009, pág. 3, “de entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, la laboral es, sin duda alguna, la más expuesta a la acción de factores exteriores. Por consiguiente, la necesidad de adaptarse a las mudanzas de su entorno forma parte del código genético del propio derecho del trabajo”.

³ En DURÁN LÓPEZ, F. “Globalización y relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1998, pág. 869.

En términos muy similares, RAMOS QUINTANA, M. I. “Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo”, *Justicia Laboral*, núm. 10, 2002, pág. 29, entiende por globalización “el proceso general que combina la apertura de las economías nacionales y la integración de las mismas a nivel internacional”. Asimismo, OZAKI, M. “Relaciones laborales y globalización”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1999, pág. 180, identifica globalización con “liberalización de los movimientos del capital y otras actividades económicas, y la integración creciente de la economía nacional en la economía mundial”.

supranacionales. Ello, a su vez, estimula la expansión de las actividades empresariales más allá de las fronteras nacionales, generando nuevos sistemas de organización productiva que repercuten, de diferentes formas, en la ordenación de las relaciones de trabajo. La internacionalización de la economía y, con ella, la de las empresas, acaban por crear un único mercado de trabajo: el internacional.

Por lo que a nuestro estudio interesa, este contexto se presenta especialmente propicio para la puesta en práctica, si no la multiplicación, de experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores. En efecto, la confluencia de factores como la globalización económica o la alteración de los sistemas empresariales de organización productiva sirve de base para la proliferación de tales prácticas. Conviene, por tanto, emprender el análisis de la influencia que tienen éstos y otros factores en el desarrollo de supuestos de trabajo temporal en el extranjero.

2. Globalización económica y movilidad geográfica internacional de trabajadores

2.1. El significado de la globalización económica en el ámbito de las relaciones laborales

El análisis de la vinculación entre la globalización económica y la movilidad geográfica internacional de trabajadores aconseja establecer previamente ciertas precisiones en torno al concepto mismo de globalización⁴. En este sentido,

⁴ Nótese que nos decantamos por hacer uso del término “globalización” sobre otras denominaciones que también tienen su predicamento en algunos foros dedicados de una u otra forma a lo que vienen a llamar “mundialización” o “internacionalización”. Ello se debe, por una parte, a que el vocablo “globalización” disfruta de un uso más generalizado en todos los ámbitos de la vida y acción políticas, económicas y sociales. Por otra parte, entendemos que el menor predicamento de los considerados, mayormente, como sinónimos –“mundialización” e “internacionalización”- puede inducir a error y hacer pensar que estamos tratando de tres fenómenos diferentes.

entendemos que no procede llevar a cabo un estudio exhaustivo de dicho fenómeno, sino que nuestra tarea debe quedar ceñida a la identificación de aquellos elementos específicos de la globalización que favorecen e intensifican la práctica de experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores⁵. Desde esta perspectiva, nos inclinamos, por tanto, por seleccionar las referencias que constan sobre el particular, principalmente, en el ámbito del Derecho del Trabajo.

En este contexto se entiende la globalización como los “movimientos transnacionales de bienes, de servicios, de capital productivo, de tecnologías, así

Ello no obstante, hay autores que los distinguen conceptualmente, cual es el caso de PURCALLA BONILLA, M. A. “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, pág. 312: “En ocasiones, en lugar de emplear el término globalización se alude a otros como internacionalización o mundialización, pero estos términos no son, según entiendo y desde un punto de vista semántico, sinónimos de globalización: el primero (internacionalización), porque se refiere, en puridad, a las relaciones entre Estados, mientras el segundo (mundialización) se refiere a un proceso de participación común de los ciudadanos del mundo en determinados valores o bienes”.

Por su parte, AUBY, J. B. “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001, pág. 7, observa que “mientras que las grandes lenguas vecinas utilizan una única expresión (globalization en inglés, globalización en español, globalizzazione en italiano, globalisierung en alemán), el francés, por desgracia, se ha provisto con dos términos sobre las respectivas acepciones de las cuales reina una gran incertidumbre; en cualquier caso, se puede hablar de todo excepto de consenso. Todo lo que percibimos claramente –si se puede decir– es que globalización tiene habitualmente una connotación peyorativa que, por su lado, no tiene necesariamente el término mundialización”.

⁵ Véanse, entre otras obras generales que analizan las implicaciones de la globalización sobre el trabajo, DURÁN LÓPEZ, F. “Globalización y relaciones de trabajo”, en AA.VV. (Coord. GARCÍA MURCIA, J.) *Las relaciones laborales en un mundo en transformación*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2001, págs. 15 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R. “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización”, en AA.VV. (Ed. SANGUINETI RAYMOND, W. y GARCÍA LASO, A.) *Globalización económica y relaciones laborales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, págs. 95 y ss.; y SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (Coord. GARCÍA MURCIA, J.) *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, págs. 19-37.

como en menor medida de movimientos de personas”⁶. La globalización, por tanto, es “un proceso de rápida integración económica de los países”, es decir, un “proceso en virtud del cual las economías nacionales se integran de forma progresiva en la economía mundial, hasta el punto de que su evolución depende cada vez más de los mercados internacionales y en menor medida de las políticas económicas de los Gobiernos Nacionales”⁷. En otras palabras, la globalización “es, en primera instancia, un proceso, un proceso en el que estamos, pero es asimismo una realidad presente que se manifiesta en el aumento considerable del comercio mundial, el incremento incesante de las inversiones transnacionales y la interpenetración profunda, organizada y a escala internacional de la producción de bienes y servicios”⁸. La globalización, en definitiva, supone “estabilidad de los precios, equilibrio presupuestario, privatización de la economía, flexibilidad (y) desregulación”⁹.

A más, interesa también reproducir las definiciones de globalización que se proponen desde los organismos internacionales, donde destacan las acciones desarrolladas sobre el particular por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO¹⁰ y por la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO¹¹.

⁶ En RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2000, pág. 109.

⁷ Según MONEREO PÉREZ, J. L. “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2001, pág. 223, y PURCALLA BONILLA, M. A. “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”, *op. cit.*, pág. 312.

⁸ Para PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Sobre la «Globalización» y el futuro del Derecho del Trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 60, 1999, pág. 24.

⁹ De acuerdo con ROMAGNOLI, U. “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 11.

¹⁰ En adelante, OMC.

¹¹ En adelante, OIT.

En concreto, la OMC –que surge “de y para la globalización de los mercados”¹²– describe el proceso de globalización a través de tres vertientes, cuales son “a) interdependencia entre los diferentes aspectos del funcionamiento de la economía: comercio, localización industrial, flujos de inversión, etc.; b) importancia creciente de los movimientos económicos internacionales (de mercancías, de servicios, de trabajadores, de capitales); c) interdependencia también creciente entre transacciones u operaciones internacionales y transacciones u operaciones internas”¹³. Por su parte, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización de la OIT¹⁴ entiende que “el término globalización (...) cristaliza una idea fundamental, a saber, la de la integración progresiva de las economías y de las sociedades (...) impulsado por las nuevas tecnologías, las nuevas relaciones económicas y las políticas nacionales e internacionales”¹⁵.

En suma, podemos entender por globalización el proceso de apertura, integración e interdependencia de las economías nacionales a escala mundial en el

¹² En RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *op. cit.*, pág. 115.

¹³ En TORRENT, R. “La OMC dentro del orden económico internacional”, en AA.VV. (Dir. TORRENT, R.) *Observatorio de la globalización. Serie sobre el marco regulador de la globalización*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2000 (versión electrónica disponible en <http://www.ub.es/obsglob/Omc.html>).

¹⁴ En relación con ello, véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. “El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente”, en AA.VV. (Coord. GARCÍA MURCIA, J.) *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, págs. 39-63.

¹⁵ OIT. *Informe final de la Comisión Mundial “Por una globalización justa – Crear oportunidades para todos”*, Ginebra, 2004 (versión electrónica disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/index.htm>).

Como observa RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *op. cit.*, pág. 117, sus bases se encuentran en la destacada Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Ginebra, 1998, con la que se pretende “servir de contrapeso ante el desenfreno liberador, individualista e insolidario que acompaña a la globalización”.

que cobran importancia y se incrementan los movimientos económicos internacionales de mercancías, de servicios, de capitales y de personas por efecto de las nuevas tecnologías, las nuevas relaciones económicas y las políticas nacionales e internacionales. Procede ahora, por tanto, analizar la correlación entre este fenómeno y la movilidad geográfica internacional de trabajadores.

2.2. La globalización económica como factor de la movilidad geográfica internacional de trabajadores

Si bien no es riguroso sostener que el imperio de la globalización en las estructuras económicas internacionales es condición *sine qua non* para el desenvolvimiento de experiencias de trabajo temporal en el extranjero, no ha lugar a dudas, a nuestro entender, de que el desarrollo y expansión de la primera facilitan la puesta en práctica de las segundas. En efecto, consideramos que existe una evidente relación circunstancial en este contexto¹⁶.

Ello no obstante, se advierte que, en general, las referencias a las relaciones de trabajo, lejos de ser una nota habitual, se encuentran mayormente ausentes en las definiciones de globalización económica. Tanto es así que, a la hora de presentar los efectos que dicho fenómeno tiene sobre el trabajo, resulta obligado acudir a análisis sectoriales específicos, pues la mayoría de construcciones dogmáticas en la materia postergan el análisis de sus consecuencias jurídico-laborales y se centran en la

¹⁶ Aunque limitado al proceso de integración europea, y entre otros, apoyan nuestra tesis y defienden que la movilidad transnacional es producto de la globalización (e internacionalización) de la economía (comunitaria) GÓMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. T. “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en AA.VV. (Coord. CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Tecnos, Madrid, 2000, pág. 35.

investigación de sus repercusiones políticas y económico-financieras¹⁷. Ello evidencia, en definitiva, la “subordinación de la sociedad a las exigencias del mercado global”¹⁸.

En cualquier caso, entendemos que no cabe cuestionar que la globalización acentúa considerablemente la flexibilidad de los mercados de trabajo nacionales, tanto en la regulación normativa de las relaciones laborales, cuanto en la instrumentación jurídica de las prácticas de contratación¹⁹. Ello provoca que se plantee el debate de si el tradicional principio de estabilidad en el empleo “se corresponde con la realidad de las relaciones laborales insertas en un mundo afectado por el fenómeno de la globalización”²⁰. El ordenamiento jurídico laboral evoluciona y se adapta a las nueva dinámica de las relaciones intra e interempresariales, así como al replanteamiento de los sistemas tradicionales de organización productiva²¹, en el marco de la llamada “aldea global”. Es más, todo el Derecho del Trabajo se impregna de esta circunstancia hasta llegar a reconfigurarse o redefinirse el modelo clásico de trabajo, íntimamente ligado a la

¹⁷ Existen, sin embargo, excepciones notables en la literatura científica que no procede reproducir aquí. En todo caso, sirva como muestra LEE, E. “Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 2, vol. 116, 1997, págs. 189-206.

¹⁸ En PURCALLA BONILLA, M. A. “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”, *op. cit.*, pág. 314.

¹⁹ *Ergo*, “mayor flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo (...) no sólo de contenidos reguladores sino también en los instrumentos normativos”, según DURÁN LÓPEZ, F. “Globalización y relaciones de trabajo”, *op. cit.*, pág. 876.

²⁰ Es una reflexión de MONTOYA MELGAR, A. “Sobre globalización, “flexiguridad” y estabilidad en el empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2008, pág. 81, que también observa que “podría extenderse el concepto de estabilidad a la protección de los trabajadores frente a cambios o modificaciones en las condiciones, de lugar o de otro tipo, de sus contratos de trabajo” (pág. 77).

²¹ En efecto, dicha flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo también debe alcanzar – y de hecho lo hace – a la organización de la estructura empresarial, pues la reformulación de la una sin la consiguiente adecuación de la otra convierte a ambas en ineficaces (véase *infra* punto 3).

desnacionalización y consecuente armonización o convergencia de los sistemas jurídico-laborales²².

Situados en este escenario, el grado con el que esta flexibilidad de carácter funcional –en el sentido de utilización más eficaz de los trabajadores de acuerdo con las necesidades de la producción²³- repercute en el desarrollo de prácticas de movilidad geográfica resulta elevado, habida cuenta que es una de las estrategias empresariales más utilizadas a la hora de una optimización productiva compatible con la conservación de los puestos de trabajo propios o de plantilla²⁴. Esta circunstancia, unida a la progresiva expansión de las empresas más allá de las fronteras nacionales, nos lleva a concluir que la mayor flexibilidad funcional –como manifestación consecencial, en última instancia, de la globalización económica-afecta directamente a la movilidad geográfica internacional de trabajadores. En suma, la globalización es factor de esta traslación locativa externa del trabajo.

²² A propósito del estadio en el que se encuentra actualmente el Derecho del Trabajo, aconsejamos el trabajo de MONEREO PÉREZ, J. L. “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”, *op. cit.*

²³ Sobre el fenómeno de la flexibilidad –concepto, características, clases, consecuencias- consúltense BOYER, R. “Flexibilidades del trabajo: Formas contrastadas, efectos mal conocidos”, *Trabajo y Sociedad*, núm. 1, vol. 12, 1987, págs. 123-149; y RUBERY, J., TARLIN, R. y WILKINSON, F. “Flexibilidad, comercialización y organización de la producción”, *Trabajo y Sociedad*, núm. 1, vol. 12, págs. 151-175.

²⁴ Por oposición a ello, sin embargo, tampoco son infrecuentes las prácticas de utilización más o menos directa de capital humano externo o ajeno en el seno de empresas con actividad transnacional. Tanto es así que para CEINOS SUÁREZ, A. y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. “Globalización del trabajo y códigos de conducta de empresas multinacionales del sector textil”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, págs. 466 y ss., no existe más que una “dimensión de salida” en la relación entre el trabajo y el fenómeno de la globalización que consiste en la “deslocalización o relocalización de actividades productivas de empresas cuyos centros de decisión se encuentran en países ricos, mediante la instalación o subcontratación total o parcial de su producción en otros países con costes, especialmente laborales y medioambientales, más bajos”.

Otro de los aspectos de la liberalización económica que, a nuestro entender, influyen en la movilidad geográfica internacional de trabajadores es el relativo a la competencia. La apertura de los mercados económicos y financieros hacia las transacciones globales empuja a las empresas a competir igualmente a nivel supranacional como maniobra de supervivencia, lo cual viene acompañado de la toma de medidas también respecto de la plantilla. En la carrera por mantenerse en niveles de optimización con relación al resto de empresas de la rama o sector, se ajustan sus condiciones de trabajo principalmente a la baja –en el mejor de los casos, si es que se opta por la conservación de los puestos de trabajo, normalmente tendentes a la precariedad, y no por su amortización con nuevas tecnologías o a través de la deslocalización²⁵-. Además, las maniobras de introducción o modificación de cláusulas contractuales referidas a la movilidad geográfica –y eventualmente funcional- pueden ser una medida apta para mantener niveles estables de competencia²⁶. Se trata de la opción que, frente a otras más radicales como la subcontratación, implica menos alteraciones en la estructura organizativa de la empresa y conviene más a los trabajadores de cara a la conservación de su puesto de trabajo, aunque sea sufriendo eventualmente ciertas consecuencias negativas.

Del mismo modo, los avances tecnológicos y el desarrollo de las comunicaciones y de los transportes, aspectos todos ellos que tan vinculados se

²⁵ Sobre este particular, véanse, entre otros, PURCALLA BONILLA, M. A. “Deslocalización de empresas: problemática y alternativas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007, págs. 101-113.

²⁶ Comparten esta afirmación, entre otros, MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia (Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios)”, *Centro de Estudios Financieros*, núm. 205, 2000, pág. 10: “todas estas formas de exteriorización o de gestión externa de obras y servicios mediante diferentes modalidades negociales o de mercado (v.g. contrato) y/u organizativas (v.g. poder de dirección unitario o jerarquía), responden a una misma idea: *obtener una ventaja competitiva mediante una gestión empresarial basada en la reducción del importe de los costes del trabajo como consecuencia del desplazamiento al «exterior» de su organización por parte de los trabajos necesarios para el fin de la empresa*”.

encuentran a la expansión de la economía de mercado neoliberal, facilitan la ejecución del trabajo en el extranjero. La incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones de trabajo propicia la minimización de las inevitables molestias que trae consigo la movilidad geográfica internacional de trabajadores, al tiempo que facilita, tanto funcional, como logística y económicamente, el desarrollo de la actividad productiva²⁷. Este argumento no viene más que a refrendar que la globalización económica es un factor determinante en el desenvolvimiento de desplazamientos de trabajadores a nivel internacional²⁸, aunque también existen otros que pasamos a examinar.

3. Nuevas formas de organización flexible de la empresa en supuestos de trabajo temporal en el extranjero

3.1. Las transformaciones de los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva

El pasado siglo XX contempló cómo la tradicional organización productiva dimanante de la Primera Revolución Industrial y representada, primero, por el Taylorismo y, después, por el Fordismo, quedó inadecuada –e incluso, obsoleta- en la práctica totalidad de los sectores económicos como consecuencia del advenimiento de una Segunda Revolución Industrial. Esta etapa estuvo

²⁷ Para un análisis amplio sobre las repercusiones de la tecnología sobre el empleo, véase FREEMAN. C., SOETE, L. y EFENDIOGLU, U. “El auge de la tecnología de la comunicación y sus efectos en el empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 4-5, vol. 114, 1995, págs. 657-675. Más recientemente, ALGAR JIMÉNEZ, C. *El Derecho Laboral antes el reto de las nuevas tecnologías*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

²⁸ En definitiva, como afirma PÉREZ AMORÓS, F. “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, pág. 53, “el Derecho del Trabajo ha estado, está y estará muy condicionado por la economía (determinismo económico), siendo así que los constantes cambios de orientación de la misma, al provocar necesariamente nuevas formas de producción y nuevas formas de organizar el trabajo en el son de las unidades productivas, también generan nuevas formas de trabajar y en consecuencia la aparición de nuevos tipos de trabajadores”.

protagonizada²⁹ –a todos los niveles, incluidas las relaciones laborales- por la incorporación de las transformaciones y avances en la tecnología y las comunicaciones, además de por la asunción de los planteamientos económicos y políticos del Neoliberalismo, y por el desarrollo de específicos aspectos sociológico-demográficos³⁰. De tal modo –describe VALDÉS DAL-RÉ- se pasa de un modelo de organización tradicional, basado en el control del entero ciclo de producción –la llamada “integración vertical”-, en la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y en una gestión funcional jerárquica, a otro modelo “con rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo –integración horizontal-, dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional”³¹.

²⁹ En la línea del argumento que presenta, citando a CASTELLS, RIVERO LAMAS, J. “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (Dir. RIVERO LAMAS, J.) *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 23: “A partir de la década de 1980, un conjunto de factores –ya presentes desde mediados de la década anterior- impulsaron una profunda reestructuración económica que trascendería, entre otros ámbitos, a las estrategias de organización de las empresas. El objetivo subyacente a estos nuevos cambios fue «hacer frente a la incertidumbre causada por unas rápidas mutaciones en el entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas, para lo que era preciso introducir más flexibilidad en la producción, gestión y comercialización».

En el mismo sentido lo hace RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “La situación de los trabajadores en empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la «crisis» del trabajo subordinado”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2001, pág. 512: “Una de las múltiples consecuencias del acelerado desarrollo industrial del siglo pasado y del presente es la configuración cada vez más compleja del entramado empresarial, no en vano la crisis económica de los años setenta, la «terciarización» del sistema productivo y, sobre todo, la incorporación creciente de nuevas tecnologías, han puesto en marcha y acelerado un proceso de racionalización de la organización del trabajo y la necesidad de replantear los métodos de producción, lo cual ha provocado importantes cambios en la estructura, dimensión y funcionamiento de las empresas”.

³⁰ Véase *infra* punto 5.

³¹ De este modo describe la rápida y reciente sustitución del paradigma organizativo de la empresa VALDÉS DAL-RÉ, F. “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2001, pág. 63.

La propia supervivencia de las estructuras empresariales depende, entonces, de un replanteamiento de su sistema organizativo. Tenemos que advertir en este momento que la denominación que recibe el grueso de este fenómeno no es uniforme aunque aparentemente se presente pacífica, habida cuenta que la apreciación del confusionismo que acarrea no se reproduce en otros trabajos doctrinales. No en vano, encontramos autores que emplean el término descentralización productiva –traducción del vocablo anglosajón *outsourcing*- para referirse a toda suerte de alteración en el paradigma organizativo empresarial³², mientras que otros sólo hacen uso de esta denominación cuando se ocupan de una manifestación particular de entre las que conforman ese nuevo paradigma de empresa, aquella en el que “cobra una singular trascendencia el proceso de afinamiento de la estructura empresarial mediante la externalización de actividades que, integradas inicialmente en su proceso productivo, son susceptibles de

³² Nos encontramos ante esta postura cuando se defiende que la descentralización productiva consiste, a grandes rasgos, en el “fenómeno paradójico, consistente en la simultánea expansión de la dimensión productiva de la empresa y adelgazamiento de sus estructuras”, a través de la progresiva consecución de mayor cuota de mercado con, cada vez, menor plantilla de empleados propios. Tal es el caso de MARTÍNEZ GARRIDO, L. R. “Descentralización productiva: *outsourcing*”, en AA.VV. (Dir. GIL SUÁREZ, L.) *Descentralización productiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 34.

En un sentido similar, otros autores dan a entender que la descentralización productiva en la empresa presenta dos movimientos o “un doble movimiento de sentido aparentemente antagónico pero en muchos casos complementario: de un lado están organizaciones productivas que buscan aumentar su dimensión, ser más grandes para competir mejor a través de alternativas de crecimiento estratégico jurídicamente materializado en fusiones y absorciones; de otro, aquéllas que preconizan las excelencias competitivas que trae aparejado el hecho de «adelgazar» sus estructuras productivas, en un intento de reducir su dimensión hasta el límite de lo que se puede considerar estrictamente necesario por afectar a competencias básicas de la empresa”. Éste es el concepto elaborado por BARREIRO GONZÁLEZ, G. “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 94, 1999, pág. 166.

realización separada a través de entidades empresariales ajenas, concentrándose la empresa principal en el núcleo de su actividad empresarial”³³.

Por nuestra parte, nos inclinamos por la designación de alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva³⁴. Se trata, entendemos, de una fórmula que resulta apta para albergar cualquier tipo de cambio en la organización clásica de la empresa sin inducir a error. Lo que en última instancia late bajo esta expresión es la flexibilidad o ductilidad de las formas clásicas de producción ante la nueva realidad económica mundial fruto de la globalización³⁵.

De hecho, son estrechas las vinculaciones entre la globalización económica y las alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva³⁶. Tanto es así que “la globalización estimula la centralización y la

³³ Éste es el concepto de *outsourcing* aportado por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la «crisis» del trabajo subordinado”, *op. cit.*, pág. 512.

³⁴ SERRANO OLIVARES, R. “El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2000, pág. 320, entiende que existe la descentralización productiva “en un sentido amplio, pues no cabe desconocer que la cesión de trabajadores responde propiamente a una descentralización de recursos humanos”.

³⁵ En cierta medida, nuestra postura se identifica con la defendida por VALDÉS DAL-RÉ, F. “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, *op. cit.*, pág. 63: “Desde luego, estos cambios no se han traducido en un único tipo de organización (...) No creo alejarme de la realidad de los hechos, sin embargo, al afirmar que la herramienta que mejor simboliza este fenómeno ha sido la descentralización productiva entendida como forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades”.

³⁶ Así lo pone de manifiesto GLADSTONE, A. “Reflexions on globalization, decentralization and industrial relations”, en AA.VV. (Ed. ENGELS, C. y WEISS, M.) *Labour Law and Industrial Relations at the turn of the century. Liber amicorum in honour of Roger Blanpain*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, pág. 165: “Decentralization is also, in a certain sense, a tributary of globalization. For one thing, increasing and more and more intense

concentración del capital y los mercados, de forma que los cambios que genera la reestructuración de las regiones están condicionados por el proceso de globalización y, por tanto, por la estrategia de las grandes empresas multinacionales, que controlan tecnológica y comercialmente a las pequeñas y medianas empresas”³⁷. Ahora bien, *sensu contrario*, también las nuevas formas de organización empresarial determinan el fenómeno globalizador, habida cuenta que contribuyen con intensidad a crear un entorno propicio para el desenvolvimiento y expansión de los postulados y prácticas neoliberales contemporáneos. Y es que estas nuevas empresas son un representativo ejemplo de la difuminación de las fronteras nacionales y de la interactuación e interdependencia en el ámbito internacional.

A más, la influencia que la liberalización de los mercados tiene sobre la organización productiva empresarial, y viceversa, también repercute en los sistemas de relaciones laborales, que “se están universalizando, no sólo a través de las empresas multinacionales, nuevas estructuras, estilos de dirección y modos de gestión de la empresa y de las relaciones laborales”³⁸. Los efectos de estas maniobras de flexibilización, en definitiva, se dejan sentir en todos los elementos de la organización productiva de la empresa moderna, incluidos los trabajadores. El empleador, cuando actúa la flexibilización productiva sobre la plantilla a su cargo, interviniendo en la ordenación de las relaciones de trabajo de la empresa, se vale de medidas de diversa índole que van desde las reconversiones industriales hasta las

competition in the global market place enhances the interest of employers to take measures concerning their internal labour market without being shackled or bound by rules and standards imposed upon them from ‘higher’ levels (e.g. through industry-wide collective bargaining). Moreover, globalization can lead those directing the fortunes of multinational enterprises to a perception that their firms would do better espousing certain labour policies that go beyond what may otherwise be dictated at, or are uniquely appropriate to, the national level”.

³⁷ De acuerdo con BRUNET IGART, I. y BELZUNEGUI ERASO, A. “En torno a las redes de empresa y el territorio”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 95, 2001, pág. 74.

³⁸ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *op. cit.*, pág. 112.

modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pasando por la ejecución de despidos de carácter colectivo, la suscripción de contratos o subcontratos, la cesión de trabajadores, la externalización de los servicios, o el destacamento de trabajadores propios fuera del centro de trabajo o, incluso, fuera de la propia organización empresarial³⁹.

Efectivamente, estas alteraciones traen consigo significativas repercusiones para las relaciones de trabajo en el seno de las empresas descentralizadas, destacando la proliferación de estatutos jurídico-laborales fragmentados, lo cual indica un manifiesto alejamiento gradual del modelo típico de contratación en Derecho del Trabajo –dependiente a tiempo completo e indeterminado-⁴⁰. La materialización de estas alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva toma, sin embargo, diferentes formas, algunas de las cuales –a continuación- son más propicias para el desarrollo de supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

3.2. Nuevas formas de organización productiva para la movilidad geográfica internacional de trabajadores

La relación de prestación de servicios afectada por una movilidad geográfica de carácter externo precisa para desenvolverse de una organización empresarial flexible que puede tomar varias formas. Sin embargo, no todas las prácticas de

³⁹ También GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ GORDILLO, R. “Grupo de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, vol. 1, 1999, pág. 148, hacen mención expresa a la “ampliación de las perspectivas de movilidad de los trabajadores más allá de la empresa a la que formalmente pertenecen” en el panorama de las relaciones laborales en la empresa que dibujan las nuevas formas organizativas empresariales.

⁴⁰ Así lo expresa, de nuevo, VALDÉS DAL-RÉ, F. “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2001, pág. 80: “Está causando una deconstrucción de los tipos sociales manejados por el ya secular ordenamiento laboral como prototipos normativos de los sujetos de las relaciones jurídicas laborales”.

dinamización de la organización productiva se ajustan al tipo de relación laboral que nos ocupa pues –como se verá– es preciso que se mantenga el vínculo contractual entre el empresario de origen mientras el trabajador presta servicios en el país de destino⁴¹.

En consecuencia, no procede analizar aquí aquellas prácticas que, aun respondiendo también a alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva, responden a otra lógica distinta a la de la movilidad geográfica internacional de trabajadores⁴². Ello da como resultado que se agrupen en tres categorías las prácticas flexibilizadoras principales que instrumentalizan las diferentes manifestaciones de la prestación temporal de servicios en el extranjero: los grupos multinacionales de empresa, las “nuevas” empresas de trabajo temporal⁴³ y las empresas destinatarias de una prestación de servicios⁴⁴.

⁴¹ Véase *infra* Parte II, punto 4.

⁴² Para SANGUINETI RAYMOND, W. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar, op. cit.*, pág. 448, “frente a la tradicional integración vertical de los procesos productivos y su gestión jerarquizada, adquieren un relieve cada vez mayor formas de división del trabajo interempresarial antes que intraempresarial, que permiten estos conglomerados reducir de manera significativa su volumen operativo directo mediante la creación de lazos de cooperación con colaboradores externos en vez de personal sujeto a dependencia. La gran empresa abandona con ello su tradicional «corporeidad fabril», para convertirse en «una entidad articuladora de prestaciones», es decir en «un conjunto de contratos organizados»”.

⁴³ En adelante, ETTs.

⁴⁴ Recomendamos la consulta de la bibliografía sobre descentralización productiva (contratas y subcontratas), empresas de trabajo temporal, grupos de empresas y sucesión de empresas recopilada por AGUILERA IZQUIERDO, R. “Bibliografía”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 149 y ss.

3.2.1. Los grupos multinacionales de empresas

Los grupos multinacionales de empresas⁴⁵ son la manifestación prototípica del proceso de ensanchamiento o agrandamiento de las organizaciones empresariales en virtud del cual su estructura se sobredimensiona a nivel internacional. Por oposición a ello –si no, en ocasiones, como complemento a esta estrategia- se sitúa la descentralización productiva, entendida aquí como proceso de adelgazamiento de dicha estructura empresarial⁴⁶.

El acercamiento al concepto de grupo multinacional de empresas, sin embargo, plantea dificultades notorias, motivadas principalmente por su multi o interdisciplinaria. Ello no obstante, se analizan aquellas definiciones que presentan más interés a efectos laborales, tanto por su valor específico respecto de dicha delimitación conceptual, como por su repercusión en el análisis posterior de sus vinculaciones con la prestación temporal de servicios en el extranjero⁴⁷.

Desde esta perspectiva, se puede entender por grupo multinacional de empresas las “formas asociativas de la internacionalización del capital” bajo dos rasgos comunes: “el primero, que dichas empresas realizan sus negocios en dos o

⁴⁵ También llamados “multinacionales, empresas multinacionales, sociedades multinacionales, empresas internacionales, grupos de empresas multinacionales, grupos multinacionales, grupos transnacionales, sociedades transnacionales, empresas transnacionales”, por PALAO MORENO, G. *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo individual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 55.

⁴⁶ Véase VÁZQUEZ MATEO, F. “Grupo de empresas y derecho individual de trabajo (Introducción al “Derecho de Trabajo de la concentración””, *Documentación Laboral*, núm. 16, 1985, págs. 119 y ss.

⁴⁷ Para conocer algunas de estas definiciones y referencias a otras tantas, véanse PÉREZ VOITURIEZ, A. *Las Sociedades multinacionales y los Sindicatos mundiales ante el Derecho Internacional*, Akal, Madrid, 1981, págs. 17 y ss.; y SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARETA MARTÍNEZ, M. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresa: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 97 y ss.

más países, con volumen y proporción tales que su crecimiento y solidez dependan de dicho intercambio; y segundo, que sus decisiones estén tomadas en función de alternativas transnacionales”⁴⁸. En otros términos, se considera que lo que realmente define a los grupos multinacionales de empresa es que “carecen de personalidad internacional propia pero no están vinculadas exclusivamente a un solo Estado (...); tienen una estructura interna de subordinación de las filiales a la sede matriz (centro de las decisiones globales) y, a su vez, un relativo control por parte del Estado de origen (...); (y) dependencia formal, pero no siempre control efectivo del Estado huésped”⁴⁹.

El concepto de grupos multinacionales de empresa es, en definitiva, el resultado de la combinación de tres notas características. A saber, “se trata de la articulación de varias empresas jurídicamente independientes bajo la existencia de una dirección económica única y común a las mismas, aunque no se les reconozca una unidad jurídica; la naturaleza internacional del grupo se deriva directamente de la presencia de las empresas que lo componen en más de un Estado, al estar creadas cada una de las mismas conforme, o al amparo, del ordenamiento de un Estado distinto”; y adoptan las fórmulas y caracteres más flexibles y variados⁵⁰.

A las definiciones recién sugeridas cabe adjuntar las aportaciones que se hacen desde los textos normativos que se ocupan de estas estructuras o de aspectos

⁴⁸ Tal es el caso, aunque bajo la denominación de “empresa transnacional”, de MARIS NADAL, S. *La empresa transnacional en el marco laboral*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1983, págs. 29 y ss.

⁴⁹ Véase PÉREZ VOITURIEZ, A. *Las Sociedades multinacionales y los Sindicatos mundiales ante el Derecho Internacional*, *op. cit.*, págs. 19 y ss.

⁵⁰ Ésta es la definición que puede extraerse del estudio de los “elementos característicos de los grupos de empresas multinacionales” que hace PALAO MORENO, G. *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo individual*, *op. cit.*, págs. 61 y ss.

con los que guardan cierta relación⁵¹. Como hiciéramos anteriormente, también aquí hemos seleccionado el concepto que aporta la OIT sobre lo que denomina “empresas multinacionales”. Esta Organización las concibe como “empresas, ya sean de dominio público, mixto o privado, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede. El grado de autonomía de las distintas entidades que componen la empresa multinacional en relación con las demás varía grandemente de una empresa multinacional a otra, según el carácter de los lazos existentes entre estas unidades y sus respectivos campos de actividad, y teniendo en cuenta la gran diversidad en la forma de propiedad, el tamaño, el carácter y la localización de las operaciones de las empresas”⁵².

Es de destacar que en el seno de los grupos multinacionales de empresas se produce una comunicación constante, o al menos habitual, de unas empresas con otras durante el proceso productivo. Entendemos que esta particular característica, incorporada a la gestión de las relaciones de trabajo en el seno del grupo, facilita considerablemente, en concreto, la puesta en práctica de modificaciones locativas de la prestación de servicios. A más, la interconexión de las empresas en este contexto hace previsible que las posibles alteraciones o disfunciones sufridas por el trabajador

⁵¹ Recomendamos muy especialmente el trabajo de sistematización de las definiciones contenidas en distintos textos de origen internacional, tales como el Proyecto de Código de Conducta sobre Sociedades Transnacionales realizado por el Consejo Económico y Social (en adelante, CES) de la Organización de Naciones Unidas, el *Guidelines* para las Empresas Multinacionales elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la Declaración Tripartita de Principios Relativos a las Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT, y las Resoluciones de Oslo, de 1977, sobre Empresas Multinacionales, y de Lisboa, de 1995, sobre los efectos de las obligaciones de una sociedad miembro de un grupo transnacional sobre los otros miembros del grupo, en PALAO MORENO, G. *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo individual*, *op. cit.*, págs. 58 y ss.

⁵² Punto 6 de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, adoptada por el Consejo de Administración de la OIT en su 204ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977), en la forma enmendada en su 279ª reunión (Ginebra, noviembre de 2000) (Boletín Oficial, vol. LXXXIII, serie A, núm. 3).

afectado se vean reducidas o, incluso, corregidas con eficacia y prontitud –siempre desde un plano teórico y a salvo de la casuística consustancial al desarrollo de tales prácticas⁵³.

3.2.2. Las “nuevas” empresas de trabajo temporal

Bajo la denominación de “nuevas” ETTs se designan aquellas empresas de suministro de mano de obra que introducen un condicionante de transnacionalidad en su sistema de funcionamiento⁵⁴. Como en el caso de las ETTs que operan a nivel interno, también la actividad de las ETTs “internacionales” rompe con el esquema bilateral típico de la relación laboral y articula una relación de tipo triangular, “produciéndose una disociación entre el empresario real o material, que sin ser empresario directo del trabajador recibe y organiza la prestación de servicios”⁵⁵. El rasgo distintivo de estas “nuevas” ETTs es, por tanto, que se ubican en un Estado distinto a aquél en el que radica la empresa usuaria⁵⁶.

En concreto, el procedimiento de contratación responde al siguiente esquema: la ETT actúa como centro de gestión de personal para la EU instalada en otro país, reclutando mano de obra nacional y cediendo a dicha EU esos trabajadores en misión. En definitiva, se trata de reproducir el mismo esquema de funcionamiento de las ETTs que actúan a nivel nacional, esta vez, en un escenario

⁵³ Véase *infra* Parte IV, Capítulo Tercero.

⁵⁴ Véase, asimismo, *infra* Parte II, punto 5.2.3.B).

⁵⁵ Así describen el fenómeno de las empresas de trabajo temporal como mecanismo de flexibilidad de las relaciones de trabajo MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N. “Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 45.

⁵⁶ En adelante, EU.

de relaciones internacionales, como “situaciones transnacionales de puesta a disposición de trabajadores cedidos”⁵⁷.

Como es sabido, los dos aspectos principales que caracterizan las relaciones de trabajo en el ámbito de las ETTs son –sintetiza RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO– “de un lado, el elemento temporal de la prestación de trabajo, y, de otro, la presencia de tres sujetos o términos de la relación”⁵⁸. Ahora bien, en tanto en cuanto se trate de relaciones de trabajo interino a nivel transnacional, es preciso añadir un nuevo aspecto: que dichos sujetos o términos no se encuentren en el mismo territorio nacional.

Todo ello evidencia que la actividad de estas “nuevas” ETTs resulta especialmente apta para el desarrollo de relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional. Nótese, sin embargo, que cabría poner en duda esta afirmación respecto de aquellas ETTs que pertenecen a grupos multinacionales de empresas⁵⁹, pues ello puede llegar a limitar dicho desarrollo al estar las empresas

⁵⁷ Es la expresión que se recoge en el punto 3.1.C *in fine* de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2002, relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal [COM (2002) 149 final] (DOUE de 27 de agosto de 2002, núm. C 203 E) que, aunque tiene por objeto precisar y aproximar las condiciones de puesta a disposición de los trabajadores a nivel nacional, advierte que “cabe verla como continuación del dispositivo ya vigente en las situaciones transnacionales de puesta a disposición de trabajadores cedidos”.

Ello no obstante, debe advertirse que ninguna de estas referencias se reproduce en el texto definitivo de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DOUE de 5 de diciembre de 2008, núm. L 327) (en adelante, Directiva 2008/104).

⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 82.

⁵⁹ En España, se trata de Adecco, Vedior-Laborman, Manpower, People y Randstad, según el estudio de la Secretaría Confederal de Empleo de CC.OO. intitulado “Empleo y Empresas de Trabajo Temporal (1994-1998)”, pág. 5.

ya presentes en el país huésped “a través del mecanismo, más incisivo y permanente, de la creación de filiales”⁶⁰.

3.2.3. Las empresas destinatarias de una prestación de servicios

Por empresa destinataria de una prestación de servicios puede entenderse toda aquella organización productiva que interviene como acreedora de una actividad laboral que desempeña temporalmente en su seno un trabajador ajeno a su plantilla, como consecuencia de la ejecución de un compromiso acordado entre ella misma y la empresa empleadora o contratante, sin mediar entre ambas relación alguna de dependencia o subordinación ni contrato de puesta a disposición. Se trata, así, y en tanto en cuanto la prestación de servicios se ve desplazada a otro país por efecto de lo dicho, de un supuesto específico más de organización empresarial flexible a nivel internacional⁶¹.

En el ámbito del conjunto de alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales de la organización productiva, la dinámica de estas empresas destinatarias de una prestación de servicios difiere, por una parte, de la de las empresas pertenecientes a grupos multinacionales. Los motivos son elocuentes si se infiere que, en el primer caso, la empresa que presta servicios y la destinataria de los mismos no están unidas por relación de dependencia ni subordinación alguna. De hecho, el único ligamen entre ambas es el contrato de prestación de servicios suscrito y que se ejecuta en la empresa acreedora por parte de uno o varios trabajadores en plantilla de la empresa deudora, a cuyos efectos han de desplazarse.

⁶⁰ En GALA DURÁN, C. “Actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pág. 285.

⁶¹ Respecto de este supuesto y otras manifestaciones similares, véase PÉREZ AMORÓS, F. “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *op. cit.*, págs. 58 y ss.

Por otra parte, tampoco las vincula una relación de suministro o interinidad como es la propia de las “nuevas” ETTs con EUs, dado que el trabajador destinado nunca deja de pertenecer a la plantilla de la empresa y adoptar la categoría de trabajador en misión, ni el contrato entre ambas responde a una necesidad de la empresa receptora de gestión y suministro de personal por parte de la empresa emisora⁶².

3.3. La flexibilización de la organización productiva como factor de la movilidad geográfica internacional de trabajadores

Vistos los elementos caracterizadores de los nuevos sistemas de organización intraempresarial, con especial atención a aquellas prácticas flexibilizadoras que favorecen los movimientos internacionales, es preciso justificar los motivos de su consideración como elemento determinante de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Al igual que se ha hecho respecto del fenómeno de la globalización económica, procede a continuación poner de relieve la trascendencia específica que tiene la expansión internacional de la actividad de las empresas en este ámbito⁶³, reafirmando así su creciente importancia en el panorama actual de las relaciones laborales, frente a aquellos planteamientos que u obvian o cuestionan dicho nexo causal.

⁶² VALDÉS DAL-RÉ, F. “El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares”, *op. cit.*, pág. 8, se refiere a esta cuestión cuando distingue las “dos grandes manifestaciones de triangularidad laboral: de un lado la triangularidad contractual, que se expresa a través de las empresas de trabajo temporal (ETT) y, de otro, la triangularidad organizativa, representada por los fenómenos de descentralización productiva”.

⁶³ Este mismo ejercicio precede el estudio de MENÉNDEZ CALVO, R. “Las estructuras empresariales complejas: los grupos de empresas”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 119, en el que pone de manifiesto que “estos novedosos fenómenos organizativos (...) inciden, indudablemente, en el desarrollo organizativo de las empresas, en el ejercicio efectivo del poder de dirección de los empresarios sobre los trabajadores y, por consiguiente, en las condiciones laborales de los trabajadores”.

Conviene admitir, de entrada, que hay constancia de datos históricos, empíricos y estadísticos que revelan la existencia de movimientos internacionales de trabajadores desde tiempos remotos en los que, si acaso, las empresas no pretendían más que crecer en tamaño, actividades y número de empleados. En este sentido, cabría poner en duda la afirmación de que los fenómenos de flexibilización productiva son concausa de la movilidad geográfica externa. Ahora bien, la nuestra no es una situación de internacionalidad al uso o como podría entenderse coloquialmente.

Como se verá con ocasión del análisis de su concepto⁶⁴, la movilidad geográfica internacional de trabajadores necesita, entre otros elementos, de una situación jurídico-laboral previa de dependencia y ajenidad. Por el contrario, otros supuestos de trabajo transnacional responden, por lo general, a motivaciones personales, individuales, ajenas por completo a cualquier decisión empresarial en ejercicio de facultades organizativas, y motivados más bien por circunstancias adversas de corte socio-económico, lo cual nos pone en presencia de lo que propiamente se conoce como migraciones.

Por otra parte, la expansión internacional de las empresas puede suponer la incorporación de elementos de extranjería en las relaciones de trabajo que se desenvuelven en su seno por efecto, básicamente, de la distinta localización geográfica de los lugares de trabajo de origen y de destino, planteando disfunciones en el régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero⁶⁵. En efecto, las alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales

⁶⁴ Véase *infra* Parte II, punto 4.

⁶⁵ “Al fin y al cabo, sean unos u otros los espacios en los que se localicen los proyectos productivos de estas empresas (multinacionales), éstos se encuentran siempre sujetos a la legislación del país que los cobija. La «desterritorialización» predicada de las empresas multinacionales no puede ser, por esta razón, más que una «desterritorialización relativa», al existir en todos los casos «un ligamen» con un «espacio territorial dotado de una cierta normatividad de origen estatal». Son

de organización productiva son susceptibles de provocar variaciones en las condiciones de trabajo de los empleados en plantilla de la empresa.

Ello no obstante, en ocasiones estos fenómenos implican la gestión externa de las actividades –con el consiguiente aumento del empleo subordinado o parasubordinado, del trabajo autónomo o del teletrabajo-. En estos casos, se afecta el estatuto jurídico de los trabajadores empleados dentro de la misma organización productiva al socaire de modificaciones de condiciones de trabajo que no contemplan la especialidad de la prestación temporal de servicios en el extranjero⁶⁶. Ahora bien, la existencia de una organización productiva compleja y diversificada, funcional y geográficamente, puede efectivamente aconsejar al empresario el desplazamiento temporal de empleados propios a otras unidades o centros de trabajo, sin valerse de la técnica de externalización o terciarización –entendida como el “proceso mediante el cual una determinada actividad deja de ser desarrollada por los trabajadores de una empresa y es transferida para otra empresa”⁶⁷- o además de ella⁶⁸.

reflexiones de SANGUINETI RAYMOND, W. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, *op. cit.*, pág. 447.

En referencia a ello, véase asimismo BAYLOS GRAU, A. “La responsabilidad legal de las empresas transnacionales”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, núm. 1, 2006, págs. 70 y ss.

⁶⁶ Es el caso del elenco de efectos laborales de la descentralización detectados por LASIERRA ESTEBAN, J. M. “La dimensión económica de la descentralización productiva”, en AA.VV. (Dir. RIVERO LAMAS, J.) *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, *op. cit.*, págs. 75 y ss.

⁶⁷ En STOLOVICH, L. *La tercerización. ¿Con qué se come?*, Centro Latinoamericano de Ciencias Sociales, Uruguay (versión electrónica disponible en <http://www.clacso.edu.ar/local/libros/uruguay/ciendur/stolovich.rtf>).

⁶⁸ Recomendamos la lectura, así como la consulta de la bibliografía recomendada, de DOMBOIS, R. “¿La pérdida de la época dorada? La terciarización y el trabajo en las sociedades postindustriales”, *Sociología del Trabajo*, núm. 46, 2002, págs. 45-70.

4. Motivaciones empresariales para hacer circular internacionalmente a trabajadores propios

No sólo la expansión de la globalización ni la implantación de nuevos sistemas de organización productiva en la empresa provocan la necesidad, en unos casos, o la conveniencia, en otros, de desarrollar experiencias de trabajo temporal en el extranjero. En efecto, además de estos “macrofactores”, entendemos que existen otros “microfactores” que potencian la práctica de supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

Concretamente, en referencia a las motivaciones empresariales, el hecho de que la relación laboral se desarrolle temporalmente en el extranjero suele repercutir positivamente en el nivel de rendimiento empresarial. Al margen de la eventual afectación en negativo de las condiciones de trabajo de los empleados afectados, las prácticas de movilidad geográfica internacional son del todo compatibles con los planteamientos y estrategias de la “teoría del máximo rendimiento” que inspira toda política empresarial⁶⁹. Por tanto, si el hecho de destinar temporalmente a un trabajador a otro país repercute de forma positiva en dicho rendimiento empresarial, qué duda cabe que el empleador se valdrá de ello, a pesar de las previsibles aspiraciones de estabilidad locativa del trabajador afectado⁷⁰. Nótese que este tipo

⁶⁹ Este conflicto es puesto de manifiesto, entre otros, por ARCE ORTIZ, E. G. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, Mergablum, Sevilla, 2003, pág. 27: “tradicional problemática del enfrentamiento de los principios de rendimiento empresarial y de mejora, o el menos conservación, de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores (...) generando una importante repercusión no sólo en el sentido de afectar el equilibrio de intereses ya existentes o inherentes a toda actividad empresarial, sino también a la creación de intereses específicos ligados a las novedosas estructuras”.

⁷⁰ Se trata de una medida de tinte esencialmente económico, como se confirma en AA.VV. (Comp. CASTILLO, J. J.) *Las nuevas formas de organización del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, pág. 201: “La determinación de efectuar cambios de esta naturaleza es dura, realista, económica. La empresa quiere hacerse con los trabajadores apropiados, mantenerles todo el tiempo posible y hacer que trabajen mucho y eficientemente para mantener bajos los costes y maximizar los beneficios”.

de maniobras se manifiesta especialmente en las nuevas prácticas empresariales de organización flexible recién analizadas, que responden a un nuevo modelo de producción informacional y global.

Conviene advertir que este planteamiento puede entrar en colisión con la “teoría de la mayor rentabilidad empresarial”. De acuerdo con esta teoría, la movilidad geográfica internacional de trabajadores no interesa a los intereses empresariales, pues entiende que resulta más rentable contratar a otro trabajador directamente en el país de destino de la actividad⁷¹. Siendo un argumento válido, consideramos, sin embargo, que resulta insuficiente, pues el factor trabajo-trabajador no siempre admite valoraciones estrictamente económicas. A nuestro entender, la aplicación incondicionada de la “teoría de la mayor rentabilidad empresarial” puede provocar, a la postre, la desaparición de la circulación como fenómeno social y la despersonalización del trabajador⁷².

Son, en este caso, los postulados de la “teoría del capital humano” los que se muestran más adecuados para conciliar los distintos intereses que entran en juego en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores⁷³. El fundamento de esta teoría se encuentra en el valor que adquiere cada trabajador de la empresa en la producción y la organización de la misma, derivado de la formación específica adquirida durante el tiempo y el trabajo prestados, y no de la formación genérica que

⁷¹ Sobre los costes de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, véase *infra* Parte IV, Capítulo Tercero, punto 4.

⁷² Véase ARCE ORTIZ, E. G. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, op. cit.*, págs. 90 y ss.

⁷³ Para una visión panorámica sobre las distintas teorías explicativas de la inversión en capital humano, desde las primeras formulaciones representadas por la teoría del capital humano y sus críticas, hasta la segunda generación de teorías, destacando la teoría de la selección, la teoría de la competencia por los puestos de trabajo o teoría “de la cola”, y las teorías de los mercados internos y segmentados, véase SELVA SEVILLA, C. *El capital humano y su contribución al crecimiento económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, págs. 23 y ss.

pueda tener como un agente más del mercado laboral. Ante la disyuntiva de hacerlo circular geográficamente o, por el contrario, contratar a un nuevo trabajador en destino, este planteamiento de la “teoría del capital humano” se inclina por la primera opción “que convierte (...) al trabajador en un factor cuasi fijo en la medida en que la empresa ha efectuado una inversión que debe amortizar a lo largo del tiempo”⁷⁴.

A primera vista, podría considerarse que este argumento tan sólo sería válido respecto de los trabajadores ocupados en puestos o categorías de niveles superiores o medios, pero consideramos que puede hacerse extensivo a toda la plantilla de la empresa, máxime cuando la especialización profesional está ganando progresivamente más terreno a resultas de la utilización de nuevas tecnologías y métodos de producción innovadores.

Más concretamente, los estudios sobre Gestión de Recursos Humanos han avanzado en el desarrollo de esta “teoría del capital humano”, aportando soluciones interpretativas específicas en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores⁷⁵. En este sentido, a la hora de orientar las estrategias empresariales en dicho ámbito, se proponen dos soluciones, contrarias entre sí, desde la perspectiva organizativa.

Por una parte, se presenta la estrategia de la –llamada– “orientación policéntrica” que implica la contratación de trabajadores locales allí donde la

⁷⁴ En palabras de RECIO ANDREU, A. *Capitalismo y formas de contratación laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, pág. 133.

⁷⁵ Véanse QUINTANILLA, J. y BONACHE, J. “El sistema de recursos humanos en las multinacionales”, págs. 354 y ss.; y BONACHE, J. “La gestión de expatriados”, págs. 380 y ss., ambos en AA.VV. (Dir. BONACHE, J. y CABRERA, A.) *Dirección estratégica de personas. Evidencias y perspectiva para el siglo XXI*, Financial Times-Prentice Hall, Madrid, 2002.

empresa o el grupo tiene proyectada la expansión de su negocio⁷⁶. En consecuencia, la implantación depende del éxito de la puesta en práctica de esta estrategia. Se trata, como puede apreciarse, de un planteamiento que relega la posibilidad de llevar a cabo el establecimiento a través de la movilización de personal de plantilla de la empresa o centro de origen, por lo que no cabe tomarlo en consideración para nuestra investigación⁷⁷.

Por otra parte y en contraposición con la anterior, la “teoría de la orientación etnocéntrica” o del “enfoque etnocéntrico”⁷⁸ apuesta por llevar a cabo la implantación de la actividad empresarial y productiva en un país extranjero a través de los mecanismos de la movilidad geográfica internacional. Normalmente, la elección de esta estrategia no es exclusiva, en el sentido de que su ejecución se suele combinar parcialmente con la contratación de trabajadores locales, pero no es infrecuente que los puestos y categorías profesionales superiores sean ocupados por trabajadores propios. Consiste, en definitiva, en seleccionar a empleados “nacionales”, sobre todo en los puestos clave y en las primeras etapas de la

⁷⁶ Ésta es la política organizativa empresarial por la que se opta en el art. 10 de la Resolución de 21 de noviembre de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Amper Soluciones, S.A. (BOE de 9 de diciembre de 2008, núm. 296) (en adelante, VI CoCo Amper Soluciones): “Las necesidades de mano de obra en el extranjero se atenderán prioritariamente con personal de la zona o de países cercanos y solo en los casos en los que no sea posible mantener este criterio se recurrirá a personal de Amper Soluciones”.

⁷⁷ Para profundizar en el estudio de este sistema, consúltese BONACHE, J. y CERVIÑO, J. “Global integration without expatriates”, *Human Resource Management Journal*, vol. 7, núm. 3, 1997, págs. 89-100.

⁷⁸ Esta última es la denominación original acuñada por PERLMUTTER, como recuerdan MALLO, C., BONACHE, J. y CERVIÑO, J. “La determinación de los costes salariales de los directivos en las empresas internacionales”, pág. K (versión electrónica disponible en <http://libdigi.unicamp.br/document/?view=86>).

internacionalización de la actividad para que, principalmente, se ocupen de la transferencia del *know-how* técnico o de la gestión del negocio⁷⁹.

Los principales objetivos de este sistema, al tiempo que ventajas del mismo, son la transferencia de conocimientos y experiencias entre las distintas unidades empresariales, la coordinación global de las mismas y la verificación de la correcta adaptación local⁸⁰. La consecuencia más visible de todo ello es que este sistema, que potencia la circulación de trabajadores, también tiene repercusiones positivas en las relaciones entre las mismas empresas de origen y de destino de la prestación. Dichas prácticas favorecen su conocimiento mutuo en todos los extremos de la actividad y crean unos lazos estrechos de colaboración entre ellas que enriquecen en última instancia sendos procesos y organizaciones productivos.

5. Factores sociológico-demográficos de la prestación temporal de servicios en el extranjero

Al margen de la influencia que tienen tanto la economía como la empresa en el desarrollo de relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional, también hay que analizar implicaciones de tipo sociológico-demográfico. Se trata, en concreto, de indagar las motivaciones que conducen a los trabajadores a decidirse por desarrollar su actividad fuera del país de origen de su actividad laboral⁸¹.

⁷⁹ Véase HENDRY, C. *Human resource strategies for international growth*, Routledge, London (Reino Unido), 1994.

⁸⁰ Puede encontrarse un estudio más exhaustivo de este sistema en BARTLETT, C. A. y GHOSHAL, S. *La empresa sin fronteras. La solución transnacional*, McGraw Hill, Madrid, 1991.

⁸¹ En AA.VV. (Dir. PIN, J. R.) *Libro blanco sobre las mejores prácticas en movilidad geográfica nacional e internacional de trabajadores*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2006 (versión electrónica disponible en

En este sentido, hay que advertir, de entrada, que la situación del mercado de trabajo de origen es determinante. No en vano, si se accede con facilidad a nuevas oportunidades de empleo, o a la reasignación de tareas adecuadas a la cualificación y formación del trabajador dentro del territorio nacional, la necesidad o conveniencia de experimentar una movilidad geográfica internacional disminuirá considerablemente, y viceversa. Este dato, sin embargo, no puede ser elevado a regla.

En efecto, existen determinadas ocupaciones que, por su propia idiosincrasia, tienen la cláusula de internacionalidad como una condición esencial – como el trabajo en centros móviles o itinerantes⁸² - y cuya razón de ser no se debe tanto a la situación del mercado de trabajo nacional cuanto a las necesidades productivas de la empresa determinadas por su especial actividad. En estos casos, el trabajador contratado es plenamente consciente *ab initio* de las condiciones en las que pasa a prestar sus servicios en el seno de la empresa, mientras que en el primer caso el elemento internacional suele sobrevenir en el transcurso de la relación laboral.

La inclinación hacia la prestación de trabajo en estas circunstancias puede deberse, por otro lado, a una elección completamente individual del trabajador, como podría suceder si, a través de la utilización de esta fórmula de movilidad, pretende conseguir una mayor y mejor armonización de su vida personal, familiar y laboral. Haciendo una lectura *sensu contrario* de las “razones subjetivas y aún

<http://www.equiposytalento.com/contenido/download/estudios/libroblanco.pdf>), págs. 27 y ss., se abordan estas cuestiones desde un perspectiva estadística, tanto en el ámbito comunitario como a nivel nacional.

⁸² Se trata de un supuesto que, a nuestro entender, debe considerarse excluido del ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores (véase *infra* Parte II, punto 5.3.2).

objetivas que justifican el interés del trabajador por la inamovilidad”⁸³, podríamos poner como ejemplo el derecho de consorte, una concreta problemática familiar o circunstancias de carácter personal que lo aconsejen –tales como determinadas cargas familiares o cuestiones relacionadas con la salud-⁸⁴.

En tercer lugar, en un sentido más materialista o económico, la prestación de servicios en el ámbito internacional puede reportar una mejora en las condiciones de trabajo, capítulo en el que cobra una importancia significativa el incremento de la remuneración, aunque también pueden ser un aliciente más las ventajas dimanantes de la reducción de la jornada de trabajo, del aumento de días festivos o de la extensión del periodo vacacional⁸⁵. En este mismo orden de cosas, resulta casi insoslayable acceder a esta alteración locativa si de ello depende la conservación del puesto de trabajo ya que, como se ha expuesto, la “teoría de la mayor rentabilidad” podría aconsejar al empresario actuar en este sentido.

Por otro lado, también adquieren un peso específico determinadas tendencias culturales o sociales. El hecho de ser desplazado por la empresa en la que se prestan servicios al extranjero es valorado como un indicio de valía profesional y confianza en el desempeño de la actividad laboral, lo cual se incrementa notablemente si la movilidad, además de ser geográfica, también es funcional y se

⁸³ Recordando el “derecho a la inamovilidad” acuñado por ALONSO OLEA, véase SALA FRANCO, T. *La movilidad del personal dentro de la empresa*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 21 y ss.

⁸⁴ Son algunos de los criterios de preferencia utilizados para determinar el orden de prelación en los traslados en los convenios colectivos españoles, y que, desde nuestra óptica, también pueden argüirse por un “trabajador transnacional”. La referencia está tomada de MARTÍNEZ MORENO, C. “La movilidad geográfica en la negociación colectiva. La situación familiar del trabajador como límite del poder empresarial”, en AA.VV. (Coord. RIVERO LAMAS, J.) *La flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1993, págs. 294 y ss.

⁸⁵ Sobre las ventajas laborales que puede acarrear la movilidad geográfica internacional de trabajadores, véase *infra* Parte IV, Capítulo Tercero, puntos 4 y 5.

materializa en un ascenso de categoría profesional, lo cual igualmente es un fuerte incentivo para acceder al desplazamiento. A más, el individuo se siente cada vez más atraído por conocer otros lugares, otras lenguas, otras culturas, otras costumbres; en definitiva, otros modos de vida. Pareciera como si el ser humano recorriera cíclicamente el camino que va del sedentarismo al nomadismo y vuelta a empezar.

6. Especialidades del caso europeo como espacio integrado

El análisis de los factores y circunstancias determinantes de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores exige hacer un estudio separado referido a la forma en que se manifiestan en el contexto comunitario. La singularidad del proceso de integración europea, sobre todo a nivel económico, plantea cuestiones que no se suscitan, o no en los mismos términos, en el ámbito internacional y que hacen que los supuestos de trabajo transnacional que tienen lugar en este espacio adquieran nuevas dimensiones⁸⁶.

Se trata, por tanto, de plantear las peculiaridades que presentan los episodios de movilidad geográfica externa laboral en el marco del mercado interior comunitario y de las libertades de circulación que lo sustentan. Ello no obsta que las reflexiones precedentes⁸⁷ sean igualmente válidas para el supuesto de prestaciones

⁸⁶ Para un estudio general de dicho proceso y sus repercusiones en las relaciones de trabajo desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, véase ARGÜELLES BLANCO, A. R. “Integración regional y mercado de trabajo en la Unión Europea: análisis desde el Derecho español”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, vol. 1, 2000, págs. 1-11.

⁸⁷ Tanto las hechas a propósito del fenómeno de globalización de los mercados, como las referidas a las alteraciones en los sistemas tradicionales de organización productiva y otras motivaciones empresariales para hacer circular internacionalmente a trabajadores propios, o igualmente a los aspectos sociológico-demográficos de la prestación internacional de servicios laborales, pues todos ellos son factores generales que intervienen en mayor o menor medida en todos los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

transnacionales intracomunitarias de servicios, si bien habrá ocasión de advertir las distintas intensidades que presentan tales factores y circunstancias cuando la movilidad geográfica se produce entre Estados comunitarios.

6.1. Singularidades de la movilidad geográfica supranacional de trabajadores a nivel comunitario

Las diversas manifestaciones de la movilidad geográfica internacional de trabajadores adquieren una dimensión propia y distinta en el ámbito de las relaciones laborales dentro del espacio comunitario. Las particularidades del mercado de trabajo europeo, en tanto manifestación específica de los principios vertebradores de la acción de la UE que confieren una especial idiosincrasia de la experiencia europea de integración⁸⁸, repercuten efectivamente en el desenvolvimiento de las prestaciones de servicios a nivel externo como lo hacen en las ejecutadas a nivel interno.

Como es sabido, la construcción de la actual UE se realizó sobre iniciativas tendentes a la consecución de un espacio integrado desde el punto de vista económico, al cual han ido siguiendo sucesivas ampliaciones materiales que tienden a desembocar en una integración global o a todos los niveles –monetario, político, institucional, social-⁸⁹. Tanto es así que, en la actualidad, el caso europeo encarna

⁸⁸ Sobre los antecedentes y el proceso de construcción europea, véanse -sin ánimo de exhaustividad- AA.VV. (Coords. LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.) *Derecho Comunitario Material*, McGraw Hill, Madrid, 2000; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., McGraw Hill, Madrid, 2002; MUÑOZ DE BUSTILLO, R. y BONETE PERALES, R. *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la economía*, 3ª ed., Alianza, Madrid, 2002.

⁸⁹ “Desde la óptica económica, supone un intento encaminado a ajustar la demanda y la oferta de mano de obra comunitaria (...) a través de la supresión de las trabas y obstáculos directos e indirectos existentes en las distintas legislaciones nacionales de los Estados miembros (...) el objetivo comunitario es eliminar todos los obstáculos que impidan el desplazamiento por el territorio de la Comunidad con el fin de llevar a cabo una profesión. Por tanto, los objetivos

como pocos la verdadera revolución que han supuesto los nuevos planteamientos de liberalización económica, la economía de mercado y la expansión supranacional de las relaciones de trabajo⁹⁰.

En el contexto de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, interesa en especial destacar la creciente preocupación que muestran las instituciones comunitarias sobre el particular. La declaración del año 2006 como el “Año Europeo de la movilidad de los trabajadores” es prueba de ello. Como resume VALDÉS DAL-RÉ, los objetivos que persigue “una declaración semejante” son “sensibilizar a todos los actores interesados de los derechos de los trabajadores en materia de libre circulación de personas y de las oportunidades e instrumentos establecidos para promoverla; desarrollar el intercambio de buenas prácticas en relación con las experiencias de movilidad y reforzar la base de conocimientos sobre los flujos de desplazamientos en Europa, los obstáculos a la movilidad de los trabajadores y las motivaciones que los empujan a desplazarse durante un periodo a un Estado miembro”⁹¹.

comunitarios no podrían conseguirse sin la instauración de un Mercado Común y la supresión de las restricciones a la movilidad intracomunitaria de los llamados agentes económicos”, como sintetiza ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. *Libre circulación de trabajadores, política social y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E.*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, pág. 16.

⁹⁰ Aseveración ésta que compartimos con MONEREO PÉREZ, J. L. “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”, *op. cit.*, pág. 223: “Una de las manifestaciones más significativas del fenómeno de la globalización en su vertiente política y económica es el proceso de integración europea. Que es coherente en gran medida con el modelo general de globalización caracterizado por la existencia de formas de gobierno con déficit democrático; es decir, sin «democracia de mercado». Coherencia que no ensombrece con las marcadas diferencias respecto al fenómeno general de la globalización, señaladamente al haberse dotado ya de un marco jurídico público de ordenación (sobre la base de un texto de valor constitucional inacabado) y el ser ya una nueva forma de denominación política”.

⁹¹ En VALDÉS DAL-RÉ, F. “El debate europeo sobre la movilidad (I)”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2006, pág. 88.

Ahora bien, la construcción de la integración europea sobre los pilares de las cuatro libertades de circulación introduce nuevos elementos de análisis que no se plantean en otros contextos y que, por tanto, no hemos abordado hasta el momento. Es preciso, pues, completar esta Parte dedicada a los factores y circunstancias en torno a la movilidad geográfica externa con el estudio de su interacción con tales libertades comunitarias.

6.2. La problemática identificación de los supuestos de trabajo temporal en el extranjero en el contexto de las libertades comunitarias de circulación

De entre los elementos principales que caracterizan el proceso europeo de integración, hay que prestar especial atención al reconocimiento y establecimiento de las llamadas cuatro libertades comunitarias de circulación –de personas, de servicios, de capitales y de mercancías⁹²-. Se trata de una tarea insoslayable de cara a desarrollar, seguidamente, las destacadas repercusiones que tienen sobre el régimen de la movilidad geográfica intraeuropea aquellas libertades de circulación vinculadas más directamente con el desplazamiento de los agentes económicos⁹³ y

⁹² Nótese que el establecimiento de estas libertades se localiza ahora en la Tercera Parte (arts. 26 y ss.) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) (DOUE de 9 de mayo de 2008, núm. C 115) (en adelante, TFUE), tras la reforma operada en Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (versión consolidada) (DOUE de 29 de diciembre de 2006, núm. C 321 E) (en adelante, TCE) por el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DOUE de 17 de diciembre de 2007, núm. C 306).

Esta investigación se cierra cuando el Tratado de Lisboa aún no ha entrado en vigor, a la espera del –previsible- resultado afirmativo del referéndum pendiente en la República de Irlanda, por lo que las referencias al mismo podrían no coincidir con la versión definitiva.

⁹³ Ya previó que esto sucedería PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos: el caso español”, *Documentación Laboral*, núm. 33, 1991, pág. 39: “El desarrollo del mercado único europeo va presumiblemente a traducirse en un incremento de la movilidad internacional de trabajadores (...) Hoy por hoy, la movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades de dimensión europea es un fenómeno excepcional (...) Se

con las que “se garantiza el derecho de todo nacional de un Estado miembro a ejercer actividades económicas en todo el ámbito de la Comunidad, estableciéndose, trabajando u ofreciendo sus servicios a otro Estado miembro, en condiciones análogas a las aplicables a los nacionales”⁹⁴.

En primer lugar, por lo que se refiere a la libre circulación de personas, nos interesa aprehender el significado que toma la libertad circulatoria de los trabajadores en el ámbito de la Unión, la cual –conocido es- fue la única manifestación amparada por la legislación comunitaria durante largo tiempo⁹⁵. Este ejercicio plantea, de entrada, un debate en el que cabe enfrentar dos planteamientos diametralmente opuestos y que gira en torno a la identificación del ámbito subjetivo de aplicación de la libre circulación de trabajadores. En otras palabras, se trata de colegir el concepto de trabajador en el marco de las libertades comunitarias de cara a su eventual traslación y, por tanto, aplicación al ámbito de la movilidad geográfica internacional.

tiende a una “normalización de la movilidad internacional, normalización que probablemente produzca una disminución de garantías del trabajador movilizado”.

⁹⁴ De acuerdo con la definición que aporta sobre las tres libertades que vamos a analizar –también llamadas libertades económicas personales- ORTIZ LALLANA, M. C. “Libertad de establecimiento y empresas multinacionales (I)”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, vol. 1, 1990, pág. 130.

⁹⁵ De acuerdo con el art. 45 del TFUE, “1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (...) 3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión”.

Una primera opción, representada por LYON-CAEN y LYON-CAEN⁹⁶, consiste en sostener que sus beneficiarios son aquéllos que se desplazan a otro país de la UE para ser contratados allí. En otras palabras, se defiende que “los supuestos amparados por la libertad de circulación son aquéllos en los que se produce la circulación de un trabajador de un Estado miembro con vistas a su contratación por una empresa o un empleador en otro Estado distinto del propio”⁹⁷. En consecuencia, y respecto de la materia objeto de nuestro estudio, los trabajadores afectados por un episodio de movilidad geográfica internacional en el ámbito comunitario no serían beneficiarios de esta libertad de circulación por tratarse de experiencias de “movilidad *en* el empleo” y no –como plantea tal interpretación– de “movilidad *para* el empleo”⁹⁸.

Por el contrario, es viable asimismo defender, como hacen SALA FRANCO y RAMÍREZ MARTÍNEZ, que la libertad circulatoria de trabajadores en el territorio comunitario consagrada por el art. 45 del TFUE también se extiende a favor de aquellos nacionales europeos que se desplazan a otro Estado miembro en busca de un empleo⁹⁹.

⁹⁶ En efecto, podemos encontrar una de las referencias pioneras de esta corriente doctrinal en LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A. *Droit social international et européen*, 8ª ed., Dalloz, Paris (Francia), 1993, pág. 215: “L’article 48, alinéa 3 (...) ne joue que «pour répondre à *des emplois effectivement offerts*». Ceci signifie qu’un travailleur n’est pas encore autorisé à se déplacer à l’intérieur de la Communauté à la recherche d’un emploi. Cette notion d’emplois effectivement offerts comporte évidemment toutes sortes de possibilités d’interprétation. Mais cette réserve faite, et dès lors qu’un emploi est offert par une entreprise, la libre circulation implique le droit de se déplacer sur le territoire de tous les États membres, d’y séjourner afin d’y exercer un emploi et d’y demeurer après avoir occupé un emploi”.

⁹⁷ Véase ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. *Libre circulación de trabajadores, política social y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E.*, *op. cit.*, pág. 19.

⁹⁸ Sobre la distinción entre ambos tipos de “movilidad del empleo”, véase *infra* Parte II, punto 1.

⁹⁹ En detalle, para SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. *Introducción al Derecho social comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1986, pág. 71: “En cuanto al contenido de la libre circulación, hay que señalar en primer lugar, que esta supone el derecho de entrada y residencia

A la vista de este panorama de posiciones enfrentadas, el Tribunal de Justicia europeo se ha visto compelido a elaborar una jurisprudencia exegética propia para zanjar la polémica. De tal modo, falla a favor de la inclusión no sólo del derecho a responder a ofertas efectivas de empleo, sino también del derecho de buscar empleo. Recopilando las soluciones aportadas por resoluciones judiciales anteriores¹⁰⁰, y entre otras, la STJCE de 26 de febrero de 1991, asunto C 292/89 “Antonissen”¹⁰¹, confirma en su punto 13 que “el apartado 3 del artículo 48¹⁰² debe ser interpretado en el sentido de que enuncia con carácter no limitativo determinados derechos de que gozan los nacionales de los Estados miembros en el marco de la libre circulación de los trabajadores y de que esta libertad implica asimismo el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y residir en ellos con objeto de buscar empleo”. En definitiva, el concepto de trabajador beneficiario de esta libertad de circulación comprende a cualquier nacional comunitario que se desplace a otro Estado miembro de la UE para conseguir un puesto de trabajo contando o no con una oferta laboral concreta¹⁰³.

Sin embargo, a la vista de todo lo dicho, se constata cómo la libre circulación de trabajadores en la UE y, principalmente, su derecho instrumental de

para responder a una oferta efectiva de empleo y no el derecho a circular para buscar empleo, según el art. 48.3.b del TCEE. Sin embargo, una aplicación estricta de esta iría, si no en contra de la letra, sí contra el espíritu del Tratado”.

¹⁰⁰ Véanse, además de las citadas en el propio texto de la sentencia, las SSTJCE de 8 de abril de 1976, asunto 48/75 “Royer” (Recop. Jurisp. 1976, pág. 497); de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81 “Levin” (Recop. Jurisp. 1982, pág. 1035); y de 18 de mayo de 1982, asuntos acumulados 115 y 116/81 “Adoui y Cornuaille” (Recop. Jurisp. 1982, pág. 1665).

¹⁰¹ Recop. Jurisp. 1991, pág. I-745.

¹⁰² En referencia a la versión original de este precepto en el TCE.

¹⁰³ Resulta muy interesante en este punto el estudio de GÓMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. T. “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 38.

desplazamiento en el territorio de los Estados miembros, no se predicen de aquellos trabajadores que, encontrándose efectivamente prestando servicios para un empresario en territorio comunitario, se ven inmersos en una situación de movilidad geográfica hacia otro Estado miembro aún bajo la organización productiva del mismo empleador. Puede ser, entonces, que si existe una previsión jurídica en el Derecho originario para actuar dicho desplazamiento se encuentre instrumentalizada en sede de otra libertad comunitaria. Procedamos a analizar, pues, el contenido del derecho o libertad de establecimiento¹⁰⁴.

Anticipamos que el intento, también en esta ocasión, resulta infructuoso. La libertad de establecimiento, tal y como se encuentra reconocida en el Derecho originario, “se refiere al acceso y ejercicio de actividades no asalariadas, incluyendo la constitución y gestión de empresas, cuando ello implica la instalación estable en un Estado miembro”¹⁰⁵ principalmente a través del establecimiento de empresas o de sucursales o filiales de empresas. Se predica exclusivamente, por tanto, de los trabajadores por cuenta propia o profesionales autónomos, supuesto diametralmente opuesto al de aquéllos que prestan servicios por cuenta ajena y que son sujeto de

¹⁰⁴ Lo hacemos a partir de lo dispuesto en el art. 49 del TFUE: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

¹⁰⁵ Así lo entiende ORTIZ LALLANA, M. C. “Libertad de establecimiento y empresas multinacionales”, *op. cit.*, pág. 130.

estudio en nuestra investigación. Así pues, tendremos que pasar, por último, a examinar el ámbito subjetivo de la libre prestación de servicios¹⁰⁶.

Por efecto de la libertad comunitaria de prestación de servicios, el nacional comunitario está facultado para prestar servicios aunque “sin instalación en otro país”¹⁰⁷. Además, cualquier empresa situada en un Estado miembro puede asimismo instalarse en otro Estado miembro y destinar a ese nuevo centro de trabajo a empleados propios contratados y en plantilla. En otras palabras –las de DURÁN LÓPEZ- “amparada en la libertad de prestación de servicios, una empresa de un país comunitario puede desarrollar sus actividades en otro país distinto, y ello puede suponer que trabajadores a su servicio de desplacen, para trabajar, a este otro país”¹⁰⁸.

Consiguientemente, podríamos aceptar en este mismo momento que la movilidad externa es un derecho instrumental de la libre prestación de servicios. Sin embargo, esta conclusión no resulta satisfactoria desde el momento en que se examina dicha libertad circulatoria comunitaria. En este sentido, la libre prestación de servicios está destinada, propiamente y en última instancia, a facilitar la expansión supranacional a la par que intracomunitaria de las empresas –lo cual comunica directamente con el tema de la descentralización productiva- y no a

¹⁰⁶ En este caso, el art. 56 del TFUE establece que “en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión”.

¹⁰⁷ Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. “Libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la Comunidad Económica Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 33, vol. 3, 1989, pág. 431.

¹⁰⁸ Compartimos, por tanto, esta aseveración de DURÁN LÓPEZ, F. *Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley, Madrid, 1986, pág. 27.

proporcionar cobertura jurídica a los trabajadores desplazados como consecuencia de esa expansión.

Por tanto, si el desplazamiento de trabajadores vinculados contractualmente con un cierto empresario no encuentra fácil acomodo ni en la libre circulación de trabajadores, ni en la libertad de establecimiento, ni en la libre prestación de servicios, podríamos concluir que tales empleados desplazados se encuentran desamparados en el ámbito de aplicación de las libertades comunitarias¹⁰⁹. Ahora bien, consideramos que no se debe abandonar esta tarea porque existen efectivamente otras posibilidades ciertas de insertarlos en este pilar clave de la política socio-económica comunitaria.

Una ya la hemos apuntado; consistiría en relacionarlo con la libertad de prestación de servicios como derecho instrumental. En este sentido, habría que reformular el significado y alcance que se le ha venido dando hasta ahora para extender su ámbito de aplicación, también, a las situaciones de destacamento externo de trabajadores como forma de expresión de la “movilidad *en el empleo*” en el ámbito de las acciones de expansión internacional de las empresas en el ámbito comunitario.

Otra alternativa pasaría por incluirlo en la libre circulación de trabajadores. El razonamiento pasaría por predicar esta libertad no sólo de aquéllos ciudadanos

¹⁰⁹ La Comunicación sobre la “Dimensión social del mercado interior”, transcrita y comentada monográficamente por MULAS GARCÍA, A. “La dimensión social del mercado interior CEE”, *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988, págs. 131-154, ya expresaba esta preocupación: “Por lo que respecta a la construcción del mercado interior, la política social ha de contribuir, sobre todo, a completar “un gran mercado de trabajo”, eliminando las barreras que todavía limitan el ejercicio efectivo de dos libertades fundamentales de la Comunidad, la de circulación y la de establecimiento. Debe asumir, asimismo, la tarea positiva de facilitar e impulsar aquellas otras formas de movilidad laboral intraeuropea que pueden contribuir a los objetivos de incrementar la capacidad científica y tecnológica de la Comunidad y desarrollar empresas más eficientes y competitivas de ámbito europeo”.

comunitarios que se desplazan a otro Estado miembro para conseguir un empleo en las condiciones que hemos adelantado –y que podrían denominarse “trabajadores en potencia”- sino también de aquéllos que, estando ya vinculados por una relación laboral preexistente en un país comunitario, son desplazados a otro dentro del espacio europeo –y que son los verdaderos trabajadores en términos puramente técnico-jurídicos-. Se trataría, en definitiva, de maximizar el concepto de trabajador en el ámbito de esta libertad comunitaria de circulación¹¹⁰.

Una tercera opción consistiría en poner en conexión las dos libertades de circulación anteriormente descritas –a saber, la de trabajadores y la de prestación de servicios-. Esta operación, en principio, es la que opera en el marco de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹¹¹ la cual parece arbitrar una solución híbrida en su articulado para conciliar la actuación de ambas libertades¹¹². En concreto, diseña un régimen jurídico de protección y tratamiento igual tanto para empleadores como para trabajadores¹¹³ a través del establecimiento de un núcleo duro de disposiciones

¹¹⁰ Rechaza esta posibilidad ZUFIAUR NARVAIZA, J. M. “La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2006, pág. 1237: “El desplazamiento no se sitúa por lo tanto en el marco de la libre circulación de los trabajadores. El trabajador desplazado mantiene un vínculo orgánico con su empresa, de tal manera que su desplazamiento no se realiza mediante una operación de puesta a disposición laboral o de una contratación con la empresa a la que va a prestar sus servicios”.

¹¹¹ DOUE de 21 de enero de 1997, núm. L 18 (en adelante, Directiva 96/71).

¹¹² Así se enuncia en su considerando 1: “con arreglo a la letra c) del artículo 3 del Tratado, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios constituye uno de los objetivos de la Comunidad”.

¹¹³ Ello no obstante, la aplicación e interpretación que viene haciendo de esta Directiva el TJCE pone en duda que realmente sea así. A este respecto, véase *infra* Parte III, Capítulo Segundo, punto 4.3, y Capítulo Tercero, punto 2.3.

mínimas, las cuales pueden ser ulteriormente mejoradas por los Estados en la legislación nacional de transposición¹¹⁴.

La cuarta y última posibilidad que cabría barajar es, a nuestro juicio, la más acertada porque en su seno late una nueva visión de las libertades comunitarias y, por extensión, de todo el ordenamiento jurídico de la Unión. Se trata de encuadrar la movilidad internacional en las tres libertades descritas a través de su combinación, consiguiendo así la “interacción de las tres libertades entrecruzadas”¹¹⁵ –más allá de la combinación de tan solo dos libertades, como hemos visto que ocurre en la Directiva 96/71-¹¹⁶.

En este sentido, y dado que los nuevos fenómenos de movilidad geográfica internacional suponen, aunque no solamente, alteraciones locativas en una relación de prestación de servicios previamente establecida y concertada entre trabajador y empresario, todas las libertades comunitarias de circulación referidas se ven directamente afectadas. De hecho, la combinación o interacción de las tres libertades –la de circulación de trabajadores, la de establecimiento y la de prestación de servicios- da como resultado la extensión o expansión de sus respectivos ámbitos de aplicación, acogiendo y, sin duda, favoreciendo las nuevas formas de trabajo

¹¹⁴ Para un estudio exhaustivo de esta opción, véase MEYER, F. “La libre circulation des travailleurs et libre prestation de services. A propos de la directive ‘détachement du travailleur’”, en AA.VV. (Dir. KAUFMANN, O., KESSLER, F. y BARON VON MAYDELL, B.) *Arbeits- und Sozialrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten/Droit Social et situations transfrontalières*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Alemania), 1998, págs. 37-52.

¹¹⁵ Es una expresión de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, op. cit., pág. 376.

¹¹⁶ Ampliamente, CASAS BAAMONDE, M. E. “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en AA.VV. *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, págs. 88 y ss.

transnacional en el ámbito de la UE. La actividad normativa y jurisprudencial generada en torno a supuestos de trabajo temporal en el extranjero dentro del espacio comunitario –cuyo análisis tiene un importante peso específico en nuestra investigación- así lo evidencia¹¹⁷.

En definitiva, la puesta en práctica de fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores en dicho ámbito supone la renovación, reformulación y replanteamiento de las relaciones laborales comunitarias y, por consiguiente, de las libertades implicadas en las mismas. El destacamento al extranjero del trabajador se hace dentro de un contexto específico de relaciones de trabajo, por cuenta de una concreta empresa y en el ámbito de un contrato en ejecución, por oposición a otros supuestos –sobre todo, fenómenos migratorios en sentido amplio- en los que no existe aún vínculo alguno o éste no está perfeccionado. En estos casos, recordemos, a lo sumo entraría en juego la libre prestación de servicios, lo cual marca una diferencia notable con las libertades implicadas en la movilidad geográfica de trabajadores en el ámbito comunitario¹¹⁸.

¹¹⁷ Véanse, principalmente, *infra* Parte II, punto 5.2.1.B) –sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional como supuesto específico y diferenciado de movilidad geográfica internacional- e *infra* Parte III, Capítulo Primero, punto 3.3 –sobre el foro especial de la Directiva 96/71 para la determinación de la competencia judicial internacional en este ámbito-, Capítulo Segundo, punto 4.3 –sobre el desarrollo, también en la Directiva 96/71, del sistema corrector del Derecho aplicable dispuesto en el Convenio de Roma-, Capítulo Tercero, punto 2.3 –sobre los límites impuestos por dicha Directiva a la aplicación de la negociación colectiva del país de destino- y 3.1.2 –sobre la articulación, en la misma Directiva- de los Derechos del país de origen y de destino-.

¹¹⁸ Coincidimos, en definitiva, con la afirmación de GÓMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. T. “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 31-32: “El ejercicio de la libertad de circulación de trabajadores es prácticamente indisoluble hoy de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios de las empresas en las que ellos trabajan. Superada la época en la que los trabajadores salían de sus Estados de origen a la búsqueda de empleo en las regiones europeas de mayor concentración de riqueza, hoy se produce un fenómeno creciente de libre circulación de asalariados en el marco de la prestación de servicios de sus empresas, obligadas a competir en un mercado único europeo global y deslocalizado. De ahí el interés de analizar estas tres libertades en un contexto de interacción”.

PARTE II

EL CONCEPTO DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. La movilidad geográfica internacional de trabajadores: una manifestación de movilidad transnacional del empleo

La movilidad geográfica internacional de trabajadores es un nuevo concepto de creciente utilización en el que cabe agrupar un conjunto de situaciones caracterizadas por la aparición de determinados elementos de extranjería en el transcurso de la ejecución de una prestación de servicios¹¹⁹. Se trata, por tanto, de un supuesto de trabajo transnacional en el que hay una “movilidad *en* el empleo”, es decir, de un caso en el que se produce una alteración temporal en la localización física de la actividad laboral. Por oposición, la “movilidad *para* el empleo”, como segundo tipo de trabajo transnacional, no supone el cambio geográfico de un trabajador como consecuencia de la reubicación de la prestación de servicios, sino que la persona se mueve con el objetivo de conseguir emplearse¹²⁰.

En tanto en cuanto la movilidad geográfica internacional de trabajadores es una manifestación de la movilidad transnacional, entendemos que no resulta adecuado considerar ambos conceptos como sinónimos. En efecto, la movilidad transnacional del trabajo tiene un significado y alcance más amplios que la movilidad geográfica internacional¹²¹. La movilidad transnacional supone toda

¹¹⁹ Entre otros, utilizan la expresión “movilidad geográfica internacional” DE JUAN JUAN, A. “Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 4, 2003, pág. 1; y AA.VV. (Dir. PIN, J. R.) *Libro blanco sobre las mejores prácticas en movilidad geográfica nacional e internacional de trabajadores*, op. cit.

¹²⁰ Así lo ponen de manifiesto MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002, pág. 2, cuando consideran que la “movilidad *para* el empleo” y la “movilidad *en* el empleo” son dos “tipos de movilidad transnacional”.

¹²¹ GARCÍA-PERROTE, I. “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008, págs. 313-324, utiliza la expresión “movilidad transnacional *de empleados*” (la cursiva es propia) para hacer referencia a estos supuestos de trabajo temporal en el extranjero.

forma de trabajo en el exterior, incluidos los traslados definitivos de trabajadores y los flujos migratorios de salida o migraciones¹²², mientras que la movilidad geográfica internacional de trabajadores comprende aquellas situaciones en las que un trabajador presta temporalmente servicios en un país –el “de destino” o “huésped”– en el marco de una relación laboral concertada y desarrollada en otro país –el “de origen”–¹²³.

Conviene poner de manifiesto que el concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores no es, *sensu stricto*, un concepto legal; de hecho, ni siquiera está arraigado en la ciencia jurídica. En efecto, no consta texto normativo alguno que contenga referencias al respecto, como tampoco hay unanimidad en el uso de este término a la hora de denominar las distintas situaciones que implican la ejecución temporal de la prestación de servicios en el extranjero.

De hecho, cuando se trata del tema que nos ocupa se emplean diferentes expresiones, tales como movilidad geográfica, movilidad transnacional, movilidad externa, desplazamiento, expatriación, destacamento, asignación internacional, trabajo en el extranjero e, incluso, migración. Todas ellas, a nuestro entender, son denominaciones impropias para hacer referencia a los supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero¹²⁴. Por el contrario, consideramos que la voz

¹²² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1993, pág. 383, observan que la “movilidad internacional de mano de obra que es ciertamente distinta a la movilidad tradicional que suponían los fenómenos migratorios”.

¹²³ Tales fenómenos se analizan pormenorizadamente en el apartado dedicado a la distinción de figuras afines y supuestos excluidos en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores (véase *infra* punto 5).

¹²⁴ GONZÁLEZ RENDÓN, M., CALVO GALLEGOS, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “La nueva inmigración: desplazamientos transnacionales de trabajadores por empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (Dir. ABAD MONTES, F. y DELGADO PADIAL, A.) *Inmigración y relaciones laborales*, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Granada, 2001, págs. 291-316,

“movilidad geográfica internacional de trabajadores” es válida para englobar tales situaciones por ser suficientemente descriptiva de la idea que las inspira y por su utilidad para evitar confusiones con otras instituciones de naturaleza jurídica similar¹²⁵.

El hecho de que no exista un concepto único y generalizado para englobar las distintas situaciones en las que se puede encontrar un trabajador que pasa de prestar servicios en un país a hacerlo en otro dentro de una misma relación contractual responde –entendemos- a las siguientes razones.

Por una parte, la prestación temporal de servicios en el extranjero una vez la actividad laboral se ha concertado y comenzado a desarrollar en un país es un fenómeno que no ha tenido un verdadero predicamento hasta fechas relativamente recientes. Hasta entonces, las experiencias de trabajo transnacional habían estado copadas por los movimientos migratorios puros de emigración-inmigración, es decir, por el traslado de país “para ocupar un empleo”¹²⁶. En otras palabras, las

lo estudian como un *tertium genus* entre la movilidad geográfica tradicional y los movimientos migratorios.

¹²⁵ En el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, interesa especialmente el análisis de las diferencias entre la movilidad geográfica internacional de trabajadores y los supuestos de desplazamiento y traslado que, bajo la rúbrica “movilidad geográfica”, se regulan en el art. 40 del ET (véase *infra* punto 2, así como Parte IV, Capítulo Primero, punto 2).

¹²⁶ En estos términos se pronuncia el art. 11 del Convenio núm. 97 de la OIT, de 1 de julio de 1949, relativo a los trabajadores migrantes (revisado) (ratificado por España el 21 de marzo de 1967).

Por su parte, GALIANA MORENO, J. M. *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, Instituto Español de Emigración, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, págs. 17 y ss., entiende que “«emigrar», en sentido amplio, indica un cambio de residencia que puede ser o no permanente y que normalmente presupone la concurrencia de circunstancias existenciales «críticas» (...) tanto los desplazamientos internacionales de población como los producidos dentro del propio país”. Ahora bien –añade- “en su acepción más técnica y precisa, la voz «emigración» y sus derivados se concretan a la determinación de un tipo específico de desplazamiento internacional de personas: el ocasionado por motivos laborales. (...) La emigración así concebida puede definirse, en

migraciones laborales hacen referencia a los movimientos de personas de un territorio nacional a otro en busca de empleo o para iniciar una relación laboral¹²⁷ – los “trabajadores en potencia”-¹²⁸.

Paulatinamente, sin embargo, los fenómenos migratorios laborales coexisten, en mayor o menor medida, con otras situaciones de movilidad transnacional que, en este caso, suponen ejecutar temporalmente en un país una relación de trabajo previamente constituida y desarrollada en otro Estado. La puesta en práctica de una u otra experiencia está en función de la perspectiva que se adopte; sobre todo, desde el punto de vista del ámbito geográfico en el que nos situemos – países desarrollados *versus* países en vías de desarrollo, espacios integrados *versus* economías nacionales-, de las características de los distintos mercados de trabajo – abiertos o cerrados, dinámicos o estancados, con oportunidades de empleo o sin ellas- y de la idiosincrasia de las personas involucradas en los mismos – nacionalidad, formación, cualificación-¹²⁹.

síntesis, como la acción de abandono del país de origen para trasladarse al extranjero con ánimo de trabajo”.

¹²⁷ GALIANA MORENO, J. M. “Emigración”, en AA.VV. (Dir. MONTOYA MELGAR, A.) *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2708, entiende por emigración “la acción de abandono del país de origen para trasladarse al extranjero con ánimo de trabajo”.

¹²⁸ Aunque se encuentra actualmente derogada, valga como ejemplo la definición que se da en el art. 2 de la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración (BOE de 23 de julio de 1971, núm. 175) (en adelante, Ley 33/1971), que distingue entre emigración permanente, temporal, de temporada y fronteriza (véase *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 3).

¹²⁹ No es lo mismo hablar de movimientos de personas y de trabajadores, por ejemplo, desde países sudamericanos o del continente africano que desde la Unión Europea (en adelante, UE) o los Estados Unidos de Norteamérica. Valgan como muestra los resultados del *Eurobarometer 64.1 on geographical and labour market mobility: “Europeans and mobility: first results os an EU-wide survey”*, TNS Opinion & Social, 2005 (versiones electrónicas reducida y extendida disponibles, respectivamente, en http://ec.europa.eu/employment_social/workersmobility_2006/uploaded_files/documents/FIRST%20RESULTS_Web%20version_06.02.06.pdf y en http://www.pro-qualifizierung.de/data/dublin_f_ef0659en.pdf), de acuerdo con los cuales, en resumen, uno de cada

Por otra parte, las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional han tenido una presencia práctica francamente residual hasta fechas relativamente recientes. La cuestión es que han afectado tradicionalmente a los empleados con mayores responsabilidades en sus empresas de origen, como lo son aquéllos que ocupan puestos de administración o de dirección. No obstante, junto con ellos, modernamente también los trabajadores que tienen otras funciones en la organización productiva son destinados al extranjero por su empresa para seguir desarrollando allí su prestación de servicios, tales como los trabajadores de cuadros o en puestos intermedios o, en general y en la terminología clásica, los trabajadores manuales o de cuello azul¹³⁰.

En tercer lugar, entendemos que la inexistencia de un concepto omnicomprendivo de las situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero también se debe a que la actividad normativa que se ha generado por el desarrollo creciente de estas experiencias no ha ofrecido un tratamiento general y homogéneo de las mismas. Ciñéndonos al tema que nos ocupa, las principales disposiciones que las regulan basculan entre dos posturas. Por un lado, hay textos que directamente no utilizan concepto alguno porque se limitan a describir las distintas situaciones particulares en que se pueden manifestar dichos movimientos¹³¹. Por otro lado, existen normas que, si bien utilizan una expresión

tres europeos ha dado el paso de trasladarse fuera de su región de origen al menos una vez en el pasado, si bien la gran mayoría de los ciudadanos europeos (70%) no tiene intención de trasladarse en el futuro.

¹³⁰ De nuevo, el *Eurobarometer 64.1 on geographical and labour market mobility, op. cit.*, ofrece resultados elocuentes a este respecto en tanto en cuanto reconoce que, si bien no hay diferencias significativas respecto al género, sí cabe encontrarlas respecto al nivel de formación, pues identifica que la movilidad es más frecuente entre los empleados con mayor nivel de formación.

¹³¹ Aunque el estudio del marco normativo de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el ordenamiento jurídico español se aborda más adelante (véase *infra* Parte IV, Capítulo Primero)- citamos en este momento el ejemplo del trabajo de los cooperantes, entendido como el que llevan a cabo las personas físicas que participan en la ejecución, sobre el terreno, de un determinado instrumento de cooperación internacional para el desarrollo o de ayuda humanitaria en

determinada bajo el cual las subsumen¹³², limitan, sin embargo, su ámbito de aplicación. Dichas circunstancias, junto con la aparición progresiva de nuevas prácticas de movilidad geográfica internacional de trabajadores, dificultan la obtención de un concepto unívoco con el que hacer referencia a la situación en la que se encuentra el trabajador contratado en un Estado que presta servicios temporalmente en el extranjero.

Las consecuencias de esta indeterminación también se detectan tanto en la doctrina¹³³ como en la jurisprudencia¹³⁴, pues en ninguno de estos dos referentes se ha adoptado una denominación exclusiva y diferenciada. De hecho, la circunstancia más habitual –y natural, por otra parte– es que en ambos foros se reproduzcan recíproca y bidireccionalmente las mismas expresiones que se emplean en la

cualquiera de sus fases, en un país o territorio beneficiario de la política de ayuda al desarrollo, como parte de la acción exterior del Estado y bajo una relación jurídica con una persona o entidad promotora de la cooperación para el desarrollo o la acción humanitaria (véase *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 4.3).

¹³² El caso más significativo es el de la normativa comunitaria, pues emplea la expresión “desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios” (véase *infra* punto 5.2.1.B).

¹³³ En el seno de la doctrina existe una amplia variabilidad aunque, por lo general, se usan los términos desplazamiento de trabajadores o movilidad transnacional. Aunque haremos referencias sucesivas a los distintos estudios que se ocupan de la materia de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, véanse, entre otros y respectivamente, los trabajos monográficos de AA.VV. (Dir. DÍAZ-GÁLVEZ, J., ÁLVAREZ NOVOA, M. y PÉREZ FONTES, C.) *El desplazamiento de trabajadores al extranjero. Su régimen jurídico, laboral y fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2000, y de MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas, op. cit.*

¹³⁴ La observación de las resoluciones judiciales que han recaído en asuntos con estas características muestra cómo en esta sede se prefiere, por lo general, emplear las expresiones “trabajo en el extranjero”, “prestación de servicios en el exterior” o similares. Entre otras, véase íntegramente la STS (Sala de lo Social) de 24 de enero de 1983 (Ref. Ar. RJ 1983\116), así como las SSTs (Sala de lo Social) de 17 de diciembre de 1993 (Ref. Ar. RJ 1993\9963), F.D. primero; de 28 de junio de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\5498), F.D. segundo; y de 12 de diciembre de 1996 (Ref. Ar. RJ 1996\9647), F.D. cuarto.

normativa que sirve de base a los respectivos análisis científicos o resoluciones judiciales sobre el particular.

Todo lo dicho se acentúa si examinamos –como se hace más adelante- las distintas referencias y manifestaciones de esta institución desde la perspectiva del Derecho comparado¹³⁵.

No obstante, la aparición y desarrollo en la práctica empresarial de nuevas formas de movilidad geográfica –junto con los de otros factores que han sido ya comentados¹³⁶- han propiciado una creciente preocupación del legislador, así como de la doctrina de autores y tribunales, por configurar un régimen jurídico adecuado a las mismas. Con ello se consigue, principalmente, evitar la aplicación de disposiciones impropias a estos supuestos de trabajo temporal en el extranjero y clarificar las reglas correspondientes a cada situación, evitando así la desnaturalización de los regímenes jurídicos preexistentes y adecuando el ordenamiento jurídico a la evolución de las relaciones laborales.

En este orden de cosas, se puede apreciar cómo las experiencias de movilidad geográfica internacional van en aumento, sobre todo en la órbita de la UE. En este caso concreto, los llamados “desplazamientos de trabajadores” se ven muy favorecidos por el nuevo panorama económico mundial y regional y, en particular, desde la consagración de las libertades comunitarias de prestación de

¹³⁵ Por ahora, valgan como ejemplos los de *détachement*, *expatriation*, *mise en disposition internationale* en Derecho francés, o *distacco* en Derecho italiano (véase *infra* punto 5).

¹³⁶ Básicamente, se trata –recuérdese- de la globalización económica y de las alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva –donde se incluyen los grupos multinacionales de empresa, las “nuevas” empresas de trabajo temporal y las empresas destinatarias de una prestación de servicios-, junto con otras motivaciones empresariales para hacer circular internacionalmente a trabajadores propios y aspectos sociológico-demográficos de la prestación internacional de servicios laborales (véase *supra* Parte I).

servicios y de circulación de personas en el ámbito comunitario¹³⁷. En este escenario, los trabajadores contratados que son destinados al extranjero por sus empresas no sólo se encuentran presentes sino cada vez más visibles.

2. La movilidad geográfica internacional de trabajadores como supuesto diferenciado de movilidad geográfica

Es preciso advertir que el uso de la expresión “movilidad geográfica internacional de trabajadores” no implica la asunción del concepto jurídico-laboral positivo de movilidad geográfica de trabajadores, sino que es, más bien, una utilización general o extensiva de dicho vocablo¹³⁸. La similitud de ambos términos, por tanto, no debe conducir a adjudicar automáticamente a la movilidad geográfica internacional de trabajadores ni la caracterización técnico-jurídica ni el régimen jurídico de la movilidad geográfica como se encuentra regulada en el art. 40 del ET¹³⁹. Las experiencias de trabajo temporal en el extranjero, a nuestro entender, difieren sensiblemente de los supuestos estatutarios de desplazamiento y traslado¹⁴⁰.

En efecto, el elenco de situaciones en las que puede hallarse el trabajador sujeto a una movilidad geográfica no se agota en el texto de la norma estatutaria, circunstancia que se reproduce prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos

¹³⁷ Véase *supra* Parte I, punto 6.

¹³⁸ Y es que, de acuerdo con ALEMÁN PÁEZ, F. *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 50, “la movilidad geográfica es una expresión de uso común cuya proximidad tropieza con cualquier intento de delimitación teórico-conceptual. De hecho, se trata de un término omnicomprendivo tras el que subyace una realidad muy versátil a efectos definitorios”.

¹³⁹ En referencia al Real Decreto Legislativo (en adelante, RDLeg) 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 29 de marzo de 1995, núm. 75).

¹⁴⁰ Véase también *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 2.2.

de nuestro entorno europeo¹⁴¹. Ello no obstante, las situaciones que han merecido un tratamiento más profuso en nuestro ámbito, tanto a nivel normativo como judicial y doctrinal, han sido las tradicionales del desplazamiento y del traslado. Mientras tanto, otras formas de movilidad geográfica –sobre todo aquéllas que se manifiestan a nivel externo- se han visto, en líneas generales, bastante desatendidas¹⁴².

La cuestión es que a la hora de aproximarnos al concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores cabe hacerlo desde una doble perspectiva: una, estricta o legal, derivada de la interpretación del art. 40 del ET; la otra, amplia o doctrinal, más allá de su configuración en dicho precepto.

En el primer caso, la movilidad geográfica se entiende como la “facultad empresarial para modificar el lugar de la prestación cambiando al trabajador, bajo determinadas condiciones, de un centro a otro situado en una localidad distinta de su domicilio habitual, alterando su residencia de forma provisional (desplazamientos) o estable o definitiva (traslados)”¹⁴³.

¹⁴¹ Si bien esta cuestión se aborda más adelante (véase *infra* punto 5) avanzamos que las referencias más significativas se localizan en los Derechos inglés, italiano, alemán, belga, austriaco, húngaro, albanés, checoslovaco y, sobre todo, francés.

¹⁴² Sin embargo, últimamente se está prestando una mayor atención a estas cuestiones como consecuencia, entre otros factores, de los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, por efecto de las alteraciones experimentadas en las formas de organización del trabajo producidas o ampliadas por las exigencias del mercado. Aunque en relación con el sistema jurídico italiano, se abordan estas cuestiones en DESSÌ, O. “Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2005, págs. 271-294.

¹⁴³ En ALEMÁN PÁEZ, F. *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, *op. cit.*, pág. 51.

En sentido similar, CORTE HEREDERO, N. *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, pág. 70, la define como “cambio forzoso –temporal o definitivo- del trabajador, a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que conlleva su

Se pueden plantear, sin embargo, otras definiciones alternativas a esta perspectiva estricta o legal que permiten ofrecer un entendimiento más amplio del concepto de movilidad geográfica. Así, cabe utilizar este vocablo para agrupar toda suerte de supuestos que traen consigo variaciones geográficas de distinta naturaleza e intensidad tanto de una persona como de un trabajador o de su actividad. En concreto, se integran en esta definición de movilidad geográfica tanto los flujos migratorios tradicionales –internos o externos– como los casos de transferencia controlada de fuerza de trabajo en el interior de empresas o de sectores determinados¹⁴⁴. Se trataría, en suma, de “todo cambio a un lugar de trabajo locativamente distinto del habitual”¹⁴⁵. En nuestra opinión, sin embargo, el concepto de movilidad geográfica, aún siendo más amplio que el que tradicionalmente se delimita en nuestro sistema normativo laboral, no admite tal extensión desde un punto de vista técnico-jurídico.

Podemos confirmar, en este sentido, que en no pocas ocasiones se habla de movilidad geográfica de manera impropia, tanto por exceso como por defecto. Por exceso cuando se califica como movilidad geográfica cualquier situación que supone circulación o movimiento físico de una persona o de un trabajador hacia otro lugar distinto del que ocupaba hasta ese momento, al margen de cualquier otra

cambio de residencia, y que está justificado en razones económicas, técnicas, organizativas o productivas de la propia empresa”.

¹⁴⁴ Véase BERROCAL, L. “Movilidad y flexibilidad del mercado de trabajo en Europa. Elementos introductorios para la problemática de la adaptación”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1986, pág. 1300.

¹⁴⁵ Ésta es la noción amplia o genérica para ALEMÁN PÁEZ, F. *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, op. cit., pág. 50, mientras que para CORTE HEREDERO, N. *La movilidad geográfica de los trabajadores*, op. cit., pág. 69: “todas aquellas modificaciones que sufre la determinación o fijación inicial del lugar donde el trabajador se ve obligado a trabajar, y que implican su cambio de residencia, independientemente de la fuente de la que proceda la decisión de llevar a cabo las mencionadas modificaciones, o de las causas en las que aquélla se base”.

consideración jurídica material o procedimental¹⁴⁶. Por defecto cuando sólo se entienden como movilidad geográfica los supuestos típicos que se regulan en el ordenamiento jurídico vigente, sin tomar en consideración otras manifestaciones en las que se reproducen los mismos elementos que la configuran¹⁴⁷.

Dada la complejidad que presenta la determinación de un concepto unívoco de movilidad geográfica, nos inclinamos por entender la movilidad geográfica internacional de trabajadores como un supuesto particular de modificación obligacional, entendida ésta en el sentido en que lo hace CRUZ VILLALÓN cuando afirma que “dos son los elementos que definen la esencia de la modificación obligacional: la idea de alteración, variación, cambio, transformación, mutación, etc. (...) (y) la permanencia del vínculo existente entre ambas partes”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Un ejemplo en este sentido –acerca del entendimiento amplio de la figura de la movilidad geográfica- se encuentra en SALA FRANCO, T. “La movilidad geográfica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 99: “El art. 40 ET se autotitula «movilidad geográfica». Y por movilidad geográfica del trabajador hay que entender el cambio a un lugar de trabajo distinto del habitual, entendiendo por lugar de trabajo tanto el puesto de trabajo como el centro de trabajo donde se realiza la actividad laboral”.

¹⁴⁷ Ésta es una postura que respaldan numerosos trabajos entre los que citamos los de ROJAS RIVERO, G. *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 28; y GARCÍA MURCIA, J. *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 18.

¹⁴⁸ El primer elemento supone que “en virtud de cualquier modificación el contenido o las circunstancias del cumplimiento de las obligaciones de las partes no son los mismos que en el momento de la constitución (pues) toda modificación implica alteración de los términos contractualmente pactados en el momento inicial (es decir) el deudor, como consecuencia del cambio, se encuentra vinculado al cumplimiento de otra obligación o a la realización de la misma pero en circunstancias o condiciones diversas”. Por su parte, el segundo elemento precisa que la modificación “es siempre una alteración parcial que no afecta a la existencia misma del ente modificado (de ahí que) tras el cambio, se pueda constatar una identidad de esencia entre lo anterior y lo actual (ya que) el cambio no puede ser de tal entidad que exista una solución de continuidad, que se haya producido una ruptura definitiva de la relación obligacional”. Véase, *in extenso*, CRUZ VILLALÓN, J. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983, págs. 22 y ss.

En efecto, entendemos que en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero se reproduce, *mutatis mutandis*, el esquema de las modificaciones obligacionales. Por una parte, implican una alteración, al menos, del lugar de la prestación de servicios¹⁴⁹, si no de otras condiciones de trabajo y de vida del trabajador afectado. Por otra parte, no admiten la ruptura del vínculo contractual de origen, ya que se fundamenta sobre la base de que la relación jurídico-laboral debe permanecer a pesar del fenómeno traslativo¹⁵⁰.

3. Movilidad geográfica internacional de trabajadores y contrato internacional de trabajo

Es un hecho que los trabajadores destinados por sus empresas al extranjero no se encuentran en una situación homogénea. En efecto, no existe una única institución bajo la que quepa subsumir las distintas situaciones posibles. De hecho, al menos la misma variedad casuística que se da a nivel interno se reproduce a nivel externo, lo cual provoca, al mismo tiempo, la diversidad y confusión de regímenes jurídicos aplicables¹⁵¹. Ahora bien, cabe hacer una generalización de las distintas

¹⁴⁹ Nótese que se evita hacer referencia expresa al concepto de centro de trabajo, prefiriendo hablar de lugar de trabajo como término omnicomprendivo de cualquier tipo de emplazamiento, en coincidencia con GARCÍA MURCIA, J. *Traslados y desplazamientos en la empresa*, op. cit., pág. 78; y SERRANO OLIVARES, R. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 75.

¹⁵⁰ Aunque se refiere particularmente al desplazamiento de trabajadores dentro del territorio comunitario, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, pág. 87, confirma este extremo cuando indica que “supone la vigencia de una relación de trabajo «extranjera» entre el trabajador y la empresa «desplazante» (...) requiere la unidad y subsistencia del contrato de trabajo originario”.

¹⁵¹ La doctrina francesa, por ejemplo, así lo reconoce. En concreto, TOMÉ, M., BAUDET, V. y MONVILLE, J. “Salariés français à l'étranger”, *Liaisons Sociales*, núm. especial, noviembre, 1997, pág. 8, indican que “la situation du salarié (français) envoyé à l'étranger peut prendre différentes formes. Il peut s'agir d'un détachement, d'une mise à disposition internationale, d'une mission à l'étranger, d'un transfert, d'une expatriation...”.

figuras que se suceden en este sentido al abrigo del concepto de contrato internacional de trabajo.

Conviene evidenciar, de entrada, que el concepto de contrato internacional de trabajo no se localiza en ninguna disposición normativa, sino que se trata de una construcción de origen doctrinal¹⁵². En este contexto, se entiende por contrato internacional de trabajo aquella relación que rige la actividad de un trabajador contratado que presta servicios en un país distinto al del origen de su relación laboral¹⁵³, o, de forma más sintética, el contrato de trabajo que contiene “elementos de tráfico externo”¹⁵⁴.

La movilidad geográfica internacional de trabajadores, en tanto que supuesto de contrato internacional de trabajo, supone, en efecto, la aparición de elementos no nacionales o de extranjería en el transcurso de la ejecución de la prestación de servicios¹⁵⁵. En concreto, en supuestos de trabajo temporal en el extranjero, la relación laboral incorpora tales elementos desde el momento en que el trabajador desarrolla su actividad en un país distinto al de prestación habitual de servicios. La relación de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional se convierte, por tanto, en una situación privada internacional.

¹⁵² Para un estudio detenido sobre esta institución, véase JACQUET, J-M. *Le contrat international*, 2ª ed., Dalloz, Paris (Francia), 1998.

¹⁵³ LYON-CAEN, A. y LYON-CAEN, G. *Droit social international et européen, op. cit.*, págs. 68 y ss., de acuerdo con la jurisprudencia francesa, entienden que el personal sujeto a un contrato de trabajo internacional se encuentra en la situación opuesta al personal sedentario o de contratación local.

¹⁵⁴ En GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 397.

¹⁵⁵ En AA.VV. (Dir. DE LA VILLEGUÉRIN, Y.) *Dictionnaire RF 2005 Social*, 24ª ed., Groupe Revue Fiduciaire, Paris (Francia), 2005, págs. 389 y ss., se identifican diferentes “*signes d'internationalisation*” de la relación de trabajo.

En relación con ello, es preciso advertir que las situaciones privadas internacionales, incluidos los supuestos de trabajo temporal en el extranjero, son situaciones de “conflicto móvil”¹⁵⁶. Quiere ello decir que la presencia de elementos de extranjería supone la vinculación de la relación contractual, al menos, con otro ordenamiento jurídico nacional, planteando, en consecuencia, dificultades de determinación de la competencia judicial internacional y del Derecho aplicable. Ello evidencia que el estudio del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero no puede hacer abstracción del análisis de las normas sobre el particular que dispone el Derecho Internacional Privado¹⁵⁷, pues en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, por efecto de dicha alteración locativa, entran en colisión, principalmente, los ordenamientos jurídicos del país de origen y de destino de la prestación temporal de servicios.

4. Elementos definatorios de la movilidad geográfica internacional de trabajadores

Establecidas las anteriores premisas, la movilidad geográfica internacional de trabajadores se constituye en una nueva institución que abarca toda una gama de situaciones diferentes que tienen en común los siguientes elementos definatorios.

En primer lugar, la movilidad geográfica internacional de trabajadores supone una modificación del lugar de prestación de servicios que pasa de localizarse dentro del territorio de un Estado a hacerlo fuera del mismo. Sin embargo, a diferencia de otros supuestos de movilidad geográfica –significadamente, los de

¹⁵⁶ Así se califica a las situaciones en las que la normativa que resulta aplicable a un concreto trabajador puede variar por razón de la localización geográfica del mismo, entre otros, en RODIÈRE, P. *La convention collective de travail en droit international: contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Université de Bourgogne, Bourgogne (Francia), 1987, pág. 89.

¹⁵⁷ Véase *infra* Parte III.

desplazamiento y traslado del art. 40 del ET- la movilidad geográfica internacional de trabajadores no se define, necesariamente, en función de que la alteración locativa suponga simultáneamente el cambio de residencia del trabajador a localidad distinta de la de su domicilio familiar. De esta forma, se evita que la identificación de la existencia de movilidad geográfica internacional de trabajadores quede sometida a la confusa redacción del art. 40 del ET respecto de los elementos necesarios para que haya cambio de residencia¹⁵⁸.

Es cierto que en la mayoría de ocasiones la modificación del lugar de trabajo va a traer consigo la del lugar de residencia, pero consideramos que esta circunstancia no puede ser un elemento que defina, *per se*, la movilidad geográfica internacional de trabajadores por dos motivos principales. En primer lugar, porque se trata de un elemento accesorio que depende de características particulares, como la distancia entre el domicilio del trabajador y el lugar donde quede ubicada la prestación de servicios¹⁵⁹ o la duración del episodio de movilidad geográfica. En segundo lugar, porque la exigencia de dicho cambio de domicilio está en función de

¹⁵⁸ HERRÁIZ MARTÍN, M. S. “Manifestaciones del poder de dirección en materia de movilidad geográfica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006”, *Tribuna Social*, núm. 206, 2008, pág. 62, entiende que “la ambigüedad que caracteriza a la redacción otorgada por el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 40, en cuanto a cuándo es preciso un cambio de residencia del trabajador para que se considere la alteración de centro de trabajo como movilidad geográfica, hace que tenga que considerarse cada caso de forma aislada, a no ser que el propio convenio colectivo sea el encargado de erradicar las dudas al respecto”.

¹⁵⁹ Nótese, en relación con ello, que la jurisprudencia ha establecido que la medición de la distancia del nuevo centro de trabajo ha de hacerse tomando como referencia el domicilio del trabajador. En particular, en el F.D. cuarto de la STSud (Sala de lo Social) de 26 de abril de 2006 (Ref. Ar. RJ 2006\3105) se expresa que “los perjuicios reales de la decisión empresarial habrían de tener en cuenta no la distancia existente entre ambos centros de trabajo, el antiguo y el nuevo, sino el incremento –en algunos casos inexistente- de distancia entre el lugar de residencia y la nueva ubicación laboral”.

Se puede consultar un análisis de esta resolución en HERRÁIZ MARTÍN, M. S. “Manifestaciones del poder de dirección en materia de movilidad geográfica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006”, *op. cit.*, págs. 59-67.

elementos objetivos pero también de los intereses particulares del trabajador y no de la conveniencia del mismo desde la perspectiva empresarial. En otras palabras, quien debe valorar y decidir la necesidad del cambio de residencia es la norma – autónoma o heterónoma- y, en su caso, el propio trabajador, mas no el empresario¹⁶⁰. Como observa SALA FRANCO, “el criterio del cambio de localidad debe ceder en favor del análisis individualizado de la situación planteada, atendiendo al criterio de si el cambio para el trabajador medio exige el cambio de domicilio, con independencia de que luego se produzca”¹⁶¹.

En segundo lugar, la movilidad geográfica internacional de trabajadores implica la modificación de otras condiciones de trabajo por las que se venía rigiendo la relación laboral. Además de la necesaria alteración del elemento locativo que debe producirse por definición, un cambio tal en el lugar de ejecución de la prestación de servicios afecta a otros extremos de la relación laboral, provocando mutaciones más o menos intensas en el contenido o las circunstancias de cumplimiento de las obligaciones de las partes. En ocasiones serán variaciones poco trascendentes en cuanto a su alcance y extensión, pero en otros casos pueden llegar a afectar de forma significativa a las condiciones de trabajo y empleo, tanto cualitativa

¹⁶⁰ En esta ocasión, ha sido la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de mayo de 1993 (Ref. Ar. AS 1993\2608), F.D. único, la que ha resuelto en este sentido al reconocer que la necesidad del cambio de domicilio surge tanto cuando resulta “materialmente imposible el traslado diario al nuevo puesto de trabajo, como cuando resulta extremadamente gravoso mantener la actual residencia y desplazarse diariamente a la localidad en donde radica el nuevo centro de trabajo”.

¹⁶¹ “De este modo, entrarían en el análisis elementos tales como el cambio de localidad del centro de trabajo, la lejanía del nuevo centro de trabajo del domicilio del trabajador, los medios de transporte facilitados por la empresa o las compensaciones que ofrezca la empresa en contrapartida al cambio”, según SALA FRANCO, T. “La movilidad geográfica”, *op. cit.*, pág. 101.

como cuantitativamente, así como a las circunstancias de vida del trabajador afectado¹⁶².

En tercer lugar, la delimitación del concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores requiere un último elemento que haga referencia al aspecto instrumental. En este sentido, es necesario que se mantenga el vínculo contractual entre el trabajador y la empresa, lo cual lo convierte en un fenómeno de flexibilidad interna de las relaciones laborales¹⁶³. En nuestra opinión, no se puede hablar de movilidad geográfica cuando la modificación se opera a través de instrumentos como la novación extintiva del contrato de trabajo, es decir, cuando por efecto de la modificación locativa no sólo se cambia el lugar de trabajo sino que se altera la propia relación contractual. Cuando un trabajador pasa de prestar servicios para un empresario a hacerlo para otro empresario, o incluso para el mismo pero sin que haya modificación de condiciones de trabajo, sino mediando la constitución de una nueva contratación, no cabe la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Según nuestro parecer, en estos supuestos se producen otros fenómenos que podemos calificar como movimientos de trabajadores, circulación de trabajadores o, incluso, migraciones, pero no son casos de

¹⁶² En este sentido, algunas experiencias de movilidad geográfica de trabajadores pueden afectar al tiempo de trabajo o a los salarios y demás devengos económicos (véase *infra* Parte IV, Capítulo Tercero).

¹⁶³ De acuerdo con CANTARD, A. A. “Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros”, *Documentación Laboral*, núm. 80, vol. II, 2007, pág. 134, y siguiendo a ERMIDA URIARTE, la flexibilidad interna “modifica algún aspecto de la realidad, pero la relación de mantiene”, por oposición a la flexibilidad externa “que es de entrada o salida de la relación laboral”.

modificación obligacional como sí lo es la prestación temporal de servicios en el extranjero¹⁶⁴.

En resumen, entendemos que la movilidad geográfica internacional de trabajadores es todo supuesto de modificación obligacional en el que se produce, como mínimo, una alteración temporal en el lugar de trabajo en virtud del cual un trabajador presta temporalmente servicios para su empresa en un país distinto sin afectar a la permanencia del vínculo contractual de origen. Es a partir de estos postulados que cabe sistematizar las diversas manifestaciones de trabajo temporal en el extranjero y diferenciarlas de otras experiencias de movilidad transnacional.

5. Distinción de figuras afines y supuestos excluidos

5.1. Criterios de sistematización de sus rasgos diferenciales

El binomio trabajo-movilidad geográfica admite la combinación de diversos elementos asociados al tiempo, el espacio, la forma o el objeto. En concreto, desde el punto de vista de la duración, existen tanto movimientos temporales como definitivos¹⁶⁵. En relación al lugar de destino –partiendo de la base de que todos se van a desenvolver a nivel externo- cabe hacer una distinción regional dependiendo

¹⁶⁴ El estudio de la movilidad geográfica internacional de trabajadores exige, por tanto, hacer un examen particular dedicado a la identificación de su caracterización técnico-jurídica (véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo).

¹⁶⁵ Aunque –insistimos- no existe una denominación uniforme y comúnmente aceptada de los distintos fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajador, a este respecto se suelen calificar como desplazamientos los movimientos temporales y como expatriaciones los definitivos (véase *infra*, respectivamente, puntos 5.2.1 y 5.2.2).

de que dicho destino esté en un país comunitario o en uno extranjero¹⁶⁶. Por lo que respecta a la frecuencia de la movilidad, se admiten destacamentos únicos y también a varios destinos sucesivos¹⁶⁷. En cuanto a la relación con la empresa de destino o acogida –si es que existe, efectivamente y como tal, una empresa huésped-, puede tratarse de un centro de trabajo de la misma empresa contratante en el extranjero o de una empresa filial dentro de un grupo, o bien de una empresa distinta¹⁶⁸. Además, en relación con la causa de la movilidad, ésta puede venir determinada por el cumplimiento de una cláusula contractual, por la expresión conciliada de la autonomía de la voluntad de las partes o por la modificación del contrato de trabajo¹⁶⁹.

Se pone de manifiesto, así, que son múltiples las situaciones que dotan de contenido la movilidad geográfica de trabajadores. En síntesis, se abordan desde el desplazamiento de trabajadores al extranjero hasta la expatriación, pasando por los distintos supuestos de interposición en la figura del empleador a nivel internacional –puesta a disposición internacional de trabajadores, ETTs que operan en varios países, y subcontratación internacional-. A su vez, se distinguen las situaciones que, a pesar de presentar elementos comunes con las anteriores, no son manifestaciones

¹⁶⁶ Son múltiples las referencias a la actividad normativa y jurisprudencial en el ámbito comunitario en torno a la figura del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional (véase, principalmente, *infra* Parte III).

¹⁶⁷ Se trata, de acuerdo con el estudio que se realiza posteriormente, de un elemento que puede llegar a excluir del contenido de la movilidad geográfica internacional a la contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero por el hecho de que no se trata –así lo entendemos- de casos que representen una movilidad geográfica internacional de trabajadores (véase *infra* punto 5.3.1).

¹⁶⁸ De hecho, uno de los campos más proclives para el desenvolvimiento de experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores está en los supuestos de interposición en la figura del empleador (véase *infra* punto 5.2.3).

¹⁶⁹ Sobre este particular, hemos optado por abordar su análisis, sin embargo, en el apartado dedicado a la identificación de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores (véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo).

de la movilidad geográfica internacional –trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero, trabajo en empresas con centros móviles o itinerantes, prestación de servicios para empresas fronterizas, y trabajo transfronterizo-¹⁷⁰.

A este respecto, desde el punto de vista metodológico, se toma como referencia el tratamiento que, desde el punto de vista jurídico-laboral, se dispensa a las distintas manifestaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores en nuestro sistema normativo. Ahora bien, es conveniente que este análisis se vea ampliado con el examen de otros ordenamientos jurídicos en los que se han abordado distintos extremos de esta misma problemática. A tal fin se seleccionan, tanto por encontrarse en nuestro entorno como por compartir una política legislativa similar, los Derechos alemán, belga, inglés o italiano, además del –extinto- Derecho checoslovaco, el albanés, el austriaco o el húngaro. Entre ellos, destacan especialmente las referencias a la normativa, jurisprudencia y doctrina francesas, dado que –como se verá- se han ocupado destacadamente del tema en cuestión. En suma, el Derecho comparado se erige, por tanto, en herramienta necesaria para compilar y clasificar las figuras afines y los supuestos excluidos en este ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores.

El estudio que emprendemos pretende, así, satisfacer un triple objetivo. En primer lugar, evidenciar la variedad y diversidad de situaciones que son susceptibles de entenderse como manifestaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores. En segundo lugar, ordenar y sistematizar aquéllas que dotan de contenido la figura de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. En tercer lugar, establecer el punto de partida y referente para analizar su régimen jurídico-laboral.

¹⁷⁰ Obviamos expresamente en este apartado, sin embargo, toda referencia a los llamados movimientos migratorios puros (véase *supra* punto 1 e *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 3).

5.2. Supuestos incluidos

5.2.1. El desplazamiento de trabajadores al extranjero

A) Manifestaciones genéricas

La figura del desplazamiento de trabajadores al extranjero no está prevista como tal en nuestro ordenamiento jurídico, a salvo de las observaciones que se hacen a continuación a propósito del desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional como supuesto específico y diferenciado¹⁷¹. En efecto, no existe ninguna referencia normativa que se ocupe de regular aspecto alguno de este fenómeno, cuánto menos de establecer los extremos de su régimen jurídico. Sucede, no obstante, que se trata de una práctica que no resulta ajena al desenvolvimiento y evolución recientes de las relaciones laborales; de hecho, en la actualidad –y cada vez más, sobre todo, en el ámbito comunitario¹⁷²- se multiplican los desplazamientos de trabajadores al extranjero.

¹⁷¹ Véase *infra* punto 5.2.1.B).

¹⁷² El conocido como “Informe Pioneur” revela, como observa ZUFIAUR NARVAIZA, J. M. “La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo”, *op. cit.*, pág. 1235, que “en los últimos años se empieza a apreciar en el seno de la UE una evolución favorable a la movilidad: mientras que el empleo de nacionales de la UE-15 en otros EM sólo había aumentado en 20.000 unidades entre 2000 y 2003 (equivalente al 0,7%, es decir cinco veces menos que el crecimiento medio del empleo, que aumentó un 3,5%) ha aumentado en 100.000 unidades entre 2003 y 2004 (un 3,6%)”.

Se localizan datos más recientes a este respecto en el *Eurobarometer 64.1 on geographical and labour market mobility*, *op. cit.* A grandes rasgos, este documento constata, como se destaca en el AA.VV. (Dir. PIN, J. R.) *Libro blanco sobre las mejores prácticas en movilidad geográfica nacional e internacional de trabajadores*, *op. cit.*, pág. 27, que de los “ciudadanos que se han trasladado en alguna ocasión, el 24% ha obtenido trabajo al menos en una ocasión de esta región, el 4% en otro país de la UE y el 3% en algún país fuera de la UE. Es decir, la mayoría de los

Ha sido la actividad judicial, entonces, la que ha llevado a cabo la labor de identificar los supuestos que se corresponden con esta figura. La solución que se ha adoptado en este sentido consiste en subsumir el desplazamiento de trabajadores al extranjero en el supuesto de hecho del art. 40.4 del ET. Ello supone, por tanto, entender que el desplazamiento que ahí se regula comprende tanto los casos en los que el destino se encuentra en España como aquéllos en los que está en el extranjero¹⁷³. En consecuencia –adaptando la letra de dicho precepto– se entiende por tal el desplazamiento temporal de trabajadores que efectúa una empresa por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, cuando exige que los trabajadores afectados residan en un Estado distinto al de su domicilio habitual¹⁷⁴.

En esta línea, el caso francés resulta sumamente ilustrativo, ya que es un referente en el tratamiento particular de la figura del llamado *détachement à l'étranger*. Concretamente y como sucede en el caso español, este fenómeno en particular no se encuentra definido en la legislación laboral –contenida en el *Code*

trabajadores que se han trasladado desde sus lugares de origen lo han hecho dentro de su propio país”.

En relación con los datos estadísticos nacionales disponibles en esta materia, nótese que la Encuesta de Coyuntura Laboral, a pesar de que, como observa PÉREZ CORRALES, M. A. “La movilidad laboral desde una perspectiva empresarial”, *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 41, 2003, pág. 55, “estima flujos trimestrales de entradas y salidas de los centros de su ámbito de investigación, distinguiendo según sea su carácter externo, altas y bajas laborales, o interno, modificaciones de contrato”, no contempla expresamente las situaciones de movilidad geográfica internacional.

¹⁷³ Entre otras resoluciones que aplican el art. 40.4 del ET a supuestos de trabajo temporal en el extranjero, véanse la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 11 de noviembre de 1993, F.D. primero (Ref. Ar. AS 1993\5041); la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 19 de julio de 1994, F.D. segundo (Ref. Ar. AS 1994\3060); y la STSJ de Andalucía (Granada) (Sala de lo Social) de 25 de septiembre de 1995, F.D. segundo (Ref. Ar. AS 1995\3373).

¹⁷⁴ Volveremos sobre esta cuestión en el estudio de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores (véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo, punto 3.1).

*du Travail*¹⁷⁵ - sino que, en el ámbito del Derecho del Trabajo, se trata de una construcción jurisprudencial largamente consolidada.

Como consecuencia de esta insuficiencia normativa, se ha de acudir a referencias jurisprudenciales y doctrinales para extraer un concepto general de desplazamiento temporal de trabajadores al extranjero, válido para confrontarlo, en su caso, con la experiencia española¹⁷⁶. Se trata, *grosso modo*, de la prestación eventual de servicios en un país distinto a aquél en el que se lleva a cabo la actividad de manera habitual¹⁷⁷.

A lo dicho ahora han de sumarse las precisiones conceptuales que se contienen en la legislación, también francesa, esta vez de Seguridad Social. Esta normativa precisa que para que nos encontremos ante un caso de *détachement à l'étranger* el trabajador desplazado temporalmente al extranjero debe seguir bajo la disciplina del régimen nacional francés de Seguridad Social¹⁷⁸. Así, y al contrario de

¹⁷⁵ *Loi, du 21 janvier 2008, ratifiant l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au Code du Travail (partie législative)* (en adelante, CT).

¹⁷⁶ Se puede consultar una síntesis de los trabajos doctrinales y de las decisiones judiciales más importantes en el caso francés en AA.VV. "Détachement", *Dictionnaire Permanent Social*, vol. 2, págs. 2077-2082.

¹⁷⁷ Para DANTI-JUAN, M. "Le détachement d'un travailleur auprès d'une autre entreprise", *Droit Social*, núm. 12, 1985, pág. 834, "*des salariés se trouvent être déplacés dans une entreprise autre que celle qui constitue leur cadre habituel d'activité*". Por su parte, en AA.VV. (Dir. DE LA VILLEGUÉRIN, Y.) *Dictionnaire RF 2005 Social, op. cit.*, pág. 502, consiste en la "*affectation d'un salarié à l'étranger à titre temporaire et pour une période plus ou moins longue: quelques jours, quelques semaines, plusieurs années*".

¹⁷⁸ A propósito de la concepción de esta movilidad en el ámbito de la Seguridad Social, véase AA.VV. "Détachés et expatriés", *Dictionnaire Permanent Social*, vol. 2, pág. 2099: "*En matière de sécurité sociale, le détachement consiste à maintenir au régime de protection sociale de son pays habituel d'emploi, le salarié qui, pour temps déterminé, va exercer son activité professionnelle sur le territoire d'un autre pays*"; JONIN, D. y KESSLER, F. "Le détachement à l'étranger et le droit de la protection sociale", *Semaine Sociale Lamy*, núm. 1207, 2005, pág. 5: "*un employeur implanté dans un pays qui envoie, temporairement, un salarié à l'étranger peut maintenir celui-ci dans le*

lo que ocurre respecto del CT, el *Code de la Sécurité Sociale*¹⁷⁹ sí prevé de manera expresa una definición de la situación del desplazamiento al extranjero¹⁸⁰.

De hecho, el primer capítulo del título sexto del Código francés de Seguridad Social¹⁸¹ está dedicado a aquéllos trabajadores desplazados temporalmente al extranjero por su empleador para llevar a cabo una actividad asalariada o asimilada sometida a la legislación francesa en virtud de acuerdos en la materia suscritos en el marco de tratados internacionales. Eso sí, en todo caso la aplicación de las reglas contenidas en tales preceptos exige que tanto la residencia como el lugar de trabajo se tengan fijados en Francia¹⁸².

En relación con el resto de países de nuestro entorno, la experiencia francesa se reproduce en términos similares en Inglaterra, toda vez, también en este país, la figura del desplazamiento temporal de trabajadores al extranjero es producto de las reflexiones hechas en sucesivas resoluciones jurisprudenciales. La legislación laboral –y, también en este caso, la de Seguridad Social- guarda silencio al respecto. Esta misma característica se puede apreciar en la legislación italiana o alemana –esta última hasta 1986, que es cuando se aprueba una ley sobre el particular-, mientras

régime général de sécurité sociale”; y AA.VV. (Dir. DURAS, S. y SANGUINEAU, M.) *Mémo social 2005*, Liaisons, Paris (Francia), 2005, pág. 1257: “*Est détaché, le salarié français envoyé en déplacement à l'étranger pour une durée limitée par une entreprise ayant son siège social en France et qui est maintenu au régime de sécurité sociale française*”.

¹⁷⁹ En adelante, CSS.

¹⁸⁰ Así como la legislación fiscal, *ex art. 81.A del Code Général des Impôts*.

¹⁸¹ En concreto, arts. L. 761-1 y ss.

¹⁸² Literalmente, el art. L. 761-1 del CSS dispone que “*les travailleurs détachés temporairement à l'étranger par leur employeur pour y exercer une activité salariée ou assimilée qui demeurent soumis à la législation française de sécurité sociale en vertu de conventions ou de règlements internationaux sont réputés, pour l'application de cette législation, avoir leur résidence et leur lieu de travail en France*”.

que, por el contrario, el desplazamiento temporal de un trabajador al extranjero se prevé en la legislación austriaca desde 1978¹⁸³.

En otro orden de cosas, hay que señalar que el problema de la indeterminación de la duración del desplazamiento ha provocado también la división de este fenómeno en varios supuestos. De tal manera, junto con el típico caso de desplazamiento que se acaba de comentar, también se utilizan otros vocablos – “mutación”, por ejemplo- para hacer referencia al desplazamiento de larga duración, es decir, a aquél en el que el trabajador presta servicios en otro país por un plazo de tiempo indeterminado¹⁸⁴.

Lo que sucede es que la figura del desplazamiento de trabajadores al extranjero ha experimentado en los últimos tiempos un tratamiento regulador específico derivado de la actividad normativa comunitaria. Ello ofrece una nueva dimensión al estudio de esta figura, que pasamos a analizar.

¹⁸³ Se pueden consultar unas referencias más detalladas en MORGENSTERN, F. *Les conflits de lois en Droit du Travail*, Bureau International de Travail, Genève (Suiza), 1986, págs. 27 y ss. y en CALLIGARO, B. “Le contrat international de travail, compétence législative”, en AA.VV. (Dir. KAUFMANN, O., KESSLER, F. y BARON VON MAYDELL, B.) *Arbeits- und Sozialrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten/Droit Social et situations transfrontalières*, op. cit., págs. 141 y ss.

¹⁸⁴ De nuevo, la doctrina francesa es pionera en el estudio de este fenómeno como se aprecia en MORGENSTERN, F. *Les conflits de lois en Droit du Travail*, op. cit., pág. 28; y en RODIÈRE, P.

B) El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional como supuesto específico y diferenciado

Una de las pruebas más concluyentes a propósito de la creciente preocupación por ordenar jurídicamente las situaciones de movilidad geográfica laboral a nivel externo se localiza en la aprobación de la ya citada Directiva sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios –la Directiva 96/71-¹⁸⁵, así como las respectivas normas de transposición adoptadas en los distintos países miembros¹⁸⁶.

Particularmente en España, dicha tarea de transposición ha corrido a cargo de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional¹⁸⁷. También el resto de países comunitarios –salvo Irlanda y Reino Unido- la han incorporado ya a sus

La convention collective de travail en Droit International: contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle, op. cit., págs. 39-40.

¹⁸⁵ Para un análisis de sus antecedentes, véase CASAS BAAMONDE, M. E. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 17 y ss.

¹⁸⁶ Como observa CASAS BAAMONDE, M. E. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en la era global: objetivos y significación de la Ley”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, op. cit.*, pág. 5, esta Directiva es una prolongación de la regulación contenida en la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DOUE de 28 de junio de 1973, núm. L 172).

¹⁸⁷ BOE de 30 de noviembre de 1999, núm. 286.

ordenamientos jurídicos respectivos, aunque no de la misma manera¹⁸⁸. Bélgica, Chipre, Grecia, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia, como España, han transpuesto la Directiva por medio de una ley posterior a la adopción del texto comunitario. Lo han hecho mediante varias normas Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia. Sin embargo, Alemania, Austria, Finlandia, Luxemburgo y Francia – que ya contaban con su propia normativa- sólo la han adaptado a las exigencias de la Directiva comunitaria¹⁸⁹.

Desde este punto de vista, el concepto de desplazamiento de trabajadores al extranjero viene acotado por los distintos supuestos en que se puede producir. De tal modo, la Directiva 96/71 contempla las tres situaciones en las que cabe hablar de dicha figura, *ex art.* 1.3. A saber, el desplazamiento a otro Estado miembro de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa, en el marco de un contrato celebrado entre ésta –empresa de procedencia- y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo del desplazamiento; el desplazamiento a otro Estado miembro de un trabajador, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, igualmente siempre que exista una relación laboral entre tal empresa de origen y dicho trabajador durante el periodo del desplazamiento; y el desplazamiento de un trabajador de una empresa de trabajo interino o de suministro de mano de obra a una EU que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, de nuevo siempre que

¹⁸⁸ El listado completo y actualizado de las medidas nacionales de transposición de dicha Directiva se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:71996L0071:ES:NOT>.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, *op. cit.*, pág. 366, se refiere a ello como “curioso efecto de «armonización anticipada»”.

exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período del desplazamiento.

En primer lugar, entre el trabajador desplazado y la empresa desplazante ha de mediar un vínculo contractual laboral. Esta nota abunda en la diferencia, enfatizada por CARRASCOSA GONZÁLEZ y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO¹⁹⁰, que separa circulación transnacional y movimientos migratorios, ya que – recordemos- estos últimos responden a otra lógica: el desplazamiento de un “trabajador en potencia” a otro país –comunitario o no-, bien para buscar trabajo, bien para ejecutar una prestación laboral ofertada o recién suscrita¹⁹¹.

En segundo lugar, ha de mediar otro vínculo contractual, esta vez de naturaleza mercantil, entre la empresa de procedencia y la empresa de acogida del trabajador –también conocidas como empresa deudora y empresa acreedora del servicio- ya consista en una contrata, en una circulación dentro del grupo de empresas, o en un suministro de mano de obra¹⁹². El objeto del contrato es la

¹⁹⁰ En CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 383.

¹⁹¹ Coinciden en ello, entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999, pág. 78; DE VICENTE PACHÉS, F. “El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Tribuna Social*, núm. 110, 2000, pág. 12; y GONZÁLEZ SOLÍS, S. “Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre”, *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000, pág. 24.

¹⁹² Así lo sintetiza, entre otros, BELTRÁN MIRALLES, S. “Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *Actualidad Laboral*, núm. 19, vol. 2, 2000, pág. 322: “El empresario ha de estar vinculado contractualmente con un destinatario de la prestación de servicios, que opera en el territorio de un Estado miembro”.

ejecución de esa concreta prestación, suscrita y exigible entre los empleadores¹⁹³, rasgo éste que vuelve, nuevamente, a marcar distancias entre el desplazamiento transnacional y la emigración.

En íntima relación con esta característica, en tercer lugar, este caso de movilidad transnacional responde a intereses empresariales. Con ello queremos poner de manifiesto que no es el trabajador –como efectivamente ocurre con los movimientos migratorios- el que ostenta la iniciativa circulatoria, sino que ésta suele partir del empresario cuando, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o societarias con otra empresa, selecciona a un trabajador de su plantilla para que ejecute la tarea en cuestión¹⁹⁴. Ello no obsta, sin embargo, que puedan existir determinados pactos o condiciones *ad intra* entre los trabajadores y el patrono que modulen en cierta medida la decisión empresarial¹⁹⁵.

La temporalidad, en cuarto lugar, es otra nota distintiva de la institución que se analiza. Resulta evidente que no cabe hablar de desplazamiento definitivo de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional

¹⁹³ Los supuestos particulares se enumeran en el art. 1.3 de la Directiva 96/71.

¹⁹⁴ Es uno de los criterios que también contemplan MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia (Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios)”, *op. cit.*, pág. 26: “constituye un supuesto de movilidad geográfica transnacional que (...) se caracteriza por los siguientes rasgos: obedece a un interés contractual-organizativo del empresario (...)”.

¹⁹⁵ Sobre la intervención tanto de la autonomía colectiva como de la individual en la determinación de las condiciones de la prestación temporal de servicios en el extranjero, véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo, punto 3.3.

aplicando el régimen jurídico vigente¹⁹⁶. Siempre tiene que tratarse, por tanto, de un fenómeno traslativo transitorio.

Por último, no cabe acudir a esta institución si la movilidad del trabajador es puramente interna, es decir, si no concurre el elemento de la transnacionalidad. Ello no ha de implicar necesariamente la ejecución de la prestación laboral a favor de una empresa distinta e independiente a la desplazante ya que –como se ha dicho- la circulación puede sucederse dentro del mismo grupo. Es más, el destino de la prestación de servicios no tiene que ser siquiera un centro de trabajo. Lo que sí debe observarse en todo momento es que dicho movimiento se produzca entre distintos Estados.

Llegados a este punto, y una vez compilados los rasgos definitorios del desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, se hace preciso poner de manifiesto que esta figura no es ni más ni menos que un supuesto, entre otros, de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Decimos esto porque, posiblemente por efecto de la aprobación de la normativa comunitaria y su transposición nacional, se ha tendido a limitar los análisis de la misma a este único caso particular o, a lo sumo, se han presentado las distintas figuras afines pero no se ha emprendido un estudio general con la misma profundidad de todas ellas¹⁹⁷.

¹⁹⁶ En el caso de la legislación que venimos comentando, las referencias son múltiples, aunque no lo suficientemente claras si hablamos de duración exacta del desplazamiento. La Directiva 96/71 contiene referencias expresas a la temporalidad, como en el considerando 3 y en los arts. 2.1 y 3.6, y también se pueden encontrar en los arts. 1.1, 1.2 y 2.1.1, entre otros. Sobre este particular, véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo, punto 3.1.

¹⁹⁷ En efecto, prácticamente no hay trabajos doctrinales que se ocupen de estudiar todo el espectro de supuestos que dotan de contenido la movilidad geográfica internacional de trabajadores o, al menos, no con la misma intensidad con la que analizan éste del desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional.

Conviene advertir que más adelante habrá ocasión de volver sobre esta normativa cuando nos ocupemos del estudio de los conflictos de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable que son susceptibles de producirse en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores¹⁹⁸. Asimismo, también se hará, por otra parte, un estudio particular sobre la Ley 45/1999, en tanto norma de transposición de la Directiva 96/71¹⁹⁹. Ello permitirá poner de relieve el distinto régimen jurídico de este tipo de desplazamientos y aquéllos que se regulan en el art. 40 del ET. Sin embargo, lo que ahora procede es proseguir con la identificación de los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

5.2.2. La expatriación de trabajadores

En no pocos momentos nuestra doctrina ha hecho alusión a los trabajadores expatriados con ocasión de una movilidad geográfica al extranjero²⁰⁰, aunque el significado que se le da a la expresión no es coincidente en todas las referencias,

¹⁹⁸ Véase *infra* Parte III.

¹⁹⁹ Véase *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 4.2.

²⁰⁰ Véanse, entre otros, AA.VV. (Dir. DÍAZ-GÁLVEZ, J., ÁLVAREZ-NOVOA, M. y PÉREZ FONTES, C.) *El desplazamiento de trabajadores al extranjero. Su régimen jurídico, laboral y fiscal*, *op. cit.*, pág. 27; DE JUAN JUAN, A. “Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, págs. 167-176; del mismo autor, “Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado”, *op. cit.*; HAYNES, N. “Panorama de políticas retributivas para expatriados en América”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, págs. 36 y ss.; AA.VV. *Trabajadores en el extranjero: desplazados y expatriados: aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2002; GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2005 (versión electrónica disponible en http://www.iese.edu/es/files_html/5_16929.pdf); y GURYANOVA, K. y DE JUAN JUAN, A. “Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de Extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados). Comentario a algunos aspectos del Real Decreto 2393/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 13, 2007.

como tampoco en comparación con las definiciones que recibe esta figura en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno. No obstante, en todos los casos en los que se emplea este término de expatriación late un presupuesto común y general: se trata de una manifestación más del trabajo en el extranjero, aunque no necesariamente de la movilidad geográfica internacional de trabajadores como la venimos entendiendo²⁰¹.

En ocasiones se habla de expatriación para hacer alusión a supuestos de cambio en el lugar de trabajo traspasando las fronteras nacionales cuando los trabajadores afectados tienen una determinada categoría profesional dentro de la organización productiva de la empresa²⁰². Concretamente, se denomina expatriados a aquellos empleados destacados en el extranjero que ocupan puestos de dirección o confianza o están altamente cualificados, por lo que el resto de trabajadores que pueden estar eventualmente destinados al extranjero no experimentarían una expatriación, sino otra suerte de movilidad que suele calificarse –impropiamente, a nuestro parecer, por la confusión que genera en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico- como desplazamiento, en tanto prestación temporal de servicios en el extranjero.

En otros casos, el término “expatriado” se emplea cuando el episodio de movilidad geográfica internacional de trabajadores persigue una determinada

²⁰¹ Ello al margen de que esta expresión se utiliza en otros ámbitos. De manera significativa, en el contexto del Derecho de Extranjería, expatriación también se utiliza como sinónimo de movimiento migratorio en tanto inmigración-emigración.

Más allá, GALIANA MORENO, J. M. *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, *op. cit.*, pág. 57, afirma que “el concepto de *emigración* se acota dentro del más amplio de *expatriación*”, pues mientras este último se refiere a cualquier tipo de desplazamiento, el primero se define por su finalidad laboral.

²⁰² Ésta es la definición que proponen GURYANOVA, K. y DE JUAN JUAN, A. “Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de Extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados). Comentario a algunos aspectos del Real Decreto 2393/2004”, *op. cit.*, págs. 1 y ss.

finalidad. En este sentido, se habla de expatriación sólo para hacer referencia a las situaciones en las que el objetivo empresarial de la operación consiste en la transferencia de unos determinados conocimientos o pautas y métodos trabajo; en otras palabras, de su experiencia o *savoir faire* –el conocido como *know how* en la terminología anglosajona-. Se trata de una característica diferencial que pone en relación esta definición con la precedente, ya que suelen ser los trabajadores más cualificados los que se encargan de asumir estas competencias tanto a nivel interno o nacional como cuando experimentan una movilidad externa o internacional. De acuerdo con esta definición, por tanto, no serían expatriaciones las situaciones en las que el trabajador ejecuta la prestación de servicios en otro Estado para realizar una actividad distinta. En cualquier caso, se trata de una concepción tradicional que va perdiendo vigencia con el paso del tiempo, aunque no deja de plantear problemas en la delimitación tanto de este término como del de movilidad geográfica internacional de trabajadores²⁰³.

A veces también se marca la diferencia entre expatriación y otros supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero en los objetivos que se persiguen, aunque, en esta ocasión, no por parte de la empresa sino por parte del trabajador afectado. En estos casos, se habla de expatriado porque el objetivo de la asignación internacional está en promocionar la formación y el enriquecimiento personal del trabajador²⁰⁴, lo cual vuelve a conectar con la idea que inspira las dos definiciones que se acaban de plantear. En efecto, lo más habitual es que sean los trabajadores que tienen una categoría superior en la empresa aquéllos que ocupan

²⁰³ Se expresa en este sentido DE JUAN JUAN, A. “Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España”, *op. cit.*, pág. 174, cuando da por “superada la tradicional visión única de la expatriación como exportadora de conocimiento o metodologías de trabajo a países menos desarrollados”.

²⁰⁴ Esta es la definición que también plantea DE JUAN JUAN, A. “Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España”, *op. cit.*, pág. 175.

puestos de trabajo con tareas asignadas en los ámbitos del conocimiento y metodología de trabajo y que tienen aspiraciones en la promoción profesional pero también personal.

Existen referentes en los que la distinción entre expatriación y otras formas de movilidad geográfica internacional de trabajadores no se hace desde el punto de vista de la categoría profesional del trabajador o los objetivos perseguidos por éste o por la empresa, sino que se pone el acento en la duración de dicha asignación internacional. De tal manera, se hace uso de este vocablo cuando la movilización del trabajador tiene cierta estabilidad en el tiempo e incluso cuando es previsiblemente permanente o indefinida²⁰⁵. Extrapolándolo a la normativa estatutaria sobre movilidad geográfica en el ámbito nacional, dicha estabilidad o vocación de permanencia haría equiparable la expatriación con el traslado del art. 40 del ET.

A más, se suelen distinguir distintas modalidades de expatriación en función de su duración, de manera que se habla de expatriado a corto plazo –desplazado a otro país donde fija su residencia con carácter estable durante un período entre seis meses y un año, o *short-term assignment*-, expatriado clásico –desplazado a otro país donde fija su residencia con carácter estable durante un período entre uno y tres años o *long-term assignment*-, expatriado *commuter* –desplazado a otro país donde reside los días laborables para regresar a su vivienda habitual los fines de semana- o expatriado virtual –trabajador con responsabilidades totales o parciales en otro país que mantiene su residencia en el país de origen, pero se encuentra constantemente viajando para atender dichas responsabilidades-²⁰⁶.

²⁰⁵ Véase AA.VV. *Memento Práctico Social 2007*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 1743: “cuando el desplazamiento tiene cierta continuidad, o incluso permanencia en el tiempo, se les suele denominar expatriados”.

²⁰⁶ Estas modalidades son presentadas también por DE JUAN JUAN, A. “Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado”, *op. cit.*, pág. 1.

Sin embargo, también se detectan supuestos en los que se utiliza este término para hacer referencia, de manera indistinta, a cualquier tipo de movilidad geográfica externa independientemente de la duración del episodio, con lo que un trabajador es o se encuentra expatriado tanto si la prestación de servicios se desarrolla temporalmente o a corto plazo en el extranjero cuanto si dicha actividad se prolonga en tiempo o es más a largo plazo²⁰⁷. En este sentido, expatriación se utiliza como sinónimo de desplazamiento aunque no de la manera en que se encuentra configurado en el art. 40.4 del ET, sino más bien en la forma en que se entiende en el ámbito comunitario²⁰⁸.

Sea como fuere, no obstante, el vocablo expatriación en el ámbito del Derecho del Trabajo, y más concretamente respecto de los fenómenos que hemos denominado de movilidad geográfica internacional de trabajadores, no tiene el mismo significado, extensión ni correspondencias en el ámbito nacional español – sobre todo a nivel doctrinal- que en el resto de Derechos europeos –aquí no sólo en dicho nivel-.

De manera significativa, el Derecho francés acoge la figura de los *travailleurs* o *salariés expatriés* de manera diferenciada, como concepto específico. No obstante, también se hacen aquí –como en España- referencias generales a la movilidad geográfica internacional de trabajadores bajo el título de expatriación que,

²⁰⁷ Trabajador internacional, trabajador expatriado y trabajador desplazado sin sinónimos para CARRILLO POZO, L. F. “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera. A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 11 de febrero, *Aranzadi Social*, vol. V, 2003, pág. 951. Igualmente se refiere a esta posibilidad DE JUAN JUAN, A. “Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España”, *op. cit.*, págs. 173 y 174.

²⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, *op. cit.*, pág. 374, califica específicamente como expatriación los “supuestos de exportación de mano de obra por parte de empresas españolas”.

sin embargo, se refieren en realidad a varios tipos diferentes²⁰⁹. Es lo que, a partir de las reflexiones de MOREAU, se puede denominar “el polimorfismo de la expatriación”²¹⁰.

En la órbita de dicho ordenamiento jurídico, es la legislación de Seguridad Social la que regula esta institución. En detalle, la expatriación acontece cuando un trabajador es desplazado por su empresa al extranjero durante un periodo prolongado de tiempo, lo que impide que permanezca como beneficiario dentro del régimen francés de Seguridad Social. En consecuencia, la relación que le liga con su primitivo empleador es nula o muy restringida²¹¹.

Así, de acuerdo con la doctrina gala, si el trabajador es desplazado por su empresa al extranjero durante un periodo corto de tiempo –variable dependiendo del país de destino- nos situaremos ante un ejemplo de *détachement*, mientras que si la movilidad sobrepasa determinados umbrales se dará el supuesto de *expatriation*²¹².

²⁰⁹ Tal es el caso de MOREAU, M-A. “L’*évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l’expatriation des salariés*”, *Droit Social*, núm. 1, 1986, pág. 23: “*qualité de salariés expatriés: l’employeur peut envoyer un salarié à l’étranger pour une durée variable, soit pour le compte de la même entreprise ou du même groupe de sociétés, soit dans le cadre d’une mise à disposition d’un employeur juridiquement distinct*”.

²¹⁰ En particular, MOREAU, M-A. “L’*évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l’expatriation des salariés*”, *op. cit.*, pág. 23, observa que “*l’expatriation est une situation polymorphe qui se caractérise par l’envoi d’un salarié à l’étranger ou plus généralement hors du pays dans lequel ce dernier se trouve, au moment de son embauche ou de l’exécution de son travail*”.

²¹¹ Véase AA.VV. “*Détachés et expatriés*”, *op. cit.*, pág. 2099: “*L’expatriation est la situation dans laquelle se trouve, au regard de la sécurité sociale, le salarié qui exerce son activité à l’étranger pendant une longue période. La durée de son séjour ne lui permet pas o plus de bénéficier du régime français de protection sociale. Généralement, l’expatrié n’a plus ou peu de lien direct de subordination avec l’employeur français. Sur le plan fiscal, l’expatrié est considéré comme un salarié non-français*”.

²¹² Esta diferencia se puede apreciar de manera clara y sencilla en el trabajo de AA.VV. “*Détachement*”, *op. cit.*, pág. 2078: “*Selon la durée de cette mise à disposition à l’étranger, on*

Sin embargo, parece que esta aseveración proviene más de una opinión que de una referencia normativa precisa, ya que lo que ciertamente distingue ambas instituciones –desplazamiento y expatriación– es la continuidad del trabajador en el régimen francés de Seguridad Social. En consecuencia, se debe concluir que lo que las hace diferentes, en este contexto, es que el trabajador expatriado no está afiliado a la Seguridad Social del país de origen, sino del de destino, mientras que el trabajador desplazado sí²¹³.

Como puede apreciarse, la consideración del desplazamiento y la expatriación como conceptos distintos depende del contexto en el que se analicen. Ello no obstante, cabe concluir que la principal diferencia entre ambos reside en su duración, pues de ello derivan el resto de puntos divergentes, tales como la relación con el empleador de origen o el régimen de protección social. Ahora bien, entendemos que, en todo caso, estos dos supuestos participan del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero²¹⁴.

parlera, en droit de la sécurité sociale, de détachement ou d'expatriation: le salarié détaché est celui que est envoyé à l'étranger pour une durée limitée (1 à 6 ans selon les pays) par une entreprise ayant son siège social en France et qui verse au régime de Sécurité sociale français l'intégralité des cotisations sociales afférentes au salarié; au-delà de la durée prévue pour le détachement, le salarié est considéré comme expatrié".

²¹³ En síntesis, la expatriación sucede como se indica en AA.VV. (Dir. DURAS, S. y SANGUINEAU, M.) *Mémo social 2005, op. cit.*, pág. 1260: “Un salarié travaillant à l'étranger est expatrié lorsqu'il n'est pas affilié à la sécurité sociale française, soit par choix de l'employeur, soit parce qu'il ne remplit pas, ou plus, les conditions pour être détachés. Le salarié expatrié est obligatoirement affilié au régime de sécurité sociale du pays dans lequel il exerce son activité”.

²¹⁴ Una reflexión similar puede consultarse en TEYSSIÉ, B. “Les salariés détachés à l'étranger et expatriés: quelques mots en guise d'introduction”, *Droit Social*, núm. 11, 1991, pág. 824.

5.2.3. La movilidad geográfica internacional en supuestos de interposición en la figura del empleador

Las experiencias de prestación temporal de servicios en el extranjero son susceptibles de desarrollarse, también y especialmente, en el ámbito de los supuestos de interposición en la figura del empleador. A su análisis conceptual se dedican las líneas siguientes²¹⁵, a partir de la prolija ordenación de estas prácticas, sobre todo a nivel interno, dispuesta por nuestro ordenamiento jurídico y otros Derechos “próximos”, así como por la doctrina de autores y tribunales²¹⁶. Ello provoca que haya de hacerse un análisis comparativo e integrador de dichos supuestos y de las experiencias a nivel externo.

A) La puesta a disposición de trabajadores a nivel externo. Especial consideración de la circulación internacional de trabajadores en los grupos de empresas

El tratamiento que recibe en nuestro sistema la figura de la puesta a disposición de trabajadores en el ámbito internacional se limita a los niveles de reflexión doctrinal y jurisprudencial. El ordenamiento jurídico español ignora esta concreta institución²¹⁷, si bien el punto de partida de dichos análisis se sitúa en la regulación contenida en el art. 43 del ET sobre cesión de trabajadores.

²¹⁵ A propósito de la relevancia que tiene la implantación de estas formas de organización flexible de la empresa en el desarrollo de las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional, véase *supra* Parte I, punto 3.

²¹⁶ Sobre este particular, véase el reciente estudio general de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2009, págs. 13-40.

²¹⁷ La práctica de puesta a disposición internacional de trabajadores tampoco se encuentra acogida por la normativa británica, por ejemplo, aunque sí se pueden encontrar referencias en otros países. Respecto del sistema jurídico francés, destacamos el análisis de LYON-CAEN, A. “La mise à

Como es sabido, este precepto proscribía la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa a excepción de que se efectúe a través de ETTs. Se puede advertir, pues, cómo se silencia toda referencia a otros posibles supuestos de cesión legal de trabajadores como los que se pueden dar entre empresas de grupo. Sin embargo, se pueden plantear distintos argumentos a favor de la legalidad de la cesión de trabajadores en el ámbito del art. 43 del ET respecto de la circulación de trabajadores en el seno de los grupos de empresa²¹⁸.

En primer lugar, cabría plantear la licitud de las puestas a disposición en el grupo alegando la unidad de empresa de éste a efectos laborales, de manera que dichas transferencias de personal no serían realmente cesiones sino meras alteraciones locativas de la prestación de servicios²¹⁹. Lo que sucede en este caso es que no se está haciendo ya referencia al supuesto de puesta a disposición de trabajadores sino a otros tipos o manifestaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores como el desplazamiento en los términos que se han planteado²²⁰.

En segundo lugar, la justificación de la licitud de estas prácticas de puesta a disposición residiría en su carácter no especulativo ni pernicioso para los

disposition internationale de salarié”, *Droit Social*, núm. 12, 1981, págs. 747-753. En cuanto al italiano, véase CORRIAS, M. “El ejercicio del poder directivo en los grupos de empresas: el *distacco* del trabajador”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2005, págs. 295-322.

²¹⁸ Para un estudio detallado de esta cuestión nos remitimos a BAZ RODRÍGUEZ, J. *Las relaciones de trabajo en las empresas de grupo*, Comares, Granada, 2002, págs. 130 y ss.

²¹⁹ Véase RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 104 y ss.

²²⁰ LYON-CAEN, G. *Les relations de travail internationales*, Liaisons, Paris (Francia), 1991, págs. 35 y ss., se refiere a estos supuestos como de *détachement* y de *expatriation*, y no como de *mise à disposition*.

trabajadores afectados²²¹. Avala este planteamiento el hecho de que la ejecución de estas prácticas no constituya una alteración del trabajo, formación profesional ni dignidad del trabajador afectado²²². Sin embargo, la evolución de los análisis sobre el particular indica que ha de rechazarse esta postura²²³. La razón de ello está en que se reinterpreta el art. 43 del ET, simplificando y reduciendo su alcance al afirmar – entendemos que erróneamente- que lo que sanciona es la mera contratación de trabajadores con el objetivo de cederlos a otra empresa, sin tener en cuenta las motivaciones de dicha conducta así como sus consecuencias²²⁴.

²²¹ Comparten este planteamiento, entre otros, CAMPS RUIZ, L. M. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, págs. 73 y ss., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, *op. cit.*, págs. 375 y ss.

²²² Este argumento se consigna en la STS (Sala de lo Social) de 26 de noviembre de 1990 (Ref. Ar. RJ 1990\8605), F.D. segundo, que declara que “aparte de que las consecuencias de la cesión son, en principio, las que establece el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, las diferencias entre misión en el grupo y cesión son también notables y han sido destacadas por la doctrina científica más autorizada: salvo supuestos especiales aquí no concurrentes, los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores”.

²²³ En contra de las tesis defendidas por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Sobre la movilidad de los trabajadores en los grupos de empresas (a propósito de la STS de 26-XI-90), *Tribuna Social*, núm. 11, 1991, pág. 24: “los llamados fenómenos de circulación de trabajadores en el seno del mismo grupo son supuestos de transferencia de trabajadores entre empresas con personalidad jurídica diferenciada en los que formalmente se opera la escisión entre el empresario formal y el real, típica del fenómeno interpositorio”. En términos similares se expresa el mismo autor en “El «desvelo» de los grupos de empresa”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, págs. 454 y ss.

²²⁴ Entre otras referencias, en el F.D. tercero de la STSud (Sala de lo Social) de 12 de diciembre de 1997 (Ref. Ar. RJ 1997\9315) se lee que “el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio”.

En tercer lugar, también sería factible defender la licitud de las puestas a disposición en la ausencia de voluntad inicial de “contratar para ceder”,²²⁵ pero resultan evidentes las dificultades que entraña esta interpretación que deja en manos de la apreciación de las intenciones en cada caso concreto el respeto o la transgresión el art. 43 del ET. Han de ser, por tanto y solamente, elementos objetivos los que conduzcan a calificar una cesión como legal o ilegal, así como – *mutatis mutandis*- la necesidad del cambio de residencia en el ámbito del art. 40 del ET –recuérdese- no puede depender de un juego subjetivista de voluntades.

En cuarto lugar, otra alternativa consistiría en aceptar la cesión legal de trabajadores dentro de los grupos de empresa por efecto de su consideración como manifestación del interés del empresario contratante que opera dicha movilidad. En consecuencia, las prácticas de puesta a disposición internacional de trabajadores se admitirían por constituir una manifestación del poder de dirección empresarial²²⁶. Sin embargo, opinamos que a este planteamiento debe añadirse un elemento, de carácter tuitivo, que permita, al tiempo, ofrecer suficientes garantías al trabajador afectado por el episodio de movilidad transnacional.

Por último, otro argumento que cabría esgrimir a favor de la licitud de la puesta a disposición de trabajadores pasaría por defender que ésta no trae consigo el

²²⁵ En este sentido, la STS (Sala de lo Social) de 30 de abril de 1990 (Ref. Ar. RJ 1990\3516), F.D. tercero, afirma que “no aparece la figura que el precepto describe, que es la quien es contratado para prestarlo o cederlo, premisa que no concurre puesto que ni en la demanda ni de lo actuado se desprende la existencia de la finalidad indicada en la contratación del demandante; así como tampoco la consecuencia que dicho precepto prevé es la pretendida por el actor, mientras que insta la resolución del contrato, en el supuesto del artículo 43 se concluye con la fijeza del trabajador que es lo que se pretende burlar con la contratación de finalidad prohibida”.

²²⁶ Véanse BLAT GIMENO, F. *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*, Tesis Doctoral inédita, Valencia, 1989, págs. 664 y ss., y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 131 y ss.

desplazamiento de los poderes jurídicos del empleador. Lo que sucede en este supuesto es que, entonces, no nos encontramos en la esfera de la cesión de trabajadores del art. 43 del ET, sino en un caso comparable –que no idéntico- al de las contratas y subcontratas del art. 42 del ET²²⁷.

En suma, consideramos que puede afirmarse que la puesta a disposición internacional de trabajadores en las empresas de grupo no tiene actualmente cabida en la legislación laboral española más que en el caso de las ETTs. En consecuencia, a la hora de hacer referencia a los supuestos en los que una empresa perteneciente a un grupo destaca a trabajadores propios a otra empresa del mismo grupo sita fuera del territorio nacional, debería adoptarse una denominación diferente.

Una opción podría ser la de entenderlos como desplazamientos. Lo que ocurre de nuevo es que, a diferencia del desplazamiento temporal de trabajadores a nivel externo en el que se mantiene intacto el vínculo contractual entre empresa y trabajador mientras se trabaja en otra empresa diferente, la –llamada impropia- puesta a disposición internacional en el seno de un grupo de empresas con filiales en varios países admite varias fórmulas de articulación que, en ocasiones, provocan la ruptura del vínculo contractual y escapan, por tanto, al ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores²²⁸.

Así pues, en nuestra opinión, no procede sostener la identidad entre el concepto de puesta a disposición y el de desplazamiento temporal de trabajadores a nivel externo y, en consecuencia, subsumir ambos bajo la figura general de puesta a

²²⁷ A propósito de los elementos definitorios de la subcontratación internacional y sus vínculos con la movilidad geográfica internacional de trabajadores, véase *supra* Parte I, punto 3.2.

²²⁸ Se puede profundizar en el estudio, desde un punto de vista internacional, del régimen jurídico de esta institución en TEYSSIE, B. *Droit européen du travail*, 2ª ed., Litec, Paris (Francia), 2003, págs. 147 y ss.

disposición²²⁹. Una vez ambas instituciones han adquirido una sustantividad propia como consecuencia de su desarrollo y evolución en el tiempo y en el espacio, carece de sentido calificarlas de la misma forma haciendo una única distinción en función del estatuto jurídico de las empresas involucradas en la movilidad, ya grupos de empresas, ya empresas independientes.

Particularmente, el ordenamiento jurídico francés alberga la figura de la puesta a disposición internacional de trabajadores en el art. L. 122-14-8 del CT²³⁰, que hace referencia a la figura del despido *–licenciement–* en el ámbito de la movilidad externa de un trabajador hacia una filial de su empresa de origen situada en el extranjero. En concreto, para este supuesto, dicha disposición obliga a la empresa desplazante a “repatriar” al trabajador y a procurarle un nuevo empleo compatible con la situación laboral en la que se encontrara antes de la movilidad, salvo que opte igualmente por despedirlo, en cuyo caso ha de computar el tiempo del desplazamiento para los plazos y la indemnización del despido²³¹.

Asimismo, por su parte, la legislación alemana anterior a la reunificación acogía normas particulares y propias aplicables a las empresas de grupo entre las

²²⁹ Así lo hace LYON-CAEN, A. “La mise à disposition internationale de salarié”, *op. cit.*, págs. 747-753, cuando, al analizar la institución de la puesta a disposición internacional de trabajadores, distingue entre puesta a disposición en el seno del grupo (págs. 747-751) y puesta a disposición entre empresas independientes (págs. 751-753).

²³⁰ En este precepto se recoge que “*lorsqu’un salarié mis par sa société au service de laquelle il était engagé à la disposition d’une filiale étrangère il est lié par un contrat de travail, est licencié par cette filiale, la société mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un nouvel emploi compatible avec l’importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère. Si la société mère entend néanmoins congédier ce salarié, les dispositions de la présente section sont applicables. Le temps passé par le salarié au service de la filiale est pris en compte pour le calcul de délai-congé et de l’indemnité de licenciement*”.

²³¹ A propósito de las condiciones de trabajo y empleo tras el regreso al país de origen, véase *infra* Parte IV, Capítulo Tercero, punto 6.

que figuraba una previsión especial a propósito de los desplazamientos en el seno del grupo entendidos como prácticas de puesta a disposición internacional²³².

Así pues, en la regulación foránea sobre la puesta a disposición internacional, el trabajador –ya sea por efecto de la ejecución de su contrato si éste estaba sujeto a una cláusula de movilidad, ya sea a consecuencia de una modificación o novación de su contrato- transita de prestar servicios de una empresa a hacerlo en otra dentro del mismo grupo. Aunque más adelante nos ocupamos del análisis de estas prácticas a propósito del estudio de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional²³³, hemos de aclarar aquí que no todos los supuestos de puesta a disposición internacional de trabajadores se contienen en dicho concepto. Deben quedar fuera, por tanto, los casos en los que el trabajador afectado concierta un nuevo contrato con la empresa de destino, dado que el contrato con la empresa de origen se extingue por efecto de la puesta a disposición²³⁴. Es decir, si se entiende –como hace MORENO GENÉ- que la circulación de trabajadores en el marco de un grupo de empresas puede suponer bien “una prestación indiferenciada y simultánea de servicios para las diversas empresas integrantes del grupo, o bien una prestación sucesiva de servicios para las mismas”, no cabe más que la cesión temporal para que se trate de un supuesto de movilidad geográfica internacional de trabajadores²³⁵.

²³² Los detalles sobre este régimen se pueden consultar, entre otros, en WINDBICHLER, C. *Arbeitsrecht im Konzern (Labor and Employment Law in Corporate Groups)*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich (Alemania), 1989, y en VOLKER, E. y SONNENSCHNEIN, J. *Konzernrecht*, Broschert, Munich (Alemania), 1989.

²³³ Véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo.

²³⁴ Véanse, también, TOMÉ, M., BAUDET, V. y MONVILLE, J. “Salariés français à l'étranger”, *op. cit.*, pág. 8; AA.VV. “Détachement”, *op. cit.*, pág. 2078; y AA.VV. “Détachés et expatriés”, *op. cit.*, pág. 2099.

²³⁵ Por oposición a la cesión definitiva que este autor entiende como “la rotación del mismo trabajador por las distintas empresas del grupo (...) ya se organice la misma a través de la sucesión

En relación con ello, el resultado de la traducción al español del *nomen iuris* de las instituciones francesa o alemana no puede llevarnos a hablar de puesta a disposición en los términos del art. 43 del ET. La autonomía y separación de sus regímenes jurídicos deben verse reflejadas también en su denominación, sobre todo porque opinamos que sólo se puede hablar con propiedad de puesta a disposición internacional de trabajadores en el ámbito de las ETTs.

Cuestión distinta es la relativa a los supuestos de prestación de servicios para varias empresas del grupo. Se trata de aquellas situaciones en las que existe cotitularidad en la relación de trabajo²³⁶, de manera que el trabajador afectado integra las plantillas de todas las empresas en las que lleva a cabo su actividad bajo un único vínculo contractual²³⁷. A diferencia de los casos recién comentados, en esta ocasión la plurilocalización de la prestación de servicios es un elemento definitorio de la relación de trabajo y como tal se encuentra previsto en el clausulado contractual²³⁸, lo cual lo aproxima a la figura de la “contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero”²³⁹.

de contratos (extinción de un contrato y celebración simultánea de otro), por medio de la suspensión del contrato de origen, seguida de la posterior formalización de uno nuevo o mediante la cesión del contrato”, en MORENO GENÉ, J. “La cesión definitiva de trabajadores en el marco de un grupo de empresas: novación modificativa *versus* novación extintiva del contrato de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2008, pág. 42.

²³⁶ BAZ RODRÍGUEZ, J. *Las relaciones de trabajo en las empresas de grupo*, *op. cit.*, págs. 214 y ss, distingue hasta tres tipos de cotitularidad en función de su origen. En concreto, hace referencia a la cotitularidad contractual, a la convencional y a la fáctica.

²³⁷ Véanse, entre otras, las SSTs (Sala de lo Social) de 31 de enero de 1991 (Ref. Ar. RJ 1991\220), F.D. segundo; y de 31 de diciembre de 1991 (Ref. Ar. RJ 1991\9243), F.D. octavo.

²³⁸ Los elementos de este tipo de movilidad se analizan en detalle, entre otros, en CAMPS RUIZ, L. M. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, *op. cit.*, págs. 67 y ss.

²³⁹ Véase *infra* punto 5.3.1.

En relación con ello, nótese que existe otra vía para habilitar la prestación sucesiva de servicios en el seno de distintas empresas de un grupo²⁴⁰. Ésta consiste en la celebración de varios contratos sucesivos a través de los cuales se modifica el lugar de prestación de servicios. En este caso, entendemos que cabría considerar que efectivamente existe movilidad geográfica internacional, siempre que la continuidad jurídica de la relación de trabajo no se vea comprometida, como sucede cuando el contrato original o previo queda suspendido²⁴¹.

B) Trabajadores en misión en el extranjero: las empresas de trabajo temporal que operan a nivel internacional

Las llamadas “nuevas ETTs”²⁴² son aquellas empresas que, a la hora de operar en el mercado de cesión legal de trabajadores, introducen el elemento de la transnacionalidad y, en consecuencia, ponen en relación trabajadores en misión y EUs con distinta localización internacional. La figura del trabajador destinado temporalmente al extranjero, por tanto, se hace visible en este entorno de las nuevas ETTs. De tal manera, el trabajador contratado por la ETT es requerido para prestar sus servicios como trabajador en misión en una EU situada en el extranjero²⁴³.

²⁴⁰ Respecto de esta posibilidad, véanse, entre otros, MARTÍNEZ MORENO, C. “La circulación de trabajadores entre las empresas de un mismo grupo y los derechos de antigüedad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 51, 1992, págs. 81 y ss.; y MARTÍNEZ BARROSO, M. R. “Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62, 1993, pág. 934.

²⁴¹ Más adelante insistiremos sobre esta cuestión con ocasión del estudio de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional (véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo, punto 4).

²⁴² Véase, asimismo, *supra* Parte I, punto 3.2.2.

²⁴³ Un caso paragonable que ya se comentado, aplicable en el ámbito comunitario, es el regulado por el art. 1.3.c) de la Directiva 96/71: “La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas (a que se refiere el apartado 1) adopten una de las siguientes medidas transnacionales: (...) c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de

En principio, la normativa española –copada por la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal²⁴⁴- tan sólo resulta aplicable a las relaciones entre ETT, EU y trabajador en misión a nivel interno, es decir, dentro del territorio nacional. Sin embargo, uno de los efectos de la transposición de la Directiva 96/71 por la Ley 45/1999 consistió en modificar el articulado de la citada LETT, lo cual ha dado como resultado la incorporación en su seno de reglas específicas sobre trabajo temporal en el extranjero²⁴⁵.

Téngase presente que, dado que se trata de un supuesto de movilidad geográfica internacional de trabajadores, se exige la existencia de contrato de trabajo entre el empresario ordenante y el trabajador movilizado durante el período de desplazamiento. Así lo ponen de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia²⁴⁶ y lo confirma el propio art. 1.2 *in fine* del ET cuando define al empresario en términos jurídico-laborales, así como el art. 1.3.c) de la Directiva 96/71²⁴⁷. En relación con

mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento”.

²⁴⁴ BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131 (en adelante, LETT).

²⁴⁵ Recuérdese que la disp. fin. primera de la Ley 45/1999 añade un nuevo Capítulo VI a la Ley 44/1994, con el título “Actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal” (arts. 22-27).

²⁴⁶ Véanse sobre el particular CASAS BAAMONDE, M. E. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, *op. cit.*, pág. 85, y MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N. “Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”, *op. cit.*, pág. 45.

²⁴⁷ En este precepto se exige, expresamente, que “exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento”.

ello, la decisión de la prestación temporal de servicios en el extranjero se atribuye a la EU, que es la empresa por cuya cuenta el trabajador es desplazado²⁴⁸.

A más, no ha lugar a dudas de que la cesión de trabajadores por parte de ETTs es un supuesto de prestación temporal de servicios en el extranjero, toda vez ese límite temporal queda fijado por la duración del contrato de puesta a disposición²⁴⁹. Nótese a este respecto que los topes o umbrales mínimos y máximos que establece la normativa sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional en el ámbito comunitario²⁵⁰ no se aplican en estos casos²⁵¹.

²⁴⁸ A este respecto, DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L. “Ámbito aplicativo de la Ley”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, *op. cit.*, pág. 56, observan que aunque la consideración jurídica de empresario del trabajador desplazado “es predicable de la empresa de trabajo temporal, la triangularidad de la relación determina que la empresa usuaria adquiera la condición de tal en ciertos aspectos” como el presente.

²⁴⁹ De acuerdo con el art. 7.1 de la LETT, “en materia de duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto de contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12.3 de esta Ley en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios”.

²⁵⁰ De acuerdo con el art. 3.6 de la Directiva 96/71, “la duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo. Al calcular el período de un año, se incluirá en el cálculo el tiempo que en su caso haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir”. Ahora bien, según el art. 3.2, se restringe parcialmente su aplicación “a los trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien contemplados en un contrato de suministro de bienes, indispensables para la puesta en funcionamiento del bien suministrado y ejecutados por los trabajadores cualificados y/o especializados de la empresa proveedora, cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días”. Además, *ex arts.* 3.3 y 3.4, se habilita a los Estados miembros para que establezcan limitaciones a aquellos desplazamientos cuya duración no sea superior a un mes.

²⁵¹ Véase CASAS BAAMONDE, M. E. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en la era global: objetivos y significación de la Ley”, *op. cit.*, pág. 11.

Conviene advertir, sin embargo, que la legislación vigente en esta materia se limita a reglar las relaciones entre las ETTs españolas –o nacionales, si hablamos en términos de Derecho comparado- y las EUs sitas en países de la UE o del EEE²⁵², y viceversa. Así pues, las actividades de suministro de mano de obra que trascienden el ámbito comunitario, dada la configuración del ámbito de aplicación de las disposiciones que las regulan, no encuentran acomodo normativo alguno en la actualidad²⁵³. Ello no obstante, entendemos que cualquier supuesto de trabajo interino a nivel supranacional debe ser considerado manifestación de la movilidad geográfica externa de trabajadores. En efecto, la localización del territorio nacional de origen o de destino de la prestación temporal de servicios no puede afectar a su calificación sino, en todo caso, a su régimen jurídico²⁵⁴.

C) La movilidad geográfica internacional de trabajadores en supuestos de subcontratación internacional

Uno de los caracteres más significativos de los fenómenos de subcontratación internacional se refiere a su estrecha relación con los movimientos de productos o servicios a pequeña o media escala, así como a la contratación de intermediarios²⁵⁵. En un modelo económico como el predominante en la actualidad,

²⁵² Nos referimos a los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, revisado el 17 de marzo de 1993 (DOUE de 3 de enero de 1994, núm. L 1) (en adelante, AEEE).

²⁵³ A salvo, en todo caso, de las fuentes internacionales en la materia, entre las que destaca el Convenio núm. C 181 de la OIT, de 19 de junio de 1997, sobre las agencias de empleo privadas (ratificado por España el 15 de junio de 1999).

²⁵⁴ De ello se dará cuenta más adelante, con ocasión del análisis del contenido de la Ley 45/1999 (véase *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 4.2.2).

²⁵⁵ La ONUDI (Organización de Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial) manifiesta esta misma circunstancia en el informe de MORCOS, J-L. y DE CROMBRUGGHE, A. *Subcontratación Internacional frente a deslocalización. Examen de los estudios disponibles y de ejemplos obtenidos de la red de BSA/SPX*, ONUDI, Viena, 2004 (versión electrónica en

se trata de una figura de creciente utilización en las relaciones laborales por causa de la especialización productiva y la diversificación de actividades de las principales empresas.

Esta figura particular, de nuevo, tampoco está prevista por el legislador laboral español. Por su parte, y aunque son conocidas tanto la profusión como la importancia de esta práctica²⁵⁶, los estudios vertidos en la materia se centran en su desenvolvimiento en el ámbito interno, dentro del territorio nacional, por lo que son muy escasas las reflexiones entorno a su práctica transnacional²⁵⁷. En cualquier caso, consideramos que las previsiones sobre subcontratación a nivel interno pueden servir a efectos de determinación conceptual. Ahora bien, dado que excede de este estudio el análisis del régimen jurídico general de la subcontratación en España, hemos omitido toda referencia a esta institución que no tenga relación con la delimitación del concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores²⁵⁸.

http://www.unido.org/file-storage/download/?file_id=24252), pág. 12: “La reducción de los gastos de transporte y comunicación, sumada a los rápidos cambios tecnológicos, una competencia más intensa y una liberalización económica, han facilitado el proceso de integración económica mundial, lo que a su vez ha intensificado los flujos comerciales internacionales y especialmente el comercio de productos intermedios derivado de la subcontratación internacional”.

²⁵⁶ Muestra de ello es el extenso informe de AA.VV. *La Subcontratación Industrial en España y sus repercusiones en el empleo y en la creación de empresas*, Ikei, Pamplona, 2003 (versión electrónica disponible en <http://www.iberpymeonline.org/Taller160305/SubcontratacionEspa%C3%B1a.pdf#search=%22subcontrataci%C3%B3n%20en%20espa%C3%B1a%22>). Consúltese, en concreto, la “Parte C” dedicada a “La subcontratación industrial en España” (págs. 99-284) y, particularmente, el Capítulo 6 sobre generación de iniciativas empresariales y de empleo (págs. 159-212).

²⁵⁷ A propósito de aquéllas que se desarrollan en el ámbito comunitario, véase DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L. “Ámbito aplicativo de la Ley”, *op. cit.*, págs. 50 y ss.

²⁵⁸ No obstante, dada la reformulación que ha experimentado últimamente esta institución –sobre todo tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (BOE de 19 de octubre de 2006, núm. 250) y de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312) (en adelante, Ley 43/2006)- recomendamos la consulta de MOLERO MANGLANO, C. “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de

Como es sabido, el fenómeno de descentralización productiva que se manifiesta en la subcontratación²⁵⁹, regulada por el art. 42 del ET, supone que un empresario concierta con otro u otros la realización de una obra o la prestación de un servicio correspondiente la una o el otro a la propia actividad del primero. Por lo que a nuestro estudio concierne, los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas continúan prestando servicios bajo el ámbito organizativo y de dirección de sus empleadores, al margen de que los frutos o productos de su trabajo repercutan o se destinen a la empresa contratante.

Sin embargo, puede suceder que el trabajador de la contrata o de la subcontrata ejecute sus servicios dentro de un ámbito empresarial diferente, en cuyo caso habrá que comprobar si la actividad se realiza en régimen de subordinación o dependencia de su empleador o si, por el contrario, el contratante es un empresario interpuesto y se subsume bajo la figura de cesión de trabajadores del art. 43 del ET²⁶⁰.

2006?”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, vol. 2, 2006, págs. 2546-2558; PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Contratos y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006”, *Temas Laborales*, núm. 85, 2006, págs. 103-140; MERCADER UGUINA, J. R. “La nueva noción de cesión de trabajadores prohibida”, en AA.VV. (Coord. CRUZ VILLALÓN, J.) *La reforma laboral de 2006 (Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de Junio)*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 155-175; del mismo autor, “Las medidas para mejorar la contratación laboral”, en PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RÉ, F. *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 85-102; SEMPERE NAVARRO, A. V. “Descentralización productiva: contrata o subcontrata, ETTs y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 123-186; y LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C. “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, vol. 1, 2007, págs. 812-829.

²⁵⁹ “La contrata como negocio y la descentralización como fenómeno” es el supuesto de hecho para GARCÍA MURCIA, J. “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 22.

²⁶⁰ Destacamos el trabajo de análisis jurisprudencial sobre la distinción entre los conceptos de contrata de obras o servicios y de cesión ilegal de trabajadores contenido en SALA FRANCO, T.

Si extrapolamos estas reflexiones al tema que nos ocupa, podemos deducir que la denominada subcontratación internacional consiste igualmente en aquélla situación en la que una empresa contrata o subcontrata con otra la realización de una determinada obra o la prestación de un concreto servicio bajo sus prescripciones²⁶¹ pero ahora las empresas se encuentran establecidas en países distintos. En este orden de cosas, no tiene por qué sucederse ningún episodio de movilidad geográfica internacional de trabajadores pero no puede ignorarse el hecho de que es posible que las condiciones de ejecución de dicho acuerdo empresarial así lo determinen.

En el caso de que las condiciones para la realización de la obra o servicio objeto de la subcontratación internacional exijan la movilidad geográfica de trabajadores desde la empresa nacional de origen a la empresa extranjera de destino, consideramos que igualmente deben ser aplicables los criterios –de marcado origen jurisprudencial²⁶²- que delimitan la legalidad de esta práctica en nuestro ordenamiento interno y que la distinguen de los supuestos prohibidos de cesión de trabajadores.

En primer lugar, ha de comprobarse la existencia de un empresario real, no ficticio, que no se limite a suministrar mano de obra sin poner a disposición los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial. De tal manera, la interposición tiene que producirse entre empresas reales, en el sentido de

“Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, vol. 1, 2005, págs. 1016-1042.

²⁶¹ Se aporta otra definición en MORCOS, J-L. y DE CROMBRUGGHE, A. *Subcontratación Internacional frente a deslocalización. Examen de los estudios disponibles y de ejemplos obtenidos de la red de BSA/SPX*, op. cit., pág. 14: “Relación económica en virtud de la cual una entidad, el contratista, pide a otra entidad independiente, el subcontratista o proveedor, que se encargue de la producción o ulterior elaboración de materiales, componentes, piezas o subconjuntos, o la prestación de un servicio industrial, respetando las especificaciones que establezca”.

²⁶² Recomendamos la consulta de SALINAS MOLINA, F. “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, págs. 201-227.

organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propias²⁶³. En relación con ello, son elocuentes los elementos definitorios que se detallan en el F.D. tercero de la STSud (Sala de lo Social) de 17 de julio de 1993²⁶⁴, que concluye afirmando que “mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal”.

En segundo lugar, la empresa contratista, o subcontratista en su caso, debe tener facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la empresa, así como capacidad de selección, organización y dirección del personal y la capacidad de asumir los riesgos propios del negocio²⁶⁵.

En resumen, de acuerdo con la síntesis que se recoge en el F.D. sexto de la STSud (Sala de lo Social) de 17 de diciembre de 2001²⁶⁶, “ninguno de los dos preceptos estatutarios (arts. 42 y 43 del ET) fijan los límites entre una y otra institución: lícita contrata de obras y servicios, frente a ilegal cesión temporal de trabajadores. Y esta línea divisoria ha ido siendo precisada, en cada caso, por una doctrina jurisprudencial, fruto de una larga evolución que ha ido cercenando las

²⁶³ Véanse también, entre otras, la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 1989 (Ref. Ar. RJ 1989\874), F.D. tercero; y las SSTSud (Sala de lo Social) de 19 de enero de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\352), F.D. segundo; y de 14 de septiembre de 2001 (Ref. Ar. RJ 2002\582), F.D. tercero.

²⁶⁴ Ref. Ar. RJ 1993\5688.

²⁶⁵ Aparte las resoluciones citadas por la sentencia que se comenta a continuación, véanse también las SSTSud (Sala de lo Social) de 17 de enero de 2002 (Ref. Ar. RJ 2002\3755), F.D. cuarto; y de 30 de mayo de 2002 (Ref. Ar. RJ 2002\7567), F.D. segundo.

²⁶⁶ Ref. Ar. RJ 2002\3026.

conductas abusivas. En una primera fase se declaró que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa ficticia o aparente (...) (Más tarde) se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio, pues (...) existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial”.

La traslación de esta jurisprudencia al objeto de nuestro estudio permite concluir que, en supuestos de subcontratación internacional, sólo cabe identificar la existencia de movilidad geográfica internacional de trabajadores cuando no media contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero. Al análisis de esta última figura –distinta, a nuestro entender, de la anterior- están dedicadas las líneas siguientes.

5.3. Supuestos excluidos

5.3.1. Trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero

Dado que la movilidad geográfica internacional implica, básicamente, la prestación temporal de servicios en el extranjero, cabe plantear que la contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero es, junto con las recién comentadas, una manifestación más de la misma. En este caso, concretamente y como rasgo diferencial, el trabajador que suscribe su relación laboral en un país se compromete previa y contractualmente a realizar la actividad efectiva en otro Estado, normalmente predeterminado. Como se puede apreciar, la prestación de servicios del trabajador no sufre una modificación locativa, sino que su naturaleza es la de ser una actividad prestada en un Estado distinto al de la contratación.

Con independencia de que la movilidad del trabajador, en estos supuestos, es definitiva y no temporal, y de que el destino se encuentra un solo país y no varios,

la problemática que presenta este tipo de contratación está en discernir si nos encontramos ante un caso de movilidad geográfica internacional de trabajadores o si, por el contrario, se trata de una institución diferente más cercana a los fenómenos migratorios.

Esta misma inquietud se plantea en el marco de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En el caso de Francia, la doctrina también se plantea esta posibilidad respecto de la contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero²⁶⁷, aunque las respuestas se dirigen, más bien, a resolver el conflicto de leyes que se pueda plantear en caso de litigio, evitando así responder a la que debería ser la primera dificultad: su ubicación sistemática²⁶⁸.

En nuestra opinión, la respuesta a esta controversia debe rechazar la primera posibilidad y entender que la situación de los trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero no puede ser considerada movilidad geográfica internacional.

Todas las referencias sobre movilidad geográfica que se han analizado hasta el momento, ya sea a nivel interno o a nivel externo, marcan un acento en el carácter temporal de la modificación locativa. El trabajador puede prestar servicios en uno o en varios países extranjeros, pero dicha movilidad está sujeta a término, cierto o

²⁶⁷ Véase, entre otros, COURSIER, P. *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Etude en Droit International Privé français*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris (Francia), 1993, pág. 105: “*Qu’en est-il d’un travailleur embauché pour travailler directement à l’étranger? S’agit-il d’une hypothèse de détachement? La notion de détachement ne suppose pas que le lieu où doit être réalisé la prestation change en cours de contrat. Il n’implique pas forcément une activité dans un pays déterminé, puis un départ pour un autre... avant de revenir sur le territoire d’origine*”.

²⁶⁸ Además de en la referencia anterior, también sucede en LAGARDE, P. “*Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d’une évolution mal maîtrisée*”, en AA.VV. *Les transformations du Droit du Travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris (Francia), 1989, págs. 88 y ss.

incierto, llegado el cual el trabajador regresa al país de origen. En consecuencia, si la contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero se caracteriza por que la prestación de servicios se lleva a cabo –salvando posibles vicisitudes²⁶⁹– definitivamente en otro Estado y sin expectativas de retorno, la faceta de la temporalidad no media en modo alguno, por lo que no estaríamos en el ámbito de esta movilidad transnacional.

A más, no cabe hablar de modificación obligacional por efecto de la movilidad del trabajador, ya que la relación contractual se constituye de una vez y definitivamente, a salvo de las eventuales variaciones que se puedan suceder como consecuencia de otras circunstancias ajenas y diferentes al hecho del cambio locativo. Lo que sucede, en definitiva, es que la vinculación de la relación jurídica con nuestro país sólo obedece a que el contrato de trabajo se suscribe en España o por una empresa española, pero la ejecución de la prestación de servicios se lleva a cabo íntegramente en otro territorio nacional.

Sea como fuere, tampoco en esta ocasión se localizan referencias normativas en nuestro ordenamiento jurídico que sugieran siquiera elementos del régimen jurídico de la contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero. Debe advertirse, sin embargo, que hay tanto estudios doctrinales como resoluciones judiciales que han interpretado que esta figura se encuentra prevista en nuestra legislación laboral; concretamente, en el supuesto de hecho del art. 1.4 del

²⁶⁹ En efecto, puede que la prestación de servicios comience a desarrollarse en el país de origen como requisito previo a su traslación, como en el caso de que las tareas que vayan a desempeñarse en el país de destino exijan la adquisición de determinados conocimientos y habilidades, o bien que el inicio de la ejecución en el extranjero esté sujeta a condicionamientos tales como la finalización de infraestructuras o la contratación de personal.

ET²⁷⁰ que versa sobre el trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero²⁷¹.

Por otra parte, es de destacar en este punto el recurso al teletrabajo internacional²⁷² como fórmula contractual para articular la prestación estable de servicios en el extranjero. Ahora bien, en virtud del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo²⁷³, éste no afecta al estatus laboral del trabajador pues “modifica

²⁷⁰ En efecto, cierta doctrina judicial considera que la relación laboral del art. 1.4 del ET sólo puede ser aquella contraída en nuestro país entre un trabajador y una empresa de nacionalidad española “para” prestar servicios en el extranjero. Véanse, entre otras, las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\2160), F.D. segundo; y de 20 de diciembre de 2000 (Ref. Ar. AS 2001\727), F.D. segundo; y la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 14 de junio de 1997 (Ref. Ar. AS 1997\2688), F.D. tercero.

Del lado de la doctrina de autores, MOYA ESCUDERO, M. “Reflexiones en torno al párrafo 4º del artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, vol. VIII-IX, 1979-1980, pág. 352, observa que este precepto “se aplica, por tanto, al trabajo de los españoles con unos requisitos: 1) Contratados en España; 2) para trabajar en el extranjero; 3) por empresa española. Si se dan estas circunstancias se aplicarán las leyes laborales españolas”. En AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.) *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 46, se considera que el art. 1.4 del ET “sólo regula una situación muy particular: la contratación de trabajadores españoles por parte de empresas españolas para prestar servicios en el extranjero”. También MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 35, entiende que “el supuesto de base es, pues, el de un trabajador español contratado en España por empresa española para trabajar en el extranjero”.

²⁷¹ Baste ahora con referir –pues más adelante se hace un estudio exhaustivo de este precepto (véase *infra* Parte III, Capítulo Segundo, puntos 2 y 3)- que determina su sumisión a la legislación laboral española, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo y respetando, al menos, los derechos económicos que tendrían el trabajador de prestar servicios en territorio español.

²⁷² También denominado “teletrabajo transfronterizo u «off-shore»” por THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, 2ª ed., Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, pág. 261.

²⁷³ Firmado en Bruselas, el 16 de julio de 2002, entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa/Unión Europea del

únicamente la manera en que se efectúa el trabajo” y no “las condiciones de trabajo de este trabajador”²⁷⁴. En consecuencia, el teletrabajo se convierte en un medio alternativo a la movilidad geográfica externa de trabajadores para llevar a cabo la actividad laboral a nivel supranacional²⁷⁵.

5.3.2. Trabajadores móviles o itinerantes a nivel externo

Muy cercana a la figura de la contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero se halla la de los trabajadores móviles o itinerantes, *ergo*, los trabajadores que prestan servicios para empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes²⁷⁶. Esta modalidad se caracteriza, particularmente, por la inclusión –

Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

Este Acuerdo Marco ha sido incorporado a nuestro sistema de relaciones laborales a través de un Anexo a la Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y Publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (BOE de 24 de febrero de 2003, núm. 47).

En relación con ello, véase SERRANO GARCÍA, J. M. “La negociación colectiva europea y los acuerdos “libres”: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 95-118.

²⁷⁴ Además, este Acuerdo Marco indica, en su punto 4, que “los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los Convenios Colectivos aplicables, que los trabajadores comparables en los locales de la empresa. No obstante, para tener en cuenta las particularidades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios colectivos y/o individuales”.

²⁷⁵ En este sentido, THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral, op. cit.*, pág. 261, entiende que “el teletrabajo es, por naturaleza, transregional, transnacional y transcontinental”.

Sobre los aspectos internacionales del teletrabajo, véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 105 y ss.

²⁷⁶ De acuerdo con la expresión que se emplea en el art. 40.1 del ET.

expresa o tácita- en el clausulado contractual de una previsión de movilidad constante, dado que el trabajador que se obliga contractualmente con este tipo de empresas asume el hecho de que su actividad consiste en desplazarse sucesivamente²⁷⁷ –en nuestro caso, al extranjero-. En este sentido, las referencias más ilustrativas están en la actividad de los altos cargos, los consultores especializados, los representantes de comercio y los trabajadores de transportes por carretera, ferroviarios²⁷⁸ y aéreos²⁷⁹. Por el contrario, no han de tener necesariamente esta consideración actividades como las de los servicios de vigilancia y control²⁸⁰ ni las obras de una empresa constructora²⁸¹.

²⁷⁷ En relación con el trabajo y la movilidad en empresas con centros móviles o itinerantes, la STSud (Sala de lo Social) de 19 de junio de 1995 (Ref. Ar. RJ 1995\5203), F.D. cuarto, indica que “la propia naturaleza de la actividad que despliega la empresa y los trabajadores en ella acoplados, precisa de la movilidad necesaria sin impedimentos (salvo los que pudieran constituir un abuso, injustificado claro es) del cumplimiento de la finalidad que la actividad propia de la empresa requiere”.

En sentido similar, véanse también, entre otras, las SSTSJ de Andalucía (Granada) (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 1994 (Ref. Ar. AS 1994\2128), F.D. tercero, y de 23 de octubre de 1996 (Ref. Ar. AS 1996\4410), F.D. primero.

²⁷⁸ Respecto de éstos, nótese que, recientemente, ha entrado en vigor el RD 1579/2008, de 26 de septiembre, por el que se modifica el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y se regulan determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector del transporte ferroviario (BOE de 4 de octubre de 2008, núm. 240).

²⁷⁹ Completa este listado MORGENSTERN, F. *Les conflits de lois en Droit du Travail*, op. cit., pág. 29.

²⁸⁰ Así lo expresa la STSJ de Asturias (Sala de lo Social) de 17 de noviembre de 2000 (Ref. Ar. AS 2000\3669), F.D. primero: “la empleadora del actor, dedicada a la actividad de servicios, no puede entenderse como empresa con centros móviles o itinerantes, ya que los distintos centros de trabajo que tiene en otros lugares no pueden ser calificados con dicho carácter, por lo que el trasladar al actor a otro centro que exige cambio de residencia, pudo dicho interesado optar, al amparo de lo dispuesto en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores, por la extinción de su contrato de trabajo”.

²⁸¹ De acuerdo, entre otras, con la STSJ de Andalucía (Málaga) (Sala de lo Social) de 16 de mayo de 1995 (Ref. Ar. AS 1995\2105), F.D. primero: “aunque en la sentencia de instancia se diga que el carácter móvil o itinerante de la empresa (constructora) conlleva de por sí las mencionadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, no obstante ello no significa que los

Desde un punto de vista de Derecho comparado, de nuevo la doctrina francesa prevé y analiza la figura del trabajo itinerante a nivel externo, así como su distinción con el desplazamiento temporal de trabajadores al extranjero²⁸². La conceptualización de este recurso contractual es idéntica a la de las referencias localizadas en Derecho español, pues se trata de que el trabajador, durante la ejecución de la prestación de servicios, se desplace periódicamente a distintos países extranjeros sin que ninguno de sus destinos laborales llegue a adquirir la cualidad de lugar de trabajo predominante²⁸³.

A pesar de la cercanía de esta figura con otras que hemos ya examinado – significativamente, los desplazamientos a nivel externo-, la actividad de los trabajadores itinerantes no responde a la misma lógica que aquéllas y, por tanto, no integra el contenido de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Si bien es cierto que, en ambos casos, el trabajador desplazado por su empresa de origen realiza su actividad en un país extraño, o en varios, el origen de la movilidad difiere. En el primer supuesto, el desplazamiento se realiza de manera espontánea o

trabajadores que prestan sus servicios para dicha empresa hayan sido contratados con tal carácter, ya que el hecho de que la empresa tenga centros de trabajo móviles o itinerantes no le autoriza a trasladar a cualquiera de sus trabajadores en cualquier caso, sino sólo a aquellos que han sido contratados para realizar los trabajos de dicha naturaleza”.

²⁸² Las principales referencias doctrinales que se pueden consultar se localizan en RODIÈRE, P. *La convention collective de travail en Droit International: contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, op. cit., págs. 38 y ss., y que lo entiende como “être appelé successivement à des brefs séjours sur des territoires nationaux différents, sans que se détache un lieu de travail prédominant”, así como en FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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, Pamplona, 2006, págs. 112 y ss., y que distingue los supuestos de actividades móviles –como “contratos de trabajo plurilocalizados en los que la identificación del lugar de ejecución del contrato no señala ningún estado”- de los supuestos de itinerancia –“caracterizados por cobijar prestaciones en más de un territorio nacional”.

²⁸³ Por su parte, la Ley austriaca de 1978 acoge la figura del trabajador itinerante o desplazado sucesivamente a varios países, así como ocurría, por ejemplo, con la Ley checoslovaca de 1963, la albanesa de 1964 o la húngara de 1979.

imprevista –eso sí, respetando, en su caso, los requisitos legales de modificación del contrato de trabajo- mientras que, en el segundo, la eventualidad de un desplazamiento a otro Estado está prevista y es conocida por adelantado por el trabajador, quien voluntariamente la acepta como parte del clausulado que rige su relación laboral.

De hecho, las resoluciones judiciales que se han ocupado de la delimitación de este supuesto –aunque la problemática que se suscita en este ámbito abarca otras materias, sobre todo de índole económica²⁸⁴-, han declarado que la situación de movilidad geográfica en los casos de trabajo móvil o itinerante es consustancial a la prestación de servicios²⁸⁵. Se trata, por tanto, de la actividad propia de los trabajadores que caracteriza, define y singulariza a esta clase de empresas, y que es asumida por el trabajador como condición para ser contratado²⁸⁶.

No se incluye en esta figura, sin embargo, la contratación de trabajadores para prestar servicios en un centro determinado aunque la empresa tenga centros móviles o itinerantes. Es representativa en este sentido la STS (Sala de lo Social) de

²⁸⁴ Los litigios que se plantean suelen versar sobre controversias en torno a la percepción de dietas y gastos de viaje. A este respecto pueden consultarse, entre otras, la SAN de 14 de febrero de 1991 (Ref. Ar. AS 1991\2736), la STSJ de Andalucía (Sevilla) (Sala de lo Social) de 11 de noviembre de 1997 (Ref. Ar. AS 1997\5376) y la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 4 de marzo de 2003 (Ref. Ar. AS 2003\2169).

²⁸⁵ Entre los fallos más recientes, la STSud (Sala de lo Social) de 14 de octubre de 2004 (Ref. Ar. RJ 2005\2168), F.D. segundo, declara, con ocasión de la reclamación de dietas por desplazamiento, que no cabe acudir a la regulación del art. 40 del ET en un supuesto como el de autos, en el que los trabajadores afectados “han venido desempeñando sus funciones en diferentes centros y lugares «ubicados en todo el territorio nacional en función de las obras contratadas» por la entidad empleadora”.

²⁸⁶ Asimismo se considera en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de abril de 1996 (Ref. Ar. RJ 1996\3589) cuando, en su F.D. segundo, observa que “no basta que la empresa tenga dichos centros, sino que específicamente se requiere que se contrate al trabajador para realizar trabajos en dichos centros, aun cuando la empresa tenga centros de trabajo móviles o itinerantes”.

5 de noviembre de 1986²⁸⁷, que viene a aclarar que el carácter móvil o itinerante de la empresa debe manifestarse en la concreta relación de trabajo²⁸⁸. En este caso particular, y dado que se quedaría al margen de los supuestos a los que hace referencia este apartado²⁸⁹, consideramos que sí cabría admitir la movilidad geográfica internacional de trabajadores bajo cualquiera de las fórmulas que se exponen en este apartado.

5.3.3. Trabajadores que prestan servicios para empresas fronterizas

Otra de las figuras afines que podemos encontrar dentro del capítulo dedicado a la movilidad transnacional de trabajadores es la referente a la prestación de servicios en empresas fronterizas²⁹⁰.

En el caso del trabajo en este tipo de empresas situadas “a través de las fronteras”, nos encontramos ante una figura próxima, aunque diferente, a la de la

²⁸⁷ Ref. Ar. RJ 1986\6279.

²⁸⁸ En detalle, el F.D. tercero confirma que “aunque el inicio primero del art. 40 del Estatuto de los Trabajadores, dispone que los contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes no necesita expediente alguno la empresa para trasladarles, de ello no se deduce otra cosa que pueden efectivamente hacerlo, sin requisito formal alguno, pero es necesario que se les contrate específicamente haciendo constar en el contrato que se les contrata para prestar sus servicios en determinadas localidades, pero cuando, como en el caso que se enjuicia, el actor fue contratado expresamente para prestar sus servicios en un centro determinado y posteriormente se le desplaza a localidad distinta de la que fue contratado y no se le modifica en nada sus condiciones de trabajo y por tanto percibiendo el mismo salario sin compensación alguna por los mayores gastos que ha de realizar al tener que efectuar las comidas y pernoctar fuera de su domicilio habitual, es claro que esa situación ha de ser compensada, si otra cosa no se pactó, con el importe de las dietas reglamentarias”.

²⁸⁹ Véase igualmente, entre otras, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 7 de octubre de 1992 (Ref. Ar. AS 1992\5238), F.D. único.

²⁹⁰ En general, véase MORGENSTERN, F. *Conflictos internacionales de Derecho Laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 53 y ss.

contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero²⁹¹. En esta ocasión –al contrario que ocurría antes- el trabajador no es contratado para prestar servicios sucesivamente en distintos países, aunque a la postre su actividad se desenvuelve en ese mismo sentido. La diferencia estriba, pues, en que el elemento de internacionalidad no se encuentra propiamente en el clausulado del contrato, sino que reside en la especial ubicación de la empresa contratante.

Así pues, la prestación de servicios de los trabajadores en empresas fronterizas se caracteriza por el hecho de que las instalaciones en las que trabaja se encuentran situadas en varios Estados al mismo tiempo; es decir, la empresa –entendida como edificio, como construcción- está cruzada por una o varias fronteras nacionales²⁹².

De nuevo en esta ocasión tenemos que excluir esta figura del contenido de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. No ha lugar, en este caso, para entender que la relación de prestación de servicios sufre una modificación locativa como consecuencia de que el lugar de trabajo esté ubicado simultánea o, más bien, sucesivamente en varios territorios nacionales.

²⁹¹ Además, para FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, op. cit., pág. 116, se trata de un supuesto de itinerancia junto con las actividades prestadas para un grupo de empresas, las de los representantes de comercio, el transporte por carretera y, en general, “las de cualquier trabajador que, por unas u otras razones no ejecuta su trabajo en un único país”.

²⁹² Véase CATALA, N. y BONNET, R. *Droit social européen*, Litec, Paris (Francia), 1991, pág. 282.

5.3.4. Trabajadores transfronterizos

Al hablar de trabajadores transfronterizos, se hace referencia a aquéllos que residen en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresan diariamente, y desarrollan actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena, en las zonas fronterizas del territorio del otro país²⁹³. Se trata de una figura que, en nuestro ordenamiento jurídico, se recoge a propósito de la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España. En concreto, las referencias se encuentran en el art. 43 de la LOE²⁹⁴ y en el Título VI –que es el art. 84- del RDLOE²⁹⁵.

Particularmente, la legislación comunitaria reconoce la figura del trabajador transfronterizo aunque las llamadas a la misma no se encuentran en las normas de naturaleza estrictamente laboral sino en aquéllas que regulan cuestiones de Seguridad Social. En concreto, de acuerdo con el art. 1.b) del Reglamento 1408/71²⁹⁶, con la expresión “trabajador fronterizo” se designa a todo aquél que ejerce su actividad profesional en el territorio de un Estado –miembro- y reside en el territorio de otro Estado –miembro-, al que regresa en principio cada día o al menos

²⁹³ Para un análisis de esta materia desde la perspectiva española, véase MARTÍN SEGURA, J. A. “La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007, págs. 177 y ss.

²⁹⁴ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000, núm. 10) (en adelante, LOE).

²⁹⁵ RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 7 de enero de 2005, núm. 6) (en adelante, RDLOE).

²⁹⁶ Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOUE de 5 de julio de 1971, núm. L 149).

una vez por semana²⁹⁷. Además, hay que destacar la previsión por la que el trabajador transfronterizo destacado por la empresa de la que depende normalmente en el territorio del mismo Estado –miembro- o de otro Estado –miembro- conserva la calidad de trabajador transfronterizo durante un tiempo que no exceda de cuatro meses, aun cuando durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o al menos una vez por semana, al lugar de su residencia.

Por otra parte, el Reglamento 883/2004²⁹⁸ –que está pendiente de ser aprobado definitivamente para sustituir esta regulación²⁹⁹- define al trabajador fronterizo, en su art. 1.f), como toda persona que realice una actividad por cuenta ajena –o por cuenta propia- en un Estado –miembro- al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana³⁰⁰.

²⁹⁷ Como en el Dictamen del Comité de Regiones “Trabajadores transfronterizos - balance de la situación tras diez años de mercado interior: problemas y perspectivas” (DOUE de 18 de febrero de 2005, núm. C 43), considerando 1: “la expresión de trabajador transfronterizo designa a todo trabajador (por cuenta ajena o por cuenta propia) que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y resida en el territorio de otro Estado miembro, al que regrese en principio cada día o al menos una vez por semana”.

²⁹⁸ Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE de 30 de abril de 2004, núm. L 166) (en adelante, Reglamento 883/2004).

²⁹⁹ Dicha sustitución depende de la aprobación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, de 31 de enero de 2006, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social [COM (2006) 16 final] (no publicada en el DOUE), revisada por la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de octubre de 2008, por el que se establece el procedimiento para aplicar el Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social [COM (2008) 647 final] (no publicada en el DOUE).

³⁰⁰ Aunque –como se ha advertido- la eficacia del Reglamento 883/2004 está supeditada a la entrada en vigor del Reglamento de aplicación, puede consultarse un amplio análisis del mismo en AA.VV. *Ejemplar monográfico sobre Seguridad Social europea*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, 2006.

A la vista de esta noción, y centrándonos en los que son trabajadores por cuenta ajena, apreciamos que la movilidad que se produce en este tipo de prestación de servicios no tiene las mismas notas que las figuras afines que se han comentado anteriormente³⁰¹. Ello responde a que el hecho de la movilidad no se debe, *stricto sensu*, a las especiales características de la actividad sino, más bien, a otras circunstancias, como que el trabajador tenga su residencia estable en la zona fronteriza de un Estado limítrofe a aquél en el que trabaja –digamos- diariamente. Los trabajadores transfronterizos, en principio, no se ven movilizados a otro país con motivo de su prestación de servicios, ni tampoco su actividad está caracterizada por prestarse en uno o varios países extranjeros, sino que para ir de su residencia a su trabajo tienen que penetrar una frontera internacional, a pesar de la cercanía entre ambos lugares.

No obstante, si se produce eventualmente la movilidad geográfica internacional del trabajador transfronterizo, consideramos que las características diferentes que presenta tal situación en cuanto a las especiales condiciones de residencia y localización de la prestación de servicios no hacen que nos encontremos ante un episodio distinto al de cualquier otro trabajador que se encuentre destacado en el extranjero por su propia empresa.

³⁰¹ Lo pone de manifiesto de forma expresa DESDENTADO BONETE, A. “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 33: “La posición del trabajador fronterizo es muy distinta de la del trabajador desplazado”.

PARTE III

REGLAS JURÍDICAS SOBRE CONFLICTOS MÓVILES EN SUPUESTOS DE TRABAJO TEMPORAL EN EL EXTRANJERO

CAPÍTULO PRIMERO

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. La intervención de normas privadas internacionales en la articulación del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero: conflictos de *forum* y de *ius*

El protagonismo del Derecho Internacional Privado en el análisis del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero es incuestionable. En tanto en cuanto esta disciplina “aspira a la reglamentación del tráfico externo”³⁰², se hace preciso incorporar a nuestro estudio los instrumentos jurídicos específicos que el Derecho Internacional Privado dispone en orden a resolver los conflictos que se presentan en el ámbito de las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional.

En efecto, cuando un trabajador es destinado en el exterior se genera una situación jurídica particular por la que una misma relación contractual es susceptible de ser conocida por varios sistemas jurisdiccionales y regulada por distintos ordenamientos jurídicos. De ahí que esta Parte esté dedicada al estudio de las soluciones que se arbitran en las normas de Derecho Internacional Privado para resolver los litigios y controversias que pueden plantearse en relación con un episodio de movilidad geográfica internacional de trabajadores, tanto en relación

³⁰² “Esto es, de aquellas relaciones y situaciones cuyos elementos no se realizan en una sola esfera jurídica, en un único ordenamiento, sino que por el contrario están afectadas por la pluralidad y diversidad de los sistemas jurídicos”, según CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, págs. 14 y 37 y ss.

con la competencia judicial internacional –*forum*- como en materia de selección del Derecho aplicable –*lex o ius*-.

Dicho estudio debe seguir este orden, *ergo*, la primera cuestión que hay que resolver es la relativa a la determinación de la jurisdicción nacional competente para que, una vez identificada ésta, se pueda aplicar en su seno la normativa que resulte adecuada. En efecto, cuando se plantea un conflicto en el que están presentes distintos elementos de tráfico externo, como sucede con ocasión de la ejecución temporal de la prestación de servicios en el extranjero, procede inicialmente precisar qué jurisdicción nacional es competente para conocer el asunto³⁰³. Debe, por tanto, concretarse en primer lugar el *forum* para luego determinar el *ius*; una cuestión que no siempre queda claramente delimitada y ordenada³⁰⁴.

³⁰³ Una vez identificada la competencia judicial internacional, la normativa nacional que corresponda será la encargada de determinar la competencia territorial. En España se debate si, en este último punto, hay que acudir a lo dispuesto en el art. 56 de la LEC [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000, núm. 7)] –que entiende que hay sumisión tácita cuando, bien por el mero hecho de acudir el demandante a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda, bien por el hecho de que el demandado haga, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria- o, por el contrario, la competencia territorial de los jueces y tribunales españoles es la que configura el art. 10 de la LPL [RDLeg 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 11 de abril de 1995, núm. 86)] –básicamente, el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante, o, si los servicios se prestaran en lugares de distintas circunscripciones territoriales, aquel de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado, a elección del trabajador-.

Para JUÁREZ PÉREZ, P. *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002, pág. 95, parece difícil sostener la aplicación del foro de la sumisión del art. 56 de la LEC al orden social, toda vez que la determinación de la competencia territorial de nuestros jueces y tribunales es una materia regulada por la legislación procesal específica del art. 10 de la LPL.

³⁰⁴ Así se ha puesto de manifiesto, entre otras, en la STSud (Sala de lo Social) de 17 de julio de 1998 (Ref. Ar. RJ 1998\6263), F.D. segundo: “La sentencia recurrida incurre en la confusión de dos

Una vez resuelto el conflicto de competencia judicial internacional, la segunda cuestión ha de ser, por tanto, la identificación de la ley aplicable en tanto conjunto de normas que regulan el asunto –entre las que puede figurar, avanzamos, ciertas disposiciones del Derecho del foro- y que van a servir de fundamento al fallo que recaiga en la resolución judicial correspondiente. En consecuencia, el hecho de que los jueces y tribunales de un Estado conozcan de una determinada controversia no conduce necesariamente a la aplicación del ordenamiento jurídico nacional, como tampoco el hecho de que se declaren incompetentes va a suponer que su Derecho interno no sea aplicado al supuesto litigioso por la jurisdicción extranjera que corresponda³⁰⁵.

Conviene advertir en este momento que la ordenación de las reglas sobre determinación de la jurisdicción competente, así como del Derecho aplicable³⁰⁶, se caracteriza por estar contenida de una pluralidad de normas de distinto origen y alcance. En efecto, el Derecho Internacional Privado se nutre tanto de disposiciones de origen nacional –generalmente heterogéneas y descoordinadas entre sí- como de

conceptos distintos. Uno, el Tribunal competente para el conocimiento del litigio. Y otro distinto, cual sea el derecho material (español o francés) que haya de servir de base para el enjuiciamiento de la pretensión deducida. Evidentemente esta segunda es cuestión cuya decisión corresponde únicamente a los Tribunales que, con arreglo a las normas de conflicto, sean competentes para decidir el tema litigioso, por lo que un pronunciamiento sobre esta materia está vedado al Tribunal que declare su incompetencia”.

³⁰⁵ Es elocuente a este respecto la reflexión que se hace en la STSud (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1998 (Ref. Ar. RJ 1998\8554), F.D. cuarto: “La cuestión, pues, a resolver en primer lugar, no es cuál sea la norma sustantiva aplicable a la cuestión litigiosa, sino si la jurisdicción española se extiende a conocer de la pretensión ejercitada o si dicha potestad jurisdiccional tiene los límites que le impone su propio territorio”.

Nótese que esta sentencia ha sido comentada de manera monográfica por FOTINOPOULOU BASURKO, O. “La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 8, 1999, págs. 151-161, y por DE VALENTÍN-GAMAZO Y ALCALÁ, I. “Confusión *forum-ius* en la relación de trabajo del contrato internacional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 95, 1999, págs. 453-460.

³⁰⁶ Véase *infra* Capítulo Segundo.

normas producidas a nivel internacional o multilateral, lo cual pone de manifiesto “la doble naturaleza del Derecho internacional privado, la tensión entre sus ingredientes nacionales e internacionales, la contradicción íntima que configura la naturaleza de esta rama del Derecho”³⁰⁷. Ello responde, por una parte, a la aprobación de sucesivas normas en el tiempo que pueden llegar a presentar contradicciones aplicativas entre sí. Por otra parte, también son plurales las fuentes positivas por efecto del progresivo desarrollo normativo operado en determinados ámbitos, de entre los que destaca de forma significativa el caso europeo.

Excede los límites de esta investigación el análisis de todos los referentes normativos que disciplinan el tema de la competencia judicial internacional en materia de contratos, siquiera de contratos de trabajo. El objeto del presente estudio debe quedar restringido al examen a las reglas establecidas para los litigios planteados en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Ello no obsta que, por necesidades del discurso, haya que alegar otras cuestiones, más generales, para completar y apoyar nuestras reflexiones³⁰⁸.

Se analizan a continuación, por tanto, las normas que rigen las cuestiones de competencia judicial internacional para casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. A tal efecto, se dispone una estructura en tres niveles de acuerdo con los tres ámbitos en los que se localizan las normas privadas internacionales

³⁰⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, op. cit., pág. 49.

³⁰⁸ Para tener una visión general del tema de la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo, incluido el examen del sistema de fuentes en este ámbito, consúltense, entre otros, los trabajos de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 25 y ss., y de JUÁREZ PÉREZ, P. *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, op. cit., págs. 25 y ss. Más recientemente, véase SERRANO GARCÍA, M. J. “La individualización del foro en los litigios que afectan a los contratos de trabajo internacionales”, *Documentación Laboral*, núm. 83, 2008, págs. 159-207.

fundamentales en la materia. A saber, las de origen interno o nacional –en nuestro Derecho, el art. 25 de la LOPJ³⁰⁹-; las de ámbito internacional y comunitario multilateral –el Convenio de Bruselas³¹⁰, el Convenio de Lugano³¹¹ y el Reglamento “Bruselas I”³¹², junto con la Directiva 96/71-; y las de carácter bilateral –Convenio con Rumanía³¹³ y Convenio con El Salvador³¹⁴, en el caso español-. Una vez conocida su articulación mutua, se identifican las soluciones específicas a los conflictos de competencia judicial internacional que pueden plantearse en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores.

³⁰⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157) (en adelante, LOPJ).

³¹⁰ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DOUE de 28 de julio de 1990, núm. C 189) (en adelante, Convenio de Bruselas o CB).

³¹¹ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (DOUE de 25 de noviembre de 1988, núm. L 319) (en adelante, Convenio de Lugano o CL).

³¹² Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE de 16 de enero de 2001, núm. L 12) (en adelante, Reglamento “Bruselas I” o RBI).

³¹³ Convenio entre España y Rumanía sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho “ad referéndum” en Bucarest el 17 de noviembre de 1997 (BOE de 5 de junio de 1999, núm. 134) (en adelante, Convenio con Rumanía).

³¹⁴ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (BOE de 25 de octubre de 2001, núm. 256) (en adelante, Convenio con El Salvador).

2. La determinación de la competencia judicial internacional en el ordenamiento jurídico español *ex art. 25 de la LOPJ*

El art. 25 de la LOPJ se encuentra ubicado en el Título I –“De la extensión y límites de la jurisdicción”³¹⁵- dentro del Libro I – “De la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales”³¹⁶- y determina la competencia del orden jurisdiccional social español cuando se suscitan litigios en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, control de legalidad de convenios colectivos y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos, y pretensiones de Seguridad Social³¹⁷.

Partiendo de la atribución general de competencia de los juzgados y tribunales españoles en el orden social, este precepto dispone, particularmente, que en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo serán competentes cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español, así como cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España. También media tal competencia cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato, y, además, en el caso de contrato de

³¹⁵ Arts. 21 a 25 de la LOPJ.

³¹⁶ Arts. 21 a 103 de la LOPJ.

³¹⁷ Respecto de estas dos cuestiones, el art. 25 de la LOPJ establece la competencia de los juzgados y tribunales españoles del orden social, respectivamente, “en materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español” y “en materia de pretensiones de seguridad social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España”.

embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español³¹⁸.

Desde el punto de vista de la identificación de la jurisdicción competente para resolver un litigio derivado de una situación de movilidad geográfica internacional de trabajadores, el art. 25 de la LOPJ ofrece múltiples soluciones que conducen a otorgar una competencia “cuasi-exclusiva” a los juzgados y tribunales nacionales del orden social. Se trata, en efecto, de un precepto que tiene una marcada *vis attractiva* de los litigios sobre derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo con elementos de extranjería hacia los jueces y tribunales españoles del orden social.

Quede dicho que se trata, como ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina³¹⁹ y la jurisprudencia³²⁰, de un sistema que establece varios fueros

³¹⁸ Para un estudio monográfico de las peculiaridades del contrato de embarque, véanse, entre otros, IRIARTE ÁNGEL, J. L. *El contrato de embarque internacional*, Beramar, Madrid, 1993; y FOTINOPOULOU BASURKO, O. *El contrato de trabajo de la gente del mar. El problema de la determinación de la ley rectora del contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Comares, Granada, 2008.

³¹⁹ Véanse, entre otros, ZÁBALO ESCUDERO, M. E. “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. XXXVIII, 1986, pág. 627; RODRÍGUEZ BENOT, A. “Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho Español y Convenios de Bruselas y Lugano”, *La Ley-Comunidades Europeas*, núm. 69, 1991, pág. 10; JUÁREZ PÉREZ, P. *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, *op. cit.*, pág. 181; y RIVAS VALLEJO, P. “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, vol. 1, 2007, págs. 557-583.

³²⁰ La STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\4386), F.D. tercero, señala: “En un supuesto, como el presente, de aplicabilidad exclusiva de la LOPJ, por inexistencia de normas internacionales que puedan entrar en juego, debe concluirse manteniendo la nulidad de la cláusula de sumisión expresa de las partes a los Tribunales extranjeros, cuando del art. 25 de la LOPJ se deduce con toda evidencia la competencia de los españoles, pues esa norma es imperativa y, no habiendo establecido la posibilidad de este tipo de cláusulas, ha de entenderse que

alternativos pero inderogables dado que de la norma no se infiere en ningún momento que quepa sumisión ni expresa ni tácita³²¹, lo que sí se permite en otras ocasiones³²². No en vano, en este mismo ámbito de la competencia judicial internacional, dicho instrumento –conocido como *derogatio fori*- está presente en el art. 22.2 de la LOPJ cuando determina que “en el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes (...) con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los juzgados o tribunales españoles”.

En detalle, el art. 25.1 de la LOPJ determina, en primer lugar, la competencia del orden social español cuando la prestación de servicios se haya realizado en España. Procede entender, en principio, que se trata de una regla que resuelve el conflicto de competencia judicial internacional que se presenta sólo cuando España es el país de destino del destacamento internacional del trabajador. Ahora bien, podría plantearse que esta primera solución dada por el art. 25.1 de la LOPJ tiene cabida también para determinar la jurisdicción que debe conocer un asunto de movilidad externa de trabajadores con origen en nuestro país, valiéndose de la forma verbal empleada. La literalidad del precepto expresa que nuestros jueces

la atribución de competencia a la jurisdicción española no es materia disponible por la voluntad de los contratantes”.

³²¹ Aún así, las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 10 de marzo de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\1115), F.D. único; y de 10 de julio de 2002 (Ref. Ar. AS 2002\3151), F.D. segundo, declaran la validez de un pacto de sumisión incluido en un contrato de trabajo internacional con base en el art. 25 de la LOPJ.

³²² De hecho, es una práctica habitual en los contratos de trabajo celebrados por organismos públicos cuando el trabajo se desarrolla en un país no comunitario o no sujeto a Convenio. Este *modus operandi* se critica, entre otras, en las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 15 de abril de 1999 (Ref. Ar. AS 1999\1075), F.D. segundo; y de 26 de junio de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\2944), F.D. primero.

Véase, asimismo, PALAO MORENO, G. “Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2000, págs. 219-256.

y tribunales del orden social serán competentes cuando los servicios “se hayan prestado” en España y no cuando “se presten” en España, por lo que cabría extender dicha competencia a cualquier litigio planteado en el marco de una prestación de servicios que en algún momento se haya desarrollado en España³²³.

En segundo lugar, el art. 25 de la LOPJ declara la competencia de la jurisdicción española del orden social cuando el contrato se haya celebrado en territorio español. En este caso, se trata de una regla de solución al problema de competencia judicial internacional que es directamente aplicable a litigios planteados en el marco de una situación de movilidad transnacional de trabajadores siempre y cuando se cumpla la condición de suscripción del contrato en nuestro territorio.

En tercer lugar, la extensión de la jurisdicción española y de su orden social alcanza también a la resolución de litigios sobre derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo cuando el domicilio del demandado está en territorio español, así como el de una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España³²⁴. De nuevo aquí, la literalidad de la norma plantea un debate en torno a la posibilidad de que los jueces y tribunales españoles conozcan de un asunto por el mero hecho de que el demandado –que en este punto se identifica automáticamente

³²³ La STS (Sala de lo Social) de 20 de julio de 2007 (Ref. Ar. RJ 2007\6961), F.D. segundo, rechaza la aplicación del art. 25 de la LOPJ en un supuesto de prestación temporal de servicios en España por parte de trabajadores americanos en tanto en cuanto no se cumplen las exigencias de conexión de dicho precepto.

Véase, asimismo, el comentario a esta resolución de SERRANO GARCÍA, M. J. “La competencia judicial internacional en los conflictos colectivos sobre cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2008, págs. 73-87.

³²⁴ Entendido ello como centro de trabajo en el sentido del art. 1.5 del ET, *ergo*, como “unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.

con la figura del empleador³²⁵ - tenga una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España.

No obstante, parece que la interpretación más acorde respecto de este punto concreto debe ser que la competencia de la jurisdicción española se extiende a estos supuestos siempre y cuando el contrato se haya suscrito en España dado que no es admisible que la jurisdicción española alcance a conocer de un litigio sólo porque una determinada empresa tenga una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación sita en territorio español. De lo contrario, se estarían atrayendo a nuestro foro litigios sobre relaciones de trabajo vinculadas al mismo por una única y mínima conexión, desvirtuando así la finalidad última de las reglas de determinación de la competencia judicial internacional, que no es otra que la “distribución de los ámbitos de actuación jurisdiccional de los distintos Estados (competencia judicial convencional e institucional), limitándose, cuando su origen es interno, a establecer si dicho Estado puede insertar un litigio concreto en el ámbito de actuación de sus propios Tribunales, considerados en su conjunto (régimen común de competencia judicial internacional)”, según FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO³²⁶.

Por último, de acuerdo con el art. 25 de la LOPJ, los jueces y tribunales españoles del orden social también son competentes para conocer los litigios en la materia cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato. Se trata de un supuesto que vincula una determinada situación con España

³²⁵ También lo ve así RIVAS VALLEJO, P. “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales”, *op. cit.*, pág. 560, cuando escribe que “parece presumirse el carácter de demandado del empresario”.

³²⁶ En otras palabras, “si se trata de reglas de origen internacional su función es «distributiva» de competencia, mientras que si proceden del orden interno es meramente «atributiva» de competencia”, de acuerdo con FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Civitas, Madrid, pág. 50.

por el hecho de que ambas partes ostenten la nacionalidad española, conexión que no nos es extraña pues sirve de base también a otras normas nacionales de Derecho Internacional Privado³²⁷.

3. Las disposiciones internacionales sobre determinación de la competencia judicial internacional

3.1. Los Convenios de Bruselas y de Lugano

A pesar de expresar en su título que es una norma relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³²⁸, el Convenio de Bruselas establece reglas aplicables para determinar la competencia judicial internacional en litigios planteados respecto de contratos individuales de trabajo³²⁹.

³²⁷ Como es el caso del art. 1.4 del ET, si bien este precepto –que no determina la competencia de la jurisdicción española sino la aplicación de nuestra legislación laboral- no sólo exige que ambas partes ostenten la nacionalidad española, sino también que la contratación se haya realizado en España (véase *infra* Capítulo Segundo, punto 2.2).

³²⁸ “Y es que, a pesar de ese título –que no es ciertamente original ya que transcribe a su vez el de sus precedentes- lo cierto es que, como vamos a ver, ni su regulación se limita a la competencia judicial en cuestiones estrictamente civiles y mercantiles, ni abarca la totalidad de las materias enunciadas, por lo que bien podía haberse elegido un título más adecuado a su verdadero alcance”, según SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L. “Reglas determinantes de la competencia judicial internacional en materia laboral en el Derecho comunitario”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002, págs. 30 y ss.

Es una problemática que también analiza en detalle RODRÍGUEZ BENOT, A. “Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho español y Convenios de Bruselas y Lugano”, *op. cit.*, págs. 2 y ss.

³²⁹ En concreto –en cuanto a la consideración del contrato de trabajo como materia civil en base a su identificación con los contratos civiles de prestación de servicios y a pesar de que los primeros presentan determinadas particularidades frente a los segundos, en la medida en que crean un vínculo duradero que integra al trabajador dentro del marco de una organización de la actividad económica del empresario y en que se localizan en el lugar de ejercicio de la actividad pactada que incumbe realizar al trabajador- véanse, entre otras, las SSTJCE (Pleno) de 15 de enero de 1987, asunto

Concretamente, en el art. 5.1 del CB³³⁰ se determina que, en materia de contrato individual de trabajo, las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante cuando se trate del lugar en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo³³¹. Sin embargo, en el caso de que el trabajador no desempeñe habitualmente su trabajo en un único Estado, ese lugar será aquél del establecimiento que contrató al trabajador. Ello no obstante, tiene plena aplicabilidad la regla general que se determina para designar el foro y que se corresponde con el Estado contratante donde tiene su domicilio del demandado, a lo que hay que añadir la posibilidad permitida de elegir la jurisdicción competente pero sólo una vez ha nacido el litigio³³².

No obstante lo dicho, lo cierto es que la vigencia que tiene el Convenio de Bruselas como tal –al margen de las consideraciones que se hacen a continuación a propósito del Reglamento “Bruselas I”³³³- es bastante reducida, toda vez a día de

266/85 “Shevanai” (Ref. Ar. TJCE 1987\25), F.D. 16, y (Sala Sexta) de 15 de febrero de 1989, asunto 32/88 “Six Constructions” (Ref. Ar. TJCE 1989\94), F.D. 10.

³³⁰ Primero de la Sección 2ª sobre “Competencias especiales” del Título II.

³³¹ El concepto de habitualidad se ha ido dotando de contenido a través de la jurisprudencia comunitaria a través, por ejemplo, de la identificación del lugar donde el trabajador tiene instalado el centro de sus operaciones o donde realiza la parte más importante de su actividad [SSTJCE (Pleno) de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92 “Mulox” (Ref. Ar. TJCE 1993\119), aptdo. 25; y (Sala Sexta) de 9 de enero de 1997, asunto C-383/95 “Rutten” (Ref. Ar. TJCE 1997\3), aptdo. 22], de la cuantificación del tiempo trabajado en los diferentes destinos [STJCE (Sala Sexta) de 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00 “Weber” (Ref. Ar. TJCE 2002\65), aptdo. 52] o de la identificación del empresario que tiene el interés en la ejecución de la prestación [STJCE (Sala Quinta) de 10 de abril de 2003, asunto C-437/00 “Pugliese” (Ref. Ar. TJCE 2003\106), aptdo. 26].

³³² En virtud del art. 17 *in fine* del CB, “en materia de contratos individuales de trabajo, los convenios atributivos de competencia sólo surtirán efecto si son posteriores al nacimiento del litigio o si el trabajador los invoca ante otros tribunales distintos del tribunal del domicilio del demandado o del que se indica en el punto 1 del artículo 5º”.

³³³ Resulta que, a pesar de que este Reglamento comunitario desplaza formalmente al Convenio de Bruselas, materialmente sus contenidos son similares y, en ocasiones, incluso idénticos.

hoy sólo resulta aplicable al caso de Dinamarca³³⁴, tanto si se trata el tema de la determinación de la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales daneses, como a la hora de reconocer y ejecutar las resoluciones emanadas de ellos en otros Estados miembros³³⁵. Quede dicho que, si bien Reino Unido y la República de Irlanda suscribieron un Protocolo en sentido similar, al mismo tiempo, expresaron oficialmente su deseo de participar en la adopción y aplicación del Reglamento “Bruselas I”, al que dedicamos el siguiente epígrafe.

Sea como fuere, la situación provocada por la postura danesa se encuentra en vías de ser reparada una vez se han puesto en marcha los mecanismos comunitarios para incorporar a Dinamarca, en su calidad de Estado miembro, al proceso de transformación –la llamada “comunitarización”- que están experimentando muchos textos normativos europeos³³⁶ con el objetivo de recuperar la uniformidad y la seguridad jurídica de las disposiciones comunitarias que, paradójicamente, sí existían antes del desarrollo de dicho proceso de comunitarización³³⁷.

³³⁴ En realidad, el caso danés es el más significativo aunque no el único porque el Convenio de Bruselas también se mantiene vigente respecto de los territorios franceses de ultramar y de las Antillas holandesas.

³³⁵ El documento de referencia –titulado “Dinamarca y el Tratado de la Unión Europea”- se recoge en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo, de 12 de diciembre de 1992 (DOUE de 31 de diciembre de 1992, núm. C 348), donde se pone de manifiesto, como mantienen GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “La nueva regulación de la competencia judicial en materia contractual en el ámbito comunitario”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, pág. 696, “su reticencia a tomar parte en la nueva estrategia común en materia de cooperación judicial”.

³³⁶ El documento de referencia es la Decisión 2006/325/CE del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE de 5 de mayo de 2006, núm. L 120).

³³⁷ A este proceso se hace también referencia *infra* Capítulo Segundo, punto 3.1.

En cuanto al Convenio de Lugano, el contenido material de las disposiciones que establece sobre competencia judicial internacional coincide en su literalidad, incluso en su numeración, con el del Convenio de Bruselas³³⁸. La diferencia entre ambos estriba, pues, en la extensión de su ámbito de aplicación. A este respecto, las reglas sobre competencia del Convenio de Lugano³³⁹ se aplican cuando el demandado se encuentre domiciliado en un Estado parte del mismo que no sea miembro, a su vez, de la UE³⁴⁰ –léanse, Islandia, Noruega y Suiza³⁴¹–.

3.2. El Reglamento “Bruselas I”

A partir del 1 de marzo de 2003, la normativa comunitaria sobre competencia judicial internacional se contiene en el Reglamento “Bruselas I”³⁴²

³³⁸ A excepción –destacamos– del art. 17 *in fine*, que sólo admite los convenios atributivos de competencia si son posteriores al nacimiento del litigio. Recuérdese que el mismo precepto del Convenio de Bruselas también reconoce efectos a aquellos convenios atributivos de competencia que el trabajador invoque ante otros tribunales distintos del tribunal del domicilio del demandado o del que se indica en el art. 5.1.

³³⁹ En materia de litispendencia o conexidad, el Convenio de Lugano se aplica cuando se presenten las demandas en un Estado contratante que no sea miembro de la UE y en otro que sí lo sea. Por su parte, respecto del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, el Convenio de Lugano se aplica si el Estado de origen o el requerido no es miembro de la UE.

³⁴⁰ Ello se debe a que, en su día, nació para extender las reglas competenciales del Convenio de Bruselas a los Estados participantes en el Acuerdo Europeo de Libre Comercio.

A este respecto, véanse, entre otros, BORRÁS RODRÍGUEZ, A. “Competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 al Convenio de Lugano de 1988”, *Noticias CEE*, núm. 50, 1989, págs. 95 y ss. y DESANTES REAL, M. “Celebración de los convenios de Lugano (16 de septiembre de 1988) y San Sebastián (26 de mayo de 1988) sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. XLI, 1989, págs. 664 y ss.

³⁴¹ No se cita a Liechtenstein porque no es parte de este Convenio.

³⁴² Como norma general, no se admite la aplicación retroactiva de este Reglamento, como tampoco se hiciera en su momento para el Convenio de Bruselas. Así lo confirman, entre otras, las SSTJCE

como norma de adaptación, vía comunitarización, del Convenio de Bruselas³⁴³, en obediencia general a los mandatos contenidos en los “antiguos” arts. 61, 65 y 67 del TCE³⁴⁴ y con el objetivo principal de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas, adoptando al efecto las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que son necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior³⁴⁵.

En cuanto a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo, la Sección 5 enumera las distintas reglas aplicables para determinar dicha competencia judicial internacional en litigios que presentan elementos de tráfico externo. La del art. 21, primera de ellas –aunque paradójicamente es la que cierra la Sección- dispone que, sobre las demás –arts. 18 a 20-, únicamente prevalecerán los

(Pleno) de 13 de noviembre de 1979, asunto 25/79 “Sanicentral” (Recop. Jurisp. 1979, pág. 3423) y (Sala Quinta) de 2 de julio de 1985, asunto 148/84 “Brasserie du Pêcheur” (Recop. Jurisp. 1985, pág. 1981).

³⁴³ Véanse, para obtener una visión panorámica de la transición entre ambas normas, SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L. “Reglas determinantes de la competencia judicial internacional en materia laboral en el Derecho comunitario”, *op. cit.*, págs. 31 y ss.; y GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “La nueva regulación de la competencia judicial en materia contractual en el ámbito comunitario”, *op. cit.*, págs. 695-703.

³⁴⁴ Ahora arts. 67 y 81 del TFUE.

³⁴⁵ Quedan derogados, por tanto, los Convenios bilaterales de los que España era parte y que son objeto de cita en el art. 69 del RBI. Se trata, en concreto, del Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969 y ratificado por España el 15 de enero de 1970 (BOE de 14 de marzo de 1970, núm. 63); el Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973 y ratificado por España el 27 de julio de 1977 (BOE de 15 de noviembre de 1977, núm. 273); el Convenio entre España y Austria sobre reconocimiento y ejecución recíprocos de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, firmado en Viena el 17 de febrero de 1984 y ratificado por España el 11 de julio de 1985 (BOE de 29 de agosto de 1985, núm. 207); y el Convenio entre España y Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, firmado en Bonn el 14 de noviembre de 1983 y ratificado por España el 18 de enero de 1988 (BOE de 16 de febrero de 1988, núm. 40).

acuerdos atributivos de competencia, bien posteriores al nacimiento del litigio, bien que permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados por ellas³⁴⁶, y que pasamos a comentar.

En el supuesto de que no exista dicha elección de foro o ésta no sea válida de acuerdo con lo anterior³⁴⁷, en segundo lugar y cuando la parte demandada es el empresario, el Reglamento “Bruselas I” hace una distinción en función de que tenga o no su domicilio en territorio comunitario.

Por una parte, el art. 19 dispone las normas de determinación del *forum* competente cuando la parte demandada es el empresario y éste tiene su domicilio en un Estado miembro. En este supuesto, el litigio se puede plantear, bien ante los jueces y tribunales del Estado donde está sito dicho domicilio, bien ante la jurisdicción de otro Estado miembro siempre y cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias. En primer lugar, si el trabajador ha desempeñado habitualmente su prestación en un único Estado, puede presentar su demanda o en tal Estado de trabajo habitual o en el último lugar en que se haya desarrollado la prestación de servicios. En segundo lugar, en el caso de que el trabajador no haya realizado su actividad de forma habitual en ningún Estado en particular, el empresario puede ser

³⁴⁶ Ello no obstante, y entre otras, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 10 de julio de 2002 (*cit.*), F.D. segundo, defiende la plena validez de los pactos de sumisión expresa o aforamiento jurisdiccional, aunque sean previos al conflicto, en base a los arts. 55, 57 y 58 de la LEC, que son, sin embargo, aplicables sólo después de que se haya confirmado la competencia de la jurisdicción española.

Véase el comentario a esta resolución de ESLAVA RODRÍGUEZ, M. “Contrato internacional de trabajo. Excepción de incompetencia de jurisdicción”, *Aranzadi Social*, vol. IV, 2002, págs. 3293-3296.

³⁴⁷ No en vano, resulta impropio afirmar que la determinación de la competencia judicial internacional es arbitraria o depende incondicionalmente de los litigantes. En este sentido, véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, pág. 57.

demandado ante el tribunal del lugar en que está o haya estado situado el establecimiento que empleó al trabajador demandante³⁴⁸.

Por otra parte, si el empresario –en cuanto que parte demandada- no tiene su domicilio en un Estado miembro pero sí posee una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en territorio comunitario, el art. 18 del RBI considera, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro.

En segundo lugar, para el caso de que sea el empresario el que ocupa la posición de parte demandante, sólo podrá presentar su reclamación ante la jurisdicción del Estado miembro en que el trabajador, en tanto demandado, tenga su domicilio³⁴⁹ *ex art. 20 del RBI*³⁵⁰.

³⁴⁸ En el supuesto de que sean varias las empresas demandadas, la aplicación del art. 19 del RBI no plantea dificultad alguna siempre y cuando se encuentren domiciliadas en un mismo Estado. En caso contrario, serán competentes bien los tribunales del domicilio del trabajador, bien los del lugar donde se lleva a cabo la prestación de servicios. Cuando la actividad se realice en un tercer Estado, restará plantear la demanda allí donde se encuentre el establecimiento de contratación, si es que no hay lugar de trabajo habitual, o en el país donde las empresas tengan agencias, sucursales o establecimientos.

Véase, a este respecto, SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales tras la STJCE 22 mayo 2008”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2008, págs. 59-83.

³⁴⁹ Nótese que el Reglamento Bruselas I, al tiempo que sostiene que “respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción” (considerando 11), no ofrece concepto alguno de domicilio de las personas físicas, por lo que habrá que estar a lo que se determine en la legislación nacional.

Sobre este particular, véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, págs. 65 y ss.

³⁵⁰ Ello sin perjuicio del derecho de presentar una reconvencción ante el tribunal que entendiere de una demanda principal, en virtud del punto 2 de este art. 20.

3.3. El foro especial de la Directiva 96/71

En el entendido de que los foros de competencia establecidos tanto en los Convenios de Bruselas y Lugano como en el Reglamento “Bruselas I” “no protegen convenientemente a los trabajadores que se desplazan temporalmente”³⁵¹, en tanto en cuanto restringen las posibilidades de que la jurisdicción del país huésped conozca el asunto litigioso, el art. 6 de la Directiva 96/71 dispone que “se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador”³⁵². Se trata, por tanto, de un precepto que crea un “foro adicional y complementario”³⁵³ a los establecidos en el resto de instrumentos sobre determinación de la competencia judicial internacional cuando el litigio se plantea en supuestos de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional.

Conviene advertir en este punto que la Directiva 96/71 tiene por objeto el establecimiento de las bases para garantizar unas condiciones de trabajo mínimas que impidan la desigualdad de trato en dichos supuestos, así como la libre competencia, evitando el *dumping* social entre las empresas que ejerzan sus actividades en el mercado interior. A tal efecto, dispone un sistema específico de reglas correctivas para resolver los conflictos de Derecho aplicable que se plantean

³⁵¹ FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Mecanismos de tutela judicial”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, *op. cit.*, pág. 240.

³⁵² Por su parte, el art. 16 de la Ley 45/1999 dispone que “los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a los que se refiere el artículo anterior cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España” sobre la base del art. 25 de la LOPJ”, y añade que “la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles del orden social se determinará de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 6 a 10 de la Ley de Procedimiento Laboral”. Sobre este particular, véase *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 4.2.2, A).

³⁵³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *op. cit.*, pág. 84.

en este ámbito³⁵⁴. Ello no obstante, también se establece este “fuero especial” con el fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo del art. 3³⁵⁵.

En efecto, la Directiva 96/71 –así como la normativa nacional que la transpone- se cuida de dejar claro que se trata de un foro alternativo, que no sustitutivo³⁵⁶, a los fijados por el resto de normas en la materia³⁵⁷. Así pues, se puede plantear la controversia en cuestión, también, ante los órganos jurisdiccionales del país de destino de la prestación temporal de servicios, siempre y cuando se encuentre en el ámbito de aplicación de dicha normativa.

Ahora bien, es problemática la identificación de los sujetos legitimados para alegar este foro alternativo, toda vez en la Directiva 96/71 no queda claro si se refiere sólo al trabajador, al empresario o a ambos. *A priori*, cabría plantear que esta normativa proporciona este nuevo foro de competencia –el del lugar de prestación temporal de servicios- sólo al trabajador apelando a su objetivo tuitivo, pues el art. 6

³⁵⁴ Véase *infra* Capítulo Segundo, punto 4.3.

³⁵⁵ Véase JUÁREZ PÉREZ, P. “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1999, pág. 1264.

³⁵⁶ En palabras de GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A. “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pág. 40, “no viene a alterar dichas reglas de competencia sino que únicamente añade o superpone”.

³⁵⁷ El art. 6 de la Directiva 96/71 no afecta, como expresamente establece, a “la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial”.

de la Directiva 96/71 lo habilita –literalmente- “a fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3”³⁵⁸.

A nuestro entender, sin embargo, no parece que la extensión de la legitimación a favor del empresario desvirtúe la orientación de las disposiciones referenciadas, lo cual conduce a sostener que el foro del lugar de destino puede ser invocado por ambas partes. La cuestión, de nuevo en este punto, es que la determinación de la competencia judicial internacional no prejuzga el resultado de la controversia, sino que es el Derecho aplicable el que, en su caso, está en disposición de garantizar la salvaguarda de dichas condiciones de trabajo y empleo.

4. La normativa bilateral: el Convenio con Rumanía y el Convenio con El Salvador

El análisis de las disposiciones internacionales sobre determinación de la competencia judicial internacional³⁵⁹ debe culminar con la referencia a dos acuerdos bilaterales vigentes en nuestro país entre España y Rumanía, por un lado, y entre España y el Salvador, por otro³⁶⁰.

³⁵⁸ Ésta es precisamente la interpretación que hace en JUÁREZ PÉREZ, P. “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado”, *op. cit.*, págs. 1268 y ss.; y en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, vol. 1, 2000, pág. 32.

³⁵⁹ Así como –recordemos- para instrumentar el reconocimiento recíproco de resoluciones en materia civil y mercantil.

³⁶⁰ Omitimos hacer referencia expresa a otros textos inespecíficos que contienen previsiones en la materia y que han sido suscritos, en este caso, entre la UE y varios países latinoamericanos. Véase al respecto el documento de la CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID “El Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador,

Aunque en el clausulado particular de ambos Convenios se establecen limitaciones y excepciones por razón de la materia, ninguna de ellas afecta a nuestro objeto de estudio, por lo que ambas son fuentes normativas válidas para resolver los conflictos de competencia judicial internacional en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores³⁶¹. Sin embargo, dado el alcance de la normativa comunitaria aplicable en la materia, la aplicación efectiva de estos Convenios por parte de los jueces y tribunales españoles sólo procede cuando el demandado está domiciliado, respectivamente, en Rumanía o en El Salvador³⁶².

En cuanto a la configuración de los foros de competencia judicial internacional en tales supuestos, ambos Convenios reproducen lo descrito respecto del Reglamento “Bruselas I”. Se plantea, sin embargo, una cuestión controvertida en relación con el Convenio de Rumanía. Se trata del alcance que tiene la expresión “sede” cuando se habla del domicilio de las personas jurídicas³⁶³, lo cual ha dado lugar a cuestionar si, con tal expresión, este Convenio excede el concepto de domicilio social. Sin embargo, se llega a la conclusión general de interpretar ambos conceptos –el de sede y el de domicilio de las personas jurídicas– como sinónimos³⁶⁴.

Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá: un avance significativo en la cooperación europea con los países de Centroamérica”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 12, 1999, págs. 25-30.

³⁶¹ Tanto el Convenio con Rumanía como el Convenio con El Salvador excluyen las mismas materias que quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, aunque el primero añade, además, los seguros de derecho privado y la navegación civil.

³⁶² Estas restricciones no afectan, claro está, a los jueces y tribunales de Rumanía o de El Salvador, excepto si hay otras normas que obliguen lo contrario de manera similar al caso europeo del Reglamento “Bruselas I”.

³⁶³ Arts. 3, 4 y 5 del Convenio con Rumanía.

³⁶⁴ En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, pág. 51; y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. “Nota al Convenio entre España y Rumanía sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de

5. Competencia judicial internacional en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores: la *vis attractiva* de jurisdicción del país de origen

Una vez se han presentado los diferentes instrumentos normativos que disciplinan la cuestión de la competencia judicial internacional y sus contenidos generales en materia de contratos individuales de trabajo, se aborda a continuación el tema relativo a la identificación de las reglas que son aplicables, en particular, a los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. El punto de partida a este respecto debe quedar fijado en la sistematización de las disposiciones que son de aplicación en la determinación de dicha competencia, es decir, en la identificación de los distintos ámbitos de aplicación que se diseñan en las normas referenciadas, lo cual nos llevará a concretar cómo entran en juego las mismas en la determinación de la competencia judicial internacional en tales supuestos³⁶⁵. Además, se debe combinar este criterio con los principios vigentes en materia de primacía de fuentes en función de que su origen sea internacional o nacional³⁶⁶.

decisiones en materia civil y mercantil, hecho *ad referendum* en Bucarest el 17 de noviembre de 1997”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, vol. LII, 2000, págs. 280-282.

³⁶⁵ Dado que la delimitación de la temporalidad o permanencia de la movilidad no es un asunto pacífico, en materia de competencia judicial internacional, GOÑI URRIZA, N. “La Ley rectora del contrato de trabajo internacional”, *Aranzadi Social*, vol. II, 1999, pág. 2599, propone varios criterios que se pueden tener en cuenta para decidir el carácter temporal. A saber: “el carácter indefinido o limitado del tiempo del traslado, la comparación de la duración entre el contrato de trabajo y el desplazamiento al extranjero, la consideración de un tiempo máximo a partir del cual no se considere desplazamiento temporal del trabajador, etcétera”.

³⁶⁶ Recuérdese que el art. 21.1 de la LOPJ establece que “los juzgados y tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte”.

Por su parte, el art. 36 de la LEC dispone –apartado 1- que “la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte” y – apartado 2.2- que “los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se

A saber: la jurisdicción nacional debe aplicar las disposiciones contenidas en el Reglamento “Bruselas I”, salvo en el supuesto de que el demandado esté domiciliado en Islandia, Noruega o Suiza o de que las partes se hayan sometido de manera expresa o tácita a los jueces o tribunales de alguno de estos Estados, en cuyo caso ha de acudir a lo dispuesto en el Convenio de Lugano. Será el Convenio de Bruselas si dicho domicilio o tal sumisión se localizan en Dinamarca, o el Convenio con Rumanía o el Convenio con El Salvador, en su caso. En última instancia, si no cabe ninguna de las opciones descritas y se trata de la jurisdicción española, se tiene que aplicar el art. 25 de la LOPJ.

Partiendo de estas bases, el estudio de la competencia judicial internacional en los supuestos que nos ocupan debe hacerse, además, desde varias perspectivas que se corresponden con la variedad de combinaciones que pueden presentarse en los elementos de la relación de prestación de servicios. Nos referimos, concretamente, a la localización del lugar de contratación y de prestación de servicios –tanto habitual como último-, a la nacionalidad de las partes y a la ubicación del domicilio del demandante y del demandado.

Por una parte, la solución al problema de determinación de la competencia judicial internacional ha de hacerse en función del lugar en el que se encuentre localizada habitualmente la prestación de servicios³⁶⁷. Así, para conocer litigios en el ámbito de una situación de movilidad geográfica internacional cuando, con independencia de que el trabajador haya sido destinado temporalmente en el

les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: (...) cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado”.

³⁶⁷ El recurso al término “habitual” permite que la aplicación de esta regla no se vea afectada por el hecho de que el trabajador se encuentre destinado temporalmente en el extranjero.

extranjero, la prestación de servicios se ejecuta de manera habitual en el Estado de origen, serán competentes los jueces y tribunales de dicho país³⁶⁸.

Sin embargo, es posible que en algunas situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores no quepa localizar dicho emplazamiento porque haya dificultades para identificar un único Estado en el que se prestan servicios habitualmente. Ante esta vicisitud, también se justifica la competencia de los jueces y tribunales del país de origen en base a que es el Estado donde radica el establecimiento empleador³⁶⁹.

Es preciso destacar que, en este punto, la redacción del Reglamento “Bruselas I” difiere de la recogida en el texto de los Convenios de Bruselas y de Lugano³⁷⁰. En efecto, mientras que en ambos Convenios se determina que, en el caso de que el trabajo no se desempeñe habitualmente en un único Estado, se puede presentar la demanda en el Estado donde se encuentra el establecimiento que hubiere “contratado” al trabajador, en el Reglamento se habla del establecimiento que lo hubiere “empleado”. Si bien es cierto que puede interpretarse que las diferencias en el tenor literal de ambos preceptos no traen consecuencias prácticas, en nuestra opinión se trata de un matiz relevante que tiene evidentes repercusiones en el ámbito de la determinación de la competencia judicial internacional en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

En concreto, se plantea la disyuntiva cuando la ejecución temporal de la prestación de servicios en el extranjero se opera a través de alguna de las manifestaciones de interposición en la figura del empleador –sobre todo, a través de

³⁶⁸ En base, recuérdese, a lo dispuesto en el art. 19.2.a) del RBI.

³⁶⁹ De acuerdo con la previsión establecida al efecto en el art. 19.2.b) del RBI.

³⁷⁰ En concreto, en el art. 5.1 *in fine*.

ETTs³⁷¹-. En estos casos, consideramos que sería admisible atribuir la competencia de los jueces y tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento de empleo, que no de contratación, del trabajador afectado, lo cual provocaría el desplazamiento de la competencia de la jurisdicción del país de origen³⁷².

Ello al margen, cabe validar la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales del país de origen ante supuestos litigiosos en el marco de una movilidad geográfica internacional de trabajadores, asimismo, cuando el último lugar en el que se desarrolla la prestación de servicios se encuentra sito en el territorio de dicho Estado³⁷³. Se trata ésta de una hipótesis plausible, si no una circunstancia necesaria, en tales supuestos de movilidad transnacional.

Una segunda variable se encuentra en el elemento de la nacionalidad del trabajador. Dado que el contrato de trabajo puede estar suscrito con un trabajador que ostente o no la nacionalidad del país de origen, ya sea comunitaria o extranjera, el cambio locativo en la prestación de servicios fuera del territorio nacional puede, por tanto, afectar a cualquier trabajador desde este punto de vista. La cuestión estriba en dilucidar si esta circunstancia puede repercutir en la determinación de la competencia judicial internacional de tal manera que sean distintos los jueces y tribunales que conozcan de un asunto en función de la nacionalidad del trabajador movilizado.

³⁷¹ Véase *supra* Parte II, punto 5.2.3.

³⁷² Véase, en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, *op. cit.*, pág. 79.

³⁷³ En aplicación, en este caso, del art. 19.2.a) *in fine* del RBI.

La respuesta a esta cuestión es indiscutible: la determinación de la competencia judicial internacional en supuestos litigiosos derivados de una situación de prestación temporal de servicios en el extranjero no depende de la nacionalidad del trabajador afectado. En primer lugar, el hecho de que el trabajador en cuestión sea nacional de uno u otro Estado miembro de la UE no es un elemento diferencial en este ámbito por el juego preeminente que tiene el principio de igualdad de trato e interdicción de discriminación proclamado reiteradamente en el acervo comunitario. Es más, las libertades comunitarias que se encuentran presentes en este ámbito no pueden estar en juego a la hora de resolver esta cuestión³⁷⁴.

En segundo lugar, tampoco es admisible que se determine la competencia de jueces y tribunales de países distintos sobre la base de la nacionalidad que ostente el trabajador afectado. Una vez nacida la relación laboral en un Estado, el trabajador es trabajador nacional de ese Estado, aunque de nacionalidad extranjera, lo cual tiene las consabidas repercusiones en diferentes ámbitos³⁷⁵ pero ninguna de ellas en el ámbito que nos ocupa de la competencia judicial internacional. De ello da cuenta expresa y sin ambages el propio Reglamento “Bruselas I” cuando, en su art. 2.2, declara que “a las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales”³⁷⁶.

Ello no obstante, hay que recordar que el art. 25.1 de la LOPJ establece la competencia de los jueces y tribunales españoles en el orden social “cuando el

³⁷⁴ Véase *supra* Parte I, punto 6.2.

³⁷⁵ Significadamente, todo lo relacionado con la ordenación del trabajo de los extranjeros en España a través de la LOE y del RDLOE.

³⁷⁶ También en los Convenios de Bruselas y Lugano, el mismo art. 2 *in fine* dispone, de manera casi idéntica al Reglamento “Bruselas I”, que “a las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales”.

trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato”. En nuestro Derecho interno, por tanto, se arbitra una solución extensiva –de *prorrogatio fori*- inédita en el resto de normas de referencia para resolver los conflictos de competencia judicial internacional en este ámbito³⁷⁷.

Sobre este particular, hay que significar que el Reglamento “Bruselas I” rechaza la posibilidad de aplicar esta regla exorbitante de atribución de competencia. Al igual que se hace en los Convenios de Bruselas y de Lugano³⁷⁸, dispone que no podrán invocarse los foros basados únicamente en la nacionalidad de alguna de las partes³⁷⁹, lo cual es de todo punto lógico en el ámbito de las normas de Derecho Internacional Privado que –recuérdese- se formulan con la finalidad de conectar el supuesto de “conflicto móvil” con el o los ordenamientos jurídicos objetivamente más próximos.

³⁷⁷ De ahí que hayamos significado la *vis attractiva* de este precepto. Sin embargo, erróneamente, la STSud (Sala de lo Social) de 24 de abril de 2000 (Ref. Ar. RJ 2000\5504), F.D. tercero, afirma que “este precepto de derecho interno (en referencia al art. 25 de la LOPJ) no sólo es compatible sino plenamente coincidente con las disposiciones de los tratados o convenios internacionales en la materia de los que España es parte, que son de aplicación a los litigios surgidos del contrato de trabajo”.

³⁷⁸ Véanse, en concreto, arts. 3.2º del RBI y 3 del CB y del CL.

³⁷⁹ Sea como fuere, “quizás por ello, normalmente los tribunales españoles cuando acuden a este criterio procuran hacerlo coincidir con otro de los contenidos en el art. 25.1 de la LOPJ, como el domicilio del demandado en territorio español, o la celebración del contrato en España”, en palabras de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero, op. cit.*, pág. 95.

Véanse, a este respecto y entre otras, las SSTSud (Sala de lo Social) de 17 de julio de 1998 (*cit.*), F.D. tercero, y de 24 de abril de 2000 (*cit.*), F.D. tercero, así como la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de septiembre de 2000 (Ref. Ar. JUR 2000\308137), F.D. quinto, y la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 21 de noviembre de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\1126), F.D. primero.

Vistos los temas de la localización del trabajo y de la nacionalidad de las partes, el tercer elemento que se debe analizar en este campo de la determinación de la competencia judicial internacional en litigios sobre movilidad geográfica internacional de trabajadores es el relativo al domicilio de tales partes, que se erige en el verdadero criterio diferenciador a la hora de designar la jurisdicción nacional competente en estos casos. Más aún, en la localización del domicilio de las partes se encuentra la clave para seleccionar el concreto texto normativo que contiene las reglas con las que el juzgador va a dirimir la cuestión de la competencia judicial internacional y, en fin, el elemento que va a resolver la controversia acerca de la vigencia de las normas establecidas en Derecho interno –art. 25 de la LOPJ, en nuestro caso- tras la aprobación del Reglamento “Bruselas I”.

Por una parte, cuando el demandado es el empresario de origen, la aplicación del Reglamento “Bruselas I” depende de que su domicilio se encuentre en territorio comunitario. Nótese que el concepto de domicilio en este ámbito es más laxo o amplio al que se utiliza en otros contextos³⁸⁰, toda vez basta con que el empresario, en su calidad de parte demandada, tenga una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro para que se apliquen las disposiciones contenidas en el Reglamento “Bruselas I”. Ahora bien, es preciso hacer dos observaciones a propósito de la determinación en el Reglamento “Bruselas I” del domicilio del demandado cuando se corresponde en la persona del empresario.

³⁸⁰ Según el F.D. segundo de la STS (Sala de lo Civil) de 30 de diciembre de 1992 (Ref. Ar. RJ 1992\10569) “el concepto de «domicilio» no es precisamente uno de los mejor delimitados en nuestro derecho positivo tanto sustantivo como procesal y como consecuencia de ello, tampoco en nuestra doctrina lo mismo científica que jurisprudencial, habida cuenta el empleo por el legislador de términos tan conexos aun cuando no exactamente coincidentes como son el de «domicilio» y «residencia», no siempre suficientemente precisados tampoco por nuestra jurisprudencia que suele acudir en estos casos para intentar una mejor delimitación, a términos tan reales a la vez que de estancia-permanencia como es el de «la habitualidad» para determinar el domicilio. Por otra parte, a estas dificultades delimitativo-conceptuales contribuye también el hecho de que el propio legislador nos sitúe ante unas tan diversas manifestaciones del mismo como son el legal, el electivo, el real y el habitual”.

La primera de ellas es que el art. 60 del RBI³⁸¹ designa una regla general para la localización del domicilio cuando se trata, concretamente, de “una sociedad u otra persona jurídica” en virtud de la cual dicho domicilio se hace coincidir con el lugar donde se encuentra su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Ahora bien, esta regla entra en conflicto directo con lo establecido por el art. 18.2 del RBI que, por el contrario, sitúa el domicilio del empresario contratante allí donde el mismo tenga una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento con el objetivo de facilitar la presentación de la demanda por parte del trabajador en el Estado miembro donde se encuentra dicho establecimiento³⁸².

Este planteamiento podría conducir a pensar que los criterios para ubicar el domicilio del empleador son distintos en función de que se trate de una persona física o de una persona jurídica. En nuestra opinión, la presunta contradicción que existe en este punto queda resuelta con la identificación del ámbito real que abarca el Reglamento “Bruselas I” respecto de las personas jurídicas. Sobre este particular, resulta que dicho Reglamento no alude a las mismas más que en referencia a sus relaciones económicas y comerciales³⁸³, excluida su consideración como empresarios en tanto empleadores.

³⁸¹ Precepto que, en esta ocasión, está ubicado en el Capítulo V sobre “Disposiciones generales”.

³⁸² Esta contradicción se da a pesar de que el propio Reglamento “Bruselas I”, en su considerando 11, expresa que “respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”.

³⁸³ De hecho, los preceptos que contiene referencias a las sociedades o personas jurídicas lo hacen en materia de validez, nulidad o disolución de las mismas y de validez de las decisiones de sus órganos (art. 22.2 del RBI).

La segunda observación que suscita este Reglamento es que su art. 59³⁸⁴ dispone que “para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna” de manera que “cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro”. De nuevo parece detectarse una contradicción en el Reglamento “Bruselas I”, pues deja una puerta abierta a que sea la ley interna la que determine el domicilio de las partes, mientras que en materia de contratos individuales de trabajo dispone que se debe entender como domicilio del empresario en caso de que no se encuentre domiciliado en un Estado miembro.

Creemos que una posible solución a las evidentes contradicciones que se detectan en el clausulado del Reglamento “Bruselas I” en cuanto a la determinación del domicilio del empresario se encuentra en la previsión que hace en su art. 18.1 – que abre, como ya se ha dicho, la sección dedicada a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo- y que precisa que, en dicha materia, “la competencia quedará determinada por la presente sección”. La duda, sin embargo, no queda del todo resuelta porque los preceptos que la suscitan –arts. 59 y 60- no se ubican en el mismo Capítulo de la Sección 5, que es el Capítulo I “Competencia”, sino en el dedicado a “Disposiciones generales”. Además, nada nos aclara la excepción que hace el art. 18.1 cuando dispone la aplicación de otras disposiciones fuera de la Sección –concretamente, los arts. 4³⁸⁵ y 5.5³⁸⁶- pero no dice nada de las

³⁸⁴ Igualmente inserto en el Capítulo V sobre “Disposiciones generales”.

³⁸⁵ “1. Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23; 2. Toda persona, sea cual fuere su nacionalidad, domiciliada en el territorio de un Estado miembro, podrá invocar contra dicho demandado, del mismo modo que los nacionales de este Estado, las reglas de competencia judicial vigentes en el mismo y, en particular, las previstas en el anexo I”.

contenidas en otros Capítulos. Ello no obstante, sostenemos que la determinación del domicilio del empresario demandado en materia de contratos individuales de trabajo –y en el ámbito de todos los litigios derivados de la explotación de sus sucursales, agencias o establecimientos- debe atender a la reglas específicas del art. 18, y no las disposiciones generales que se establecen en los arts. 59 y 60.

Por su parte, cuando el trabajador es la parte demandada, el requisito que se impone para que se pueda aplicar lo dispuesto en el Reglamento “Bruselas I” es el mismo que para el empresario: que el domicilio del demandante esté en un Estado miembro. Sin embargo, en esta ocasión, el legislador comunitario no ofrece varios foros alternativos para la presentación de la demanda, sino que el empresario demandante únicamente puede plantear la cuestión litigiosa ante la jurisdicción del Estado miembro del domicilio del trabajador demandado, a salvo de la reserva sobre el derecho de presentar reconvencción del art. 20.2 del RBI. Esta vez sí, las disposiciones nacionales del juez o tribunal que conozca del asunto son las que van a determinar qué se entiende por domicilio a estos efectos y, en consecuencia, dónde reside la competencia judicial internacional y en base a qué norma³⁸⁷.

En definitiva, el estudio precedente pone de manifiesto que el trabajador desplazado temporalmente al extranjero dispone de un amplio abanico de alternativas para presentar su demanda, mientras que si el demandante es el empresario las posibilidades se reducen significativamente. En cualquier caso, del

A este respecto, nótese que el referido Anexo I del Reglamento “Bruselas I”, así como el II y el IV, han sido recientemente modificados por el Reglamento (CE) núm. 280/2009 de la Comisión, de 6 de abril de 2009 (DOUE de 7 de abril de 2009, núm. L 93).

³⁸⁶ “Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios”.

³⁸⁷ Cuando la competencia corresponda a la jurisdicción española, el domicilio de “las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”, de acuerdo con el art. 40 del CC [Código Civil, de 24 de julio de 1889 (Gaceta de 25 de julio de 1889) (en adelante, CC)].

análisis de la normativa sobre determinación de la competencia judicial internacional se desprende, sobre todo, el marcado poder de atracción que tiene la jurisdicción del país de origen para conocer litigios en materia de movilidad geográfica externa de trabajadores.

Efectivamente, el trabajador puede presentar su demanda ante el juzgado o el tribunal que corresponda en el país de origen por ser el Estado del domicilio del demandado, en tanto en cuanto se establece un concepto amplio y extensivo de domicilio en este ámbito. También esa jurisdicción nacional es competente si el trabajador ha desempeñado habitualmente su prestación en su territorio, o si aquí está o estaba situado el establecimiento de contratación o de empleo, aunque esta última posibilidad permitiría la presentación de la demanda en un tercer Estado –en tanto último lugar de prestación de servicios-. Por su parte, si el demandante es el empresario, no cabe más que la jurisdicción del domicilio del trabajador, que es seguramente la alternativa más susceptible de alejar el litigio de la competencia de la jurisdicción del país de origen. Ahora bien, siempre queda acudir a otros jueces y tribunales designados en un eventual pacto de sumisión.

CAPÍTULO SEGUNDO

PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LAS RELACIONES DE TRABAJO INTERNACIONALES

1. Ámbito de aplicación de la legislación laboral nacional

La legislación laboral de un Estado, en principio, se aplica a las relaciones de trabajo que se desenvuelven en ese territorio nacional. En consecuencia, resulta indiferente que el trabajador, el empleador, o ambos, ostenten una nacionalidad distinta a la del país en cuestión –ya sea ésta comunitaria o extranjera- toda vez el hecho o vínculo que determina la aplicación del ordenamiento jurídico laboral interno es el de la territorialidad³⁸⁸. Dicho principio de territorialidad de las normas laborales entra en juego, pues, desde el momento en que la relación laboral se ejecuta en un mismo país³⁸⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, corroboran esta afirmación dos referentes normativos. Por un parte, el art. 10.6 del CC –que se analiza en profundidad seguidamente- dispone que “a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo (...) les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios”. Por otra parte,

³⁸⁸ “La legislación laboral habitualmente sigue el criterio del *ius soli* a la hora de precisar su ámbito territorial de aplicación, de modo que la legislación española se aplica a los contratos de trabajo que se ejecutan en territorio nacional”, según AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.) *Estatuto de los trabajadores comentado, op. cit.*, pág. 46.

³⁸⁹ Véase YUSTE MORENO, J. M. “Las normas laborales en el tiempo y en el espacio” (versión electrónica disponible en <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910846&s=8&p=2.&Z=4&O=1§or=>): “La posición que adopta el Derecho español en el ámbito laboral respecto de su eficacia en el espacio es eminentemente territorialista procurando extender su amparo a todas las relaciones laborales y de Seguridad Social nacidas y desarrolladas en el territorio del Estado”.

el art. 7 de la LGSS³⁹⁰ incluye en su ámbito de aplicación –en general y entre otros colectivos- a los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad, que desarrollen su actividad en territorio nacional³⁹¹.

Desde esta perspectiva, la legislación aplicable al trabajo desempeñado fuera de nuestras fronteras no habría de ser la legislación laboral española. En este caso, siguiendo la regla general de aplicación territorial de los ordenamientos jurídicos nacionales, la normativa aplicable sería aquella del ordenamiento jurídico foráneo correspondiente.

Sin embargo, como es sabido, existen contextos laborales en los que el trabajo no se presta de manera estable en un país, ya sea aquél del que se es nacional o no. Es en estos casos –donde aparecen en la relación de trabajo elementos de extranjería- cuando surge el conflicto de leyes en el que se instala el problema de la determinación del Derecho aplicable a las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores³⁹².

³⁹⁰ Se trata del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154) (en adelante, LGSS), aquí tras la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE de 31 de diciembre de 1996, núm. 315), posteriormente modificada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre de 1997, núm. 313).

³⁹¹ Recordemos que este precepto diseña el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social. En concreto, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, y cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, están incluidos los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

³⁹² De ahí que CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Comentario al artículo 10.6 del Código Civil”, en AA.VV. (Dir. PASQUAU LIAÑO. M.) *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, t. I, Comares, Granada, 2000, pág. 272, afirme que “la ecuación «aplicación del Derecho del Trabajo = principio de territorialidad» es un mito más del Derecho internacional privado que la jurisprudencia se ha encargado de desenmascarar”.

El objetivo del presente estudio consiste, por tanto, en identificar cuál es la legislación que resulta de aplicación cuando el trabajo deja de ejecutarse en un entorno laboral estable –contrato de trabajo suscrito y desarrollado en un mismo Estado- como consecuencia de la movilidad geográfica internacional. La identificación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero depende, así, directamente del resultado que ofrezca la operación de determinación del Derecho aplicable, donde adquiere un especial interés la articulación de los Derechos del país de origen y del país de destino.

A tal fin, se hace preciso llevar a cabo un estudio orientado de la situación actual de la resolución de los conflictos de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales de la relación de trabajo, a través del análisis sucesivo de las distintas opciones planteadas por los ordenamientos jurídicos nacionales –con mayor atención al Derecho español- y por la normativa supranacional –significativamente, el Derecho comunitario-.

2. Normas sobre Derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico interno. Especial referencia al Derecho español

2.1. Las reglas generales establecidas en el art. 10.6 del CC

El art. 149.1.8^a de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las normas para resolver los conflictos de leyes y determinar las fuentes del Derecho. En el ámbito de nuestro Derecho común, el cumplimiento y desarrollo de este mandato constitucional se encuentra en los arts. 8 a 12 del CC³⁹³, siendo los

³⁹³ Es destacada la modificación que opera en el contenido material de estos preceptos el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar (BOE de 9 de julio de 1974, núm. 163). Nótese a este respecto que la redacción de los arts. 10 y 11 del CC no ha sufrido alteración alguna desde entonces. Por el contrario, los arts. 8, 9 y

arts. 10.5 y 10.6 las disposiciones de referencia en materia de determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales³⁹⁴.

El primero de estos preceptos está dedicado a establecer las reglas generales para la solución del conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales. En particular, el art. 10.5 del CC ordena, en primer lugar, la aplicación de la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. En su defecto, se dispone la aplicación de la ley nacional común a las partes, si la hay, o la de residencia habitual común, a falta de ella. Por último, si no fructifican las opciones anteriores, la ley aplicable ha de ser la del lugar de celebración del contrato.

No obstante, la disposición específica que se encarga en el Derecho común español de dar solución al conflicto de ley aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo es el art. 10.6 del CC³⁹⁵, que por su especialidad desplaza la aplicación del apartado anterior³⁹⁶. Dicho precepto establece como primera solución, al igual que el art. 10.5 del CC, la aplicación de la ley a la que se hayan sometido expresamente las partes, sin perjuicio de la aplicación de las leyes penales, de policía y de seguridad pública³⁹⁷. Como regla subsidiaria, en caso de que no medie

12 del CC sí han visto reformados posteriormente –principalmente, aunque no sólo, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000, núm. 7)-.

³⁹⁴ Dentro del apartado rubricado “normas de Derecho Internacional Privado” del Capítulo IV del Título Preliminar.

³⁹⁵ Hasta la aprobación del Decreto 1836/1974, la redacción del art. 10 del CC era muy distinta a la actual, pues se limitaba a establecer que la ley aplicable a bienes muebles e inmuebles, sucesiones legítimas y testamentarias, orden de suceder, y cuantía de derechos sucesorios y validez de sus disposiciones.

³⁹⁶ Entre otras, la STS (Sala de lo Social) de 9 de mayo de 1988 (Ref. Ar. RJ 1988\3582), F.D. cuarto, dispone la aplicación del art. 10.6 del CC aún cuando la parte recurrente alega el art. 10.5 del mismo cuerpo legal.

³⁹⁷ Que, en virtud del art. 8.1 del CC, “obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

electio iuris, y en contraste con lo dispuesto en el apartado anterior, se establece una única solución: la aplicación de la ley del lugar donde se presten los servicios³⁹⁸.

Se advierte así que, en el ámbito de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, el art. 10.6 del CC reduce a dos las soluciones al conflicto de Derecho aplicable –ley designada por las partes y, en su defecto, *lex loci laboris*–, mientras que para el resto de obligaciones contractuales se ofrecen hasta cuatro alternativas –ley designada por las partes, ley nacional común a las partes, ley del lugar de residencia habitual común y ley del lugar de celebración del contrato–.

La limitada configuración de las soluciones al conflicto de Derecho aplicable *ex art.* 10.6 del CC, al margen de la posibilidad de elección de la *lex contractus*, puede provocar que la relación jurídico-laboral se rija por un ordenamiento jurídico con el que tiene una conexión débil y circunstancial –el lugar de prestación de servicios– cuando se trata de un conflicto en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores³⁹⁹. La aplicación del art. 10.6 del

³⁹⁸ A más de las referencias bibliográficas sobre este precepto que se citan más adelante en relación con su vigencia actual, recomendamos la consulta de los estudios generales de la época de MARÍN LÓPEZ, A. “El contrato de trabajo en Derecho Internacional Privado Español”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, vol. VI, 1977, págs. 15-28; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A. “Artículo 10.6”, en AA.VV. (Ed. AMORÓS GUARDIOLA, M.) *Comentarios a las reformas del Código Civil: el nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 529-534; HOFFMAN, B. y ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A. “El nuevo sistema español de Derecho Internacional Privado (conflictos de leyes)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXX, 1977, págs. 57-98; y REMIRO BROTONS, A. “Comentario al art. 10.6 del Código Civil”, en AA.VV. (Dir. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. I, EDERSA, Madrid, 1978, págs. 140-152.

³⁹⁹ Tanto es así que algunas resoluciones judiciales niegan la aplicación del art. 10.6 del CC para evitar que la sumisión a la ley del lugar de trabajo cuando no es objetivamente la ley del país más estrechamente vinculado a la situación litigiosa. En efecto, como observa CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Comentario al artículo 10.6 del Código Civil”, *op. cit.*, pág. 277, “antes de la entrada en escena del Convenio de Roma y también, del art. 1.4 ET, la jurisprudencia ya se había percatado de que el punto de conexión «*Lex loci laboris*» podía llevar a resultados ilógicos”, en

CC a las situaciones de trabajo temporal en el extranjero pone de relieve el déficit de adecuación de las soluciones al conflicto de Derecho aplicable que se configuran en tal precepto, que podría haberse evitado si el art. 10.5 del CC –que establece soluciones más flexibles y adecuadas- fuera de aplicación general a todas las obligaciones contractuales, o si al menos el art. 10.6 del CC hubiera previsto otros puntos de conexión alternativos además de la *lex loci laboris* en defecto de pacto de sometimiento expreso de las partes.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico interno, las normas sobre determinación del Derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo no se limitan a lo dispuesto por el art. 10.6 del CC. Existen, en efecto, reglas particulares, ahora, en nuestra legislación laboral, que deben ser igualmente analizadas para aprehender en su conjunto el sistema conflictual que se establece en el Derecho español.

2.2. El supuesto particular del art. 1.4 del ET

Hasta la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores⁴⁰⁰, la determinación de la ley aplicable al trabajo en el extranjero se encontraba exclusivamente en el comentado art. 10.6 del CC. Sin embargo, con la entrada en vigor de la LET, el panorama se vio alterado desde el momento en que su art. 1.4 disponía una solución propia y distinta al problema de la ley aplicable al concreto supuesto del trabajo prestado por trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero⁴⁰¹.

referencia a las SSTS (Sala de lo Social) de 4 de octubre de 1974 (Ref. Ar. 3512) y 18 de febrero de 1981 (Ref. Ar. 722).

⁴⁰⁰ BOE de 14 de marzo de 1980, núm. 64 (en adelante, LET).

⁴⁰¹ Conviene advertir que la literalidad de dicho precepto en el proyecto de la LET no se correspondía completamente con el texto definitivo que resultó del debate parlamentario.

La aprobación del ET en 1995 no supuso alteración alguna en este precepto, como tampoco sus sucesivas modificaciones. En consecuencia, desde la LET y hasta ahora, el art. 1.4 dispone: “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”.

Baste la lectura de esta disposición para advertir que, a pesar de su ubicación sistemática, no regula el régimen jurídico-laboral de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Ni siquiera es una norma de carácter propiamente laboral que discipline las condiciones de trabajo en estos supuestos de trabajo transnacional. En efecto, se trata de un precepto que se inserta en el clausulado del ET pero que tiene naturaleza de norma privada internacional, ya que determina una solución al conflicto de Derecho aplicable cuando se presentan

Desde el punto de vista formal, el art. 1.4 de la LET fue originalmente proyectado como art. 1.5, dada la inclusión de un apartado 3 referido al trabajo por cuenta propia. Como consecuencia de reubicación de dicho apartado –inalterado- en la disp. fin. primera de la LET –después disp. fin. primera del ET-, el punto 5 pasó a ser definitivamente punto 4 del art. 1 de la LET.

Desde el punto de vista material, la redacción proyectada para este precepto no era muy distinta de la definitiva. La regla establecida fijaba la aplicación del contrato de trabajo sometido a la legislación española, respetando la normativa de orden público del lugar de trabajo y garantizando el disfrute de los derechos económicos que le corresponderían de trabajar en territorio nacional. Ahora bien, además de esta norma de conflicto, el proyecto creaba una regla de competencia judicial internacional al ofrecer a las partes contratantes la posibilidad de someter sus litigios a los jueces y tribunales españoles. A la postre, en el texto definitivo del art. 1.4 de la LET se eliminó esta referencia a la competencia judicial internacional y se prescindió de la alusión doble al contrato de trabajo y a la legislación española como ley aplicable. En su lugar, se dispuso la aplicación exclusiva de la legislación laboral española, si bien con la modulación operada por las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo y el respeto a los derechos económicos que corresponderían al trabajador de prestar servicios en España.

Para una información más detallada sobre el proceso de elaboración de la LET, véase BRIONES FABREGA, A. y AYUSO CANALS, I. *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores (La relación individual de trabajo)*, t. I, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Zaragoza, 1981, págs. 17 y ss.

litigios en el ámbito del trabajo prestado por un trabajador español contratado en España al servicio de una empresa española en el extranjero⁴⁰².

Como se puede apreciar, el elemento de extranjería en la relación laboral regulada por el art. 1.4 del ET no se encuentra ni en la nacionalidad del trabajador ni en la de la empresa para la que presta servicios, como tampoco en el lugar de suscripción del contrato. El elemento de extranjería que plantea el conflicto de legislación aplicable radica en la expresión “en el extranjero” referida al lugar de prestación de servicios en tanto territorio donde la empresa española se encuentra establecida.

Así pues, a partir de 1980 nos encontramos con que en nuestro Derecho interno existe una solución dual e incompatible para el mismo tipo de conflicto de leyes que responde a la presencia de elementos diferenciales en la respectiva configuración de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET. El legislador civil lo resuelve aplicando, en primer lugar, la ley elegida por las partes, y, en su defecto, la *lex loci laboris* modulada por las normas españolas de orden público, mientras que el legislador laboral propone una solución opuesta, única y unidireccional: la

⁴⁰² La doctrina se manifiesta unánimemente en este sentido. De hecho, GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4.”, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pág. 56, comienza su análisis de este precepto afirmando que “estamos ante una norma de Derecho Internacional Privado”. En sentido similar se expresan, entre otros, DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D. “Art. 1. Ámbito de aplicación”, en AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *Estatuto de los trabajadores (comentado y con jurisprudencia)*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 48, y MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, *op. cit.*, pág. 35.

Por su parte, GALIANA MORENO, J. M. “Notas para el estudio del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 39, vol. 2, 1987, pág. 2170, amplía esta reflexión al declarar que este precepto “no regula directamente sus consecuencias jurídicas (modo de actuación de las llamadas normas materiales de Derecho Internacional Privado), sino que se limita a localizarla en aquel de los ordenamientos de posible aplicación que se considera más vinculado con la relación o situación jurídica que se trata de regular”.

aplicación de la ley española en consonancia con las normas de orden público del país en el que se presten los servicios.

En efecto, si bien ambas disposiciones se refieren a las obligaciones contractuales derivadas del contrato de trabajo, el art. 1.4 del ET ordena la aplicación directa de la legislación laboral española por ser considerada la normativa que presenta los vínculos más estrechos con la relación de trabajo –trabajador y empleador son de nacionalidad española y España es el lugar de contratación-. No ha lugar en estos casos, por tanto, a la aplicación de otro ordenamiento jurídico nacional –como el del lugar de prestación de servicios- eventualmente designado por las partes a través de un *pacto de lege utenda*, como sí se prevé en el art. 10.6 del CC.

2.3. Problemas de articulación de las soluciones al conflicto de Derecho aplicable de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET

El estudio de la relación entre las soluciones a la ley aplicable al trabajo transnacional en los arts. 10. 6 del CC y 1.4 del ET es un tema recurrente en el ámbito de las disciplinas laboralista, civilista e internacional-privatista. En este apartado se presenta un estudio uniforme y sintético que permite conocer el estado de la cuestión previamente a la entrada en vigor del Convenio de Roma⁴⁰³ y, próximamente, del Reglamento “Roma I”⁴⁰⁴ –que, como se verá, son auténtica

⁴⁰³ Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (versión consolidada publicada en el DOUE de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334) (en adelante, Convenio de Roma o CR).

⁴⁰⁴ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE de 4 de julio de 2008, núm. L 177) (en adelante, Reglamento “Roma I” o RRI).

fuelle de controversias a este respecto⁴⁰⁵ -. Se trata de hacer un análisis crítico de la aplicabilidad y vigencia de dichos preceptos en casos de prestación temporal de servicios en el extranjero en orden a poder fijar el ordenamiento jurídico al que se encuentran sometidas estas relaciones de trabajo.

En nuestra opinión, lo primero que hay que descartar es, sin duda, la aplicación simultánea e incontrovertida de ambos preceptos. Creemos que no cabe omitir el estudio de su incompatibilidad desde el mismo instante en que tanto las situaciones que regula cada norma como las soluciones que dispone son frontalmente incompatibles. Por un lado, mientras que la regla del CC se refiere, en general, a “las obligaciones derivadas del contrato de trabajo”, la del ET se ocupa de manera específica y exclusiva del “trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”. Por otro lado, el art. 10.6 del CC obliga a aplicar la ley elegida por las partes y, en su defecto, “la ley del lugar donde se presten los servicios”, mientras que el art. 1.4 del ET sólo permite la aplicación de “la legislación laboral española” con las modulaciones operadas por “las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo” y el respeto a los derechos económicos que corresponderían al trabajador si prestara sus servicios en territorio español.

Ello no obstante, hay que significar que hay ocasiones en las que se elude el análisis de tal enfrentamiento y se aplican ambas disposiciones de manera simultánea y no controvertida, sin profundizar en la oposición de soluciones que establecen para determinar el Derecho aplicable⁴⁰⁶. Entre los argumentos que

⁴⁰⁵ Por el momento, baste con señalar que el diseño del ámbito de aplicación del Convenio de Roma pone en cuestión la vigencia y aplicabilidad de ambos preceptos, cuestión que se reproduce también respecto del Reglamento “Roma I”. A tal respecto, véase *infra* punto 3.2.

⁴⁰⁶ A pesar de tratarse de un supuesto típico del art. 1.4 del ET –personal español contratado en España para prestar servicios en el extranjero- la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de marzo de 1994 (Ref. Ar. AS 1994\1157), en su F.D. segundo, se limita a decir que “sin desconocer lo que

sustentan esta postura, destaca el que otorga al art. 1.4 del ET carácter de norma de derecho necesario y orden público, sin extraer de ello, sin embargo, consecuencia alguna, al menos de forma expresa y notoria⁴⁰⁷.

Sea como fuere –y sin tomar en consideración aún los efectos que tiene tanto el Convenio de Roma como el Reglamento “Roma I” sobre este debate- son mayoritarias las opiniones –que pasamos a analizar- que sostienen la aplicación preferente del art. 1.4 del ET sobre el art. 10.6 del CC en casos de trabajo temporal en el extranjero.

2.3.1. La aplicación preferente del art. 1.4 del ET

A la hora de dar respuesta a la controversia que suscita la aplicación de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET en supuestos de conflictos normativos derivados de situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores, el primer dato objetivo que puede observarse es que, en los litigios planteados en la órbita de un contrato de trabajo suscrito en España entre un trabajador español y una empresa española cuando los servicios se prestan en el extranjero, se opta de manera unánime

dispone el artículo 10.6 del Código Civil, no debe olvidarse lo que establece el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores (...), dado el carácter de derecho necesario y orden público que reviste tal precepto”.

⁴⁰⁷ Sin tan siquiera plantearse la compatibilidad entre el art. 1.4 del ET y el art. 10.6 del CC, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 11 de diciembre de 2003 (Ref. Ar. AS 2004\2258), F.D. quinto, aplica directamente el precepto estatutario al supuesto controvertido, interpretando que “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”.

Comenta, entre otras, esta resolución SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. “El contrato individual de trabajo en el espacio internacional”, *Aranzadi Social*, vol. III, 2004, págs. 2810-2820.

Nótese, por otra parte, que esta resolución ha sido casada y anulada por la STSud (Sala de lo Social) de 17 de enero de 2005 (Ref. Ar. RJ 2005\776).

por inaplicar el mandato del art. 10.6 del CC a favor de lo dispuesto por el art. 1.4 del ET.

Uno de los argumentos que se ofrece en este sentido viene motivado por el carácter específico del art. 1.4 del ET frente a la normativa común contenida en el art. 10.6 del CC. La STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1991⁴⁰⁸, entre otras⁴⁰⁹, así lo expresa en su F.D. segundo cuando afirma que “esta regla, por ser específica, tiene preferencia a la regla sexta del artículo 10 del Código Civil”. Por consiguiente, la especificidad de la norma estatutaria actúa como criterio de favor ante la generalidad de lo establecido por el legislador civil. En ocasiones, además, este criterio de la especificidad se ve acompañado y reafirmado por la atribución de un carácter singular al mismo art. 1.4 del ET. Es representativa en este sentido la STSud (Sala de lo Social) de 18 de mayo de 1999⁴¹⁰.

En línea con esta opinión que designa la aplicación del art. 1.4 del ET por ser preferente a la del art. 10.6 del CC –en virtud del criterio de la especificidad, unido o no al de la singularidad–, se apela también al principio de especialidad. Se

⁴⁰⁸ Ref. Ar. RJ 1991\1858.

⁴⁰⁹ También se expresan en este sentido la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 30 de octubre de 1995 (Ref. Ar. AS 1995\3930) en el F.D. segundo, y la SJS de Madrid (núm. 33) de 12 de marzo de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\1865), F.D. tercero.

⁴¹⁰ Ref. Ar. RJ 1999\4833.

En esta resolución, el TS suma ambos criterios para motivar la aplicación del art. 1.4 del ET en lugar del art. 10.6 del CC en el punto 1 del F.D. tercero: “El artículo primero, apartado cuarto del Estatuto de los Trabajadores, prescribe que la legislación laboral española será la aplicable a los trabajadores españoles al servicio de empresas españolas en el extranjero, cuando hubiesen sido contratados en España. Esta regla, de carácter específico y singular, tiene preferencia a la regla sexta del artículo 10 del Código Civil, que considera de aplicación, a falta de consentimiento expreso de las partes, la legislación del lugar donde se presten los servicios”.

trata éste del argumento más reproducido por la doctrina de autores⁴¹¹ y el que mayoritariamente se aplica en sede judicial a partir de la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de septiembre de 1994⁴¹². En virtud de dicho principio, por tanto, la regla estatutaria desplaza a la civil en tanto en cuanto aquélla se considera norma especial, lo que determina que el art. 10.6 del CC sea de aplicación secundaria⁴¹³.

El recurso preferente al art. 1.4 del ET también se justifica en que el precepto estatutario supone una excepción frente a la norma civil⁴¹⁴. Este nuevo

⁴¹¹ En este sentido se pronuncia GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4.”, *op. cit.*, pág. 56, al declarar que el art. 1.4 del ET “tiene carácter especial lo que la convierte en norma preferente frente a lo dispuesto en los arts. 10.6 Cc (o 6 Convenio de Roma)”. En un sentido similar, véase también VIRGÓS SORIANO, M. “Comentario al art. 10.6 CC”, en AA.VV. (Dir. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1995, págs. 694 y ss.; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Comentario al artículo 10.6 del Código Civil”, *op. cit.*, págs. 269 y ss.

⁴¹² Ref. Ar. AS 1994\3609. En concreto, en su F.D. único, se confirma la “preferencia (de) esta regla, por su carácter especial, a la regla sexta del artículo 10 del Código Civil”.

⁴¹³ Véase, asimismo, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 17 de junio de 2000 (Ref. Ar. AS 2000\3412) que, en su F.D. cuarto, declara que el “artículo 1.4 estatutario incide con prioridad, por ser norma especial (...) respecto del 10.6 civil, que lo es general, y comporta la aplicación de la legislación española”. Es un razonamiento que se reproduce literalmente, entre otras, en las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2001 (*cit.*), F.D. segundo; de 28 de mayo de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\2759), F.D. tercero; de 10 de octubre de 2001 (Ref. Ar. JUR 2002\15200), F.D. segundo; de 31 de octubre de 2001 (Ref. Ar. JUR 2002\18624), F.D. segundo; y de 21 de noviembre de 2002 (Ref. Ar. AS 2003\1657), F.D. primero.

También se hace esta reflexión, aunque con otras palabras –en el sentido de que es “norma especial de preferente aplicación respecto a la secundaria aplicabilidad de la norma general contenida en el mencionado artículo 10.6 civil”- en las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de febrero de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\1638), F.D. primero; de 8 de marzo de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\1725), F.D. tercero; de 10 de octubre de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\4170), F.D. segundo.

⁴¹⁴ GALIANA MORENO, J. M. “Notas para el estudio del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, pág. 2174, afirma de la norma estatutaria que “ésta constituye una excepción a la regla general enunciada en el artículo 10.6 del Código Civil”, mientras que para MONTROYA MELGAR, A. “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, *op. cit.*, pág. 35, el art. 1.4 del ET es “una norma de derecho internacional privado que constituyó inicialmente una excepción a la regla territorialista consagrada en el art. 10.6 CC”; y según DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. “Artículo 10.6”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.) *Comentarios al Código Civil*,

planteamiento –del que no constan, sin embargo, referencias jurisprudenciales– consiste en introducir un elemento distinto, cual es el considerar el art. 1.4 del ET como complemento del art. 10.6 del CC. De este modo, lo que se está poniendo de manifiesto es que la regla civil, hasta la aprobación y entrada en vigor del art. 1.4 de la LET, es una norma incompleta para dar una solución integral al conflicto de leyes derivado de obligaciones contractuales cuando nos encontramos ante el supuesto de hecho regulado por la norma laboral. Así lo aprecia GALIANA MORENO cuando concluye que “el artículo 1.4 ha servido de complemento al artículo 10.6 (...) (pues) el artículo 1.4 terminó de perfilar la norma conflictual del artículo 10.6”⁴¹⁵. En consecuencia, una vez coexisten los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET, la solución de este último se convierte en excepción –y, por tanto, regla de aplicación preferente– a la ofrecida por la disposición civil.

A igual conclusión se llega cuando se sostiene que el art. 10.6 del CC no es aplicable a los supuestos de trabajo transnacional regulados por el art. 1.4 del ET por ser éste un precepto de desarrollo de la norma civil. La relación entre ambas disposiciones, por tanto, correría en paralelo –en cierta medida– a la que, en nuestro sistema de fuentes, se da entre la ley y el reglamento. En definitiva, si el mandato general del art. 10.6 del CC se desarrolla en el art. 1.4 del ET, hay que acudir a la solución que dispone para ese concreto supuesto de hecho. Éste es el planteamiento que se sigue en algún caso, afirmando que “el art. 1.4 del Estatuto (...) viene a desarrollar el mencionado art. 10.6”⁴¹⁶.

Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 92: “la norma del CC ya había sufrido un recorte en su supuesto de hecho con la entrada en vigor del artículo 1.4 ET/1980”.

⁴¹⁵ En GALIANA MORENO, J. M. “Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 111.

⁴¹⁶ Entre otras, SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 13 de julio de 1992 (Ref. Ar. AS 1992\3690), F.D. único; y de 19 de junio de 1995 (Ref. Ar. AS 1995\2669), F.D. segundo.

En síntesis, el análisis de la compatibilidad entre los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET, con la consiguiente determinación de la regla que determina la solución al conflicto normativo que se origina en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores, plantea cinco argumentos diferentes: aquél que confiere carácter específico al art. 1.4 del ET frente a la generalidad del 10.6 del CC; el que apela al principio de especialidad de la norma estatutaria para dar una aplicación secundaria a la civil; el que aprecia en la regla del primer precepto una excepción frente a la del segundo; el que entiende que el art. 1.4 del ET es desarrollo de lo dispuesto por el art. 10.6 del CC; y, por último, aquél que predica el carácter de norma de derecho necesario y orden público del art. 1.4 del ET.

En nuestra opinión, las dos últimas alternativas reseñadas carecen de viabilidad. Por una parte, no se puede sostener la postura que concibe el art. 1.4 del ET como precepto de desarrollo del art. 10.6 del CC si, al mismo tiempo, se reconoce que ambas disposiciones plantean soluciones contradictorias para el mismo supuesto. Es obvio que la operación de desarrollo del contenido de una norma pasa indefectiblemente por respetar lo dispuesto por la misma, añadiendo, en su caso, todo aquello que permita comprenderla y completarla. A ello hay que sumar el hecho de que el art. 10.6 del CC se refiere a “las obligaciones derivadas del contrato de trabajo”, mientras que el art. 1.4 del ET se aplica al “trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”. En consecuencia, la literalidad del art. 1.4 del ET tendría que ir en consonancia con la del art. 10.6 del CC para que pudiéramos admitir la hipótesis del desarrollo. Sin embargo, al tratarse de preceptos que resuelven de manera opuesta situaciones diferentes con supuestos de hecho distintos, ninguno de ellos puede venir a desarrollar el otro.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el art. 1.4 del ET apelando a su carácter de norma de derecho necesario y orden público, tampoco parece admisible. No

existen argumentos determinantes que permitan concluir en este sentido respecto de la norma estatutaria y no de la civil. Tanto es así que algunos pronunciamientos han proclamado tal carácter, igualmente, del art. 10.6 del CC⁴¹⁷. Por lo tanto, si entendemos, por una parte, que ambas disposiciones son de derecho necesario y orden público, no hay justificación alguna para preferir la aplicación de la una sobre la otra. Por el contrario, si se predica tal carácter de una de las dos normas – particularmente del art. 1.4 del ET, conforme a la mayoría de resoluciones judiciales al respecto- no es dable encontrar argumentos que expliquen por qué el art. 10.6 del CC no goza de dicha imperatividad máxima.

En cuanto al resto de criterios que se han examinado, todos guardan entre sí un elemento común: otorgan a lo declarado por el art. 1.4 del ET una condición diferente frente a la regla común del art. 10.6 del CC. A esta característica se la denomina alternativamente “especificidad”, “especialidad”, “singularidad” o “excepcionalidad”, pero, independientemente de ello, lo que estas opiniones proponen consiste en predicar un cierto carácter propio de la regla estatutaria con el objetivo de justificar su aplicación preferente frente a la norma civil.

Según nuestro parecer, la razón por la que el art. 1.4 del ET desplaza la aplicación del art. 10.6 del CC cuando se trata del trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero radica en que lo dispuesto por el legislador estatutario es, efectivamente, distinto a lo declarado por el civil. Este último configura la regla general de aplicación a las obligaciones contractuales con elementos de extranjería, mientras que el primero dispone apartar de dicho régimen el trabajo de los españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Desde esta óptica, el art. 1.4 del ET supone una excepción al art. 10.6 del CC, y dicha

⁴¹⁷ Véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de febrero de 1994 (Ref. Ar. AS 1994\852), F.D. único.

excepción se debe a la especialidad, singularidad o especificidad del colectivo y de la situación en que se encuentra y para la que resulta aplicable.

La clave para apoyar y confirmar esta prevalencia que defendemos del art. 1.4 del ET sobre la solución dispuesta en el art. 10.6 del CC se encuentra en la identificación de la naturaleza jurídica de cada una de las dos normas⁴¹⁸. La una –la estatutaria- es una norma de extensión, mientras que la otra –la civil o común- es propiamente una norma de conflicto unilateral. Véase en detalle, entonces, en qué consiste la diferente naturaleza jurídica que corresponde a cada uno de dichos preceptos, pues tal operación confirmará definitivamente la aplicación directa y exclusiva del art. 1.4 del ET al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero frente a la solución dispuesta en el art. 10.6 del CC.

2.3.2. La naturaleza jurídica diversa de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET

Como es sabido, la solución al problema de identificación de la norma aplicable a las relaciones de trabajo que presentan elementos de extranjería se encuentra en las normas de conflicto. Se trata de disposiciones que determinan la resolución de dicha controversia normativa en el espacio seleccionando “el ordenamiento en el que la relación jurídica tiene su sede, de suerte que, una vez determinada la sede, la relación jurídica queda localizada en un concreto ordenamiento territorial, que es el que ha de regirla”⁴¹⁹. Ésta es precisamente la

⁴¹⁸ Esta cuestión en materia de naturaleza jurídica de las normas sobre Derecho aplicable se retoma en el estudio posterior dedicado a la vigencia y aplicabilidad de las normas internas de Derecho Internacional Privado a la vista de la normativa internacional sobre solución del conflicto de leyes en el ámbito de la movilidad transnacional de trabajadores. Véase *infra*, dentro de este mismo Capítulo, punto 5.

⁴¹⁹ Son palabras de GONZÁLEZ CAMPOS que se citan en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Civitas, Madrid, pág. 164.

naturaleza de la norma que se contiene en el art. 10.6 del CC, puesto que tiene precisamente por objeto la localización del ordenamiento jurídico aplicable a una relación laboral de tráfico jurídico externo⁴²⁰.

Sin embargo, es diferente la naturaleza jurídica de la norma que se contiene en el art. 1.4 del ET, a pesar de que se ha querido ver en ella la misma que tiene el art. 10.6 del CC; ello precisamente no ha facilitado la identificación de la relación entre ambas, cuánto menos su vigencia, alcance y significado⁴²¹. En efecto, como ya se ha adelantado, el precepto estatutario que nos ocupa es una norma de extensión en el sentido de norma que permite dar una solución sustitutiva, que no correctiva, a la aportada por la norma de conflicto general⁴²².

El hecho de que una disposición sobre Derecho aplicable sea calificada como norma de extensión y, en consecuencia, pueda mantener su vigencia a pesar de establecer una solución diferente a la establecida por una norma de conflicto general, se debe a dos motivos principales. Por una parte, a la existencia de fundadas razones de política legislativa que conducen al legislador a formular unilateralmente una regla que resuelva un conflicto de ley aplicable en determinadas circunstancias. Por otra parte, a la presencia de elementos que vinculan especialmente el supuesto del que dimana dicho conflicto a su propio ordenamiento jurídico.

⁴²⁰ Su carácter de norma de conflicto bilateral se confirma también en FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, pág. 50.

⁴²¹ Véanse, entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “La aplicación del Derecho del Trabajo en el espacio internacional”, *Actualidad Laboral*, núm. 39, vol. 3, 2003, pág. 674; y RIVAS VALLEJO, M. P. y MARTÍN ALBÁ, S. “Los desplazamientos temporales de trabajadores españoles al extranjero. Efectos laborales y tributarios”, *Revista del Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pág. 43.

⁴²² Así se encuentra sistematizada en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., *op. cit.*, págs. 163 y ss., y en concreto, págs. 187 y ss.

No parece que pueda discutirse, entonces, la calificación del art. 1.4 del ET como norma de extensión a la vista del supuesto de hecho que le ocupa. Por lo tanto, cuando se dé el caso concreto de la identificación del Derecho aplicable al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, la legislación aplicable será la española, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo y siempre y cuando dichos trabajadores tengan, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

En conclusión, cuando se plantea un conflicto normativo respecto de la relación jurídica de un trabajador español contratado en España al servicio de una empresa española en el extranjero, es ineludible la aplicación de la legislación laboral española, por ser la solución dispuesta por el art. 1.4 del ET. No ha lugar, por tanto, a la aplicación de la doble alternativa que se establece en el art. 10.6 del CC. *Sensu contrario*, la aplicación preferente del art. 10.6 del CC sobre la del art. 1.4 del ET procede cuando el supuesto litigioso no reúne todos los elementos requeridos para la aplicación de la norma estatutaria⁴²³. En este sentido, son numerosas las resoluciones judiciales que han resuelto el conflicto de Derecho aplicable en base al art. 10.6 del CC cuando el contrato se ha suscrito fuera de las fronteras españolas, lo cual escapa por completo al ámbito de aplicación del art. 1.4 del ET por no corresponder con su supuesto de hecho⁴²⁴.

⁴²³ Véanse, entre otras, STS (Sala de lo Social) de 19 de febrero de 1990 (Ref. Ar. RJ 1990\1116), F.D. segundo; STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 3 de marzo de 1992 (Ref. Ar. AS 1992\1283), F.D. segundo; y STSJ de Castilla y León (Valladolid) (Sala de lo Social) de 7 de diciembre de 1994 (Ref. Ar. AS 1994\4934), F.D. segundo.

⁴²⁴ Véanse, entre otras, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 13 de julio de 1992 (*cit.*), F.D. único; la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\1052), F.D. tercero; la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de junio de 1995 (*cit.*), F.D. segundo; o la STSud (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1996 (Ref. Ar. RJ 1996\7785).

Se trata ésta de una cuestión que no sólo se plantea en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que concluyamos su estudio haciendo referencia a otros sistemas normativos nacionales en los que se reproduce de manera similar.

2.4. El conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo desde la perspectiva del Derecho comparado

La especial idiosincrasia de la regulación de las normas conflictuales en nuestro ordenamiento jurídico, en atención a las normas de origen interno, se manifiesta también en experiencias similares que acontecen en otros sistemas normativos nacionales⁴²⁵.

Muy cercana, si no idéntica, a la problemática que se suscita en nuestro Derecho interno se encuentra la normativa francesa, pues el ordenamiento jurídico galo se ha visto envuelto prácticamente en la misma controversia que la presentada por la coexistencia temporal de los arts. 10. 6 del CC y 1.4 del ET en el caso español. En efecto, la regla de conflicto dispuesta por el Derecho común –en el *Code Civil*- presentaba dos soluciones que coexistían de manera pacífica. La una establecía que, si las partes habían elegido la ley aplicable al contrato, ésta sería la que lo regiría. La otra ordenaba que, en defecto de elección, el contrato habría de atenerse a lo reglado por la ley del país con el que presentara los vínculos más estrechos. En consecuencia, ésta era la regla que normaba los contratos internacionales, incluido el contrato de trabajo internacional, y en tal sentido procedía la jurisdicción francesa.

Dado que en el *Code du Travail* no existe un precepto paralelo al art. 1.4 del ET, el enfrentamiento entre la solución ofrecida por el Derecho común y la

⁴²⁵ Para una visión general de esta problemática, consúltese GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero, op. cit.*, págs. 397 y ss.

especialidad del contrato de trabajo internacional se puso de manifiesto directamente por la jurisprudencia a partir de los años setenta⁴²⁶. El resultado de las reflexiones hechas en los litigios planteados pasó, entonces, por limitar el juego de la autonomía de la voluntad a favor de la mayor favorabilidad del convenio colectivo para el trabajador. En consecuencia, el principio de territorialidad y sus distintas manifestaciones acababan por prevalecer sobre la libre elección de ley aplicable por las partes.

Esta misma situación, por otra parte, se reproduce en Inglaterra también a partir de los años setenta. No obstante, la preferencia por aplicar la ley inglesa al contrato de trabajo internacional –en lugar de otra ley elegida por las partes o la ley misma del lugar de prestación de servicios- no se resolvió directamente a través del principio de norma más favorable, como en el caso francés. La solución, pues, se centró en preferir la aplicación de la ley del lugar de ejecución habitual de la prestación de servicios. Ciertamente, esta ley podía resultar ser otra distinta a la inglesa, por lo que la jurisprudencia amplió considerablemente la noción de habitualidad en la ejecución para favorecer que quedara localizada en territorio inglés⁴²⁷.

Por último, también la doctrina alemana, así como la jurisprudencia de este país, se han decantado tradicionalmente por la aplicación preferente de su ordenamiento jurídico frente a las soluciones ofrecidas por las normas de conflicto multilaterales. De forma paralela a los casos francés e inglés, se ha defendido la opción por el sometimiento de la prestación transnacional de servicios a la

⁴²⁶ Concretamente, la primera reflexión en este sentido se plantea, en 1973, por M. J. LAROQUE, Presidente, por entonces, de la Chambre Sociale de la Cours de Cassation ante el Comité Francés de Derecho Internacional Privado. Sobre este particular, véase LAGARDE, P. “Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d’une évolution mal maîtrisée”, *op. cit.*, págs. 84 y ss.

⁴²⁷ Para un estudio más detallado de esta cuestión, véase DICEY, A. V., MORRIS, J. H. C. y COLLINS, L. *The conflict of laws*, 11ª ed., vol. 2, Stevens, London, 1987.

legislación nacional, justificándolo, en esta ocasión, en la naturaleza imperativa de sus normas⁴²⁸.

Ahora bien, el análisis de la articulación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero a partir de la determinación del Derecho aplicable excede lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos internos. En efecto, en esta concreta materia, resulta fundamental analizar la intervención de la normativa internacional en la ordenación de estos conflictos móviles, tanto en la actualidad como *ad futurum*.

3. La normativa internacional de ordenación de los conflictos de Derecho aplicable en el ámbito de las obligaciones contractuales

3.1. El Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I”

El análisis hecho hasta el momento, que se limita a las normas nacionales de determinación del Derecho aplicable a situaciones de tráfico externo en el ámbito de la relación individual de trabajo, pone de manifiesto por sí solo la variabilidad de supuestos y, en consecuencia, de soluciones al conflicto de leyes que se pueden presentar respecto de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. El lugar de contratación, el lugar de prestación de servicios y su mutación, la nacionalidad de las partes, y la duración de la movilidad, influyen decisivamente en la selección del ordenamiento jurídico que resulta de aplicación a estas situaciones privadas internacionales.

⁴²⁸ Véase MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia (Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios), *op. cit.*, págs. 41 y ss.

A más, la normativa que dispone soluciones al conflicto de Derecho aplicable en el ámbito de las situaciones de trabajo temporal en el extranjero no se localiza sólo en el Derecho interno. En efecto, hay textos normativos internacionales que también se ocupan de estas cuestiones y que deben ser tomados en especial consideración por dos motivos fundamentales. Por un lado, contienen disposiciones de aplicación general que trascienden la orientación nacionalista o reduccionista de las normas de origen interno –caso de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET- pues determinan la aplicación de la legislación con la que la relación jurídico-laboral presenta los vínculos más estrechos. Por otro lado, la coexistencia en el tiempo y en el espacio de distintas soluciones normativas al problema del conflicto de leyes pone en cuestión, al menos, la aplicabilidad de los distintos regímenes dispuestos por el legislador nacional, si no su vigencia.

Efectivamente, la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la solución de conflictos de leyes derivados de una relación obligacional o contractual con elementos de extranjería ha sufrido acusados retrocesos por efecto de la aprobación y entrada en vigor de determinados Tratados internacionales en la materia. De entre todos ellos, el hito más significativo en materia de relaciones de trabajo ha sido protagonizado por el Convenio de Roma, adoptado por la comunidad internacional en aras a la unificación de los distintos sistemas de solución de conflictos de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales⁴²⁹.

Ahora bien, es fundamental advertir que el Convenio de Roma es un texto de aplicación transitoria, toda vez va a quedar sustituido por el conocido como Reglamento “Roma I”. Se trata de la norma que culmina el proceso de

⁴²⁹ LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C. “La propuesta comunitaria de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Una primera aproximación”, en AA.VV. (Coord. CANEDO ARRILLAGA, M. P.) *Diversas implicaciones del Derecho Transnacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 332, lo califica como “un instrumento de Derecho uniforme conflictual esencial para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales en los Estados miembros de la Unión Europea”.

comunitarización diseñado por el Libro Verde⁴³⁰ en pos de la realización del Mercado Interior de acuerdo con el diseño que se hace en la conocida como “Estrategia de Lisboa”⁴³¹. Este Reglamento supone, por tanto, la actualización del Convenio de Roma⁴³² en el marco del actual proceso de codificación de la normativa europea, que se orienta a mejorar la transparencia y coherencia interna del acervo comunitario⁴³³. De hecho, el Reglamento “Roma I” cierra el triángulo normativo comunitario que inauguró el Reglamento “Bruselas I” y continuó el Reglamento “Roma II”⁴³⁴ dentro del proceso de codificación de la normativa europea⁴³⁵, que se orienta a mejorar la transparencia y coherencia interna del acervo comunitario⁴³⁶.

⁴³⁰ Libro Verde, de 14 de enero de 2003, sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [COM (2002) 654 final] (no publicado en el DOUE) (en adelante, Libro Verde).

⁴³¹ Para tener una visión panorámica de las distintas iniciativas emprendidas para llevar a cabo este proceso, véase LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A. M. “The Rome convention of 1980 and its revision at the crossroads of the European Contract Law Project”, *European Review of Private Law*, núm. 2, 2004, págs. 167-191.

⁴³² La evolución, en síntesis, de este proceso se puede consultar en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33109.htm>.

⁴³³ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de noviembre de 2001, sobre la codificación del acervo comunitario [COM (2001) 645 final] (no publicada en el DOUE).

⁴³⁴ Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE de 31 de julio de 2007, núm. L 199) (en adelante, Reglamento “Roma II” o RRII).

⁴³⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Concepto de «vínculo estrecho» en las Directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (as. 70/03, Comisión c. España) en las leyes nacionales y en la Propuesta de Reglamento «Roma I» (2005)”, en AA.VV. (Dir. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.) *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, págs. 475-476, aunque en referencia a la Propuesta de 2005, aprecia “la voluntad de alinear sus disposiciones” a los Reglamentos “Bruselas I” y “Roma II”.

⁴³⁶ En general, sobre las reformas proyectadas en la regulación tanto de los conflictos de Derecho aplicable en el ámbito de las obligaciones contractuales como de otras cuestiones conflictuales y

Nótese que el Reglamento “Roma I”, *ex art. 29*, entró en vigor veinte días después de su publicación en el DOUE, si bien no será efectivamente aplicable hasta el 17 de diciembre de 2009⁴³⁷. Aún así, entendemos que el estudio de la intervención de la normativa internacional en la ordenación de los conflictos de Derecho aplicable debe incorporar el análisis, de manera transversal, de las modificaciones introducidas por el Reglamento “Roma I” en este ámbito, y que – adelantamos- son especialmente significativas respecto de las situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero. Ello revela –como se constata más adelante- que el Reglamento “Roma I” no se limita a la mera conversión del Convenio de Roma en instrumento comunitario⁴³⁸. No en vano, su objetivo principal es la actualización de dicho Convenio para dar seguridad jurídica en el espacio comunitario a través del establecimiento de reglas con un alto grado de

procesales, véase AA.VV. (Ed. SÁNCHEZ LORENZO, S. y MOYA ESCUDERO, M.) *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dickynson, Madrid, 2003.

⁴³⁷ Ahora bien, la aplicación del Reglamento “Roma I” se adelanta al 17 de junio de 2009 respecto de su art. 26, que dispone que “1. A más tardar el 17 de junio de 2009, los Estados miembros notificarán a la Comisión, los convenios a que se refiere el artículo 25, apartado 1. Tras esta fecha, los Estados miembros notificarán a la Comisión toda denuncia de estos convenios. 2. La Comisión publicará en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, en el plazo de seis meses después de la recepción de las notificaciones a que se refiere el apartado 1: a) una lista de los convenios a que se refiere el apartado 1; b) las renunciaciones a que se refiere el apartado 1”.

Los convenios a los que hace referencia este precepto son, *ex art. 25*, los convenios internacionales que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento “Roma I”. Nótese que si se trata de convenios “comunitarios”, que son los celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros, el Reglamento “Roma I” será de aplicación preferente en la medida en que dichos convenios versen sobre las materias reguladas por el mismo.

⁴³⁸ Véase, *in extenso*, RODRÍGUEZ BENOT, A. “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, en AA.VV. (Dir. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.) *Estudios sobre contratación internacional, op. cit.*, págs. 506 y ss.

previsibilidad, lo cual conduce a considerarla como “la primera norma europea que regula conjuntamente normas propias del Derecho de obligaciones y contratos”⁴³⁹.

La entrada en vigor del Convenio de Roma, que se produjo en España el 1 de septiembre de 1993⁴⁴⁰, y su incorporación, de acuerdo con el art. 96.1 de la CE⁴⁴¹, a nuestro sistema de fuentes tienen efectos trascendentales en la determinación del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores, sobre todo respecto de la vigencia de la normativa de origen interno⁴⁴². Dichos efectos se producen, igualmente, tras su comunitarización a través del Reglamento “Roma I”. La ordenación autónoma de soluciones a los conflictos normativos que derivan de la presencia de elementos de extranjería en las relaciones individuales de trabajo, unida a la configuración extensiva de su ámbito

⁴³⁹ En PRATS ALBENTOSA, L. “El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario La Ley*, núm. 6978, 2008, pág. 11. De hecho, y así lo advierte este autor, es “pieza importante en el proceso de creación de un Derecho común en Europa sobre obligaciones y contratos” fruto de “una decisión de gran trascendencia en el ámbito del Derecho privado”.

⁴⁴⁰ El Instrumento de ratificación, de 7 de mayo de 1993, del Convenio de 18 de mayo de 1992, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal (BOE de 19 de julio de 1993, núm. 171), establece en su art. 5 que el CR “entrará en vigor, entre los Estados que lo hayan ratificado, el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya realizado el depósito del último instrumento de ratificación por parte del Reino de España (el 2 de junio de 1993) o de la República Portuguesa y por parte de un Estado que (también lo) haya ratificado”. En este caso, Países Bajos efectuó dicho depósito el 11 de febrero de 1993.

⁴⁴¹ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional”.

⁴⁴² No parecen acertados, por tanto, los pronunciamientos de la STSud (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1998 (*cit.*), F.D. tercero: “El Convenio de Roma –vigente en España, a partir de su publicación en el BOE de 19 de julio de 1993-”; y de la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de febrero de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\1637), F.D. tercero: “Respecto a la cuestión de la legislación aplicable es preciso tener en cuenta un hito temporal preciso (19-7-1993) coincidente con la entrada en vigor del Convenio de Roma”, pues esta fecha es la de publicación en el BOE.

de aplicación, hacen que tanto el Convenio de Roma como el Reglamento “Roma I” entren en colisión con lo dispuesto en los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET.

Ello supone, por tanto, plantear nuevos interrogantes acerca, no sólo de qué ordenamiento jurídico es el aplicable en supuestos de trabajo temporal en el extranjero, sino de cuál es el texto normativo al que hay que acudir para localizar los criterios que determinan dicha solución. La operación primera que debe llevarse a cabo en orden a identificar el Derecho aplicable en situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero debe ser, por tanto, la selección de dicho texto normativo.

3.2. La configuración extensiva del ámbito de aplicación del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico –aunque es una reflexión extensible a otros sistemas normativos internos-, el Convenio de Roma constituye, de acuerdo con FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, “el régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en el sistema español”⁴⁴³. En efecto, el Convenio de Roma aspira a conformar un sistema normativo integral para la solución de los problemas de ley aplicable, configurando a tal efecto una red de soluciones alternativas que den respuesta a todas las posibles eventualidades en el ámbito de las obligaciones contractuales con elementos extranjeros⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 448.

⁴⁴⁴ En las numerosas ocasiones en las que ha aplicado este Convenio, como en la STSud (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1998 (*cit.*), F.D. tercero, se ha declarado que “el Convenio de Roma –vigente en España, a partir de su publicación en el BOE el 19 de julio de 1993- regula con carácter universal y determina la ley que ha de regir una relación jurídica que tiene puntos de conexión con legislaciones de diferentes estados”.

El articulado del Convenio de Roma no deja lugar a dudas en cuanto a su ámbito de aplicación. Son, en esencia, los arts. 1 y 2 los que se encargan de especificar el alcance que tiene tanto desde el punto de vista del ámbito objetivo como del territorial.

Esta misma estructura es la que presenta el Reglamento “Roma I”, que igualmente dedica los arts. 1 y 2 a la configuración de su ámbito de aplicación. Ahora bien, a pesar de que el Reglamento “Roma I” sigue formal y materialmente una línea continuista con respecto al Convenio de Roma, incorpora matices en su redacción que merecen un análisis particular.

En concreto, respecto del ámbito de aplicación material⁴⁴⁵, en el art. 1.1 del CR se declara que sus disposiciones “serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales”. Por su parte, el art. 1.1 del RRI resulta más expresivo y clarificador⁴⁴⁶, toda vez especifica que “se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, excluidas “las materias fiscales, aduaneras y administrativas”.

Asimismo, la doctrina de autores es unánime sobre este particular. Valga como ejemplo la consideración del CR como “pieza central de nuestro Derecho Internacional Privado en materia de contratos” para CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, L. *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 43.

⁴⁴⁵ Es la rúbrica literal del art. 1 del RRI, mientras que el art. 1 del CR se titula, simplemente, “ámbito de aplicación”.

⁴⁴⁶ En relación con ello, QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *InDret*, núm. 3, 2006, pág. 5, observa que “respecto del ámbito de aplicación material, las novedades introducidas se destinan a clarificar el texto, y a hermanarlo con el Reglamento 44/2001 y con la Propuesta modificada de Reglamento “Roma II” (art. 1.1.)”.

Tanto en el Convenio de Roma como en el Reglamento “Roma I”, el art. 1.2 recoge un listado cerrado de obligaciones contractuales que están excluidas de sus respectivos ámbitos de aplicación⁴⁴⁷. Respecto del Convenio de Roma, se trata de una previsión indispensable para delimitar dicho ámbito de aplicación material, que parece *a priori* afectar a todo tipo de obligaciones contractuales en virtud de lo establecido en el art. 1.1⁴⁴⁸. El art. 1.2 del RRI, sin embargo, presenta un carácter más ejemplificador en tanto en cuanto la determinación de su ámbito de aplicación

⁴⁴⁷ Dado que no procede en este trabajo hacer un estudio exhaustivo del régimen conflictual que establecen el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I” para la pluralidad de contratos que se incluyen en su ámbito de aplicación, nos remitimos, respectivamente, a FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, *op. cit.*, págs. 49 y ss.; y a 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*, núm. 6957, 2008, págs. 2 y ss.

⁴⁴⁸ En detalle, el art. 1.2 del CR establece que sus disposiciones “no se aplicarán: a) al estado civil y a la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11; b) a las obligaciones contractuales relativas a los testamentos y sucesiones, los regímenes matrimoniales, y los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos respecto a los hijos no matrimoniales; c) a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable; d) a los convenios de arbitraje y de elección de foro; e) a las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica; f) a la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; g) a la constitución de trusts, a las relaciones que se creen entre quienes lo constituyen, los trusts y los beneficiarios; h) a la prueba y al proceso, sin perjuicio del artículo 14”. En el art. 1.3 del CR se añade que “las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Para determinar si un riesgo está situado en estos territorios, el juez aplicará su ley interna”. Ahora bien, en virtud del art. 1.4 del CR, “el apartado precedente no se refiere a los contratos de reaseguro”.

material queda bastante delimitada en el art. 1.1⁴⁴⁹. En cualquier caso, tanto el Convenio de Roma como el Reglamento “Roma I” son de aplicación a las obligaciones contractuales derivadas de la relación individual de trabajo cuando plantean conflictos de Derecho aplicable.

En segundo lugar, en cuanto al ámbito de aplicación territorial o espacial, el art. 2 del CR proclama su aplicación universal cuando establece que “la ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”. En términos similares, el art. 2 del RRI⁴⁵⁰ también expresa su aplicación universal cuando dispone que “la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”⁴⁵¹. Así pues, el hecho de que España sea, como es, Estado contratante en el Convenio de Roma y Estado miembro en el Reglamento “Roma I” basta para que ambos sean

⁴⁴⁹ Son especialmente destacadas las modificaciones que introduce el art. 1.2 del RRI en materia de obligaciones derivadas de relaciones familiares o matrimoniales y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables [puntos b) y c)] y derivadas de los tratos previos a la celebración de un contrato [punto i)]. Véase al respecto el análisis de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *op. cit.*, págs. 2 y ss.

⁴⁵⁰ En esta ocasión, el art. 2 del RRI reproduce literalmente la formulación del art. 3 del RRII.

⁴⁵¹ El art. 2.4 del RRI indica que “a los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «Estado miembro» todos los Estados miembros a los que se aplica el presente Reglamento”. Ello no obstante, el término “Estado miembro” hace referencia a todos los Estados miembros de la UE en el contexto de los arts. 3.4 –relativo a las reglas aplicables en materia de libertad de elección de ley aplicable- y 7 –sobre soluciones al conflicto de Derecho aplicable en contratos de seguro- del mismo Reglamento “Roma I”.

En relación con ello, téngase en cuenta, de acuerdo con el considerando 44 del RRI, que “Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento”, mientras que, como se expresa en los considerandos 45 y 46, ni Reino Unido ni Dinamarca participan en la adopción de este Reglamento y, por tanto, no están vinculados por el mismo ni sujetos a su aplicación. Ahora bien, la referencia al Reino Unido debe entenderse derogada en virtud de la Decisión de la Comisión, de 22 de diciembre de 2008, sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE de 15 de enero de 2009, núm. L 10).

sucesivamente aplicables a las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional que se planteen en nuestro sistema jurídico⁴⁵².

Ahora bien, conviene advertir que el art. 25 del RRI establece que “el presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”⁴⁵³. En virtud de este precepto, cabría poner en tela de juicio la afirmación de que el Reglamento “Roma I” será, como lo es en la actualidad el Convenio de Roma, el único texto aplicable en materia de solución de conflictos normativos en este ámbito⁴⁵⁴. Bien parece que el Reglamento “Roma I” habilita su sustitución por otro convenio internacional, que no comunitario, cuando al menos un Estado miembro sea parte del mismo.

A nuestro entender, ésta es precisamente la interpretación que debe hacerse del art. 25 del RRI pues, como se expresa en sus considerandos 40 y 41, si bien “deben evitarse situaciones en que haya dispersión de las normas de conflicto, así

⁴⁵² El análisis combinado de los arts. 2, 3.1 y 5 de la Propuesta de Reglamento “Roma I” hizo plantear, sin embargo, que se estuviera proyectando la coexistencia de dos textos distintos –el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I”- o, en su lugar, la de dos lógicas distintas dentro del Reglamento –relaciones “ad intra” y relaciones “ad extra” de la UE-.

El estudio de esta problemática puede verse, entre otros, en QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *op. cit.*, págs. 6 y ss.

⁴⁵³ Recuérdese que, en virtud del art. 26 del RRI, “a más tardar el 17 de junio de 2009” los Estados miembros habrán de notificar a la Comisión estos convenios, debiendo asimismo comunicar toda denuncia de los mismos a partir de tal fecha.

⁴⁵⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *op. cit.*, pág. 2, afirma que el Reglamento “Roma I”, junto con el Reglamento “Bruselas I” y el Reglamento “Roma II”, “configurarán el sistema de normas de DIP (Derecho Internacional Privado) común sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia contractual y extracontractual”.

como las diferencias entre esas normas”, “el respeto de los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros implica que el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de los convenios internacionales de los que son parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento”⁴⁵⁵. Ello provoca que haya de realizarse un análisis detenido de los elementos de extranjería que concurren en la situación de conflicto móvil y que establecen conexiones jurídicamente relevantes entre dicha situación y distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Si de tal análisis resulta que se trata de una situación “intracomunitaria”, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento “Roma I”, mientras que si se concluye que la relación es “extracomunitaria”, este Reglamento sólo será aplicable en defecto de convenio internacional⁴⁵⁶.

En el ámbito de los supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero, no procede *a priori* el desplazamiento del Reglamento “Roma I”, pues no constan convenios internacionales en la materia de los que España sea parte⁴⁵⁷. Ahora bien, de acuerdo ahora con su considerando 42, sería posible que la aplicación del Reglamento “Roma I” se viera desplazada por un futuro acuerdo en la

⁴⁵⁵ Es más, de acuerdo con el considerando 40, el Reglamento “Roma I” “no debe excluir la posibilidad de incluir normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones contractuales en disposiciones de Derecho comunitario en relación con materias específicas”.

⁴⁵⁶ A este respecto, téngase en cuenta que la base jurídica del Reglamento “Roma I” se encuentra en el art. 65 del TCE –actual art. 81 del TFUE– que exige que la unificación conflictual sea necesaria “para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Asimismo, nótese que el art. 307 del TCE –ahora, art. 351 del TFUE– establece que “las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra”.

⁴⁵⁷ Dicho desplazamiento sí se produce, por ejemplo, en materia de compraventa, pues España es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE de 30 de enero de 1991, núm. 26).

materia entre España y otro u otros países no comunitarios en el que se incluyeran disposiciones sobre legislación aplicable⁴⁵⁸.

3.3. Vigencia de las reglas internas sobre Derecho aplicable en situaciones de trabajo temporal en el extranjero a la luz de las normas de origen internacional

3.3.1. Sistema de técnicas para la determinación del Derecho aplicable en situaciones privadas internacionales

La autonomía e independencia con que los legisladores nacionales reglamentan sobre la solución de conflictos de normas ante situaciones que presentan elementos de extranjería está sujeta a limitaciones necesarias. Si no existieran criterios para reglamentar estos supuestos, la tendencia más generalizada en el seno de los distintos ordenamientos jurídicos internos sería la de intentar atraer a su órbita toda relación jurídica con algún elemento nacional, independientemente de su relevancia para el supuesto en cuestión. En otras palabras, en el ámbito de las normas privadas internacionales sobre Derecho aplicable existe un complejo, pero necesario, sistema de pesos y contrapesos, integrado por reglas que están dirigidas a garantizar que cada relación jurídica se somete a la regulación más adecuada a sus dimensiones geográfica, objetiva, subjetiva y temporal. Así se evita, por tanto, que dicha relación acabe sujeta a otro sistema jurídico, impropio e inadecuado, que ejerce sobre ella una atracción artificial por el hecho de contener normas de conflicto *ultra vires*.

⁴⁵⁸ Ello se hace depender, de acuerdo con el mismo considerando 42, de que medie una autorización, “en casos particulares y excepcionales”, para negociar y celebrar, “en nombre propio”, acuerdos de tal naturaleza, de acuerdo con los procedimientos y condiciones que la Comisión está llamada a proponer al Parlamento Europeo y al Consejo.

No obstante lo dicho, las normas sobre Derecho aplicable están sujetas a múltiples técnicas de reglamentación⁴⁵⁹ que ofrecen criterios determinantes para la aplicación de uno y otro ordenamiento jurídico en función de diferentes parámetros. Nuestro cometido, llegados a este punto, se centra en la identificación de dichas técnicas para su posterior aplicación al tema que nos ocupa.

Conviene advertir que existe una pluralidad de técnicas de reglamentación para determinar el Derecho aplicable a una relación privada internacional. Ante una situación que presenta conflictos de Derecho aplicable, se pueden arbitrar diferentes soluciones en virtud del peso específico de unos u otros elementos, es decir, de cuál sea el punto de conexión.

En este orden de cosas, es destacada la articulación de la conocida como “teoría de la norma de conflicto multilateral”⁴⁶⁰. De acuerdo con esta teoría, la ley aplicable en situaciones de conflicto móvil viene determinada por la localización de la sede de la relación jurídica, de modo que el Derecho del país donde se encuentre dicha sede será el que la regule. Se trata, en otras palabras, de identificar el concreto ordenamiento jurídico con el que la relación jurídica presenta más vinculaciones. De este modo, se limita la previsible tendencia –ya apuntada– a la nacionalización de las soluciones al problema del Derecho aplicable por parte de los distintos legisladores nacionales.

Ello no obstante, esta “teoría de la norma de conflicto multilateral”, aún siendo el referente fundamental, no es la única técnica que sirve para la

⁴⁵⁹ Es la denominación que reciben, entre otros, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 111.

⁴⁶⁰ Se trata de una teoría heredera de la idea de “localización de la sede de la relación jurídica” acuñada por SAVIGNY y que “eleva a la norma de conflicto al eje del planteamiento normativo del Derecho Internacional Privado”, de acuerdo con la cita de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 112.

determinación del Derecho aplicable en supuestos de conflicto normativo. En efecto, existen situaciones privadas internacionales en las que la localización de la sede no es fácil o ni siquiera posible, cual es el caso de aquéllas en las que dicha sede es variable, de modo que deben tenerse en cuenta otras circunstancias. Es preciso, pues, analizar también otras “soluciones correctivas”⁴⁶¹.

Frente a la rigidez y generalidad de la solución dispuesta por la “teoría de la norma de conflicto multilateral”, se propone la aplicación del ordenamiento jurídico con el que la relación jurídica presente más conexiones en virtud del principio de proximidad⁴⁶². Se trata de la llamada “teoría de los vínculos más estrechos”. Por su parte, otra de las alternativas o correcciones a la “teoría de la norma de conflicto multilateral” consiste en valorar determinados principios de preferencia. De acuerdo con este planteamiento se valora, sobre la generalidad y la neutralidad de la teoría “savignyana”, otros elementos de la relación jurídica; concretamente, los objetivos o intereses de política legislativa presentes en la misma.

En el ámbito de las soluciones o teorías correctivas, interesa especialmente para nuestro estudio el análisis de la técnica de las “normas de extensión”⁴⁶³. Se trata de aquellas normas que evitan la solución dada por la norma de conflicto en atención a una especial conexión del supuesto de hecho con el ordenamiento jurídico del foro o a los intereses de política legislativa del mismo, de manera que se privilegia la nacionalidad sobre otros elementos de la relación jurídica. Esta técnica es, precisamente, la que habilitaría la existencia de soluciones distintas a las dispuestas por las normas de conflicto de origen internacional en el Derecho interno.

⁴⁶¹ Es la denominación que acuñan FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., *op. cit.*, pág. 168.

⁴⁶² También conocida como la teoría de la *most real connection*.

⁴⁶³ A ello ya se ha hecho referencia *supra*, punto 2.3.2.

La entrada en vigor en España del Convenio de Roma supone la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un sistema completo e integrado de normas sobre determinación del Derecho aplicable⁴⁶⁴. Como expresa el propio articulado, sus disposiciones se aplican en todo el territorio europeo de los Estados contratantes y a las obligaciones contractuales –con ciertas excepciones que no afectan al objeto de nuestro estudio- en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes⁴⁶⁵.

Desde el 1 de septiembre de 1993, por tanto, la ordenación normativa de soluciones al conflicto de leyes que se produce en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores se localiza, *a priori*, en el CC, en el ET y en el CR; tres preceptos que entran objetiva y materialmente en colisión en tanto resuelven dicho conflicto de manera distinta, contradictoria e incompatible. A ello se añade la aprobación del Reglamento “Roma I” que, de acuerdo con su art. 28, “se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009”.

Resuelto ya el enfrentamiento entre los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET⁴⁶⁶, la controversia ahora está en dilucidar si el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I” derogan implícitamente ambos preceptos y se convierten, sucesivamente, en las únicas fuentes de referencia para determinar el Derecho aplicable a las situaciones

⁴⁶⁴ “El Convenio, como se sabe, unifica en el marco de los países miembros de la UE, las normas que rigen los conflictos de leyes en materia de contratos y contiene reglas específicas para resolver tales conflictos en relación con los contratos de trabajo”, resume GALIANA MORENO, J. M. “Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo”, *op. cit.*, pág. 110.

⁴⁶⁵ Respectivamente, arts. 27.1 y 1.1 del CR.

⁴⁶⁶ A favor –recuérdese- de la aplicación modulada de la legislación laboral española en tanto solución dispuesta en el precepto estatutario, siempre y cuando el conflicto normativo se suscite en el ámbito del trabajo que prestan los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero (véase *supra* punto 2.3).

de trabajo temporal en el extranjero⁴⁶⁷. Ello no implica, sin embargo y como es natural, que la solución que se dé a dicho conflicto sea necesariamente distinta de la que tendría de aplicarse lo dispuesto por los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET.

3.3.2. La aplicación residual del art. 10.6 del CC

Las disposiciones nacionales de Derecho Internacional Privado en materia de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales –léanse, art. 10.5, en general, y art. 10.6, para contratos de trabajo, del CC- se ven ciertamente afectadas en su vigencia y aplicabilidad por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del Convenio de Roma, primero, y del Reglamento “Roma I”, después⁴⁶⁸.

En efecto, el hecho de que dichas disposiciones nacionales gocen de la misma naturaleza que tienen estos textos normativos –*ergo*, se trata de normas de conflicto puras- trae como consecuencia que su coexistencia resulte imposible. Por lo tanto, no cabe acudir a las soluciones que dispone, en particular, el art. 10.6 del CC cuando haya que determinar el ordenamiento jurídico que resulta aplicable a una relación de trabajo con elementos de extranjería.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ BENOT, A. “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, *op. cit.*, pág. 497, considera que el Convenio de Roma es “una suerte de *ius commune* conflictual en el territorio europeo, al haber desplazado, por la eficacia *erga omnes* que le atribuye su artículo 2, las normas de conflicto consagradas en este ámbito en los distintos sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados parte en él”.

⁴⁶⁸ En síntesis, de acuerdo con la STSud (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1998 (*cit.*), F.D. tercero: “El Convenio de Roma –vigente en España, a partir de su publicación en el BOE de 19 de julio de 1993- regula con carácter universal y determina la ley que ha de regir una relación jurídica que tiene puntos de conexión con legislaciones de diferentes Estados. Esta regulación, conforme a su artículo 2, es de aplicación preferente, incluso si la ley designada por el mismo es la de un Estado no contratante, de modo que, las normas de derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, pasan a tener un carácter residual y solamente son aplicables a las modalidades contractuales no comprendidas en el Convenio de Roma (art. 1.1) y los contratos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor”.

Existe, ello no obstante, un caso en el que ello es posible, aunque no deja de ser una mera hipótesis a la vista de la condición que se requiere. En efecto, el art. 10.6 del CC aún mantiene cierta vigencia –francamente residual- en tanto en cuanto la regulación contenida en el art. 6 del CR es irretroactiva. Las reglas que se disponen en este precepto no son de aplicación a los contratos que hayan sido suscritos antes del 1 de septiembre de 1993. Este hecho queda confirmado en el mismo texto del Convenio cuando dispone que “se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado”⁴⁶⁹, así como por lo establecido en el –citado- art. 96.1 de la CE.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la irretroactividad del Convenio de Roma es absoluta, es decir, que las reglas que se establecen en el mismo para resolver problemas de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales sólo son de aplicación cuando los contratos de los que éstas dimanen se han acordado tras su entrada en vigor en el Estado de que se trate. Se trata de una cautela general que trata de velar por la seguridad de los destinatarios de sus normas y por la propia equidad⁴⁷⁰, de manera que las situaciones creadas al amparo de normas anteriores –en nuestro caso, el 10.6 del CC- se conservan, mantienen y respetan a pesar de que el Convenio de Roma no establece una regulación semejante para el futuro. En definitiva, se trata de una previsión lógica que evita el planteamiento de problemas sobre cuál ha de ser el alcance temporal de las normas sucesivamente vigentes en el tiempo.

No obstante lo dicho, se debe dejar constancia de que algunas resoluciones judiciales aún mantienen la vigencia y aplicabilidad del art. 10.6 del CC a

⁴⁶⁹ Véase el art. 17 del CR.

⁴⁷⁰ De hecho, es el principio general que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Como muestra de ello, el art. 9.3 de la CE declara que “la Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, mientras que el art. 2.3 del CC dispone que “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”.

situaciones nacidas con posterioridad al 1 de septiembre de 1993. Es significativa en este sentido la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de octubre de 1999⁴⁷¹, que valida dicha postura valiéndose de una reinterpretación insólita del carácter universal del Convenio de Roma. En este sentido, se afirma que aunque la ley designada por este Convenio se debe aplicar –como se indica en su art. 2- incluso si tal ley es la de un Estado no contratante, “de ello no se deduce necesariamente que el Convenio resulte aplicable a conflictos que no afecten a dos, al menos, Estados de la Unión Europea”. El error en que se incurre con esta afirmación es manifiesto toda vez la aplicación del art. 10.6 del CC que propone tampoco puede activarse si el supuesto controvertido no presenta conexiones con el ordenamiento jurídico nacional. Lo contrario supondría una extralimitación inadmisibles del legislador español y sería del todo opuesto a las orientaciones de las normas de Derecho Internacional Privado⁴⁷².

Por su parte, la entrada en vigor del Reglamento “Roma I”, que se produjo el 24 de julio de 2008, no afecta por el momento a la aplicación del Convenio de Roma pues las reglas sobre Derecho aplicable que se establecen en este Reglamento rigen los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009. En consecuencia, llegada esa fecha, los conflictos normativos surgidos en relaciones de trabajo con elementos de extranjería se resolverán por el art. 10.6 del CC, por el Convenio de Roma o por el Reglamento “Roma I” si, respectivamente, el contrato

⁴⁷¹ Ref. Ar. AS 1999\3338, F.D. segundo.

⁴⁷² “El Derecho internacional privado representa una expresión jurídica del deber de los Estados de cooperar mutuamente, esto es, una disciplina jurídica que aspira a construir una vida de relación previsible y objetivamente ordenada, basada en la pluralidad y diversidad de los ordenamientos jurídicos así como en la necesidad de hacerles vivir en común respetando aquella diversidad y aquella pluralidad. Por ello, el Derecho internacional privado no sería posible en el caso de imperar un cosmopolitismo absoluto, con la consiguiente unificación social y jurídica que ello traería consigo, como tampoco sería viable si los sistemas jurídicos particulares se negasen a coexistir”, de acuerdo con CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales, op. cit.*, págs. 304 y ss.

fue suscrito antes del 1 de septiembre de 1993, entre el 1 de septiembre de 1993 y el 17 de diciembre de 2009, o después del 17 de diciembre de 2009⁴⁷³.

Ahora bien, es posible que esta última afirmación haya de ser matizada una vez se analice el alcance que tiene la aprobación sucesiva del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I” respecto del art. 1.4 del ET.

3.3.3. La cuestionada vigencia del art. 1.4 del ET

La excepción al art. 10.6 del CC que supone el tratamiento diferenciado de la solución del art. 1.4 del ET al conflicto de ley aplicable al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero⁴⁷⁴, hace necesario proceder al estudio separado de las repercusiones que sobre dicho precepto estatutario tiene la aprobación tanto del Convenio de Roma como del Reglamento “Roma I”. La configuración de la regla contenida en el art. 1.4 del ET, así como su naturaleza jurídica, son elementos que alteran los términos del debate en torno a la vigencia de las normas internas sobre Derecho aplicable en supuestos de trabajo temporal en el extranjero tras la aprobación de ambos textos internacionales.

En definitiva, se trata aquí de discernir si todas las disposiciones relativas al Derecho aplicable al contrato de trabajo han quedado reducidas a las soluciones

⁴⁷³ Para FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, op. cit., pág. 51, el art. 10.6 del CC experimenta un “tácito desplazamiento” por efecto de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del CR y, en consecuencia, justifica la exclusión del análisis de esta norma en que “el número de litigios suscitados en este ámbito nacidos de contratos suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor para nuestro país del Convenio puede ser anecdótico”.

⁴⁷⁴ Véase *supra* punto 2.3.

establecidas por el Convenio de Roma, primero, y por el Reglamento “Roma I”, después, o si, por el contrario, sus efectos de derogación tácita no alcanzan a eliminar del panorama normativo el art. 1.4 del ET. Dicho de otro modo, el efecto fulminante que tiene la configuración del ámbito de aplicación de la normativa internacional sobre Derecho aplicable a las obligaciones contractuales sobre la vigencia y aplicabilidad del art. 10.6 del CC no puede extrapolarse sin más al art. 1.4 del ET.

A favor de la derogación implícita del precepto estatutario, cabría proponer que hay una coincidencia exacta entre los supuestos de hecho regulados por los tres textos, por lo que la normativa internacional desplazaría lo dispuesto por el art. 1.4 del ET en base al principio *lex posterior derogat priori*. CARRASCOSA GONZÁLEZ llega a esta conclusión cuando afirma que “el art. 1.4 ET es inaplicable, porque el Convenio de Roma regula el mismo supuesto material y ofrece otras soluciones a los problemas que afrontaba el precepto”⁴⁷⁵. Así pues, por efecto de la entrada en vigor del Convenio de Roma, así como del Reglamento “Roma I”, el art. 1.4 del ET quedaría completamente inaplicable y podría desaparecer del articulado del Estatuto sin más consecuencias que las meramente formales de reenumeración del resto de preceptos⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ En CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Comentario al artículo 10.6 del Código Civil”, *op. cit.*, pág. 279. Quede dicho, como constata este autor, que la jurisprudencia, por su parte, no se pronunciado hasta el momento en este sentido, sino que ha preferido, en los casos en que ha estudiado la relación entre el art. 1.4 del ET y el Convenio de Roma, decantarse por otras posiciones que pasamos a desarrollar.

⁴⁷⁶ Véanse, asimismo y entre otros, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. “Artículo 10.6”, *op. cit.*, pág. 92: “En la actualidad, este precepto ha sido «desplazado», «sustituido» o «derogado implícitamente» por el artículo 6 del Convenio de Roma”; e IRIARTE ÁNGEL, J. L. “Comentarios al art. 10.6 CC”, en AA.VV. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.) *Comentarios del Código Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 478: “este último precepto (en referencia al art. 6 del CR) ha derogado el art. 1.4 del ET, desde el momento en que regula en mismo campo material con soluciones parcialmente distintas”.

En contraste con esta interpretación, cabría proponer la solución contraria, es decir, la vigencia integral del art. 1.4 del ET en coexistencia con la normativa internacional sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La aplicación incólume del precepto estatutario se fundamentaría –como ya ocurriera respecto de su confrontación con el art. 10.6 del CC- en su carácter de norma especial, específica, singular o excepcional. En consecuencia, no cabría más solución que la aplicación de la legislación laboral española al trabajo prestado por trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero pues, como indica GORELLI HERNÁNDEZ, dicho carácter “la convierte en norma preferente frente a lo dispuesto por los arts. 10.6 CC o 6 Convenio de Roma”⁴⁷⁷. Sustentan esta interpretación resoluciones judiciales como la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de febrero de 1998⁴⁷⁸, que en su F.D. tercero sólo declara que la entrada en vigor del Convenio de Roma “implica la inaplicación de los arts. 10.5 y 10.6 CC”, guardando un silencio elocuente respecto de la vigencia del art. 1.4 del ET⁴⁷⁹.

Presentados los términos del debate, bien parece que no existieran argumentos determinantes para resolver la vigencia del art. 1.4 del ET. Desde esta perspectiva, consideramos, sin embargo, que es viable plantear distintas soluciones a través de la incorporación de un nuevo elemento, cual es el estudio de la naturaleza jurídica del precepto estatutario, por una parte, y del Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I”, por otra.

⁴⁷⁷ En GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4.”, *op. cit.*, pág. 56.

⁴⁷⁸ Ref. Ar. AS 1998\597.

⁴⁷⁹ Por su parte, DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L. “Ámbito aplicativo de la Ley”, *op. cit.*, pág. 45, entienden que el Convenio de Roma introduce matizaciones o modulaciones a las reglas establecidas en el art. 1.4 del ET.

En este sentido, partimos de la confirmación de que ambos tipos de textos – el estatutario y los internacionales- gozan de una naturaleza jurídica diferente. Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento “Roma I” se erigen como auténticas normas de conflicto multilateral que configuran un sistema de reglas alternativas y subsidiarias entre sí de cara a la resolución del problema de ley aplicable a las obligaciones contractuales que presenten elementos de extranjería, incluidas las derivadas de la relación individual de trabajo. El art. 1.4 del ET, sin embargo, tiene carácter de norma de extensión pues dispone una solución sustitutiva a las establecidas por dichos textos basada en razones de políticas legislativa y, sobre todo, en la especial conexión del supuesto de hecho que regula con el ordenamiento jurídico nacional⁴⁸⁰.

En base a este argumento, la entrada en vigor y consiguiente aplicación del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I” en nuestro país no afectaría a la vigencia del art. 1.4 del ET por tratarse de disposiciones de distinta naturaleza jurídica y, por ende, compatibles entre sí. El precepto estatutario, al contrario que el art. 10.6 del CC, no se vería derogado al tratarse de una norma que faculta al legislador español para establecer excepciones a la norma de conflicto general al amparo del privilegio de la nacionalidad⁴⁸¹. Este carácter del art. 1.4 del ET responde a los especiales vínculos que el supuesto de hecho que regula tiene con España, hecho que habilitaría la aplicación de la legislación española al trabajo de los españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, aun cuando el contrato fuera posterior al 1 de septiembre de 1993 ó al 17 de diciembre de 2009.

⁴⁸⁰ Así lo ponen de manifiesto FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, pág. 187: “Para obviar este resultado de la localización prevista en la norma de conflicto general, se introdujo en el artículo 1.4º del ET una norma que extiende la aplicación de la legislación laboral española «al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero»”.

Ahora bien, la adhesión del reino de España a la UE produce un efecto principal, proclamado tanto por el Derecho originario como por los arts. 93 y 96 de la CE, cual es la integración del acervo comunitario en el ordenamiento jurídico nacional, con especial protagonismo en este punto de las disposiciones del Mercado Interior y las libertades comunitarias. En consecuencia, cuando se aborda el tema de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el ámbito comunitario, nuestro posicionamiento tiene que situarse en la esfera de varias de tales libertades comunitarias⁴⁸². El alcance y significado en el acervo comunitario de las libertades de circulación que se encuentran implicadas en este contexto ofrecen, en efecto, una nueva perspectiva que hay que contemplar⁴⁸³.

En primer lugar, el art. 45.2 del TFUE dispone que “la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”. De forma más específica, el art. 1 del Reglamento 1612/68⁴⁸⁴ proclama que “todo nacional de un Estado miembro tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena, a ejercerla en territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y

⁴⁸¹ Ya sea la del trabajador, la de la empresa y la derivado de la localización del sitio de celebración y ejecución habitual del contrato.

⁴⁸² Como se ha comentado, estas nuevas manifestaciones de la movilidad geográfica responden a intereses de diversa índole, tanto de las empresas como de los propios trabajadores, favorecidos principalmente por la consagración de las libertades de establecimiento y de circulación de trabajadores en el territorio de la UE. De este modo, se abre el camino para que la fuerza de trabajo se desplace libremente por todo el espacio comunitario (véase *supra* Parte I, punto 6).

⁴⁸³ Véase, entre otros, el balance general que se ofrece de esta cuestión en MELLA MENÉNDEZ, L. “Libre circulación de trabajadores: principio de igualdad de trato (A propósito de la STJCE de 26 de junio de 2001, asunto C-212/99), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 112, 2002, págs. 599-612.

⁴⁸⁴ Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOUE de 19 de octubre de 1968, núm. L 257).

administrativas que regulen el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”⁴⁸⁵. En definitiva, la consagración del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad en los Derechos comunitarios originario y derivado ha de ser tomado en consideración a la hora de abordar el tema que nos ocupa⁴⁸⁶.

Teniendo en cuenta, por una parte, la consagración del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito comunitario en relación con la libre circulación de trabajadores y, por otra parte, la trascendencia que tienen los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la construcción del Mercado Interior y, en definitiva, de la unificación europea, entendemos que la vigencia del art. 1.4 del ET está sujeta a bastantes condicionantes que dificultan significativamente la defensa de su vigencia actual.

En primer lugar, el art. 1.4 del ET mantiene su vigencia, en tanto norma de extensión y, por tanto, excepción al art. 10.6 del CC, cuando se trate de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo suscrito con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma en España. En consecuencia, cuando bajo tales circunstancias el trabajo se haya prestado por trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, será de aplicación la legislación laboral española sin perjuicio de las normas de orden público del lugar

⁴⁸⁵ Como es sabido, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad está consagrado en el art. 18 del TFUE, de modo que no puede ser violado en los casos en que están en juego las libertades comunitarias, y a él están imperativamente sujetos los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros.

⁴⁸⁶ Véase el estudio particular que hace SERRANO OLIVARES, R. “Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores. Prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, op. cit.*, págs. 87 y ss.

de trabajo y respetando, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

En segundo lugar, y siempre que nos encontremos en la esfera de contratos celebrados a partir del 1 de septiembre de 1993, el art. 1.4 del ET no resultará de aplicación a los litigios que se planteen en el ámbito del Mercado Interior afectando la libertad comunitaria de circulación de trabajadores, puesto que se ve sustituido por las soluciones dadas en la norma de conflicto del art. 6 del CR. Sin embargo, se trata de una posibilidad muy limitada por la tan escasa casuística de supuestos que se encuentran al margen de la libre circulación de trabajadores⁴⁸⁷.

Aún así, cabría plantear una última alternativa a favor del mantenimiento del art. 1.4 del ET tras la entrada en vigor del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”. Esta solución consistiría en defender la vigencia parcial del precepto estatutario en base a la aplicación de las –así llamadas en los arts. 7 del CR y 9 del RRI- “leyes de policía”⁴⁸⁸. La observancia de esta disposición, como se pone de

⁴⁸⁷ Se puede citar el caso de los buques de registros abiertos comentado a este respecto por FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”, *op. cit.*, pág. 52.

⁴⁸⁸ Aunque no se postula como partidario de esta tendencia, deja apuntada tal posibilidad VIRGÓS SORIANO, M. “Comentario al art. 10.6 CC”, *op. cit.*, pág. 695: “Tras la entrada en vigor del Convenio de Roma, el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores plantea problemas de compatibilidad. Parece claro que no puede seguir operando en el ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio (hacerlo equivaldría a una reserva no permitida). Pero sí podría seguir operando con carácter puntual en el marco del artículo 7.2 del Convenio, es decir, en los ámbitos en que este precepto puede, según el propio Convenio, actuar frente al artículo 6 (...) Eso sí, para su aplicación es necesario que se cumplan determinados requisitos 1) que sean trabajadores españoles, 2) que la contratación sea realizada en España y 3) al servicio de empresas españolas en el extranjero. Si falta alguno de ellos será de aplicación la norma supletoria del art. 6 del Convenio de Roma; es decir, la regulación del lugar donde prestan servicios”.

Por su parte, FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”, *op. cit.*, pág. 52, sostiene que “la combinación del art. 1.4 ET con la protección que dispensan las normas materiales imperativas del foro (art. 7.2 CR) sería pacífica”.

relieve en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 31 de mayo de 2004⁴⁸⁹, produce una “minoración del ámbito en el que se proyecta el citado art. 1.4 ET”⁴⁹⁰ aunque no hasta el punto de provocar su desaparición del ordenamiento jurídico español⁴⁹¹.

Según nuestro parecer, el planteamiento de esta hipótesis no puede prosperar, pues el art. 1.4 del ET no tiene la naturaleza jurídica exigida por los arts. 7 del CR y 9 del RRI para poder operar. Como se ha señalado, el art. 1.4 del ET es una disposición de Derecho Internacional Privado; concretamente, una norma de extensión cuyo sentido es el de exceptuar, para el supuesto concreto que regula y por las especiales conexiones que guarda con el ordenamiento jurídico nacional, la solución contenida en la norma de conflicto. No se trata, pues, de una norma imperativa que esté concebida ni para proteger la política económica y el mercado nacional –“normas ordopolíticas o de dirección”- ni para garantizar el equilibrio contractual de la relación afectada –“normas de protección”-. En consecuencia, si se defiende la pervivencia del art. 1.4 del ET por efecto de la aplicación del art. 7 del CR o del art. 9 del RRI, se altera la solución correctora de estos preceptos y, por tanto, sus mandatos quedan incumplidos.

Particularmente, hay que traer a colación aquí la especial cautela que se recoge en el art. 15 del CR en relación con la posibilidad de reenvío. En este sentido, se advierte que, cuando por efecto de la observancia de este Convenio se prescriba la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal la normativa en vigor en ese

⁴⁸⁹ Ref. Ar. AS 2004\2347, F.D. tercero.

⁴⁹⁰ Añade esta sentencia –*cit. supra*- que se trata de una “limitación derivada de las previsiones contenidas en el Convenio de Roma (...), cuyo art. 2 determinó su alcance universal o «erga omnes» (...), desplazando la normativa interna de derecho internacional privado”.

⁴⁹¹ Para un análisis detenido del significado y alcance del concepto de leyes de policía en el ámbito del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”, véase *infra* punto 4.2.

país, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado⁴⁹². Ahora bien, el art. 20 del RRI no es tan categórico al establecer la exclusión del reenvío, pues admite que el propio Reglamento habilite la aplicación de todas las normas jurídicas materiales en vigor en un país, incluidas las normas de Derecho Internacional Privado. Esta disposición podría ser utilizada en última instancia para justificar la vigencia íntegra del art. 1.4 del ET y, en su caso, también del art. 10.6 del CC, una vez el Reglamento “Roma I” sea efectivamente aplicable, si bien esta afirmación es cuestionable desde el momento en que el art. 20 *in fine* del RRI establece que este tipo de previsiones deben estar dispuestas en dicho Reglamento⁴⁹³.

Podría, finalmente, proponerse la aplicación íntegra del art. 1.4 del ET en la actualidad desde una nueva perspectiva, relacionada en esta ocasión con la interpretación de su supuesto de hecho. Sucede que el art. 1.4 del ET delimita claramente los elementos subjetivos y locativos de la relación de trabajo – trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero- pero no hace referencia alguna ni a su duración ni a la preexistencia de vínculo contractual. Conviene estudiar, por tanto, si la relación jurídico-laboral que regula este precepto es efectivamente un supuesto de movilidad geográfica internacional de trabajadores o si se refiere a una situación distinta de movilidad transnacional.

La identificación del supuesto de hecho del art. 1.4 del ET no es, en efecto, una cuestión pacífica. Por un lado, cabe defender que la aplicación de esta norma

⁴⁹² Por ejemplo, no es admisible que, en virtud de la designación del ordenamiento jurídico español como Derecho aplicable, se acuda a la regulación contenida en el art. 1.4 del ET sobre trabajo de los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.

⁴⁹³ En efecto, el art. 20 del RRI dispone que “cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”.

sólo procede cuando el trabajador español, contratado en España por una empresa española, presta temporalmente servicios en el extranjero, de modo que su contrato de trabajo sufre, transitoriamente y al menos, una modificación locativa. De este modo, el trabajador experimenta una movilidad geográfica más o menos temporal – en función de que se trate de un desplazamiento o de un traslado, en el sentido del art. 40 del ET-. En consecuencia, de acuerdo con esta opción, el art. 1.4 del ET no sería de aplicación si el trabajador español contratado en España por una empresa española realiza su actividad de manera permanente y duradera en el extranjero, incluso sin haber prestado servicios previamente en suelo nacional para esa misma empresa⁴⁹⁴. Por otro lado, es posible entender que el art. 1.4 del ET es de aplicación a cualesquiera supuestos de movilidad transnacional⁴⁹⁵, inclusive aquéllos que se desarrollan de forma estable, duradera o definitiva y sin que medie relación jurídico-laboral previa⁴⁹⁶.

Resuelta la problemática que suscita la aplicación del art. 1.4 del ET en el contexto de las normas sobre determinación del Derecho aplicable en situaciones de

⁴⁹⁴ DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D. “Art. 1. Ámbito de aplicación”, *op. cit.*, pág. 49, interpretan que el art. 1.4 del ET hace referencia a “la situación en la que la prestación no se realiza desde su inicio, y de manera estable, fuera de España”. GALIANA MORENO, J. M. “Notas para el estudio del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, pág. 2175, entiende que “es precisamente este origen de la relación contractual en nuestro país, unido a la temporalidad, intermitencia o ocasionalidad del desplazamiento de la relación al exterior, lo que desde mi punto de vista debe tomarse en consideración”.

⁴⁹⁵ Plantean esta posibilidad AA.VV. (Dir. DÍAZ-GÁLVEZ, J., ÁLVAREZ NOVOA, M. y PÉREZ FONTES, C.) *El desplazamiento de trabajadores al extranjero. Su régimen jurídico, laboral y fiscal*, *op. cit.*, pág. 40: “Cualquiera que sea la consideración jurídica que merece el hecho de que una empresa envíe a uno de sus trabajadores al extranjero”; y GALIANA MORENO, J. M. “Notas para el estudio del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, pág. 2173: “si basta para que entre en juego la norma enunciada en el artículo 1.4 ET con que el contrato de trabajo de referencia se haya concertado en España y se ejecute en el extranjero (temporal o permanentemente)”.

⁴⁹⁶ A esta posibilidad se ha hecho referencia con ocasión del análisis de los supuestos excluidos del ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores –en concreto, trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero- (véase *supra* Parte II, punto 5.3.1).

movilidad geográfica internacional de trabajadores, resta por estudiar la vigencia de este precepto al margen de dichas situaciones, es decir, en otros supuestos de movilidad transnacional. A este respecto, si se considera que el art. 1.4 del ET determina la aplicación de la legislación laboral española cuando el trabajador presta servicios en el extranjero para una empresa española que, sin embargo, lo contrata en España –con el fin de trabajar fuera de nuestras fronteras-, lo que se hace es dar más relevancia al lugar de conclusión del contrato y a la nacionalidad de las partes que al hecho de que la relación laboral se ejecute en el extranjero. En virtud de esta interpretación, se estaría admitiendo que nuestro legislador estatutario tiene la facultad de atraer al ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico-laboral español cualquier situación de prestación de servicios en el extranjero por el hecho de darse en ella otros elementos subjetivos y locativos que la vinculan con nuestro país.

Por nuestra parte, consideramos que la formulación que presentan las distintas técnicas de solución al conflicto de Derecho aplicable no admiten la interpretación extensiva del art. 1.4 del ET. El hecho de que este precepto tenga la naturaleza de norma de extensión no puede, a nuestro entender, servir de excusa para desplazar la aplicación de las disposiciones de origen internacional en la materia, privilegiando aquellas conexiones circunstanciales –nacionalidad de las partes y lugar de suscripción del contrato- que tiene la relación jurídico-laboral con nuestro país. Ahora bien, ello no impide que el Derecho del país de origen –en nuestro caso, el español- resulte de aplicación a la situación de conflicto móvil, pero sólo en sus disposiciones materiales y no en aquéllas que tienen naturaleza de normas privadas internacionales.

4. El Derecho aplicable a las relaciones de trabajo internacionales en el Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”

Mientras que en Derecho interno las reglas sobre determinación del Derecho aplicable a las relaciones de trabajo internacionales se disponen en preceptos concretos –léanse, en nuestro caso, los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET-, tanto en el Convenio de Roma como en el Reglamento “Roma I” se establece un complejo

sistema de normas que aconseja parcelar su estudio. Se analizan, primeramente, las reglas correspondientes a la libertad de elección y a la ley objetivamente aplicable – arts. 6 del CR y 8 del RRI- para, a continuación, examinar el sistema corrector al que dichas reglas quedan sometidas –arts. 7 del CR y 9 del RRI-.

4.1. Libertad de elección y ley objetivamente aplicable: la fuerza centrípeta del Derecho del país de origen

El art. 6 del CR y el art. 8 del RRI establecen un conjunto de soluciones alternativas adaptadas a las distintas características que pueden presentarse en supuestos de relaciones de trabajo que plantean conflictos de determinación del Derecho aplicable. Si bien la articulación de dichas soluciones es similar en ambos textos normativos, el Reglamento “Roma I” incorpora modificaciones formales y, sobre todo, materiales que vienen a clarificar la redacción del art. 6 del CR, procurando evitar las dificultades interpretativas que han acompañado a este último precepto⁴⁹⁷ y ofreciendo una solución más previsible y, por ende, adecuada a la idiosincrasia de dichas experiencias de trabajo en el extranjero.

En detalle, ambos preceptos disponen, como solución prioritaria, la aplicación al contrato de trabajo de la ley elegida por las partes. Ahora bien, la validez del pacto en el que se expresa la autonomía conflictual⁴⁹⁸ se encuentra

⁴⁹⁷ Téngase en cuenta, como indica GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *op. cit.*, pág. 2, que la articulación de ambos textos se rige por el “principio o postulado de continuidad de los conceptos”, que se enuncia como sigue: “cuando un mismo término es empleado en os o más textos, ese término debe recibir el mismo significado en todos ellos”. En consecuencia, “quien pretenda dar a un término una definición distinta de la desarrollada por otros instrumentos comunitarios soporta la carga de argumentar que hay razones que justifican esta separación”.

⁴⁹⁸ Sobre el significado del principio de autonomía de la voluntad en este ámbito, y sus diferencias en relación con la autonomía material, véase AA.VV. (Coord. ESPLUGUES MOTA, C.) *Contratación internacional, op. cit.*, págs. 57 y ss.

condicionada. En virtud del art. 3 del CR y del RRI, la elección tiene que ser expresa –*pacto de lege utenda*– o resultar de los términos del contrato o de las circunstancias del caso⁴⁹⁹. Nótese a este respecto que en el Convenio de Roma basta con que la elección tácita se desprenda “de manera cierta” de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, mientras que en el Reglamento “Roma I” es preciso que resulte “de manera inequívoca”. El hecho de que exista entre las partes un acuerdo de *derogatio fori* es indicativo de esta voluntad⁵⁰⁰.

Adviértase, en relación con ello, que existen referencias en nuestra negociación colectiva que determinan la inclusión en el contrato, o en documento anexo, de una cláusula expresa en la que el trabajador se compromete a someterse a la legislación y también a la jurisdicción españolas⁵⁰¹. Por efecto de este condicionamiento, la negociación colectiva introduce una solución propia para resolver los problemas de determinación, además de la competencia judicial internacional, del Derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que se desarrolla temporalmente en el extranjero. Se trata, entendemos, de una solución válida siempre y cuando respete los límites establecidos por las normas privadas internacionales si *electio fori* y *electio iuris*.

⁴⁹⁹ Añade el art. 3 del CR que se admite que las partes designen la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato –lo que en el ámbito de las normas de Derecho Internacional Privado se conoce como fraccionamiento o *dépeçage*–. Además, se permite que en cualquier momento las partes convengan la aplicación al contrato de una ley distinta a la que lo regía con anterioridad, sin que ello obste la validez formal del contrato ni afecte a derechos de terceros, y siempre que no suponga la derogación de las disposiciones imperativas de la legislación del Estado con el que la relación jurídica presente vínculos estrechos.

⁵⁰⁰ Expresamente, el considerando 12 del RRI establece que “un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato”.

⁵⁰¹ Véase, entre otros, el art. 54 de la Resolución de 24 de julio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo de Agencia EFE, S.A. (BOE de 24 de octubre de 2006, núm. 254) (en adelante, CoCo Agencia EFE).

En el supuesto de que no medie pacto de elección del Derecho aplicable, los arts. 6 del CC y 8 del RRI determinan la sumisión a la conocida como “ley objetivamente aplicable” que es, primeramente, la ley del Estado en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo. En este punto en especial, las modificaciones introducidas por el Reglamento “Roma I” son fundamentales respecto de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Literalmente, el art. 6.2.a) del CR dispone que, a falta de elección, “el contrato de trabajo se regirá por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo”, mientras que el art. 8.2 del RRI establece que “el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual, el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”. La aplicación de esta regla, sobre todo con la nueva redacción que incorpora el Reglamento “Roma I”, atrae la aplicación del Derecho del país de origen en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero.

A este respecto, y dada la complejidad que presenta la determinación del lugar de prestación habitual de servicios en tales supuestos, el art. 8.2 *in fine* del RRI es redactado con especial cautela, dejando claro que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. El art. 6.2.a) *in fine* del CR, por su parte, se limita a establecer que, a falta de elección, el contrato de trabajo se regirá 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”.

Sea como fuere, la interpretación del término “temporal” plantea dudas acerca de la caracterización técnico-jurídica de las situaciones a las que se hace

referencia en estos preceptos⁵⁰²; una cuestión respecto de la cual cabe plantear dos soluciones.

Por una parte, podría defenderse la determinación del carácter temporal del episodio de movilidad geográfica internacional de trabajadores a la luz de la intención de las partes, es decir, a través de un análisis apriorístico. De este modo, sería temporal un desplazamiento previsto por un período delimitado de tiempo o para una misión determinada. Por otra parte, cabría plantear la interpretación opuesta, *a posteriori*, dejando en manos del juez competente tal apreciación en función de la duración efectiva del desplazamiento una vez realizado éste.

Ambas soluciones, sin embargo, presentan, al tiempo, ventajas e inconvenientes. Si se opta por la primera de ellas –que es por la que se inclina la AGRUPACIÓN EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO⁵⁰³ - y se determinan normativamente los criterios de temporalidad que hacen que nos encontremos ante un supuesto de desplazamiento, tal fijación de un plazo preciso tiene la virtud de la previsión y de la seguridad jurídica pero, al mismo tiempo, puede adolecer de ser arbitrario y excesivamente rígido. Si, por el contrario, se apuesta por la segunda postura –que es abanderada por el COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO⁵⁰⁴ -, nos encontramos ante el caso opuesto, *ergo*, soluciones

⁵⁰² La determinación del alcance y significado del término “desplazamiento temporal” en ambos instrumentos normativos es una cuestión fundamental que plantea la Comisión en el Libro Verde (cuestiones 13 y 14).

⁵⁰³ Las principales observaciones y críticas a la –aún vigente- regulación de los conflictos de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en el Convenio de Roma desde esta instancia se recogen en el propio texto del Libro Verde. Para consultar la versión íntegra de sus trabajos, véase <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>.

⁵⁰⁴ Véase el punto 4.8.2.3 –dentro del 4.8 sobre “los contratos de trabajo”- del Dictamen del Consejo Económico y Social, de 29 de enero de 2004, sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (DOUE de 30 abril 2004, núm. C 108): “En cuanto a la noción de desplazamiento, a pesar de los intentos de definirlo, habida cuenta del gran número de posibilidades

poco predecibles y susceptibles de variar de un Estado miembro a otro aunque adaptables a los hechos del supuesto, al caso concreto.

En nuestra opinión, el hecho de que nos situemos ante un sistema jurídico que establece normas de Derecho Internacional Privado pero que, a la vez, tiene evidentes repercusiones en el ámbito del régimen jurídico-laboral, aconseja que nos postulemos a favor de la primera solución, es decir, que de una vez por todas se defina de manera uniforme el concepto de “desplazamiento internacional”⁵⁰⁵. Los argumentos que sostienen esta opinión están en los principios generales que inspiran ambas ramas del ordenamiento jurídico. Por un lado, apelamos a la uniformidad que ha de regir la regulación de las distintas instituciones en juego para evitar que se siga reproduciendo una controversia como la presente. Por otro, invocamos la seguridad jurídica como punto de partida a la par que producto necesario de cualquier sistema normativo. Además, llamamos al principio tuitivo que inspira la legislación laboral y que se instituye en garantía de igualdad de las partes en la relación de prestación de servicios.

En definitiva, entendemos que a través de la elaboración de un concepto uniforme de desplazamiento internacional se puede conseguir que el marco legal sea fiable, estable y predecible, y que se conduzca según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad”. De esta manera, los sujetos implicados en un proceso de movilidad geográfica internacional se encontrarán en disposición de conocer el régimen jurídico aplicable antes, durante y después de dicha situación, lo cual no sólo favorecerá el desenvolvimiento de los mismos, sino que coadyuvará de

y de circunstancias de la vida empresarial, quizá sea más prudente mantener la opción de no definir rígidamente este concepto (ni a priori ni a posteriori), dejando al juez apreciar en cada caso concreto la existencia de un desplazamiento temporal”.

⁵⁰⁵ O, mejor, de movilidad geográfica internacional de trabajadores, pues –insistimos- es preciso un cambio en la denominación de la institución que facilite su distinción con otras figuras, cual es el caso del desplazamiento del art. 40 del ET.

forma destacada a evitar el planteamiento de conflictos y litigios y, en última instancia, facilitará la labor jurisprudencial y doctrinal de estudio y análisis de esta institución.

El Reglamento “Roma I” parece dejar zanjado este debate cuando, en su considerando 36, aclara que “por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”⁵⁰⁶. Consideramos, sin embargo, que en este punto el Reglamento habilita un juego de suposiciones que puede volver a plantear dudas acerca de la interpretación del concepto de temporalidad⁵⁰⁷, lo cual puede repercutir en la determinación del Derecho aplicable en situaciones de conflicto móvil.

En cuanto al resto de soluciones al conflicto de Derecho aplicable dispuestas por el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I” entendemos que su aplicación es francamente residual. Sea como fuere, en el caso de que no sea posible determinar el lugar de trabajo habitual, se establece que la ley aplicable en defecto de elección es la ley del país de establecimiento del empleador contratante –*lex loci delegationis*-. En este punto, las diferencias entre el art. 6.2.b) del CR y el art. 8.3 del RRI son meramente formales. Mientras que el primero hace referencia a “la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador”, el segundo precepto apostilla que será “la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”.

⁵⁰⁶ Nótese que el concepto de “desplazamiento temporal”, que se construye a partir de la noción de “lugar de trabajo habitual”, se define a partir de las resoluciones del TJCE en materia de determinación de la competencia judicial internacional (véase *supra* Capítulo Primero, punto 3.1).

⁵⁰⁷ Para GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, pág. 67, el considerando 36 “pone así el acento en la no inclusión del trabajador en el mercado de

Por último, y siempre que el contrato presente vínculos más estrechos con otro Estado, es de aplicación la ley del mismo. Nótese que en el Convenio de Roma establece esta “cláusula de escape”⁵⁰⁸ en el art. 6.2.b) *in fine*, es decir, cuando se determina la ley aplicable en las situaciones en las que el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país. El Reglamento “Roma I” no deja lugar a dudas cuando, en su art. 8.4, dispone que “si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”. Así pues, la ley aplicable a falta de elección no será la ley del país de realización habitual del trabajo, ni la ley del país del establecimiento de contratación, sino la de un tercer país con el que el contrato presente vínculos más estrechos.

En supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero, entendemos, en suma, que sus elementos definatorios conducen a determinar como Derecho aplicable, en virtud de los arts. 6 del CR y 8 del RRI, el del país de origen. El Derecho aplicable es el del país de origen por tratarse del lugar de trabajo habitual. También lo es por estar ubicado allí el establecimiento del empleador contratante, si es que no es posible determinar el lugar de trabajo habitual. Sólo cabría, por tanto, desplazar la aplicación del Derecho del país de origen en el caso de que el contrato presentara vínculos más estrechos con otro Estado, lo cual no parece probable.

En todo caso, la excepción al principio del país de origen se encontraría únicamente en la existencia de un pacto de elección de ley aplicable de acuerdo con

trabajo del país de acogida por la necesaria reanudación del mismo en el país de origen”, a lo que añade que “la redacción deja abundantes lagunas que como es habitual deberá resolver el TJCE”.

⁵⁰⁸ Es la expresión que utilizan, entre otros, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *op. cit.*, pág. 9; y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval”, *op. cit.*, pág. 66.

las condiciones establecidas en el art. 3 del CR y del RRI. Ahora bien, en el caso de que las partes ejercieran su autonomía conflictual, la ley de origen no desaparecería de la esfera jurídica de la relación de trabajo, pues tanto el art. 6 del CR como el art. 8 del RRI disponen que la elección del Derecho aplicable no puede tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable en defecto de elección. No ha lugar a dudas, por tanto, de que la fuerza centrípeta del Derecho del país de origen es notoria.

La determinación del Derecho aplicable a las relaciones de trabajo con elementos de extranjería, sin embargo, no se circunscribe a lo dispuesto por los arts. 6 del CR y 8 del RRI. La aplicación de estos preceptos es, por tanto, una operación necesaria, pero no suficiente, pues es preciso llevar a cabo una segunda operación de delimitación a partir de la aplicación de las –así llamadas por los arts. 7 del CR y 9 del RRI- “leyes de policía”.

4.2. La corrección del Derecho aplicable a través de la incorporación de disposiciones de otros ordenamientos jurídicos nacionales

4.2.1. El sistema corrector del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I”

Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento “Roma I” establecen reglas adicionales para la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Se trata de mecanismos de corrección que suponen la introducción de disposiciones ajenas a dicho Derecho aplicable que modulan o condicionan su aplicación integral. En la búsqueda del ordenamiento jurídico que debe regir estas situaciones de conflicto móvil, no basta con la selección de un sistema normativo nacional de acuerdo con las reglas que se disponen en los arts. 6 del CR y 8 del RRI, sino que es preciso tomar en consideración otros ordenamientos jurídicos internos con los que el caso concreto presenta vínculos estrechos, jurídicamente relevantes. Ahora bien, antes de proceder al análisis de este sistema

corrector a la solución conflictual⁵⁰⁹, es preciso identificar los distintos niveles en los que opera.

Por una parte –como se ha comentado– el art. 6.1 del CR y el art. 8.1 del RRI establecen correcciones al Derecho aplicable cuando existe *electio iuris*, lo cual supone añadir controles sustantivos al juego de la autonomía de la voluntad⁵¹⁰. En concreto, el art. 6.1 del CR exige que la ley elegida por las partes quede modulada por las disposiciones imperativas de la ley que habría de aplicarse en defecto de tal elección⁵¹¹, mientras que el art. 8.1 del RRI abandona el uso de la expresión “disposiciones imperativas” y se refiere a las disposiciones de la ley objetivamente aplicable “que no pueden excluirse mediante acuerdo”⁵¹². Ello supone, en los casos de trabajo temporal en el extranjero, evitar que la ley elegida por las partes desplace la aplicación del Derecho del país de origen.

⁵⁰⁹ Es la denominación que utiliza FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, op. cit., pág. 171.

⁵¹⁰ Recuérdese que, en general, la autonomía conflictual está sometida a los requisitos que se establecen –y que han sido comentado *supra*– en el art. 3 del CR y del RRI. Ahora bien, en el ámbito de los contratos de trabajo, entran en juego normas correctivas del Derecho elegido adicionales. Asimismo ocurre, aunque en términos distintos, respecto de los contratos de consumo (art. 5.2 del CR y art. 6.2 del RRI). Nótese que el Reglamento “Roma I” hace lo propio, además, en la regulación del Derecho aplicable a los contratos de transporte (art. 5.2) y de seguro (art. 7.3).

⁵¹¹ En detalle, el art. 6.1 del CR dispone que “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 el 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”.

⁵¹² De acuerdo con el art. 8.1 del RRI, “el contrato de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no puedan 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”.

Por otra parte, bajo la rúbrica “leyes de policía”, el art. 7 del CR y el art. 9 del RRI condicionan la aplicación del Derecho determinado –de acuerdo con lo dispuesto, respectivamente, en el art. 6 y en el art. 8- a la observancia de determinadas disposiciones ajenas al mismo. En el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, en esta ocasión, la observancia de estos preceptos implica la corrección, a través de la incorporación de dichas disposiciones, del Derecho del país de origen en tanto ley objetivamente aplicable, circunstancialmente acompañada de la ley elegida por las partes. Ahora bien, su configuración tiene distinto alcance en uno y otro precepto, lo cual pone de relieve la sustancial reforma que el Reglamento “Roma I” introduce en este punto.

El art. 7 del CR establece dos supuestos en los que el Derecho aplicable debe ser corregido o modulado por leyes de policía extrañas al mismo. El primero hace referencia a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, mientras que el segundo llama a las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación⁵¹³.

También en el Reglamento “Roma I” se disponen dos casos de aplicación de leyes de policía, pero su articulación no coincide exactamente con la del Convenio de Roma. En concreto, el art. 9 del RRI da continuidad al art. 7 del CR cuando prevé la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. Sin embargo, se distancia de su antecesor en el segundo caso, pues se refiere a las leyes de policía, exclusivamente, del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que

⁵¹³ Literalmente, el art. 7 del CR dispone: “1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”.

ejecutarse o han sido ejecutadas, y no de un país con el que la situación presente un vínculo estrecho⁵¹⁴.

En síntesis, el examen del sistema de normas correctivas del Derecho aplicable que se establece en el Convenio de Roma y en el Reglamento “Roma I” pone de manifiesto la existencia de distintos ámbitos de intervención de las mismas. En efecto, en los arts. 6.1 del CR y 8.1 del RRI es únicamente la ley elegida por las partes la que va a quedar afectada por “las disposiciones imperativas” o “las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo”, respectivamente, de la ley objetivamente aplicable. No ha lugar, por tanto, a extender la obligación de observar dichas disposiciones en el resto de soluciones al conflicto de Derecho aplicable establecidas por los arts. 6 del CR y 8 del RRI –la ley del lugar habitual de prestación de servicios, la ley del establecimiento contratante y la ley de los vínculos más estrechos-. Ahora bien, la aplicación de “leyes de policía” *ex* art. 7 del CR y art. 9 del RRI es ineludible cualquiera que sea el Derecho aplicable, inclusive si deriva de una elección de las partes. Ello pone de manifiesto que el pacto de *electio iuris* se encuentra triplemente expuesto al sistema corrector establecido por el Convenio de Roma y por el Reglamento “Roma I”, mientras la ley objetivamente aplicable sólo puede verse afectada por las dos limitaciones que se disponen en los arts. 7 del CR y 9 del RRI.

⁵¹⁴ En detalle, el art. 9 del RRI queda redactado como sigue: “1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. 2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

La cuestión es que la presencia de vínculos jurídicamente relevantes entre la relación de trabajo temporal en el extranjero y varios sistemas normativos nacionales exige delimitar los espacios de intervención que corresponden a cada uno de estos sistemas normativos. De acuerdo con el sistema conflictual dispuesto por el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I”, el Derecho aplicable –ya por ser la ley elegida por las partes, ya la ley objetivamente aplicable- confluye con otros ordenamientos jurídicos como consecuencia de la aplicación de determinadas disposiciones que pueden ser reconducidas a las expresiones “normas imperativas” o “normas de orden público”⁵¹⁵.

Responder a la pregunta de qué se entiende por disposiciones imperativas en este contexto es, por tanto, la clave para delimitar perfectamente el Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Se trata ésta de una cuestión que representa “un problema jurídico endémico derivado de la falta de concreción del orden público como límite a la aplicación de normas”⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Para una visión general sobre el alcance y significado del orden público en Derecho del Trabajo, véase GAUDU, F. “L’ordre public en Droit de Travail”, en AA.VV. (Dir. GOUBEAUX, G., GUYON, Y., JAMIN, C., LAGARDE, P., VINEY, G. y WALINE, J.) *Le contrat au début du XXIe siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, págs. 363-377.

⁵¹⁶ Así lo expresa ZAMORA CABOT, F. J. “A propósito del orden público en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 79, 1995, pág. 1123, que añade que “autores y aplicadores del Derecho han hallado un lugar común al denunciar su carácter inasible (el del orden público), como se hace patente en un momento tan clave como el de su definición, o los de fijación de contenido y efectos”.

4.2.2. La aplicación de las leyes de policía de la ley del foro como parámetro de legalidad del Derecho aplicable

Tanto el Convenio de Roma, en su art. 7.2, como el Reglamento “Roma I”, *ex art.* 9.2, condicionan la aplicación del Derecho que rijan la situación de conflicto móvil a la observancia de las leyes de policía de la ley del foro⁵¹⁷. Ello sirve, de entrada, para corroborar que la operación de determinación de la competencia judicial internacional es fundamental a la hora de articular el régimen jurídico de situaciones de tráfico externo, pues la *lex fori* debe ser observada a pesar de no ser el Derecho aplicable⁵¹⁸.

Es preciso destacar que la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro no está sujeta a condición alguna⁵¹⁹, lo cual parece entrar en contradicción con la técnica de los “vínculos más estrechos” que –ya hemos visto– sirve de base al sistema de solución del conflicto de Derecho aplicable en la normativa

⁵¹⁷ De forma paralela, el art. 12.3 del CC dispone que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. A este respecto, DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 278, recordando a MIAJA DE LA MUELA, afirma que el orden público al que hace referencia dicho precepto es aquél que “supone una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en virtud de la cual se descarta la aplicación de la ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del foro”.

⁵¹⁸ Para un análisis general de las relaciones entre las normas imperativas del foro y los contratos internacionales de trabajo, a partir de resoluciones judiciales de distinto origen nacional, véase GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, *op. cit.*, págs. 418 y ss.

⁵¹⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, pág. 126, sostiene que la intervención de la *lex fori* no depende de su proximidad con el asunto litigioso, “no resultando su juego de otra cosa que de su condición de normativa del foro juzgador”.

internacional⁵²⁰. Ahora bien, parece improbable que la competencia judicial internacional quede determinada en función de elementos que no se encuentren vinculados con el caso de conflicto móvil⁵²¹. De hecho, como pone de relieve GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “hay un sistema de retroalimentación hermenéutica entre estos textos (en referencia al Convenio de Roma y al Reglamento “Roma I”) y el Reglamento Bruselas I”⁵²² que evita dicha contradicción. Entendemos, por tanto, que en todo caso procede la aplicación de las leyes de policía de la *lex fori*, pues la sumisión del supuesto a una determinada jurisdicción queda igualmente determinada por la presencia de vínculos estrechos⁵²³.

La exégesis del concepto de “leyes de policía” coadyuva a llegar a tal conclusión. Debe hacerse notar, primeramente, que en este ámbito el Reglamento “Roma I” marca una diferencia notable con respecto al Convenio de Roma, pues establece una definición autónoma de las leyes de policía. En detalle, el art. 9.1 del RRI dispone que “una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese

⁵²⁰ Esta técnica se manifiesta claramente en la configuración de los arts. 6.2.b) del CR y 8.4 del RRI cuando, en ausencia de ley elegida por las partes, se dispone la aplicación de la ley del país con el que el contrato presente vínculos más estrechos. En general, véase *supra* punto 3.3.1.

⁵²¹ FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, *op. cit.*, pág. 183, entiende que la aplicación de la *lex fori* procede “siempre y cuando el supuesto presente una vinculación con el Estado del foro y que ésta quede suficientemente acreditada”.

⁵²² En GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *op. cit.*, pág. 2.

⁵²³ SERRANO GARCÍA, M. J. “La individualización del foro en los litigios que afectan a los contratos de trabajo internacionales”, *op. cit.*, págs. 177 y ss., analiza esta “potencial incidencia del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I” en el régimen conflictual del Convenio de Bruselas y del Reglamento “Bruselas I”.

la ley aplicable al contrato según este Reglamento”⁵²⁴. Por su parte, el art. 7.1 del CR, a pesar de estar bajo el título de “leyes de policía”, utiliza la expresión “normas que rijan imperativamente la situación”; una expresión que suele hacerse coincidir con la de “disposiciones imperativas”, que son definidas en el art. 3.3 del CR como aquéllas que la ley del país “no permita derogar por contrato”⁵²⁵.

Son dos las opciones que se plantean a este respecto. Por una parte, cabría entender que disposiciones imperativas y leyes de policía son conceptos idénticos o sinónimos, de manera que la definición de leyes de policía que se dispone en el art. 9.1 del RRI sería igualmente válida para identificar las disposiciones imperativas en el ámbito del art. 7 del CR. Por el contrario, podría considerarse que el concepto de disposiciones imperativas excede los límites de la definición de leyes de policía, en el entendido de que son cualesquiera disposiciones inderogables por contrato de acuerdo con la ley del país del foro.

A nuestro entender, la llamada al Derecho del país del foro como elemento corrector de la ley aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo debe entenderse hecha solamente a sus normas ordopolíticas o de dirección, es decir, a aquéllas disposiciones de orden público internacional, según VIRGÓS SORIANO, “dictadas en interés general de la comunidad, y que organizan o conducen su sistema económico o social (como pueden ser las normas sobre transacciones exteriores,

⁵²⁴ Esta definición se extrae de la STJCE (Pleno) de 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-374/96 “Arblade” (Ref. Ar. TJCE 1999\278), aptdo. 30.

⁵²⁵ Recuérdese que el art. 3.3 del CR está dedicado al establecimiento de las condiciones de validez de las cláusulas de elección de ley aplicable, de manera que “la elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo «disposiciones imperativas»”.

control de cambios, tutela de la competencia, etc.)”⁵²⁶. En consecuencia, el Derecho aplicable en estos casos debe quedar, en todo caso, sometido a las normas absolutamente imperativas, de Derecho necesario absoluto o *ius cogens*, del país del foro⁵²⁷. Consideramos, por tanto, que el *ius forum* sólo puede operar, en este contexto, como parámetro de legalidad del Derecho aplicable.

A este respecto, en la determinación del ámbito de aplicación de las disposiciones imperativas se encuentra la clave para resolver la controversia planteada. Siendo éstas disposiciones imperativas las de la ley del foro, creemos que sólo pueden tener dimensión externa, es decir, ser normas internacionalmente imperativas⁵²⁸. De lo contrario, es decir, si el concepto de disposiciones imperativas excediera los límites establecidos por lo dispuesto en el art. 9.2 del RRI respecto de las leyes de policía⁵²⁹, ello podría provocar el desplazamiento de la *lex contractus* determinada de acuerdo con las reglas del art. 6 del CR o del art. 8 del RRI a favor de la aplicación de las normas de la *lex fori*⁵³⁰, restando eficacia a las reglas de

⁵²⁶ En VIRGÓS SORIANO, M. “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y MUÑOZ MACHADO, S.) *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. III, Civitas, Madrid, 1986, pág. 813.

⁵²⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, pág. 133, pone como ejemplos el principio de igualdad, la democracia, la dignidad de la persona, o la protección de la infancia.

⁵²⁸ Para FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 463, deben ser “normas de imperatividad reforzada, de orden público internacional o imperativamente aplicables al tráfico externo”.

⁵²⁹ Sirvan como ejemplo los arts. 6.2 y 1255 del CC. Como es sabido, el art. 6.2 del CC condiciona la validez de la exclusión voluntaria de la ley aplicable y de la renuncia de derechos a que “no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”. El art. 1255 del CC, por su parte, dispone que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

⁵³⁰ El propio articulado del Convenio de Roma y del Reglamento “Roma I” confirman estas reflexiones. En detalle, el art. 16 del CR dispone que “no podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente

solución al conflicto del Derecho aplicable en el ámbito de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Consideramos, sin embargo, que no cabe extrapolar automáticamente este planteamiento al análisis de los arts. 7.1 del CR y 8.3 del RRI, toda vez la configuración de estos preceptos difiere sensiblemente de la de los arts. 7.2 del CR y 8.2 del RRI, a pesar de su ubicación sistemática bajo la rúbrica de “leyes de policía”.

4.2.3. La corrección del Derecho aplicable mediante disposiciones imperativas de ordenamientos jurídicos terceros: condiciones y cautelas

La incorporación de “leyes de policía” al Derecho aplicable, al margen de las de la ley del foro, tiene distinto alcance en el Convenio de Roma y en el Reglamento “Roma I”. El elemento diferencial entre ambas es que en el art. 7.1 del CR se apela a aquéllas del país “con el que la situación presente un vínculo estrecho”, mientras que en el art. 9.3 del RRI ese otro país no puede ser más que aquél en el que “las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas”⁵³¹.

incompatible con el orden público del foro”, y el art. 21 del RRI lo confirma al establecer que “sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁵³¹ El art. 7.1 del CR establece que “al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente en vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación”. Por su parte, el art. 9.3 del RRI dispone que “también podrán darse efecto a las leyes de policía en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación”.

Nótese, de entrada, que la nueva redacción dispuesta en el Reglamento “Roma I” proporciona un mayor grado de seguridad jurídica en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Mientras que el art. 7.1 del CR da entrada a la “técnica de los vínculos estrechos”, que puede suponer el establecimiento de distintas conexiones entre la situación y varios ordenamientos jurídicos nacionales, el art. 9.3 del RRI sólo admite la intervención de leyes de policía del lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato⁵³². Esta nueva formulación aporta la certeza y previsibilidad de las que carece el art. 7.1 del CR⁵³³, al mismo tiempo que evita que los Estados miembros replanteen las reservas que han hecho al Convenio de Roma en este punto⁵³⁴.

Sea como fuere, lo que debe plantearse en este punto es si en el ámbito del art. 7 del CR y del art. 9 del RRI se emplea efectivamente un concepto único de leyes de policía, de acuerdo con la definición de normas ordopolíticas o de dirección que se establece en el art. 9.1 del RRI. La distinta articulación que se confiere en ambos preceptos a la intervención del Derecho del foro y a la de otros

⁵³² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, pág. 129, entiende que el precepto (en referencia al art. 7.1 del CR) hace referencia al término «vínculo estrecho», que sin duda puede predicarse del lugar de ejecución del negocio”. Por su parte, VIRGÓS SORIANO, M. “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *op. cit.*, pág. 820, además del lugar de ejecución del contrato, incluye la residencia habitual del deudor, el lugar de situación del bien, o el país de residencia de la persona que tiene a su cargo la prestación característica.

⁵³³ En definitiva, como sostiene PRATS ALBENTOSA, L. “El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *op. cit.*, pág. 12, “el objetivo fundamental del Reglamento es incrementar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo haciendo previsibles para los ciudadanos las reglas para solucionar los conflictos de leyes, sin que ello impida que se reconozca al Juez un ámbito de decisión para que pueda determinar qué ley tiene «vínculos más estrechos» con el litigio”.

⁵³⁴ El art. 22.1. a) del CR dispone que “cualquier Estado contratante, en el momento de la firma, de la ratificación, de la aceptación o de la aprobación, podrá reservarse el derecho de no aplicar (...) el apartado 1 del artículo 7”. De esta posibilidad han hecho uso Alemania, Luxemburgo y Reino Unido.

ordenamientos jurídicos conectados con la relación de trabajo hace dudar de que se haga referencia al mismo concepto de leyes de policía. En este sentido, se hace preciso indagar sobre las condiciones que deben reunir dichas disposiciones para alcanzar a corregir el Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

En el ámbito de los arts. 7.1 del CR y 9.3 del RRI, la aplicación de las leyes de policía no es automática. En efecto, para que se incorporen al Derecho aplicable disposiciones de la ley de otro país es preciso valorar su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación. Dicho de otro modo, el Derecho aplicable a situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores sólo puede verse condicionado por las disposiciones de otro ordenamiento jurídico tras un análisis previo en dichos términos. No en vano, de acuerdo con el Tribunal de Justicia europeo, en el asunto “Webb”, la legislación nacional, concretamente del país de acogida, “no puede ser aplicada íntegramente de la misma manera a actividades, de carácter temporal, ejercidas por empresas establecidas en otros Estados miembros”⁵³⁵.

A ello hay que añadir que ni el art. 7.1 del CR ni el art. 9.3 del RRI están formulados en términos categóricos o absolutos. La aplicación efectiva del Derecho de un tercer país se formula como una posibilidad y no, como en la ley del foro⁵³⁶,

⁵³⁵ STJCE de 17 de diciembre de 1981, asunto 279/80 “Webb” (Recop. Jurisp. 1981, pág. 3305), aptdo. 16.

⁵³⁶ A este respecto, observa FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, op. cit., pág. 179, que “las normas (...) de orden público internacional pertenecientes al foro van a ser respetadas por el juzgador con independencia del resultado al que nos conduzcan”, y añade que “el alcance más limitado de intervención de las normas imperativas de terceros Estados responde a la circunstancia de que éstas se encuentran sometidas a condicionantes de efectividad mayores que los dispuestos para la aplicación de las normas del foro.

como una obligación⁵³⁷. El hecho de que exprese que “podrá darse efecto” a dichas disposiciones confirma la importancia de identificar en qué circunstancias y bajo qué condiciones determinadas disposiciones del Derecho aplicable a las situaciones de movilidad geográfica internacional han de quedar desplazadas por la aplicación de las de la ley de otro país⁵³⁸.

En principio, se entiende que los conceptos de “disposiciones imperativas” o “leyes de policía” en este contexto hacen referencia a las normas de orden público interno⁵³⁹, distintas a las normas de orden público internacional que operan en el ámbito de la ley del foro⁵⁴⁰. Se trataría, por tanto, de contrastar el Derecho aplicable con las normas de protección de los intereses generales del Estado al que dichas normas pertenezcan⁵⁴¹.

⁵³⁷ A este respecto, véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Beramar, Madrid, 1993, pág. 132.

⁵³⁸ En referencia al art. 7.1 del CR, FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, op. cit., pág. 186, observa que “la *ratio* que informa la introducción de una disposición de estas características (...) es el principio de cooperación internacional, de tal manera que funda su razón de ser en el respeto recíproco de los Estados a las normas imperativas de otros ordenamientos, que no son sino reflejo de una política intervencionista de cada Estado”.

⁵³⁹ Véase GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, op. cit., págs. 554 y ss.

⁵⁴⁰ En referencia al Convenio de Roma, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, op. cit., pág. 126, afirma que “el primer apartado del artículo 7 del CR alude a las normas de orden público interno, mientras que el apartado segundo (normas imperativas del foro) está pensando más bien en las normas de orden público internacional”.

⁵⁴¹ Véase FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, op. cit., pág. 187.

En el ámbito de las relaciones de trabajo con elementos de extranjería, consideramos que la protección de los trabajadores debe ser considerada como contenido nuclear de dichos intereses generales⁵⁴². En consecuencia, entendemos que el juicio de aplicabilidad de disposiciones de otro país debe estar presidido por un planteamiento eminentemente tuitivo de los intereses del trabajador afectado por la situación de movilidad geográfica internacional⁵⁴³. Más allá de la aplicación de las normas ordopolíticas o de dirección –esto es, aquéllas que persiguen proteger el interés de la comunidad y que organizan o conducen sus sistema económico o social- debe entenderse que también tienen cabida las normas de protección –las que garantizan el equilibrio contractual de la relación afectada-. El concepto de leyes de policía, así, experimenta una notable ampliación hasta hacerlo coincidir con el de normas inderogables por contrato, simplemente imperativas⁵⁴⁴. Nótese que ésta es precisamente la extensión que se da a la aplicación de las disposiciones imperativas

⁵⁴² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero, op. cit.*, pág. 126, entiende que “las normas de las normas de orden público interno se refieren a reglas, en el sentido de prohibiciones o requisitos, que deben observarse para preservar los intereses o derechos de mayor relevancia en ese contexto –en este caso el laboral- y en ese territorio –el del Estado que presenta un vínculo estrecho con el asunto-”.

⁵⁴³ GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero, op. cit.*, pág. 447, sin embargo, opina que “afirmar la necesidad de tal comparación entre la protección ofrecida por la ley elegida y la que garantiza la ley del lugar de ejecución no es tomar partido en favor de una doctrina que defienda el empleo en Derecho internacional privado del trabajo del principio del *favor operarii*, consagrado en el Derecho laboral de tantos ordenamientos”. En este sentido, véanse también FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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, op. cit.*, pág. 189; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero, op. cit.*, pág. 126.

⁵⁴⁴ Se trata, como observa DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, op. cit.*, pág. 279, de las llamadas “normas de orden público interno”, en el sentido de “normas que resultan absolutamente irrenunciables por las partes, y cuyo cumplimiento no puede sustraerse a la autonomía de la voluntad”.

de la ley objetivamente aplicable cuando existe *electio iuris*, en virtud de los arts. 6.1 del CR y 7.1 del RRI⁵⁴⁵.

Sólo a través de este planteamiento es posible garantizar la continuidad jurídica de la relación laboral y evitar, al tiempo, que la alteración locativa de la prestación de servicios conduzca a una modificación *in peius* del régimen jurídico de la prestación de servicios⁵⁴⁶. De lo contrario, es decir, si la aplicación de las disposiciones concurrentes se hiciera depender de la valoración de otros intereses en juego, como pudieran ser los intereses empresariales, existiría un riesgo cierto de minoración de las condiciones laborales del trabajador inmerso en la experiencia de movilidad geográfica internacional, con el consabido riesgo de quiebra de la continuidad jurídica de la relación de trabajo⁵⁴⁷.

En definitiva, entendemos que la solución última al conflicto de Derecho aplicable debe ser aquélla que proporcione al trabajador un nivel de protección óptimo que concilie lo dispuesto por los distintos ordenamientos jurídicos en

⁵⁴⁵ En referencia al art. 6.1. del CR, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 478, afirman que “el concepto de normas imperativas de protección del trabajador incluye las normas simplemente imperativas, no derogables por contrato, por lo que la elección de una ley distinta sólo puede conducir a un régimen legal más favorable para el trabajador y nunca menos”. Véanse, asimismo, FOTINOPOULOU BASURKO, O. *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*, *op. cit.*, pág. 104; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, pág. 118.

⁵⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?”, *op. cit.*, pág. 87 y ss., sostiene que el concepto de orden público laboral interno “no puede ser tan extenso que suponga en la práctica desplazar la ley de origen aplicable al contrato o relación de trabajo. Se trata de evitar distorsiones a la competencia pero, al mismo tiempo, de impedir regulaciones laborales que supongan restricciones injustificadas de las prestaciones de servicios de carácter transnacional”.

⁵⁴⁷ A propósito del significado de la continuidad jurídica en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, véase LYON-CAEN, A. “De la mobilité des salariés à l’intérieur de la Communauté européenne”, *Droit Social*, núm. 6, 1989, págs. 468 y ss.

concurso en el caso concreto. Ello supone relegar a un segundo plano, que no eliminar, la ponderación de los intereses empresariales que subyacen a la situación de movilidad geográfica internacional⁵⁴⁸. Consideramos, por tanto, que las dificultades de conciliación y articulación de las distintas disposiciones que son susceptibles de ser aplicadas pueden ser resueltas mediante los principios laborales de aplicación e interpretación de las normas *favor laboratoris*. La observancia de estos principios es, a nuestro parecer, la herramienta fundamental para articular el régimen jurídico de las situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero. Entendemos que sólo de esta forma es posible “la consolidación de un régimen de relaciones laborales que permita afirmar la igualdad sustancial mínima y la equidad frente a la diversificación de regulaciones”⁵⁴⁹.

La cuestión, en definitiva, es que la solución al conflicto de Derecho aplicable en supuestos de trabajo temporal en el extranjero no puede hacer abstracción de los principios que inspiran la ordenación de las relaciones de trabajo. El Derecho Internacional Privado debe incorporar a sus técnicas los principios de aplicación e interpretación de normas que rigen en Derecho del Trabajo por un motivo elemental de justicia material. Limitando la aplicación de los Derechos concurrentes en supuestos de movilidad geográfica internacional a las disposiciones imperativas mínimas, la normativa conflictual impide que se apliquen otras disposiciones más favorables para el trabajador afectado. A ello se ha de añadir el riesgo cierto de que dichas disposiciones imperativas mínimas lleguen incluso a

⁵⁴⁸ MERCADER UGUINA, J. R. “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pág. 43, sostiene que “el juego de la regla de favorabilidad muestra, en este caso, ciertos efectos perversos desde la perspectiva empresarial”.

⁵⁴⁹ RIVERO LAMAS, J. “Normas estatales y convenios colectivos”, *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, núm. 78, 1979, pág. 17.

desplazar el Derecho que regía la relación de trabajo con anterioridad, conculcando –insistimos– la continuidad jurídica de la relación de trabajo⁵⁵⁰.

Antes de proceder al desarrollo de estas cuestiones, sin embargo, conviene cerrar el estudio del sistema conflictual diseñado por el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I” con el análisis de la destacada intervención que tiene el Derecho comunitario, a través de la Directiva 96/71, en la implementación de las reglas sobre determinación del Derecho aplicable.

4.3. El desarrollo del sistema corrector del Convenio de Roma en la Directiva 96/71

La aplicación de la Directiva 96/71 en el contexto de las normas sobre determinación del Derecho aplicable en situaciones de desplazamiento temporal en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional no está exenta de dificultades. Concretamente, su coordinación con el –aún vigente– Convenio de Roma es una preocupación declarada en el citado Libro Verde sobre la transformación de dicho Convenio⁵⁵¹. Se advierte que la proliferación de las normas

⁵⁵⁰ Como observa RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?, *op. cit.*, pág. 85, “la irrelevancia del lugar de trabajo, aplicación del principio de continuidad jurídica, evita que una misma relación contractual se vea sometida, sucesiva y transitoriamente, a diversos órdenes jurídicos. Sin embargo, esa irrelevancia supone que los trabajadores desplazados temporalmente queden desigualmente tratados y menos protegidos frente a los trabajadores del lugar de acogida que gocen de condiciones de trabajo más favorables, pudiendo producir una «auténtica evicción de la Ley del Estado donde se presta temporalmente el trabajo»”.

⁵⁵¹ También es problemática la relación entre las normas de conflicto generales del Convenio de Roma y otras normas con incidencia en la ley aplicable que figuran en instrumentos sectoriales, como la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOUE de 23 de marzo de 1993, núm. L 74); la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y

con incidencia en la ley aplicable que figuran en instrumentos sectoriales pone en peligro la coherencia del cuerpo de normas de conflicto aplicables en la UE y, además, entraña una falta de legibilidad en cuanto al texto aplicable que afecta a todos los sujetos implicados en la relación jurídica de que se trate, tanto a los propios interesados –en nuestro caso, en el episodio de la movilidad geográfica internacional- como a los profesionales del Derecho que abordan el tema en cuestión.

A este respecto, es conveniente advertir que la Directiva 96/71 no regula la ley aplicable a los desplazamientos temporales de trabajadores en una relación de servicios de carácter transnacional. En efecto, su objeto es establecer las bases para garantizar unas condiciones de trabajo mínimas que impidan la desigualdad de trato en dicho ámbito, así como la libre competencia, evitando el *dumping* social entre las empresas que ejerzan sus actividades en el mercado interior⁵⁵². Así pues, la Directiva 96/71 no es una norma de conflicto, aunque tampoco una disposición de armonización de las condiciones de trabajo aplicables a los desplazamientos de trabajadores efectuados en el marco de una prestación transnacional de servicios⁵⁵³.

88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida) (DOUE de 11 de agosto de 1992, núm. L 228); o la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (DOUE de 19 de diciembre de 2002, núm. L 345).

⁵⁵² Para tener un panorama general de las relaciones entre la Directiva 96/71 y el Convenio de Roma, véase el estudio del CES de Andalucía “Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea”, págs. 101 y ss. (versión electrónica disponible en http://www.juntadeandalucia.es/empleo/ces/estudios/marco_laboral_relaciones_colectivas_en_ue.pdf).

⁵⁵³ Coincidimos con RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?, *op. cit.*, pág. 86, cuando expresa que la Directiva 96/71 “no trata, pues, de armonizar el Derecho aplicable a los desplazados, ni aún menos, de establecer el régimen jurídico aplicable al desplazamiento de trabajadores” pues “sólo se ocupa de las consecuencias que derivan de ese desplazamiento a otro país de la Unión”.

Efectivamente, la Directiva 96/71 o, más correctamente, las normas de transposición de la misma en cada Estado miembro, configuran un núcleo de disposiciones imperativas que deben ser en todo caso respetadas sea cual sea la ley aplicable a la relación jurídico-laboral. Se trata, entendemos, de una norma bajo la que late, en última instancia, el respeto al derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas consagrado por el art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁵⁴. El art. 3 de la Directiva 96/71 así lo confirma cuando declara que el objetivo principal de esta norma –y que es aquél que han de alcanzar los Estados miembros en sus transposiciones- consiste en velar por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas afectadas por dicha normativa garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a ciertas materias⁵⁵⁵.

Aún así, la Directiva 96/71 reproduce en su preámbulo las reglas maestras aplicables a la solución del conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales dispuestas en el Convenio de Roma. Entre ellas, insiste en el hecho de que, de acuerdo con el art. 6.1 del CR, la elección de las partes de la ley aplicable no puede tener como resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable a falta de elección⁵⁵⁶. Asimismo, recuerda que el art. 7 del CR posibilita la aplicación de las normas de

⁵⁵⁴ DOUE de 18 de diciembre de 2000, núm. C 364 (en adelante, CDFUE).

⁵⁵⁵ Asimismo, en su considerando 13, la Directiva 96/71 proclama “que las legislaciones de los Estados miembros deberán ser coordinadas a fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios; que dicha coordinación sólo podrá llevarse a cabo mediante el Derecho comunitario”.

⁵⁵⁶ Considerando 8.

policía de otra ley, en particular las del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador⁵⁵⁷.

Estas referencias al Convenio de Roma en la Directiva 96/71 ponen en cuestión la compatibilidad entre ambos textos normativos, suscitando dudas acerca del régimen jurídico aplicable a la solución del conflicto de leyes dispuesto por dicho Convenio a partir de la entrada en vigor de esta Directiva. Es fundamental a este respecto retomar el examen de las reflexiones que figuran en el Libro Verde, así como en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 25 de julio de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros⁵⁵⁸.

En primer lugar, el Libro Verde dedica uno de sus apartados al examen de la naturaleza jurídica de la Directiva 96/71 en relación con la del Convenio de Roma⁵⁵⁹, y es categórico al concluir en el mismo sentido que venimos comentando. En efecto, tras clasificar la Directiva 96/71 dentro del conjunto de “normas con incidencia en la ley aplicable en materia contractual que figuran en instrumentos sectoriales de Derecho derivado”, recuerda que el objetivo de dicha Directiva consiste en garantizar, en el caso de desplazamiento de un asalariado, la aplicación de algunas disposiciones imperativas del Estado miembro de desplazamiento. Es certera la reflexión que se hace en este Libro Verde cuando se observa que “una lectura demasiado rápida podría, pues, dar a entender que la Directiva no sigue la

⁵⁵⁷ Considerando 9.

⁵⁵⁸ COM (2003) 458 final (no publicada en el DOUE).

⁵⁵⁹ Véase “Cuestión 13: ¿Conviene precisar el sentido respectivo de las «disposiciones imperativas» que figuran en los artículos 3, 5, 6 y 9, por una parte, y en el artículo 7, por otra?”. Aprovechamos para llamar la atención sobre la forma de redacción del Libro Verde, pues se hace por medio de veinte preguntas –llamadas “cuestiones”– abiertas o no limitativas a cuya respuesta la Comisión invita a las partes interesadas.

misma lógica que el Convenio cuyo artículo 6 prevé, al contrario, que el estatuto del asalariado no debe modificarse por causa de un desplazamiento temporal”.

Un análisis más profundo revela, sin embargo, que los dos instrumentos cohabitan perfectamente. En efecto, en caso de movilidad geográfica internacional⁵⁶⁰, la Directiva no tiene por objeto de ninguna manera modificar la ley aplicable al contrato de trabajo, sino que fija un “núcleo duro” de normas imperativas que deben respetarse durante el período de desplazamiento en el Estado miembro de acogida –literalmente- “cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral”. La Directiva debe, pues, considerarse como una prolongación del art. 7 del CR, relativo a las leyes de policía, en tanto el objeto de este instrumento comunitario es establecer una competencia leal, garantizando al mismo tiempo el respeto del derecho de los trabajadores en el mercado de trabajo de la Unión⁵⁶¹.

La referida Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 96/71 en los Estados miembros, por su parte, afianza lo dicho hasta el momento. Al tratar el tema de su valor añadido y, concretamente, la cuestión de la aportación de esta Directiva habida cuenta el Derecho Internacional Privado, concluye que “la Directiva no aspira de ningún modo a modificar la ley aplicable al contrato de trabajo, sino que establece una serie de disposiciones imperativas que deben respetarse durante el período de desplazamiento en el Estado de acogida, «cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral»”⁵⁶².

⁵⁶⁰ Aunque el Libro Verde se inclina por mantener la expresión “desplazamiento” a la manera de la Directiva 96/71.

⁵⁶¹ De ello se hace eco el considerando 10: “Considerando que el artículo 7 de dicho Convenio dispone que en determinadas condiciones surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía de otra ley, en particular la del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador”.

⁵⁶² Punto 2.3.1.1 *in fine*.

En conclusión, la aprobación de la Directiva 96/71 y su transposición a los Derechos nacionales comunitarios representan un avance significativo en la tutela de los derechos de los trabajadores afectados por un episodio de movilidad geográfica internacional. Su aplicación coordinada con las soluciones al conflicto de Derecho aplicable que se disponen en el Convenio de Roma se convierte en una operación necesaria en este ámbito, pues supone la introducción de elementos correctivos en el régimen jurídico de los supuestos de desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional⁵⁶³. La Directiva 96/71 dota de contenido el concepto de “leyes de policía” que se recoge en el Convenio de Roma, delimitando así, y en toda su extensión, el Derecho aplicable a las situaciones de trabajo temporal en el extranjero, que se conecta de forma idónea con el supuesto de hecho⁵⁶⁴.

La aprobación del Reglamento “Roma I”, a nuestro parecer, supone un considerable avance en este contexto. Concretamente, dispone que “la norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71”, a lo que añade que “los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante

⁵⁶³ En consecuencia, como indica la STJCE (Sala Primera) de 19 de enero de 2006, asunto C-244/04 “Comisión/Alemania” (Ref. Ar. TJCE 2006\21), aptdo. 32, “la regulación del desplazamiento de trabajadores por cuenta ajena de un tercer Estado, con motivo de una prestación de servicios transfronterizos, no ha sido objetivo de armonización comunitaria hasta la fecha”. De acuerdo con la STJCE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, asunto C-431/05 “Laval” (Ref. Ar. TJCE 2007\390), aptdo. 60, toda vez la Directiva 96/71 no ha armonizado el contenido material de las disposiciones imperativas de protección mínima, “este contenido puede ser libremente definido por los Estados miembros, respetando el Tratado y los principios generales del Derecho comunitario”.

⁵⁶⁴ Afirma PALAO MORENO, G. “Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, vol. XLIX, 1997, pág. 377, que la Directiva “no tiene como objetivo sustituir al art. 6 Convenio de Roma, sino complementar el Convenio al concretar, para las situaciones de desplazamiento de trabajadores, el contenido de las «leyes de policía» a las que se refiere el art. 7 de la norma de 1980”.

acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio”⁵⁶⁵. Entendemos que estas previsiones ponen de manifiesto la significativa preocupación de las instituciones europeas por garantizar el respeto a unas condiciones de trabajo óptimas en situaciones de movilidad geográfica internacional en el ámbito comunitario. Ahora bien –como habrá ocasión de comprobar más adelante- los pronunciamientos del TJCE en la materia distan sustancialmente de coincidir con estos planteamientos⁵⁶⁶.

5. El *ius en el forum*: alegación y prueba del Derecho extranjero

En litigios planteados en el marco de situaciones privadas internacionales – ya se ha comentado- la determinación de la jurisdicción competente da paso a la identificación del Derecho aplicable⁵⁶⁷. Vistas las reglas que se establecen para resolver el conflicto normativo, conviene volver a hacer referencia a cuestiones procesales para reflexionar ahora acerca de las dificultades que presentan la alegación y prueba del Derecho extranjero. A tal efecto, de nuevo tomamos como el caso español como referente principal.

Como es conocido, el principio *iura novit curia* rige la actuación de nuestra jurisdicción. En virtud del mismo, los jueces y tribunales nacionales aplican el ordenamiento jurídico sin necesidad de actividad probatoria de las partes. Ello no obstante, la traslación de este principio al ámbito del Derecho extranjero se encuentra cuestionada, toda vez el art. 281.2 de la LEC exige que, junto a la costumbre, éste también sea objeto de prueba, en lo que respecta a su contenido y vigencia⁵⁶⁸. El análisis de las condiciones de aplicación del Derecho extranjero en el

⁵⁶⁵ Véanse, respectivamente, los considerandos 34 y 35 del RRI.

⁵⁶⁶ Véase *infra* Capítulo Tercero, punto 3.1.2.

⁵⁶⁷ véase *supra* Capítulo Primero, punto 1.

⁵⁶⁸ Nótese que este precepto, *ex disp. derog.* única 2.1 de la LEC, sustituye el párrafo segundo del art. 12.6 del CC, que otrora disponía que “la persona que invoque el derecho extranjero deberá

proceso nacional evidencia, sin embargo, que se trata de un “sistema de textura abierta”⁵⁶⁹ que mezcla la regulación legal y la jurisprudencial. Es por ello que para la identificación de sus puntos controvertidos y la clarificación de sus implicaciones y consecuencias jurídicas resulta indispensable examinar las resoluciones judiciales –principalmente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo- que han interpretado el significado y alcance de dicho precepto⁵⁷⁰.

En primera instancia, es preciso concretar los sujetos sobre los que recae la carga de la prueba. Indica la STC (Sala Segunda) 33/2002, de 11 de febrero⁵⁷¹, que es a la parte que funda su demanda en el Derecho extranjero, la que alega su aplicación, a la que corresponde probar su contenido y vigencia⁵⁷². Ahora bien, conviene advertir que el art. 281.2 de la LEC dispone, *in fine*, que el tribunal puede valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, lo que podría interpretarse como una concesión a la aplicación de oficio del Derecho extranjero⁵⁷³. El análisis de la problemática que plantea la aplicación del Derecho extranjero en el proceso nacional debe, en efecto, partir de la identificación de las

acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la legislación española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las diligencias oportunas”.

⁵⁶⁹ En GARCIMARTIN ALFÉREZ, F. J. “Nota a la STS 17 de diciembre de 1991, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, vol. XLIV, 1992.

⁵⁷⁰ Avanzamos que no es posible, sin embargo, afirmar que exista una doctrina general en la materia, como observa MASEDA RODRÍGUEZ, J. “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LECiv y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, núm. 1, vol. I, 2002, pág. 417.

⁵⁷¹ Ref. Ar. RCT 2002\33, F.J. 4.

⁵⁷² Sobre la carga de la prueba, véase el art. 217 de la LEC.

⁵⁷³ Así se plantea en ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M. “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, pág. 129, que entienden que es una opción “que con el tiempo se acabará imponiendo”, como ya ocurre en Alemania, Bélgica, Holanda o Italia.

condiciones de alegación del mismo. Se trata de concretar si es precisa la intervención expresa de las partes o si, por el contrario, en supuestos litigiosos relativos a situaciones privadas internacionales es el juzgador competente quien debe, en todo caso, someterse al Derecho extranjero cuándo y cómo se determine en la norma de conflicto.

Es conocido que, en el ámbito de las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional, las normas privadas internacionales sobre determinación del Derecho aplicable reconocen expresamente la autonomía conflictual de las partes⁵⁷⁴. Ello podría llevar a concluir automáticamente que la alegación del Derecho extranjero corresponde a las partes, en el entendido de que la aplicación del mismo depende de su voluntad. Sin embargo, conviene recordar que la validez del pacto de *lege utenda* no sólo depende del cumplimiento de ciertos requisitos materiales, sino que está fiscalizado por un doble sistema corrector –el de la ley objetivamente aplicable, y el de la *lex fori* y del Derecho del país huésped, por ser el que presenta vínculos estrechos con el supuesto-. De acuerdo con este planteamiento, entendemos que condicionar la alegación del Derecho extranjero a la voluntad de las partes equivaldría a reconocer la existencia de un pacto de elección de la ley aplicable, de modo que la jurisdicción competente tendría que analizar, primero, si es válido y, después, si respeta las exigencias del sistema corrector⁵⁷⁵.

Cabría, plantear, por otra parte, la posibilidad de que sólo una de las partes en litigio alegara la aplicación del Derecho extranjero. En este caso, igualmente consideramos que correspondería al juez o tribunal competente examinar su procedencia, de acuerdo con las reglas propias de la norma de conflicto.

⁵⁷⁴ Véase *supra* punto 4.1.

⁵⁷⁵ CARRILLO POZO, L. F. “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la ley extranjera. A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 22 de febrero”, *op. cit.*, págs. 978 y 980, lo califica como “antejuicio de derecho internacional privado”.

En tercer lugar, y en ausencia de alegación del Derecho extranjero a instancia de parte, no queda más que interrogarse sobre la posibilidad de su invocación de oficio. Sobre este particular, no podemos sino entender que, en todo caso, la jurisdicción competente está convocada a determinar el Derecho aplicable a la situación privada internacional en litigio. No en vano, convertir al sistema de normas de conflicto en un “mero sistema de aplicación facultativa”⁵⁷⁶ supondría vulnerar la normativa privada internacional en la materia y, por tanto, transgredir la seguridad jurídica por la que velan sus disposiciones⁵⁷⁷. En este sentido, es fundamental que la demanda deje constancia de los elementos de extranjería que concurren en el supuesto litigioso⁵⁷⁸. A más, ante la “irrupción” del Derecho extranjero, debe darse oportunidad a las partes para que ajusten sus actuaciones – bien en el acto de conciliación previa, bien decretando la suspensión del proceso- sin que ello transgreda los principios de concentración y celeridad⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ “Esto es, un sistema de aplicación subordinado a la voluntad de las partes”, según ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M. “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004”, *op. cit.*, pág. 121.

⁵⁷⁷ En este sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 32, observa que “si se quiere que el sistema sea eficaz, y el juez tiene la obligación de aplicar de oficio la norma de conflicto, debe determinar también de oficio el derecho asignado”.

⁵⁷⁸ CARRILLO POZO, F. “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, pág. 30, indica que “los elementos identificadores del demandado (art. 80.1.b LPL) y del lugar de trabajo (art. 80.1.c LPL) (son) datos imprescindibles para verificar que se trata de un contrato internacional e individualizar la ley aplicable”.

⁵⁷⁹ De hecho, la STC (Sala Segunda) 51/1985, de 10 de abril (Ref. Ar. RTC 1985\51), F.J. 9, indica que “la limitación del derecho consagrado por el artículo 24.2 de la Constitución, al servirse de las pruebas pertinentes para su defensa como un derecho constitucional, no justifica su sacrificio a intereses indudablemente dignos de su tutela, pero de rango subordinado, como puede ser la economía del proceso, la mayor celeridad de éste o la eficacia en la Administración de Justicia”. En el mismo sentido, entre otras, STC (Sala Primera) 158/1989, de 5 de octubre (Ref. Ar. RTC 1989\158), F.J. 2 y 4.

Una vez el Derecho extranjero se incorpora al cuerpo normativo que va a servir de base para la resolución de la controversia, se exige la prueba de su contenido y vigencia. Procede, por tanto, a continuación, determinar los sujetos sobre los que recae, en su caso, la carga de la prueba.

Consentir que la alegación del Derecho extranjero a instancia de parte obliga a que sea la parte quien tenga que “acreditarlo”⁵⁸⁰ implica admitir que el Derecho extranjero “se comporta, pura y simplemente, como un *hecho procesal*”⁵⁸¹, y no como un verdadero Derecho⁵⁸². En relación con ello, conviene recordar que el tribunal puede valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, *ex art.* 281.2 de la LEC⁵⁸³. Consideramos que esta disposición, igual que emplaza a la jurisdicción a aplicar el Derecho extranjero, también la reclama para probar su contenido y vigencia⁵⁸⁴. No es admisible, a nuestro entender, hacer recaer la carga de la prueba íntegramente sobre las partes alegando, como se ha hecho en ocasiones, que la Administración de Justicia no puede hacerse cargo de los

⁵⁸⁰ Como indica la STS (Sala de lo Civil) de 3 de marzo de 1997 (Ref. Ar. RJ 1997\1638), F.D. quinto, resulta más acertado hablar de “justificación” o “acreditamiento” que de “prueba” del Derecho extranjero.

⁵⁸¹ En CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, *Diario La Ley*, núm. 6178, 2005.

⁵⁸² De acuerdo con el principio *par conditio concurrentium* que se invoca en la STC (Sala Primera) 10/2000, de 17 de enero (Ref. Ar. RTC 2000\10), F.J. 3.

⁵⁸³ Es por ello que MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “Los hechos probados de las sentencias sociales y el Derecho extranjero, consuetudinario y colectivo”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2004, pág. 1104, concluye que “no es dable equiparar la prueba de los hechos y la prueba del Derecho foráneo”.

⁵⁸⁴ Sin embargo, como observa CARRILLO POZO, F. “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *op. cit.*, pág. 19, es “una solución que hoy en día es marginal en nuestro país”. De hecho, sólo aparece, de forma tangencial, en la STS (Sala de lo Civil) de 17 de marzo de 1992 (Ref. Ar. RJ 1992\2195), F.D primero.

gastos que comporta indagar la vigencia y el contenido del Derecho extranjero⁵⁸⁵, máxime cuando existen múltiples acuerdos internacionales en la materia⁵⁸⁶. Existe, en definitiva, un derecho a la activa colaboración del juez⁵⁸⁷.

Sea como fuere, es posible que ni siquiera la intervención del tribunal sea suficiente para probar finalmente el Derecho extranjero⁵⁸⁸. Ante la falta de prueba, se plantean distintas opciones que transitan desde desestimar la demanda⁵⁸⁹ hasta aplicar la *lex fori*⁵⁹⁰, pasando por la inadmisión a trámite⁵⁹¹ o la retroacción de las actuaciones⁵⁹².

⁵⁸⁵ CARRILLO POZO, L. F. “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la ley extranjera. A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 22 de febrero”, *op. cit.*, págs. 955-956.

⁵⁸⁶ Además de los múltiples Convenios bilaterales que España ha suscrito –con China, Marruecos, Tailandia o Túnez-, a nivel multilateral destacan el Convenio, de 1 de marzo de 1954, sobre procedimiento civil (BOE de 13 de diciembre de 1961, núm. 297); el Convenio Europeo, de 7 de junio de 1968, acerca de la información sobre el Derecho extranjero (BOE de 7 de octubre de 1974, núm. 240); el Convenio, de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (BOE de 25 de agosto de 1987, núm. 203); la Convención Interamericana, de 8 de mayo de 1979, sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero (BOE de 13 de enero de 1988, núm. 11); la Decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (DOUE de 27 de junio de 2001, núm. L 174); y el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DOUE de 27 de junio de 2001, núm. L 174).

⁵⁸⁷ En MASEDA RODRÍGUEZ, J. “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LECiv y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pág. 425.

⁵⁸⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, *op. cit.*, indican como medios apropiados para que las partes acrediten el Derecho extranjero la interrogación de un experto en Derecho extranjero (*Expert Witness*), los documentos públicos o el dictamen pericial, de forma asilada o acumulativa, en el entendido de que el tribunal puede valerse de otros, incluso privados.

⁵⁸⁹ Son destacadas a este respecto las STSud (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2001 (Ref. Ar. RJ 2001\6477), F.D. cuarto; y de 25 de mayo de 2001 (RJ 2001\8698), F.D. sexto.

⁵⁹⁰ Se trata de la solución más extendida en nuestra práctica jurídica, como evidencia el extenso catálogo de resoluciones que identifican CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA

En el centro del debate sobre las consecuencias de la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero planea el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE. Conviene señalar a este respecto que el Tribunal Constitucional, en sucesivos pronunciamientos, ha advertido que la desestimación de la demanda no supone necesariamente una violación de dicho derecho⁵⁹³. De acuerdo con esta interpretación, cabe entender que este Tribunal valida la primera de las opciones que se han presentado, por lo que no habría lugar a resolver el litigio planteado convocando la aplicación del ordenamiento jurídico español. Sucede, sin embargo, que el propio Tribunal Constitucional habilita la segunda opción –conocida como *back to lex fori rule*- cuando indica que su criterio no vincula a los demás Tribunales de Justicia⁵⁹⁴, por ser una cuestión de legalidad ordinaria sin relieve constitucional alguno.

GONZÁLEZ, J. “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (En torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *Diario La Ley*, núm. 6238, 2005. Entre las más recientes, véanse las SSTs (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 2002 (Ref. Ar. RJ 2002\4085), F.D. segundo; y de 2 de julio de 2004 (Ref. Ar. RJ 2004\5336), F.D. segundo; y la STSud (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004 (Ref. Ar. RJ 2005\1056), F.D. sexto.

⁵⁹¹ Véase, por todas, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 30 de octubre de 1997 (Ref. Ar. AS 1997\3755), F.D. sexto, junto con la interpretación que de ella se hace en la STC (Sala Segunda) 33/2002, de 11 de febrero (Ref. Ar. RTC 2002\33), F.J. 4.

⁵⁹² En este sentido, SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 9 de octubre de 2002 (Ref. Ar. JUR 2003\28857), F.D. tercero.

⁵⁹³ Véanse, principalmente, las SSTC (Sala Segunda) 155/2001, de 2 de julio (Ref. Ar. RTC 2001\155), F.J. 3; 33/2002, de 11 de febrero (Ref. Ar. RTC 2002\33), voto particular; y 172/2004, de 18 de octubre (Ref. Ar. RTC 2004\172), F.J. 3.

⁵⁹⁴ DESDENTADO BONETE, A. “¿Otro cierre en falso? La prueba del Derecho extranjero”, *Diario La Ley*, núm. 6188, 2005, en referencia a la STC 33/2002, concluye que “no había realmente un derecho fundamental en juego, sino dos interpretaciones en conflicto de la legalidad ordinaria en el propio vértice judicial”, a lo que añade que “en estos casos lo correcto y lo más prudente es ni intervenir”.

En nuestra opinión, la tesis de la aplicación automática e incondicionada del Derecho material español en ausencia de prueba del Derecho extranjero no puede prosperar⁵⁹⁵. En situaciones privadas internacionales, el sistema conflictual se limita a convocar la aplicación de las leyes de policía del foro, que actúan como parámetro de legalidad del Derecho aplicable⁵⁹⁶, de manera que no ha lugar a acudir a nuestro ordenamiento jurídico si no forma parte del marco normativo que está llamado a regular el conflicto, y en la medida en que éste lo fije⁵⁹⁷. Las normas de conflicto, y así lo remarca la propia jurisprudencia, no son facultativas⁵⁹⁸.

Más complejo resulta resolver si la falta de prueba del Derecho extranjero debe conducir a la desestimación de la demanda⁵⁹⁹ o a su inadmisión a trámite. Dadas las consecuencias que tiene la sanción desestimatoria, y en tanto en cuanto debe ser proporcionada, es decir, “verificar si es útil, necesaria y equilibra

⁵⁹⁵ ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M. “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004”, *op. cit.*, pág. 120, califican esta jurisprudencia de “monolítica, centenaria y no siempre justa”.

⁵⁹⁶ Véase *supra* punto 4.2.2.

⁵⁹⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (En torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *op. cit.*, concluyen tajantemente que “esta tesis decimonónica genera inseguridad jurídica, no tiene soporte constitucional, es contraria al principio dispositivo que inspira el proceso civil y laboral, propicia maniobras antijurídicas, desconoce el carácter y función de las normas de conflicto, y sus presuntos «argumentos de fondo» son falsos, vacíos, caducos, trasnochados, obsoletos y en muchas ocasiones, constituyen puros sofismas”.

⁵⁹⁸ Es elocuente en este punto el pronunciamiento de la STS (Sala de lo Social) 19 de febrero de 1990 (*cit.*), F.D. segundo: “Tal falta de alegación y prueba no puede conducir (...) a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa. Por ello se impone la desestimación de los examinados motivos”.

⁵⁹⁹ Es “la única respuesta válida” para CARRILLO POZO, F. “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *op. cit.*, pág. 36, mientras que para MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “Los hechos probados de las sentencias sociales y el Derecho extranjero, consuetudinario y colectivo”, *op. cit.*, pág. 1109, no se puede desestimar la demanda por la no acreditación del *ius aliena*.

razonablemente costes y beneficios”⁶⁰⁰, entendemos que su aplicación en estos supuestos sería congruente siempre y cuando se tratara del último recurso posible. De hecho, se interpreta que la jurisprudencia que resuelve desestimar la demanda es una especie de “cosa juzgada *light* o limitada que permitiría volver a litigar sobre el mismo asunto una vez que fuera planteado correctamente”, en el entendido de que un cambio en los fundamentos jurídicos de la demanda alteraría la causa de pedir y el objeto del proceso⁶⁰¹. En consecuencia, consideramos que, antes de acudir a la solución desestimatoria, conviene hacer uso de los mecanismos de flexibilización de los trámites y soluciones procesales, incluida la inadmisión a trámite. A más, interesaría que nuestra jurisdicción planteara el asunto como cuestión prejudicial ante el TJCE⁶⁰², aunque conviene admitir que se trata de una cuestión que encuentra difícil acomodo en la configuración de este instrumento en el art. 267 del TFUE toda vez se trata de una competencia que no se extiende a la interpretación de disposiciones nacionales⁶⁰³.

⁶⁰⁰ En CARRILLO POZO, L. F. “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la ley extranjera. A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 22 de febrero”, *op. cit.*, pág. 957.

⁶⁰¹ Así lo entienden, entre otros, ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M. “Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2001”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 119, 2003, y CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (En torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *op. cit.*

⁶⁰² ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M. “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004”, *op. cit.*, pág. 130, también lo apuntan.

⁶⁰³ En detalle, dicho precepto dispone que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”.

CAPÍTULO TERCERO

SOLUCIONES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN SITUACIONES DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

La determinación del contenido de la expresión “ley aplicable” es una operación no exenta de dificultades. A lo largo de la exposición precedente, se ha preferido, sin embargo, hacer referencia a la misma con la expresión “Derecho aplicable”, en el entendido de que se trata de conceptos idénticos. El estudio que sigue está dedicado, precisamente, a clarificar esta cuestión.

Adviértase, de entrada, que la normativa reguladora de los conflictos normativos que presentan las situaciones de conflicto móvil –Convenio de Roma y Reglamento “Roma I”, en materia de obligaciones contractuales- no hace referencia alguna a este particular, limitándose a reiterar la expresión “ley aplicable”⁶⁰⁴.

En el ámbito de las relaciones de trabajo con elementos de extranjería, la concreción del contenido de la ley, o Derecho, aplicable presenta un interés especial desde dos perspectivas. Se trata, por una parte, de determinar el significado y alcance que tiene el Derecho en este contexto, donde coexisten normas de origen heterónomo con y sin rango de ley. Por otra parte, resulta fundamental analizar las condiciones de intervención y aplicación, en este caso, de las fuentes de regulación autónomas.

⁶⁰⁴ Reflexiona ampliamente sobre estas cuestiones CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, op. cit., págs. 132 y ss.

1. Las fuentes heterónomas

En referencia a las fuentes heterónomas, su estudio plantea una problemática que no es desconocida por nuestro sistema normativo interno, en referencia a la interpretación de los arts. 149.1.7^a y 17^a de la CE. A la hora de abordar el análisis del contenido que tiene el Derecho aplicable en el contexto de las situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero debemos adoptar, sin embargo, una óptica distinta de la que corresponde a los citados preceptos constitucionales.

En este sentido, conviene recordar que cuando el Tribunal Constitucional dota de contenido a las expresiones “legislación laboral” o “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social” lo hace bajo el condicionamiento que supone su ubicación sistemática en el art. 149.1 de la CE. Como es sabido, este precepto se refiere a las materias que son competencia exclusiva del Estado, lo cual no implica que el concepto de legislación que corresponde en esos casos pueda extrapolarse al resto de supuestos en los que se plantea su delimitación⁶⁰⁵.

En efecto, la ley, o leyes, a la que remite la solución al conflicto normativo en casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores dista de tener el significado que recibe en el contexto del art. 149.1 de la CE. La diferente naturaleza jurídica de ambos espacios normativos así lo justifica, pues mientras la norma constitucional está dedicada a regular el reparto de competencias normativas en un

⁶⁰⁵ Para un estudio del alcance de dichas expresiones, véanse, principalmente, las SSTC (Pleno) 33/1981 de 5 de noviembre (Ref. Ar. RTC 1981\33), 18/1982 de 4 de mayo (Ref. Ar. RTC 1982\18), 35/1982 de 14 de junio (Ref. Ar. RTC 1982\35), 39/1982 de 30 de junio (Ref. Ar. RTC 1982\39), 57/1982 de 27 de julio (Ref. Ar. RTC 1982\57), 7/1985 de 25 de enero (Ref. Ar. RTC 1985\7), 249/1988 de 20 de diciembre (Ref. Ar. RTC 1988\249), 360/1993 de 3 de diciembre (Ref. Ar. RTC 1993\360) y 195/1996 de 28 de noviembre (Ref. Ar. RTC 1996\195).

Estado descentralizado⁶⁰⁶, en el tema que nos ocupa dicha expresión se incardina en el ámbito de las normas de conflicto que resuelven problemas de determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Entendemos, por tanto, que en el ámbito de la solución al conflicto móvil en situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero, la voluntad del legislador no puede ser otra que la de determinar la aplicación integral del ordenamiento jurídico nacional⁶⁰⁷. Si no fuera así y, en consecuencia, el término “ley” se interpretara en sentido estricto o restringido –aunque en sentido material y no formal, como ocurre respecto de la “legislación” en el art. 149.1.7ª de la CE-, la norma de conflicto sería de todo punto ineficaz.

Por lo tanto, la primera conclusión a la que cabe llegar es que el término “ley aplicable” comprende todo tipo de disposiciones normativas heterónomas independientemente de su rango o fuerza y de la fuente de producción de las que emanen. Serán las reglas generales sobre jerarquía y vigencia las que resuelvan oportunamente qué concreta disposición resulta aplicable en caso de que existan conflictos de concurrencia a nivel interno.

Ahora bien, es preciso advertir que el ámbito del Derecho aplicable se encuentra materialmente limitado. Los arts. 10.1 del CR y 12.1 del RRI disponen que la ley aplicable al contrato regirá, en particular, su interpretación; el

⁶⁰⁶ Véase, entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. “Estado autonómico y Constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social”, en AA.VV. (Coord. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1967 y ss.

⁶⁰⁷ Aunque en referencia al art. 1.4 del ET, consideramos válida también en este contexto la reflexión de GALIANA MORENO, J. M. “Notas para el estudio del artículo 1.4 del ET”, *op. cit.*, pág. 2180: “la finalidad del precepto es, sin duda, proyectar sobre la relación de empleo de los trabajadores comprendidos en su ámbito el Derecho del Trabajo interno globalmente considerado”.

cumplimiento de las obligaciones que genere; las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas⁶⁰⁸; los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; y las consecuencias de la nulidad del contrato”.

En relación con ello, resulta especialmente interesante resaltar la ausencia total de mención a las cuestiones de protección social. No podía ser de otro modo en tanto en cuanto el Derecho Internacional Privado dispone reglas específicas separadas sobre determinación del Derecho aplicable en situaciones de conflicto móvil en materia de protección social⁶⁰⁹. Es de todo punto improcedente extender la

⁶⁰⁸ En este punto, se exige sujeción a los límites de los poderes atribuidos al tribunal por sus normas procesales. Nótese que el art. 10.1 del CR se refiere concretamente a las “leyes procesales”, mientras que el art. 12.1 del RRI utiliza la expresión –más acertada, a nuestro entender- “Derecho procesal”. Se trata de la única novedad que incorpora el Reglamento “Roma I” en la regulación del ámbito de la ley del contrato.

⁶⁰⁹ En el ámbito comunitario, el texto normativo de referencia ha sido el Acuerdo Europeo de Seguridad Social, de 14 de diciembre de 1972, ratificado por España por Instrumento de 10 de enero de 1986 (BOE de 12 de noviembre de 1986, núm. 271), si bien, en la actualidad, la normativa específica aplicable se encuentra en el citado Reglamento 883/2004.

A nivel bilateral, los convenios más recientes –algunos de los cuales han venido a sustituir a otros antaño vigentes- son el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 1 de julio de 2004 (BOE de 12 de junio de 2006, núm. 139); el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Paraguay, hecho en Asunción el 24 de junio de 1998 (BOE de 2 de febrero de 2006, núm. 28); el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, hecho «ad referéndum», en Madrid el 16 de junio de 2003 (BOE de 5 de febrero de 2005, núm. 31); el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997 (BOE de 10 de diciembre de 2004, núm. 297); y el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Valencia el 13 de mayo de 2002 (BOE de 6 de noviembre de 2003, núm. 266).

También se han suscrito Convenios bilaterales de Seguridad Social entre el Reino de España y Australia (BOE de 19 de diciembre de 2002, núm. 303), Andorra (BOE de 4 de diciembre de 2002, núm. 290), Túnez (BOE de 26 de diciembre de 2001, núm. 309), Uruguay (BOE de 24 de febrero de 2000, núm. 47), Ucrania (BOE de 4 de abril de 1998, núm. 81), Chile (BOE de 25 de marzo de 1998, núm. 72), Rusia (BOE de 24 de febrero de 1996, núm. 48), Brasil (BOE de 15 de

aplicación del ordenamiento jurídico designado para los conflictos de naturaleza laboral a aquéllos que se refieren a cuestiones de protección social⁶¹⁰.

En este sentido –y aunque no podamos profundizar más sobre el particular– la solución más extendida pasa, como norma general, por aplicar la legislación de Seguridad Social del país en cuyo territorio se esté ejerciendo la actividad laboral⁶¹¹. Ahora bien, si se trata de una movilidad temporal, es posible mantener la legislación de Seguridad Social del origen en los términos y con los requisitos que se indican en cada texto⁶¹².

El contenido del Derecho aplicable no debe entenderse, sin embargo, limitado a sus normas heterónomas cuando el conflicto se presenta en el ámbito de

enero de 1996, núm. 13), México (BOE de 17 de marzo de 1995, núm. 63), Venezuela (BOE de 7 de julio de 1990, núm. 162), Filipinas (BOE de 11 de octubre de 1989, núm. 244), Estados Unidos (BOE de 29 de marzo de 1988, núm. 76), Canadá (BOE de 1 de diciembre de 1987, núm. 287), Marruecos (BOE de 13 de octubre de 1982, núm. 245) y Ecuador (BOE de 29 de julio de 1975, núm. 180).

⁶¹⁰ Sin embargo, GALIANA MORENO, J. M. “Notas para el estudio del artículo 1.4 del ET”, *op. cit.*, pág. 2179, a la pregunta de “¿qué debe entenderse por «legislación laboral española» en el contexto del artículo 1.4 ET?”, responde que “se puede afirmar que bajo tal denominación hay que incluir todas las normas que configuran el ordenamiento laboral español, tanto las que regulan las relaciones de trabajo (normas laborales en sentido estricto), como las relativas a la Seguridad Social”.

⁶¹¹ Véase SERRANO OLIVARES, R. *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 155 y ss.

⁶¹² En el caso, por ejemplo, del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana se dispone que “el trabajador asalariado al servicio de una Empresa cuya sede se encuentre en el territorio de una de las Partes Contratantes y sea enviado por dicha Empresa al territorio de la otra Parte para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido en su totalidad a la legislación de la primera Parte, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado, no exceda de tres años, ni haya sido enviado en sustitución de otro trabajador cuyo período de desplazamiento haya concluido” (art. 9.1.a). En sentido similar, aunque con un límite de dos años, se expresan el art. 8.1.a) del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú y el art. 7.1).1 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Bulgaria.

relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional. También las normas autónomas forman parte del mismo, y no sólo en su calidad de fuentes de las relaciones laborales⁶¹³, sino porque son, seguramente, la herramienta idónea para articular el régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero.

Resulta que el contenido de las normas heterónomas suele adaptarse con dificultad a las situaciones de movilidad geográfica, máxime cuando éstas tienen dimensión externa, resultando claramente insuficiente para garantizar una pacífica continuidad jurídica de la relación laboral cuando se ejecuta temporalmente en el extranjero y, por ende, para proteger al trabajador afectado frente a las modificaciones obligacionales derivadas de dicha movilidad. La negociación colectiva está llamada, por tanto, a convertirse en la fuente principal de regulación de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores que prestan temporalmente servicios en el extranjero⁶¹⁴, sobre todo en ausencia de un estatuto específico del trabajo temporal en el exterior⁶¹⁵.

Sobre este particular, consideramos que los legisladores nacionales deben emprender en el corto plazo la tarea de articular un régimen jurídico adaptado a las relaciones de trabajo que se ejecutan temporalmente en el extranjero. Debería

⁶¹³ Nuestra jurisprudencia, de hecho, no duda en aplicar los convenios colectivos en situaciones de trabajo temporal en el extranjero. En este sentido, véanse, entre otras, la STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 1994 (*cit.*), y las STSud (Sala de lo Social) de 17 de junio de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\5448) y de 17 de marzo de 1995 (Ref. Ar. RJ 1995\2023).

⁶¹⁴ A este respecto, son especialmente interesantes las aportaciones de la doctrina francesa. Véanse, entre otros, DESBARATS, I. *L'entreprise à établissements multiples en Droit du Travail*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris (Francia), 1996, págs. 39 y ss.; y RODIÈRE, P. *La convention collective de travail en Droit International: contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, *op. cit.*, págs. 138 y ss.

⁶¹⁵ A salvo del Estatuto de los Cooperantes, en el ordenamiento jurídico español (véase *infra* Parte IV, Capítulo Primero, punto 4.3).

tratarse, a nuestro entender, de una regulación de mínimos que admitiera un alto grado de adaptación a las múltiples variables que pueden presentarse en este contexto –duración de la movilidad, país de destino, lugar de prestación temporal de servicios, determinación del empresario-. Es necesario, en definitiva, que la normativa laboral incorpore a sus disposiciones la perspectiva internacional que está cada vez más presente en la realidad de las relaciones laborales, y así se evidencia paulatinamente en la práctica negocial⁶¹⁶.

2. Las fuentes autónomas

2.1. La dimensión internacional del contenido de la negociación colectiva

La localización de referencias positivas a los fenómenos de movilidad transnacional en el empleo en el seno de la negociación colectiva es relativamente reciente, como lo es la internacionalización misma del contenido de los convenios. Existe, por tanto, una relación directa entre la reformulación de sus contenidos clásicos y la incorporación de elementos de extranjería en las relaciones de trabajo, lo cual, en última instancia, trae causa en la progresiva y creciente expansión internacional de las empresas⁶¹⁷. De tal forma, y como consecuencia de la puesta en práctica de estrategias empresariales de organización productiva que desbordan las fronteras nacionales, se implanta una nueva dinámica en la prestación de servicios

⁶¹⁶ En este sentido, véase AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, op. cit., pág. 774.

⁶¹⁷ “Estos novedosos fenómenos organizativos (...) inciden, indudablemente, en el desarrollo organizativo de las empresas, en el ejercicio efectivo del poder de dirección de los empresarios sobre los trabajadores y, por consiguiente, en las condiciones laborales de los trabajadores”, según MENÉNDEZ CALVO, R. “Las estructuras empresariales complejas: los grupos de empresas”, op. cit., pág. 119. Añade esta autora –pág. 124- que “uno de los factores que ha contribuido a la complejidad en las estructuras empresariales en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la “apertura de las fronteras” y, de manera particular, entre países del ámbito comunitario”.

en virtud de la cual se moviliza a trabajadores de plantilla en los países de destino de parte de la actividad, y esta realidad no es ajena a la regulación convencional.

En efecto, tomando como referencia la negociación colectiva española, existen convenios colectivos que incorporan expresamente, en algún lugar de su articulado, referencias a la situación jurídico-laboral de los trabajadores sometidos a un régimen de movilidad geográfica internacional⁶¹⁸. Aunque se trata de referencias que no están aún extendidas en esta sede, se advierten casos concretos de convenios colectivos que no sólo recogen manifestaciones de esta figura⁶¹⁹ sino que incluso favorecen su utilización⁶²⁰.

Sea como fuere, en la mayoría de los casos los convenios optan por excluir parcialmente de su ámbito de aplicación estas situaciones particulares de trabajo en el extranjero, determinando con mayor o menor concreción aquellos extremos de la

⁶¹⁸ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso Ruffert”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2008, págs. 50 y ss., detecta referencias similares en la negociación colectiva de otros sistemas jurídicos europeos.

⁶¹⁹ El art. 11 de la Resolución de 11 de julio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del II Convenio colectivo de Cemex España, S.A., para la actividad de fabricación de cemento (BOE de 6 de septiembre de 2006, núm. 213) establece que “será de aplicación en todo el territorio del estado español, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. En idéntico sentido se pronuncia, entre otros, el art. 15 de la Resolución de 1 de marzo de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IV Convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17 de marzo de 2007, núm. 66).

⁶²⁰ Recuérdese que existen empresas que optan por dar un enfoque etnocéntrico a su actividad a nivel externo, prefiriendo la movilidad de trabajadores propios a la contratación de personal en el país de destino (véase *supra* Parte I, punto 4). Valga como ejemplo de ello lo recogido en el art. 22 de la Resolución de 8 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A. (BOE de 9 de marzo de 2007, núm. 59) (en adelante, IX CoCo Repsol Química): “Ambas partes se comprometen a apoyar la movilidad ínter empresas como vía de recolocación de personal disponible y optimización de las plantillas del Grupo”.

relación laboral que están sometidos a su articulado y aquéllos que no. Estos últimos suelen venir referidos a materias como las retribuciones, las horas extraordinarias y la jornada⁶²¹, de modo que el resto de elementos del contrato de trabajo están regidos por las mismas reglas que disciplinan las relaciones de trabajo a nivel interno o nacional⁶²². En otras ocasiones, sin embargo, no se hace una regulación particular de las especiales condiciones de trabajo de este colectivo, sino que se deja su determinación para el momento en que se pase a desarrollar la actividad transnacional⁶²³.

También hay experiencias negociales que incorporan plenamente al personal destinado en el extranjero en su ámbito de aplicación, de modo que todos los trabajadores de plantilla reciben el mismo tratamiento en sus condiciones de trabajo⁶²⁴. De ello hay que exceptuar aquellas condiciones laborales que se ven alteradas en función de las especiales características objetivas del puesto de trabajo o

⁶²¹ Se puede observar esta circunstancia en el Capítulo IX (arts. 53-65) del CoCo Agencia EFE.

⁶²² En el caso de la Resolución de 8 de junio de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Iberdrola Ingeniería y Construcción, S.A.U. (BOE de 26 de junio de 2007, núm. 152) (en adelante, II CoCo Iberdrola), los trabajadores destinados en el extranjero están excluidos de la percepción del plus de obra, el plus de puesta en marcha/recarga y el plus nuclear (arts. 32, 33 y 34, respectivamente), debido a que percibirán otros pluses relativos a su asignación internacional y trabajo realizado.

⁶²³ Así ocurre en la Resolución de 26 de junio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del V Convenio Colectivo de la empresa BP Oil España, S.A.U. (BOE de 10 de julio de 2006, núm. 163) (en adelante, V CoCo BP Oil), cuyo art. 4.c), que delimita al ámbito personal, dispone: “El presente convenio afecta a todas las personas, que presten servicios de naturaleza laboral en Bp Oil España, S.A.U. recogidas genéricamente como empleados, con las excepciones siguientes: (...) Los empleados en régimen de expatriados, en aquellas materias que forman parte de sus condiciones especiales de asignación”.

⁶²⁴ Así puede deducirse del art. 1.3 de la Resolución de 23 de junio de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo interprovincial de Fujitsu Services, S.A. (BOE de 7 de julio de 2008, núm. 163) (en adelante, CoCo Fujitsu) cuando dispone que “las normas y condiciones laborales contenidas en el presente Convenio Colectivo serán de aplicación a todos los trabajadores de la Empresa Fujitsu Services S.A., que en la actualidad, o en el futuro, estén adscritos a sus centros de trabajo”.

del lugar de prestación de servicios⁶²⁵, tales como el reconocimiento de ciertos pluses específicos o, por el contrario, su exclusión en el disfrute de otros complementos⁶²⁶.

El hecho de que, a nivel negocial, no se incorporen de manera generalizada cláusulas relativas al régimen jurídico de la movilidad geográfica internacional de trabajadores añade complejidad a su análisis. Y es que “el convenio colectivo resulta un instrumento normativo adecuado para regular estos supuestos”⁶²⁷. Ante la escasez de referencias legales y convencionales a este respecto, resta poco más que el examen de pactos individuales y otros instrumentos informales o de eficacia limitada⁶²⁸.

El restringido alcance de los convenios colectivos en la regulación de la prestación temporal de servicios en el extranjero puede responder, en primera instancia, al hecho de que en nuestro país no son numerosas –aunque van en

⁶²⁵ Se hace una previsión general en este sentido en el art. 3 de la Resolución de 7 de enero de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo entre Air Europa, Líneas Aéreas, S.A.U. y sus técnicos de mantenimiento de aeronaves (BOE de 22 de enero de 2009, núm. 19) (en adelante, III CoCo Air Europa): “El (personal) contratado originariamente en territorio español y destinado a prestar sus servicios fuera de él, se regirá por las normas del presente convenio, salvo en aquellas materias en las que se haya establecido pacto distinto”.

⁶²⁶ Estas peculiaridades en los conceptos retributivos y demás derechos económicos ligados con la movilidad geográfica internacional serán analizadas más adelante. Véase *infra* Parte IV, Capítulo Tercero, punto 4.

⁶²⁷ Ahora bien, algunos que sí lo hacen “vienen a explicitar, más que añadir algo, lo dispuesto en los artículos 39 y 40 del Estatuto de los Trabajadores”, puntualiza MENÉNDEZ CALVO, R. “Las estructuras empresariales complejas: los grupos de empresas”, *op. cit.*, pág. 136. Similar es la conclusión a la que llegan SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARETA MARTÍNEZ, M. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresa: inventario”, *op. cit.*, pág. 105.

⁶²⁸ De hecho, es habitual que las condiciones de trabajo en el país de destino de la prestación temporal de servicios se pacten *ad hoc*, sobre todo en materia retributiva (véase *infra* Parte IV, Capítulo Tercero, punto 4.1).

aumento- las organizaciones productivas en cuyo seno se desenvuelven experiencias de tales características. Y es que no ha lugar a la movilidad geográfica internacional de trabajadores cuando no se experimenta expansión alguna fuera de nuestras fronteras. Sin embargo, aún en aquellas empresas o grupos de empresas que tienen implantación en el extranjero –o, al menos, intereses internacionales- se detectan dificultades para extender la respectiva regulación convencional a los supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero. En estos casos, las razones se encuentran en la configuración que los mismos convenios colectivos hacen de su propio ámbito de aplicación y que son expresión última de las orientaciones y planteamientos de las partes que los conciertan respecto de las relaciones de trabajo a las que van a aplicarse.

La aplicación real y efectiva de los convenios colectivos en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores plantea, por tanto, una cuestión problemática en relación con la concreción de su ámbito de aplicación. Se trata ahora de determinar cuál es el alcance de la ordenación de las relaciones laborales por parte de la negociación colectiva, ya que de ello va a depender que los convenios sean aplicables. Dicho de otro modo, las normas autónomas integran el Derecho aplicable a las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional siempre y cuando estén incluidas en su ámbito de aplicación.

2.2. Aplicación extraterritorial de la negociación colectiva del país de origen

2.2.1. Límites generales a la libertad de determinación de la unidad de contratación

Como es sabido, el art. 83.1 del ET consagra la libertad de determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos⁶²⁹ en el marco de la libertad de

⁶²⁹ Literalmente, “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”.

contratación de los sujetos negociadores que se proclama en el art. 85.1 del ET⁶³⁰. De acuerdo con estas disposiciones, no parece que haya *a priori* obstáculos jurídicos para impedir la aplicación de un convenio colectivo español a relaciones de trabajo desarrolladas fuera de nuestras fronteras. Sin embargo, es preciso tomar en consideración otros factores que pueden hacer decaer esta afirmación.

La libertad de determinación de la extensión del ámbito de aplicación territorial de los convenios colectivos no es absoluta, sino que está condicionada a los límites impuestos por el principio de soberanía nacional. El Tribunal Supremo así lo recuerda expresamente, afirmando que “su ámbito territorial y personal no puede ir más allá del de las propias Leyes estatales, en razón del principio de soberanía nacional”⁶³¹. Por tanto, los convenios colectivos no pueden actuar más allá del ámbito que alcanza la aplicación del ordenamiento jurídico nacional.

En virtud de ello, si la aplicación extraterritorial de normas convencionales a las situaciones descritas depende, a su vez, de que el Derecho aplicable sea el español, la designación de otro ordenamiento jurídico⁶³² conllevaría la imposibilidad de ampliación espacial del ámbito de aplicación de los convenios colectivos españoles. Ante este riesgo, no parece sostenible la teoría que hace depender la definición del ámbito de aplicación territorial de los convenios colectivos al principio de soberanía nacional.

⁶³⁰ En concreto, se dispone que, “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta ley”.

⁶³¹ STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 1994 (*cit.*), F.D. tercero.

⁶³² Que puede darse, sin ir más lejos, por efecto de la libre elección por las partes de la legislación del Estado de destino (véase *supra* Capítulo Segundo, punto 4.1).

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado otros límites al libre ejercicio y desenvolvimiento de dicha autonomía colectiva. Estos límites – entre los que no figura, sin embargo, el principio de soberanía nacional- se fijan en el respeto a los derechos fundamentales⁶³³ y a lo establecido en normas de rango jerárquico superior⁶³⁴, siempre y cuando tengan el carácter de Derecho necesario⁶³⁵. Ello implica, en definitiva, compeler a la autonomía colectiva al acatamiento de nuestro ordenamiento jurídico, aunque se trate de un respeto “privilegiado” –por referirse sólo a los derechos fundamentales y a las normas de derecho necesario de superior rango jerárquico- dada su naturaleza de fuente de producción normativa⁶³⁶.

En nuestra opinión, la aplicación extraterritorial de los convenios colectivos no puede, efectivamente, quedar libre de condicionamientos. Ello, sin embargo, no puede conducir a negar las posibilidades de extensión de su ámbito de aplicación a los supuestos de trabajo temporal en el extranjero. Consideramos, por tanto, que en tanto fuente integrante del Derecho aplicable en tales supuestos su aplicación real y efectiva procede siempre y cuando se respeten las leyes de policía concurrentes.

⁶³³ Véase, por todas, la STC (Sala Segunda) 177/1988, de 10 de octubre (Ref. Ar. RTC 1988\177), F.J. 4.

⁶³⁴ Véase, por todas, la STC (Pleno) 210/1990, de 20 de diciembre (Ref. Ar. RTC 1990\210), F.J. 2.

⁶³⁵ En este caso, ha sido el Tribunal Supremo el que ha impuesto este matiz en la STSud (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\7725), F.D. segundo.

⁶³⁶ Véanse, además, las SSTC (Pleno) 58/1985, de 30 de abril (Ref. Ar. RTC 1985\58), F.J. 3; (Sala Segunda) 52/1987, de 7 de mayo (Ref. Ar. RTC 1987\52), F.J. 4; (Sala Segunda) 136/1987, de 22 de julio (Ref. Ar. RTC 1987\136), F.J. 5; y (Sala Primera) 177/1993, de 31 de mayo (Ref. Ar. RTC 1993\177), F.J. 2.

2.2.2. Prácticas negociales de exclusión aplicativa del trabajo temporal en el extranjero

A pesar de que la aplicación de los convenios colectivos está garantizada, aunque con condiciones, en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores, hay ciertas experiencias negociales que las excluyen de su ámbito de aplicación.

Se trata, por lo general, de exclusiones indirectas⁶³⁷, toda vez el convenio colectivo de turno no se refiere expresamente a los supuestos de movilidad geográfica internacional, sino que dicha exclusión se infiere del análisis de sus ámbitos personal, funcional y –sobre todo- territorial. Tal es el caso de los arts. 1 y 2 del XVIII CoCo IBERIA⁶³⁸ que disponen, respectivamente, que “el ámbito de aplicación del presente Convenio será todo el territorio nacional español” y que “funcionalmente, las normas del mismo serán de aplicación en todos los centros de trabajo que la Empresa tenga establecidos o establezca en el futuro, dentro del ámbito del artículo anterior”⁶³⁹. La delimitación de la unidad de contratación en éstos o similares términos no permite, luego, la aplicación del convenio colectivo a las situaciones de trabajo temporal en el extranjero.

⁶³⁷ La exclusión es directa, sin embargo, en el art. 1.2 de la Resolución de 10 de octubre de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del II Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE de 14 de octubre de 2006, núm. 246) (en adelante, II CoCo Único), pues dispone que “quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio: 1.º El personal laboral que presta servicios en el exterior”.

⁶³⁸ Resolución de 22 de agosto de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVIII Convenio colectivo de IBERIA Líneas Aéreas de España, S. A., y su personal de tierra (BOE de 12 de septiembre de 2008, núm. 221) (en adelante, XVIII CoCo IBERIA).

⁶³⁹ Véase, asimismo, entre otros, los arts. 2, 3 y 5 de la Resolución de 9 de junio de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE de 26 de junio de 2008, núm. 154) (en adelante, III CoCo marco Grupo Endesa).

Ahora bien, de ello no debe inferirse que el hecho de que el convenio colectivo de turno limite su ámbito territorial a todo o parte del territorio español supone automáticamente la acotación de la movilidad geográfica de los trabajadores a dicho ámbito de aplicación. Tal interpretación no es admisible y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia al resolver litigios, en este caso, relacionados con el trabajo móvil e itinerante⁶⁴⁰, postura que es igualmente respaldada por la doctrina⁶⁴¹. En consecuencia, para que operen las limitaciones a la movilidad de los trabajadores, éstas han de contemplarse de manera específica en el convenio colectivo aplicable y no pueden deducirse del ámbito de aplicación de éste, ya sea el territorial o, también, el personal o funcional.

Por tanto, la controversia que se suscita en torno a la limitación del ámbito de aplicación en los convenios colectivos no versa sobre la procedencia de ejecutar un determinado supuesto de movilidad geográfica internacional de trabajadores. El problema que se deriva de ello es bien distinto. Se trata de poner de relieve que la aplicación de las cláusulas convencionales de organización del trabajo y régimen

⁶⁴⁰ En el F.D. quinto de la STSud (Sala de lo Social) de 19 de junio de 1995 (*cit.*) se expresa que “como consecuencia de la existencia del convenio colectivo de ámbito personal y territorial limitados, sostiene la sentencia recurrida que la facultad de ordenar traslados conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 citado (ET), debe quedar reducida a los que se realicen dentro del ámbito territorial del convenio (...), por atribuir a la empresa (Abengoa, S.A.) que se ha residenciado dentro de tales límites para dichos efectos. Pero nada autoriza para dicha conclusión; la expresa referencia al artículo del Estatuto mencionado, dentro de la normativa del convenio, hace que, al no sujetarse a ninguna restricción pactada, ni hacer referencia a circunstancia alguna limitativa, que haya de interpretarse en sentido propio que de sus términos se desprende. Si otra hubiere sido la intención de los contratantes, hubieren plasmado en el convenio o bien claramente dicha limitación a la regla general, o circunstancia que claramente condujesen a dicha solución”.

Véase, asimismo, la STSJ de Andalucía (Granada) (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1996 (*cit.*), F.D. primero.

⁶⁴¹ “De la mera delimitación del ámbito del convenio no puede deducirse la limitación a la movilidad de los trabajadores”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Movilidad geográfica del trabajador (en torno al artículo 40)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 857.

jurídico de la prestación de servicios no se extiende, en muchos casos, a los supuestos de trabajo temporal en el extranjero, ya tácita, ya expresamente. Esto sucede, en efecto, en relación con el ámbito territorial pero también respecto de otros ámbitos de aplicación⁶⁴².

Así, en segundo lugar, también la configuración general del ámbito funcional de la mayoría de convenios colectivos impide la aplicación de su contenido a dichos supuestos. Como en el caso anterior, también aquí se reproduce una fórmula casi estandarizada que limita el alcance del convenio a las relaciones de trabajo que se desenvuelvan en los establecimientos de la empresa dentro del Estado⁶⁴³. En consecuencia, tampoco ha lugar para aplicar el contenido del convenio colectivo al trabajador afectado por un episodio de movilidad geográfica internacional.

En tercer lugar, tampoco el ámbito personal que se diseña en gran parte de referencias de nuestra negociación colectiva comprende a todos los trabajadores que prestan servicios en tal unidad de negociación⁶⁴⁴. Es en este punto donde se presenta

⁶⁴² A nuestro entender, es especialmente acertada la redacción de los arts. 2 y 3 de la Resolución de 23 de mayo de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del II Convenio Colectivo del Grupo de Unión Fenosa (BOE de 13 de junio de 2002, núm. 141): “Es de aplicación a los empleados de las empresas integradas en este Convenio Colectivo” (y) “afecta a los centros de trabajo de las empresas integradas en este Convenio Colectivo”.

⁶⁴³ Es expresivo en este sentido el art. 1 de la Resolución de 7 de agosto de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Praxair España, S.L., Praxair Producción España, S.L., Praxair Soldadura, S.L. y Praxair Euroholding, S.L. (BOE de 21 de agosto de 2008, núm. 202): “Se entiende por la Empresa cada una de las compañías Praxair España, S.L., Praxair Producción España, S.L., Praxair Soldadura, S.L. y Praxair Euroholding, S.L., que son todas ellas las Empresas que integran a efectos de este Convenio la unidad Empresarial, en la que, sin embargo, no deben incluirse otras sociedades que, en términos mercantiles pertenezcan al grupo, pero no están incluidas en el ámbito de negociación de este Convenio”.

⁶⁴⁴ En el art. 2 de la Resolución de 17 de julio de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo del Grupo Sogecable (BOE de 4 de agosto de

una mayor variabilidad y casuística, aunque también donde se abren más posibilidades para incluir a los trabajadores que prestan servicios temporalmente en el extranjero dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo correspondiente. En efecto, hay experiencias negociales que, a pesar de establecer las limitaciones anteriores, incluyen en este apartado a todos los trabajadores que presten servicios para esa concreta empresa. Ello abre una puerta para considerar la aplicación del contenido del convenio colectivo de que se trate a los trabajadores que se encuentren destinados temporalmente por su empresa en el extranjero.

El problema surge, a este respecto, cuando los mismos convenios colectivos que permiten esta interpretación limitan seguidamente su ámbito personal de aplicación en función de las características de la relación laboral o de prestación de servicios. Nos estamos refiriendo a la frecuente exclusión de colectivos como los consejeros, el personal de alta dirección o los trabajadores en puesto de mando superior o intermedio. En este sentido, coincide que, tradicionalmente, los trabajadores que prestan temporalmente servicios en el extranjero suelen ser directivos y personal de alta cualificación profesional. Sin embargo, en la actualidad se aprecia cierta mutación de esta tendencia, detectándose tales fenómenos en relación con personal de cualificación inferior⁶⁴⁵, con lo cual la cuestión de la reducción del ámbito personal de aplicación de los convenios colectivos no deja de ser una cuestión de tratamiento del caso concreto y con independencia de que el trabajador se encuentre destinado temporalmente en el exterior.

2008, núm. 187) (en adelante, II CoCo Sogecable) se dispone que “quedan expresamente exceptuados del ámbito de aplicación del convenio (...) los corresponsales en países extranjeros”.

⁶⁴⁵ Esta reflexión está presente, entre otros, en LYON-CAEN, G. “Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux”, *Droit Social*, núm. 5, 1995, pág. 489; y, más recientemente, en AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 770.

La reproducción de estas prácticas tiene como consecuencia la fragmentación, incluso la ruptura, del régimen jurídico aplicable a la relación de trabajo cuando se desarrolla temporalmente en el extranjero. Por efecto de la movilidad geográfica internacional, el convenio colectivo que hasta entonces regulaba las condiciones laborales del trabajador afectado pierde su vigencia, al menos temporalmente.

Este resultado exige que se haga un examen de la legalidad de tales prácticas. Se trata de un debate que no es nuevo en nuestra disciplina, toda vez también –y sobre todo- los trabajadores temporales han venido experimentando una situación similar. En efecto, es conocida la problemática jurídica planteada por la exclusión generalizada de los trabajadores temporales en la unidad de negociación de los convenios colectivos⁶⁴⁶, y es que la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos es un asunto que viene planteando conflictos desde hace tiempo.

Una necesaria –aunque breve- revisión de esta materia pone de manifiesto la polémica que ha planteado y que todavía no está del todo zanjada⁶⁴⁷. Se propone, en

⁶⁴⁶ Entre otros estudios de referencia, además de los citados, sobre esta concreta problemática, véanse ALONSO GARCÍA, E. “Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla (Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 29, 1987, págs. 129-140; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. “La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1988, págs. 389-407.

⁶⁴⁷ La solución, de hecho, lleva casi tres décadas gestándose, de acuerdo con las reflexiones de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 67, desde el pronunciamiento de la STC (Pleno) 34/1981, de 10 de noviembre (Ref. Ar. RTC 1981\34), donde se hace un análisis y desarrollo exhaustivo del alcance y significado del principio de igualdad y no discriminación a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del art. 28.2 del Decreto 1120/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de derechos pasivos de los funcionarios de la Administración Civil del Estado (BOE de 6 de mayo de 1966, núm. 108).

definitiva, ofrecer una solución plausible a través de la comparación de los que podrían denominarse como “supuestos clásicos” y de la nueva problemática que se suscita respecto de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, cuestionando si los argumentos esgrimidos hasta la fecha en contra de la expulsión de determinados colectivos de trabajadores de la unidad de negociación de ciertos convenios colectivos son igualmente válidos para declarar la nulidad de las cláusulas que hacen lo propio respecto de los trabajadores que prestan temporalmente sus servicios en el extranjero.

2.2.3. Principio de igualdad y no discriminación y ampliación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos de origen

Conviene en este punto realizar un ejercicio previo de contextualización normativa. Por un lado, hay que volver traer a colación el art. 85.3.b) del ET que, en el marco del reconocimiento de la libertad de contratación colectiva, exige no obstante que los convenios estatutarios expresen –en tanto contenido mínimo y entre otros extremos- el “ámbito personal, funcional, territorial y temporal” de aplicación de los mismos. Por otro lado, y dentro del preceptivo “respeto a las Leyes” que se recoge expresamente en dicha disposición, se debe tener en cuenta también el principio de igualdad y no discriminación⁶⁴⁸.

En definitiva, y de acuerdo con lo expresado al respecto en el F.J. 5 de la citada STC 136/1987, “las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación. Antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general (...) está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre «todos los empresarios y

⁶⁴⁸ Que, como es sabido, se consagra como derecho fundamental en el art. 14 de la CE y se incluye entre los derechos de los trabajadores en su relación de prestación de servicios en los arts. 4.2.c) y 17 del ET.

trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación», como prescribe el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores; limitaciones que tienen su fundamento constitucional en el art. 37.1 de la norma suprema, que encomienda a la ley el papel de garantizar «el derecho a la negociación colectiva laboral»⁶⁴⁹.

El planteamiento que resulta de la combinación de los preceptos citados conduce a cuestionar la compatibilidad entre el principio de igualdad y no discriminación y el contenido de aquellas cláusulas de convenios colectivos que limitan su ámbito subjetivo de aplicación. En otras palabras, se trata de plantear “las posibilidades constitucionales para establecer por convenio colectivo condiciones de trabajo distintas de unos grupos laborales a otros dentro de la misma empresa”⁶⁵⁰.

Sintéticamente, en defensa de la postura que aboga por la licitud de las disposiciones que limitan el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos, se apela a la referida libertad de contratación en el entendido de que, en virtud de la misma, las partes que los conciertan tienen, en particular, la facultad de incluir o excluir a cualquier colectivo de su ámbito de aplicación. El argumento fundamental que se opone a éste plantea, por el contrario, la nulidad de dichas cláusulas convencionales limitativas o excluyentes en base a la violación del principio de igualdad y no discriminación⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Nótese que esta resolución ha sido comentada monográficamente por BAYLOS GRAU, A. “Trabajo temporal y discriminación”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1987, págs. 429-439.

⁶⁵⁰ En BORRAJO DACRUZ, E. “Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral”, *Actualidad Laboral*, núm. 28, vol. 2, 1987, pág. 1574.

⁶⁵¹ En suma, de acuerdo con SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J. “Límites de la autonomía colectiva en la definición del ámbito y contenido del convenio colectivo (Comentario a las SSTSJ País Vasco 22 julio 1996 y Baleares 5 julio 1996)”, *Aranzadi Social*, vol. III, 1996, pág. 2406, “en cuanto reconocida constitucionalmente y reguladas legalmente sus principales manifestaciones, la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios ha de expresarse siempre dentro de límites predeterminados. Básicamente, los que imponen el respeto a los derechos

Es preciso, sin embargo, modular los planteamientos que enfrentan ambas posturas a través de la incorporación de un elemento diferencial. Este nuevo matiz que debe tomarse en consideración consiste en valorar si el límite que se impone a la libertad de contratación colectiva en base al respeto del principio de igualdad y no discriminación es un límite absoluto o si, por el contrario, es relativo y, en consecuencia, son admisibles ciertas limitaciones en el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos.

En el supuesto de los convenios colectivos que sustraen a los trabajadores temporales de su respectiva unidad de negociación, existe jurisprudencia consolidada que rechaza dicha exclusión sobre la base del art. 14 de la CE. En concreto, la *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales⁶⁵² que han resuelto la problemática planteada respecto de estos “supuestos clásicos” a favor de la nulidad de las cláusulas negociales de exclusión de su ámbito subjetivo es que tal exclusión no responde a motivo alguno objetivo ni razonable, lo cual la convierte en discriminatoria⁶⁵³.

La aplicación de esta solución unánime a los casos en los que los convenios colectivos excluyen la movilidad geográfica internacional de trabajadores de su unidad de negociación ha dado, sin embargo, resultados diametralmente opuestos. La jurisprudencia, en estas ocasiones, ha convalidado tales prácticas fallando a favor de la legalidad de dichas cláusulas convencionales. Es elocuente el pronunciamiento

fundamentales (...) y a lo «establecido en las normas de superior rango jerárquico» en cuanto sus preceptos «sean de derecho necesario»”.

⁶⁵² Véanse, entre otras, las SSTS (Sala de lo Social) de 20 de septiembre de 1993 (Ref. Ar. RJ 1993\6889), F.D. segundo; de 23 de junio de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\5470), F.D. tercero; y de 19 de diciembre de 1995 (Ref. Ar. RJ 1995\9315), F.D. tercero.

⁶⁵³ En este ámbito, son referentes generales fundamentales los Convenios OIT núm. 111, de 25 de junio de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación) y núm. 117, de 22 de junio de 1962, sobre política social (normas y objetivos básicos), ambos ratificados por España, respectivamente, el 6 de noviembre de 1967 y el 8 de mayo de 1973.

que se contiene en el F.D. tercero de la citada STSud (Sala de lo Social) de 17 de junio de 1994, donde se afirma que de la singularidad de determinados “colectivos que tienen unas características específicas y condiciones concretas derivadas del centro, sito en país extranjero, donde prestan sus funciones (...) derivaría la licitud de su exclusión por las partes negociadoras del convenio estatutario”. De forma más general, por su parte, en el F.D. tercero de la también citada STSud (Sala de lo Social) de 17 de marzo de 1995 se expresa que una exclusión tal “no infringe ningún precepto legal, ni menoscaba los mínimos de derecho necesario y tampoco lesiona el interés de terceros”⁶⁵⁴.

La conclusión principal que se extrae del análisis de esta jurisprudencia supone admitir, por tanto, que el límite que impone el principio de igualdad y no discriminación a la libertad de contratación colectiva no es absoluto, sino que está condicionado. En consecuencia, si la exclusión está dentro de unos límites objetivos y razonables, la cláusula negocial en cuestión es válida y el convenio colectivo no es aplicable a la situación objeto de controversia.

En el supuesto del trabajo temporal en el extranjero, la rotundidad de los pronunciamientos jurisprudenciales en contra de la nulidad de las cláusulas que lo excluyen del ámbito de aplicación de los convenios colectivos no se compadece completamente, en nuestra opinión, con la dinámica real de tales prácticas. Entendemos, por tanto, que la afirmación de que es lícito que la negociación colectiva no se ocupe de ordenar el régimen jurídico de la prestación de servicios cuando ésta se ejecuta temporalmente en el extranjero no debe convertirse en una solución general e indiferenciada.

⁶⁵⁴ Es un argumento que se reproduce, entre otras, en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 27 de enero de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\258), F.D. único.

Conviene tener en cuenta que la problemática en torno a la aplicabilidad del convenio colectivo de la empresa de origen a los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores trasciende los planteamientos expuestos hasta el momento. En efecto, más allá de lo que se disponga en su clausulado, la aplicación de la negociación colectiva nacional a estas experiencias de trabajo transnacional depende directamente de cuál sea la legislación aplicable al contrato. Es decir, los casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores incorporan elementos de extranjería que provocan conflictos de Derecho aplicable, como mínimo, entre el ordenamiento jurídico del país de origen y el país de destino de la prestación de servicios. Así pues, si de la combinación de los distintos puntos de conexión del supuesto en concreto resulta la aplicación del ordenamiento jurídico español, la negociación colectiva, en tanto fuente formal o positiva de las relaciones laborales, será igualmente aplicable⁶⁵⁵.

Sentada esta base, es momento ahora de replantear el objeto de nuestro estudio desde la afirmación de que los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores no pueden, por sí mismos e incondicionalmente, ser expulsados de la unidad de contratación de los convenios colectivos. Retomando los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 1994, consideramos que la evidente singularidad de aquellos “colectivos que tienen unas características específicas y condiciones concretas derivadas del centro, sito en país extranjero, donde prestan sus funciones” no puede justificar dicha expulsión

⁶⁵⁵ Así se prevé expresamente en el art. 3 de la Resolución de 3 de abril de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Multiprensa y Más, S.L. (BOE de 20 de abril de 2007, núm. 95) (en adelante, II CoCo Multiprensa): “El presente Convenio colectivo será de aplicación a todos los centros de trabajo de la Empresa Multiprensa y Más, S.L. que estén situados dentro del territorio del Estado Español, así como a todos aquellos trabajadores con relación laboral con la empresa que presten sus servicios fuera del territorio español, siempre que para regir tal relación las partes hayan elegido la ley española o cuando, en defecto de elección por las partes, la legislación aplicable disponga el respeto de los mínimos de derecho laboral español”.

sino, más bien, el establecimiento de reglas específicas y diferenciadas en su régimen jurídico. Entendemos, por tanto, que la negociación colectiva debe asumir, llegado el momento, la tarea de regular las condiciones de trabajo y empleo en situaciones de movilidad geográfica internacional⁶⁵⁶, así como los requisitos para la adopción de la decisión empresarial de asignación y, en su caso, las características del eventual acuerdo individual o colectivo al respecto⁶⁵⁷.

Al margen de estas consideraciones, entendemos que, en todo caso, sería admisible la exclusión indirecta del trabajo temporal en el extranjero de la unidad de contratación de los convenios colectivos. Esta posibilidad vendría dada por la aplicación de limitaciones generales, establecidas en nuestro ordenamiento jurídico⁶⁵⁸ y validadas por la jurisprudencia⁶⁵⁹, derivadas de características de la

⁶⁵⁶ El art. 2 de la Resolución de 1 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se inscribe en el registro y publica el XXI Convenio Colectivo de Banca (BOE de 16 de agosto de 2007, núm. 196) (en adelante, XXI CoCo Banca) establece que el trabajador afectado “tendrá como mínimo los derechos económicos que le corresponderían de trabajar en territorio español”.

⁶⁵⁷ El art. 4 *in fine* del XVIII CoCo IBERIA dispone que el personal “contratado originariamente en territorio español y destinado a prestar sus servicios fuera de él, se regirá por las normas de este Convenio, salvo en aquellas materias que hayan sido reguladas en forma diferente por la Dirección, como pueden ser las comprendidas en los Capítulos de Retribuciones, Horas Extraordinarias y Jornada”.

Véanse, asimismo, el art. 18 de la Resolución de 27 de marzo de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo para las empresas del Grupo Generali España (BOE de 10 de abril de 2007, núm. 86) (en adelante, IV CoCo Grupo Generali).

⁶⁵⁸ Se trata, principalmente, del establecimiento de reglas específicas en el ámbito de las relaciones laborales de carácter especial –art. 2 del ET- e, incluso, de las actividades excluidas del ámbito de aplicación del ET –art. 1.3 del ET-.

⁶⁵⁹ En la STC (Sala Segunda) 170/1988, de 29 de septiembre (Ref. Ar. RTC 1988\170) que, en su F.J. 2 y en referencia a la exclusión del personal sanitario de la Seguridad Social del ámbito de aplicación del ET, se recuerda que la “regulación diferente de las condiciones de trabajo por cuenta ajena (...) no es contraria al art. 14 de la Constitución si está referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas o está justificada por las características especiales de cada tipo de trabajo”.

actividad profesional o de la propio diseño de la negociación colectiva. Concretamente, de acuerdo de nuevo con la STC 136/1987⁶⁶⁰, el principio de igualdad “no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito funcional y geográfico determinado” pues nada impide que “determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo si es que consideran que (...) esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses”.

Se trataría, como comenta BAYLOS GRAU, “de una excepción lícita a esa unidad de negociación «natural» según el criterio del encuadramiento vertical, por rama de producción, que se funda en un aspecto «en positivo», el de que tal unidad constituida al margen de la común cuente con un poder que permita constituirse con un inequívoco signo de regulación –en positivo- de sus condiciones de trabajo, entendido así como mejor vía para la defensa de sus intereses”⁶⁶¹. Serán, entonces, otros acuerdos de naturaleza colectiva –convenios colectivos de ámbito inferior a la empresa, incluso pactos extraestatutarios- o también individual los que determinen o completen el régimen jurídico aplicable a las experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

2.3. Condiciones de aplicación de la negociación colectiva del país de destino. Los límites impuestos por la Directiva 96/71

En supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores que plantean conflictos normativos, la intervención del Derecho del país de destino

Este argumento también se encuentra, aunque para resolver supuestos de hecho diferentes, entre otras, en las SSTC (Pleno) 22/1981, de 2 de julio (Ref. Ar. RTC 1981\22), F.J. 9; y 26/1984, de 24 de febrero (Ref. Ar. RTC 1984\26), F.J. 3.

⁶⁶⁰ Concretamente, en su F.J. 5.

⁶⁶¹ BAYLOS GRAU, A. “Trabajo temporal y no discriminación”, *op. cit.*, pág. 436.

como elemento corrector del Derecho del país de origen también debe comprender a las normas autónomas, en tanto fuente de las relaciones de trabajo. Ni el Convenio de Roma ni el Reglamento “Roma I”, sin embargo, hacen referencia alguna a este particular, pero ello no puede ser óbice para llegar a esta afirmación, máxime cuando la cuestión se analiza desde la perspectiva del sistema jurídico comunitario.

En este sentido, el TJCE viene declarando, desde el asunto “Seco y Desquenne”⁶⁶², que “el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario”⁶⁶³. Entiende el TJCE que ello no es incompatible con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios que se consagran en los –ahora- arts. 56 y 57 del TFUE. La aplicación de esta doctrina a la articulación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero supone afirmar que no existen obstáculos para extender la aplicación de la negociación colectiva del país huésped a las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional.

Ahora bien, el propio TJCE matiza su afirmación y exige que la aplicación de las normas autónomas sea necesaria y proporcionada para garantizar la

⁶⁶² STJCE de 3 de febrero de 1982, asuntos acumulados 62/81 y 63/71 (Recop. Jurisp. 1982, pág. 223), aptdo. 14.

⁶⁶³ En los mismos términos, véanse, entre otras, las SSTJCE (Sala Sexta) de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89 “Rush Portuguesa” (Ref. Ar. TJCE 1990\135), aptdo. 18; (Sala Primera) de 28 de marzo de 1996, asunto C-272/94 “Guiot” (Ref. Ar. TJCE 1996\60), aptdo. 12; y asunto “Arblade”, aptdo. 41.

Nótese, además, que este pronunciamiento se encuentra reproducido literalmente en el considerando 12 de la Directiva 96/71.

protección de los trabajadores afectados⁶⁶⁴. Como consecuencia de esta matización, entiende ahora este Tribunal que la existencia de disposiciones negociales en el país de destino más favorables para los trabajadores en régimen de movilidad geográfica internacional no es admisible por interferir con las libertades económicas⁶⁶⁵, en tanto en cuanto considera que tales normas están dirigidas a proteger a las empresas establecidas en ese territorio, lo cual es contrario a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Es en el asunto “Laval”, aptdo. 57, donde se hace referencia expresa a la aplicación de tales cautelas a las normas de carácter convencional cuando se indica que “el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación o los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales (...) a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, con independencia del Estado de establecimiento del empresario (...)” a lo que añade que “la aplicación de tales normas debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen, que consiste en la protección de los trabajadores desplazados, y no debe ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo”.

En general, la STJCE (Sala Quinta) de 24 de enero de 2002, asunto C-164/99 “Portugaia Construções” (Ref. Ar. TJCE 2002\24), aptdo. 30, dispone que “corresponde a las autoridades o, en su caso, a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si dicha normativa, considerada de manera objetiva, garantiza la protección de los trabajadores desplazados”.

Por su parte, la STJCE (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2001, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, “Finalarte” (Ref. Ar. TJCE 2001\298), aptdo. 53, se refiere a la proporcionalidad que debe mediar entre la ventaja reconocida normativamente y el respecto al objetivo de interés general que se persigue. En sentido similar, véase el asunto “Comisión/Alemania” de 2006, aptdo. 36.

⁶⁶⁵ Véase LANDA ZAPIRAIN, J. P. y MORENO MARCOS, M. “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2008, pág. 21.

⁶⁶⁶ Observa BAYLOS GRAU, A. “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, op. cit., pág. 18, que “la peculiar forma de construcción y desarrollo del ordenamiento comunitario lo hacen bascular sobre un orden de valores diferentes, prioritariamente dirigidos a la consecución del mercado común y de la unidad monetaria y financiera”.

En relación con ello, la Directiva 96/71 dispone, en su art. 3.8, que la aplicación de los convenios colectivos del país de destino debe servir para garantizar la igualdad de trato entre las empresas establecidas en el territorio de ese país y las empresas que desplazan allí a sus propios trabajadores. A más, se establece como condición que dichas empresas se hallen en una situación similar, es decir, que “estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas objeto de los desplazamientos (...) y puedan serle exigidas dichas obligaciones con los mismos efectos”.

Interesa destacar en este punto que la Directiva 96/71 utiliza la protección de la empresa de origen como parámetro para determinar la aplicación de las normas concurrentes. A pesar de que, en su considerando 5, establece que “el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores”⁶⁶⁷, la Directiva 96/71 acaba por privilegiar la defensa de los intereses empresariales sobre los de los trabajadores, negando así la posibilidad de que la lucha contra el *dumping* social sea compatible con la protección de los trabajadores.

Es incuestionable, y así lo confirma el TJCE, que “las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y servicios no rigen solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extienden asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el

⁶⁶⁷ En la STJCE (Sala Segunda) de 12 de octubre de 2004, asunto C-60/03 “Wolff and Müller” (Ref. Ar. TJCE 2004\289), aptdo. 42, se confirma que “no existe necesariamente una contradicción entre el objetivo de mantener la competencia leal, por una parte, y el de garantizar la protección de los trabajadores”.

A propósito de esta resolución, véase MARTÍNEZ FONS, D. “Contratas transnacionales y límites en la aplicación de las normas del Estado de ejecución: la penetración de la libre prestación de servicios en el Derecho Social (Pereira Félix). Comentario a la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-60/03)”, *Iuslabor*, núm. 2, 2005.

trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios”⁶⁶⁸. El ejercicio de la autonomía negocial, en efecto, está condicionado al respeto del conjunto del ordenamiento jurídico, sean sus normas de carácter nacional o supranacional.

Ahora bien, entendemos que la aplicación de dichas disposiciones comunitarias no puede llevarse al extremo de implicar la negación misma del sentido de la negociación colectiva. Las normas autónomas están llamadas, precisamente, a mejorar los estándares sociales, proteger los intereses de los trabajadores y permitir un clima de competencia leal entre las empresas. El ejercicio del derecho a la negociación colectiva, reconocido expresamente en el art. 28 de la CDFUE⁶⁶⁹, no puede verse comprometido, a nuestro entender, por la libertad de prestación de servicios con el pretexto de que las normas autónomas establecen medidas destinadas a mejorar las condiciones de trabajo y empleo⁶⁷⁰. Ésta es precisamente su razón de ser, y no puede ser puesta en cuestión por el Derecho comunitario, con la complicidad del TJCE, negando a las disposiciones imperativas de naturaleza laboral su carácter general de mínimos mejorables⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ STJCE (Pleno) de 11 de abril de 2000, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97 “Deliège” (Ref. Ar. TJCE 2000\78), aptdo. 47.

⁶⁶⁹ En detalle, este precepto dispone que “los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”.

⁶⁷⁰ En este sentido, LANDA ZAPIRAIN, J. P. y MORENO MARCOS, M. “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, *op. cit.*, págs. 25 y 30.

⁶⁷¹ Es una cuestión que también se detecta en las Conclusiones del Abogado General MENGOZZI, presentadas el 23 de mayo de 2007, respecto del asunto “Laval”, aptdos. 260 y ss.

A más, tampoco nos parece que las restricciones impuestas desde las instituciones comunitarias a la aplicación de la negociación colectiva en este contexto se compadezcan con el respeto al principio de igualdad de trato. Limitando la intervención del Derecho del país de destino a sus disposiciones mínimas se está impidiendo la aplicación de máximos convencionales que establecen garantías de no discriminación entre las relaciones de trabajo que se desarrollan en su territorio⁶⁷². Si el acuerdo colectivo del país de destino está configurado para ser aplicado a los trabajadores en régimen de movilidad geográfica internacional, no existe motivo objetivo y razonable para impedir dicha aplicación, ni siquiera el respeto a las libertades económicas⁶⁷³. Entendemos, en definitiva, que el principio de igualdad, positivizado así por la negociación colectiva, debe ser prevalente en este ámbito.

Las dificultades de aplicación de las disposiciones convencionales del país de destino de la prestación temporal de servicios en el extranjero, sin embargo, no acaban aquí. El art. 3.1. de la Directiva 96/71 exige que se trate de acuerdos colectivos de eficacia general, entendidos éstos, *ex art.* 3.8, como aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos.

Se plantea aquí un problema fundamental, cual es que no existe un sistema común de reconocimiento de dicha eficacia general en los sistemas normativos internos de la UE⁶⁷⁴. Es seguramente en razón de ello por lo que el propio art. 3.8 de

⁶⁷² En RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Condiciones laborales de trabajadores desplazados: garantía de mínimos legales, que no convencionales”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2008, pág. 702.

⁶⁷³ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?”, *op. cit.*, pág. 98.

⁶⁷⁴ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval”, *op. cit.*, pág. 69, advierte que “las características señaladas que se exigen a los convenios colectivos para poder aplicarlos a las

la Directiva 96/71 dispone que, a falta de dicho sistema, “los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en los convenios colectivos o laudos arbitrales que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos, y/o los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional”.

Se trata ésta, a nuestro entender, de una solución inadecuada, en tanto en cuanto hace depender la eficacia de los convenios colectivos de la voluntad del poder heterónimo. La Directiva 96/71, de nuevo en este punto, interviene sin medida en la articulación de los sistemas nacionales de relaciones laborales, desvirtuando el papel de la negociación colectiva como fuente autónoma de producción de normas⁶⁷⁵.

Por otra parte, el hecho de que se circunscriba a los convenios con un amplio ámbito de aplicación tampoco es garantía de que se dé una respuesta adaptada a la situación del trabajador en régimen de movilidad geográfica externa. El Derecho comunitario parece ser ajeno a la realidad de que los sistemas nacionales

empresas que prestan un servicio en un Estado miembro, habiendo desplazado a sus propios trabajadores (...) no tienen adecuadamente en cuenta la disparidad de estructuras de negociación colectiva existentes entre los Estados miembros”.

De hecho, como observa OJEDA AVILÉS, A. “Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1997, pág. 50, “en Europa los acuerdos no suelen tener inicialmente dicha eficacia general, con la excepción de España, y sólo en contadas ocasiones se decide por la Administración la extensión general de los pactos de eficacia limitada”.

⁶⁷⁵ La Directiva 96/71, como advierte OJEDA AVILÉS, A. “Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados”, *op. cit.*, pág. 50, “rompe con la tónica que parecía consagrarse en los años noventa en cuanto al «reconocimiento» de la negociación colectiva como vehículo de primer orden para la regulación de las condiciones de trabajo europeas”.

de negociación colectiva tienen una configuración diversa y heterogénea⁶⁷⁶. Incluso si, como ocurre en nuestro sistema convencional, existe un acuerdo colectivo con eficacia normativa privilegiada –*erga omnes*–, cual es el convenio colectivo estatutario, y se cumplen, por tanto, las exigencias de la Directiva 96/71, ello no implica necesariamente que sea de aplicación automática a las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional.

Con todo, la puesta en cuestión de la eficacia de las normas heterónomas nacionales como fuente de regulación de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores que prestan servicios en el extranjero, a nuestro entender, no debe conducir a negar toda intervención de la negociación colectiva. Resulta sumamente interesante, en este contexto, reflexionar sobre las posibilidades que ofrece la negociación colectiva que trasciende la esfera nacional.

2.4. La negociación colectiva supranacional. Especial atención a la experiencia europea

La limitada eficacia que tiene la negociación colectiva nacional en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores favorece la generación de fuentes alternativas de regulación que dispongan soluciones específicas adaptadas en la materia. En el espacio comunitario, concretamente, se trata de una cuestión que presenta gran interés⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Véase, por todos, AA.VV. (Ed. COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS) *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

⁶⁷⁷ A este respecto, RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Mercado empresarial europeo y Derecho Laboral: algunas pistas a partir de la jurisprudencia comunitaria”, *Tribuna Social*, núm. 219, 2009, pág. 54, opina que “la puesta en marcha de órganos de representación supranacional, como el comité de empresa europeo, debe ser el germen que desemboque en la clarificación sobre el modo y alcance de las posibles medidas de conflicto internacional”.

En el ámbito de la UE, y con la expectativa de “creación de un espacio europeo de negociación colectiva”⁶⁷⁸, existen cuatro referentes fundamentales en materia de derechos de participación, información y consulta⁶⁷⁹. Se trata, en detalle, de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁶⁸⁰ –que quedará derogada el 6 de junio de 2011 por la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009⁶⁸¹ (homónima)⁶⁸²–; la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores⁶⁸³; la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea⁶⁸⁴; y la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de

⁶⁷⁸ MERCADER UGUINA, J. R. “Derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (La Ley 10/1997, de 24 de abril, de transposición de la Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo), *Relaciones Laborales*, vol. II, 1997, pág. 1025.

⁶⁷⁹ Existen ciertamente otras iniciativas normativas previas en esta materia, también en el marco internacional, para cuyo análisis nos remitimos a MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 127 y ss.

⁶⁸⁰ DOUE de 30 de septiembre de 1994, núm. L 254 (en adelante, Directiva 94/45).

⁶⁸¹ DOUE de 16 de mayo de 2009, núm. L 122.

⁶⁸² Así, como se dispone en su art. 17, “las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo III”.

⁶⁸³ DOUE de 10 de noviembre de 2001, núm. L 294 (en adelante, Directiva 2001/86).

⁶⁸⁴ DOUE de 23 de marzo de 2002, núm. L 80 (en adelante, Directiva 2002/14).

2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores⁶⁸⁵.

Es de destacar, primeramente, que con la Directiva 94/45 se instaura una técnica normativa que es reproducida por las demás Directivas relacionadas. De hecho, en estos cuatro textos se establecen disposiciones similares, lo que aconseja llevar a cabo un análisis integrador de los mismos⁶⁸⁶. Ahora bien, entendemos que dicho análisis –que es extrapolable, por lo general, a las normas nacionales de transposición⁶⁸⁷– debe ir precedido de un breve estudio de sus respectivos ámbitos de aplicación.

Por lo que respecta a la Directiva 94/45, es de aplicación a las empresas y grupos de empresas, públicos o privados y de cualquier rama o sector de actividad, siempre y cuando tengan dimensión comunitaria⁶⁸⁸. Los límites aplicativos de sus disposiciones se encuentran, precisamente, en la delimitación del concepto de “dimensión comunitaria”.

⁶⁸⁵ DOUE de 18 de agosto de 2003, núm. L 207 (en adelante, Directiva 2003/72).

⁶⁸⁶ Véase AA.VV. (Coord. PRADOS DE REYES, F. J. y SÁEZ LARA, C.) “Los derechos fundamentales laborales en el Proyecto de Constitución Europea”, en AA.VV. (Coord. QUESADA SEGURA, R.) *La Constitución Europea y las relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, págs. 177-201, sobre los derechos de información y consulta en el Derecho comunitario y su materialización en las Directivas citadas.

⁶⁸⁷ En España, concretamente, la norma de transposición de la Directiva 94/45 es la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE de 25 de abril de 1997, núm. 99); de las Directivas 2001/86 y 2003/72, la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE de 19 de octubre de 2006, núm. 250); y de la Directiva 2002/14, la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información y consulta de los trabajadores, y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE de 17 de noviembre de 2007, núm. 276).

De acuerdo con su art. 2.1.a), la empresa de dimensión comunitaria es aquella que ocupa 1.000 trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros, siempre que un mínimo de 150 estén empleados, al menos, en dos Estados miembros diferentes. Por su parte, en los puntos b) y c) del art. 2.1 se define el grupo de empresas de dimensión comunitaria como el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas⁶⁸⁹ que, además, comprende un mínimo de dos empresas del grupo en Estados miembros diferentes y emplea 1.000 trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros, siempre que, al menos, una empresa del grupo emplee 150 trabajadores o más en un Estado miembro y que, al menos, otra de las empresas del grupo emplee 150 trabajadores o más en otro Estado miembro⁶⁹⁰.

Los exigentes umbrales numéricos que se disponen para conferir dimensión comunitaria a las empresas y grupos de empresa provocan que haya bastantes supuestos que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Esta circunstancia trae como consecuencia que no exista, *a priori*, una garantía general de reconocimiento de derechos de información y consulta en todas las empresas con estructura compleja

⁶⁸⁸ Analiza ampliamente esta cuestión GÓMEZ GORDILLO, R. *El comité de empresa europeo: un estudio jurídico*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, págs. 155 y ss.

⁶⁸⁹ El art. 3.1 de la Directiva 94/45 define como “empresa que ejerce el control” aquella que puede ejercer su influencia dominante en otra empresa –denominada “empresa controlada”–, por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos. Este art. 3 se completa con una serie de suposiciones y excepciones aplicables al concepto de “empresa que ejerce el control”.

⁶⁹⁰ Añade el art. 2, en su aptdo. 2, que “la plantilla mínima de los trabajadores se fijará con arreglo a la media de trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedentes, calculada con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. En la Ley 10/1997, la forma de cálculo del número de trabajadores se detalla en el art. 25.

Véase sobre este particular QUINTANILLA NAVARRO, B. *Dimensión de la empresa y órganos de representación. El cómputo de los trabajadores temporales en el ordenamiento español y en el de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 86 y ss.

que operan a nivel externo⁶⁹¹, lo que puede afectar sensiblemente a las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

Complementarias a la Directiva 94/45 son las Directivas 2001/86 y 2003/72, que establecen disposiciones mínimas, bajo el término “implicación”⁶⁹², en materia de información, consulta y participación de los trabajadores en Sociedades Anónimas Europeas y Sociedades Cooperativas Europeas, respectivamente⁶⁹³.

Se entiende por Sociedad Anónima Europea aquella que se constituye con arreglo a los arts. 15 a 37 del Reglamento 2157/2001⁶⁹⁴ y las normas nacionales de transposición del mismo, así como de la Directiva 2001/86⁶⁹⁵. A saber: se trata de

⁶⁹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ GORDILLO, R. “Grupo de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores”, *op. cit.*, pág. 150, nota 9, listan las multinacionales que pueden considerarse empresas o grupos de dimensión comunitaria en España en el sentido de la Directiva 94/45.

Sobre la dimensión de las empresas en España, véase asimismo GÓMEZ GORDILLO, R., GORELLI HERNÁNDEZ, J y VALVERDE ASECIO, A. *Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2002, pág. 184.

⁶⁹² Se trata, como señala GÓMEZ GORDILLO, R. “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español”, *Temas Laborales*, núm. 90, 2007, pág. 45, de “un nuevo concepto aglutinador que comprende el conjunto de mecanismos reglados que permiten a los trabajadores intervenir en las decisiones de la empresa, de la que deben excluirse las medidas de conflicto colectivo”.

⁶⁹³ En referencia a las primeras, véase GARRIDO PÉREZ, E. “La Sociedad Europea: un nuevo impulso para la participación de los trabajadores en las empresas”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, *op. cit.*, págs. 233-270.

⁶⁹⁴ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOUE de 10 de noviembre de 2001, núm. L 294).

⁶⁹⁵ CASAS BAAMONDE, M. E. “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 117, 2003, pág. 373, califica “la vinculación de la Directiva complementaria al Reglamento complementado” como un “peculiar conjunto normativo de carácter híbrido o mixto”.

una sociedad anónima de segundo grado, con personalidad jurídica propia y con domicilio social en el mismo Estados miembro en que se halla su administración central. Su regulación corresponde al ordenamiento jurídico del Estado miembro en que tenga su domicilio social, y su capital –que no puede ser inferior a 120.000 € debe estar dividido en acciones⁶⁹⁶.

Una Sociedad Cooperativa Europea, por su parte, es toda agrupación⁶⁹⁷ de personas o entidades jurídicas⁶⁹⁸ de ámbito comunitario que se rigen, entre otros,

⁶⁹⁶ Existen, en concreto, cuatro vías de creación de una Sociedad Anónima Europea, que sintetiza LUJÁN ALCARAZ, J. “La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, pág. 24: “En primer lugar, la que pueden utilizar las *sociedades anónimas* listadas en su Anexo I, mediante un acuerdo de *fusión* entre ellas, siempre que al menos dos de las mismas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes (arts. 12 y ss). En segundo lugar, la posibilidad reconocida tanto a *sociedades anónimas* como a *sociedades de responsabilidad limitada* (Anexo II) para constituir un «holding» siempre que, al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de dos Estados miembros diferentes o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado o una sucursal en otro Estado durante, al menos, dos años (arts. 32 y ss). En tercer lugar, mediante la *constitución de una filial* (arts. 2.3 y 35-36). Y, en cuarto lugar, mediante la *transformación de una sociedad anónima* ya existente, siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado durante, al menos, dos años (arts. 2.4 y 37)”.

⁶⁹⁷ Como la Anónima, también la Sociedad Cooperativa Europea puede constituirse de múltiples formas. A saber, de acuerdo con el art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) (DOUE de 18 de agosto de 2003, núm. L 207) (en adelante, Reglamento 1435/2003): a) por un mínimo de cinco personas físicas que residan en al menos dos Estados miembros; b) por un mínimo de cinco personas físicas y sociedades en la acepción del segundo párrafo del artículo 48 del Tratado, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros; c) por sociedades con arreglo al segundo párrafo del artículo 48 del Tratado y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros; d) por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; y e) por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la

por los principios de estructura y gestión democráticas y de distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero⁶⁹⁹, y cuyo objetivo principal debe ser la satisfacción de las necesidades de sus socios o el desarrollo de sus actividades económicas o sociales⁷⁰⁰.

El limitado alcance aplicativo de la Directiva 94/45, sobre todo desde la perspectiva de la idiosincrasia del tejido empresarial español, y de las Directivas 2001/86 y 2003/72, por estar referidas únicamente a las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas, se ve suplido parcialmente con la aprobación de la Directiva 2002/14. Se trata de una norma de armonización de las disposiciones nacionales en materia de información y consulta⁷⁰¹ que, como indica el propio legislador comunitario, supone “una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas

Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

⁶⁹⁸ De acuerdo con el considerando 9 del Reglamento 1435/2003, “sus socios pueden ser tanto particulares como empresas”. De hecho –continúa– “la cooperativa puede estar integrada, en su totalidad o en parte, por clientes, trabajadores o proveedores. Las cooperativas integradas por socios que son a su vez empresas cooperativas se denominan cooperativas secundarias o de segundo grado. En algunos casos, las cooperativas también pueden contar entre sus miembros con un porcentaje determinado de socios inversores no usuarios o de terceros que se benefician de su actividad o realizan trabajos por cuenta de la cooperativa”.

⁶⁹⁹ En el considerando 10 del Reglamento 1435/2003 se detallan otros principios que debe respetar toda Sociedad Cooperativa Europea.

⁷⁰⁰ Así se expresa en el art. 1.3 del Reglamento 1435/2003.

⁷⁰¹ Afirma GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L. “La Directiva 2002/14/CE, 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, vol. 1, 2003, pág. 60, que la Directiva 2002/14 está concebida “como un medio instrumental, que no tiene valor en sí mismo, sino que constituye una garantía de otros derechos sustantivos dignos de protección”.

por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo”⁷⁰².

El ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14⁷⁰³ es efectivamente más amplio que el de aquéllas, pues incluye, *ex art. 3*, tanto a las empresas que empleen al menos a 50 trabajadores, como a los centros de trabajo con un mínimo de 20 trabajadores en plantilla⁷⁰⁴. Ahora bien, en todo caso ha de tratarse de empresas o centros de trabajo establecidos en territorio comunitario⁷⁰⁵.

Ya sea en el ámbito de empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, ya de Sociedades Anónimas o Cooperativas Europeas, ya empresas o centros de trabajo con 50 ó 20 trabajadores, como mínimo, respectivamente, los trabajadores empleados en el territorio de la UE tienen garantizados los derechos de información, consulta y participación de acuerdo con las reglas que pasamos a comentar. A tal efecto, interesa especialmente comenzar con el análisis del proceso de constitución del comité de empresa europeo o de establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores, toda vez inicia el camino para que los trabajadores de empresas de dimensión comunitaria

⁷⁰² Considerando 9 de la Directiva 2002/14.

⁷⁰³ Véase, entre otros, GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L. “La Directiva 2002/14/CE, 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *op. cit.*, págs. 61-62.

⁷⁰⁴ Al igual que la Directiva 94/45, la Directiva 2002/14 deja a los Estados miembros la determinación del modo de calcular el número de trabajadores empleados.

⁷⁰⁵ Nótese que esta Directiva ha limitado transitoriamente su aplicación a las empresas con al menos a 150 trabajadores –hasta el 23 de marzo de 2007-, y a empresas con un mínimo de 100 trabajadores, o centros de trabajo con 50 trabajadores o más –hasta el 23 de marzo de 2008-, en Estados miembros sin un sistema obligatorio de información y consulta de los trabajadores y de sus representante, para evitar dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Véanse, concretamente, el considerando 21 y art. 10 de la Directiva 2002/14.

tengan los mismos derechos que los trabajadores de una empresa nacional: “derecho a ser informados y consultados sobre decisiones empresariales que les conciernen”⁷⁰⁶.

Es fundamental destacar que el acuerdo de constitución del comité de empresa europeo o de establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores, de acuerdo con la normativa española de transposición de la Directiva 94/45⁷⁰⁷, está dotado de eficacia general⁷⁰⁸. En efecto, como dispone el art. 13 de la Ley 10/1997, “el acuerdo concluido entre la dirección central y la comisión negociadora obliga a todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria y a todas las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria incluidos dentro del ámbito de aplicación⁷⁰⁹, así como a sus

⁷⁰⁶ En TERRADILLOS ORMAETXEA, E. “La doctrina del TJCE sobre el «derecho horizontal de información» en el caso de un grupo de empresas cuya dirección central no está situada en un Estado miembro”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2003, pág. 513.

⁷⁰⁷ Para un estudio de los antecedentes de la Ley 10/1997, véase OLMO GASCÓN, A. M. “El proyecto de Ley español para la transposición de la Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1997, págs. 55-74.

Por otra parte, destacamos el análisis comparativo de la Directiva 94/45 y la Ley 10/1997 de MENDOZA NAVAS, N. “La construcción de instrumentos de representación en el nivel transnacional: el Comité de Empresa Europea y la experiencia española”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, op. cit., págs. 131-152.

⁷⁰⁸ La Directiva 94/45, como observan DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C. *El papel de la participación en las relaciones laborales*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 112, “deja abierta la cuestión de la naturaleza y eficacia de los acuerdos de constitución de un CEU o de establecimiento de un procedimiento de información y consulta, como no podía ser menos teniendo en cuenta la diversidad de las regulaciones referentes a esta cuestión en los ordenamientos nacionales”.

⁷⁰⁹ El art. 2.1 de la Ley 10/1997 dispone que la aplicación de esta Ley “a las empresas de dimensión comunitaria y grupos de empresas de dimensión comunitaria, públicos y privados de cualquier rama o sector de actividad”.

trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia”⁷¹⁰. Nótese a este respecto que la misma Ley 10/1997 prevé la posibilidad de que se establezca un ámbito de aplicación más amplio, habilitando así que el acuerdo vincule a empresas y trabajadores fuera del espacio comunitario⁷¹¹.

Por lo que respecta a las Sociedades Europeas, tanto Anónimas como Cooperativas, el diseño del mecanismo de implicación de los trabajadores es similar al del acuerdo de constitución del comité de empresa europeo o de establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores. Ahora bien, conviene hacer algunas precisiones⁷¹².

La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas se puede hacer efectiva de dos formas. Cabe, por una parte, la suscripción, tras un procedimiento de negociación, de un acuerdo sobre constitución de un órgano de representación –denominado “acuerdo de implicación”-. Por otra parte, a falta de dicho acuerdo, la implicación queda

⁷¹⁰ Paralelamente, en referencia a la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros, el art. 29 de la Ley 10/1997 dispone que “obligan a todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria y a todas las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia”.

⁷¹¹ El art. 2.1. de la Ley 10/1997 señala que “en el acuerdo al que se refiere el artículo 12 se podrá establecer un ámbito de aplicación más amplio”. En concreto, el art. 12.2 de la Ley 10/1997 dispone que “la dirección central y la comisión negociadora podrán acordar, en vez de la constitución de un comité de empresa europeo, el establecimiento de uno o más procedimientos de información y consulta a los trabajadores sobre aquellas cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a sus intereses”.

⁷¹² Véase, *in extenso*, GÓMEZ GORDILLO, R. “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español”, *op. cit.*, págs. 42 y ss.

determinada por disposiciones nacionales de referencia que deben respetar las reglas establecidas en el correspondiente Anexo de cada Directiva⁷¹³.

En el concreto ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, la aprobación de este entramado de normas tiene, a nuestro entender, una importancia destacada. En efecto, la regulación de los derechos de información y consulta a los trabajadores en empresas de dimensión supranacional ofrece a los trabajadores que prestan temporalmente servicios en el extranjero un espacio de protección del que puede que carezcan a nivel interno⁷¹⁴. A más, el hecho de que se trate, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdos dotados de eficacia general⁷¹⁵ evita que entren en juego las reservas que se plantean al respecto en el ámbito de las normas relacionadas con la determinación del Derecho aplicable en estas situaciones.

En lo referente a las competencias de los órganos de participación, información y consulta, consideramos que pueden dar especial cabida a las cuestiones relacionadas con las situaciones de trabajo temporal en el extranjero. A pesar de que no hay referencias expresas a las mismas, están planteadas con tal

⁷¹³ Ampliamente, LUJÁN ALCARAZ, J. “La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores”, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

⁷¹⁴ A nivel negocial, es muy destacada la regulación del “Estatuto de Redacción” del CoCo Agencia EFE.

⁷¹⁵ En relación con ello, CABEZA PEREIRO, J. “La constitución del comité de empresa europeo en una empresa o un grupo con dirección central en España”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1997, pág. 540, señala que “la eficacia y tramitación de los acuerdos se acerca muy considerablemente a las de los convenios colectivos del Título III, ET, a cuya naturaleza jurídica se asemejan mucho, si es que no se asimilan”.

generalidad que, a nuestro entender, podrían –o más bien, deberían- incluir dichas cuestiones⁷¹⁶ siempre que se desarrollen en sus respectivos ámbitos de aplicación⁷¹⁷.

En concreto, en el Anexo de la Directiva 94/45⁷¹⁸ se dispone que el comité de empresa europeo tiene derecho a ser informado y consultado, al menos una vez al año, sobre cuestiones relacionadas, entre otras materias, con la estructura de la empresa, la evolución probable de las actividades, la situación y evolución probable del empleo, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, y los traslados de producción. Idéntica fórmula es la que se emplea en los Anexos de las Directivas 2001/86 y 2003/72. En el art. 4 de la Directiva 2002/14 sí se aprecian diferencias que, sin embargo, acaban por ser meramente formales⁷¹⁹.

En caso de que concurren circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, se prevé, además, que se informe a sus representantes con la debida antelación. Ello puede ir acompañado de

⁷¹⁶ Ello exige, de acuerdo con BAYLOS GRAU, A. “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario”, *op. cit.*, págs. 57-58, la “autorresponsabilización de cada sujeto colectivo”.

⁷¹⁷ Sólo el art. 6.3 *in fine* de la Directiva 94/45 dispone que “esta información se referirá, en particular, a cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores”.

⁷¹⁸ En este Anexo se establecen los requisitos que deben cumplir las disposiciones subsidiarias previstas por la legislación del Estado miembro, en el contexto del art. 7 de la Directiva 94/45, y que en España se localizan en el art. 18 de la Ley 10/1997.

⁷¹⁹ En este precepto, las materias objeto de información y consulta se agrupan en tres apartados: evolución presente y futura de las actividades llevadas a cabo por la empresa o centro de trabajo en cuestión así como el estado de su situación económica; estructura y previsión del empleo en la entidad mercantil de la que se trate y las medidas aplicables en caso de riesgo para el empleo; y decisiones patronales que puedan provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y los contratos laborales.

reuniones adicionales con cualquier nivel de dirección de la empresa o del grupo⁷²⁰. Se trata de una posibilidad más de que los procesos de movilidad geográfica internacional se sometan a la verificación y control de la representación de los trabajadores, lo cual es especialmente relevante tratándose de supuestos de modificaciones obligacionales de carácter colectivo.

En relación con ello, consideramos que en aquellas empresas o grupos de empresas que operan a nivel supranacional donde pueden sucederse supuestos de movilidad geográfica internacional, los representantes de los trabajadores deben tener expresamente entre sus atribuciones las cuestiones relacionadas con los mismos. Ello va a permitir, a la postre, que se superen las eventuales deficiencias que presente la negociación colectiva nacional al respecto y que no quedan resueltas con la determinación del Derecho aplicable mediante las reglas generales. Las Directivas sobre derechos de participación y consulta, y sus normas de transposición, en efecto, convierten a la negociación colectiva en un “vehículo de primer orden para la regulación de las condiciones de trabajo europeas”⁷²¹, lo cual tiene una relevancia destacada para las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica supranacional⁷²².

⁷²⁰ Estas previsiones de recogen de forma idéntica en los respectivos Anexos de las Directiva 94/45, 2001/86 y 2003/72, pero no en la Directiva 2002/14.

⁷²¹ OJEDA AVILÉS, A. “Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados”, *op. cit.*, pág. 50.

⁷²² En relación con ello, afirma TERRADILLOS ORMAETXEA, E. “La doctrina del TJCE sobre el «derecho horizontal de información» en el caso de un grupo de empresas cuya dirección central no está situada en un Estado miembro”, *op. cit.*, pág. 517, que “los procedimientos de información y consulta a los trabajadores no se adaptaban con frecuencia a la estructura transnacional pudiendo dar lugar a un trato desigual de los trabajadores afectados por una decisión adoptada por una empresa distinta a donde trabajan”.

3. La intervención de los principios laborales de interpretación y aplicación de las normas en la determinación del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores

Es un hecho que las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional presentan conexiones jurídicamente relevantes, sobre todo, con dos Derechos internos: el del país de origen y el del país de destino. A la resolución de este conflicto están consagradas las normas privadas internacionales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que establecen un sistema de reglas y soluciones correctivas con una finalidad eminentemente tuitiva de los trabajadores.

Ello no obstante, la singular configuración que tiene el ordenamiento jurídico-laboral, donde coexisten fuentes heterónomas y autónomas, unida al particular diseño del ámbito de aplicación de ciertos instrumentos convencionales, plantean problemas de articulación entre los Derechos del país de origen y de destino. En estos supuestos, la relación de trabajo es susceptible de ser ordenada por disposiciones de ambos Derechos en régimen de concurrencia, aunque también puede suceder que la movilidad geográfica internacional provoque una sucesión de normas. Al análisis de estos problemas de articulación, así como al planteamiento de soluciones al respecto por medio de la intervención de los principios laborales de interpretación y aplicación de las normas, están dedicadas las líneas siguientes.

3.1. Concurrencia de normas del país de origen y de destino

3.1.1. Análisis del principio *favor laboratoris* en clave internacional

Como es sabido, el art. 3.3 del ET dispone que “los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán

mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”⁷²³.

La aplicación del principio de norma más favorable que consagra este precepto, fundamento básico del Derecho del Trabajo⁷²⁴, está sufriendo acusados retrocesos desde hace un tiempo⁷²⁵. En particular, la selección de la norma más favorable no tiene prácticamente cabida en casos de colisión de normas estatales, pues en estos supuestos rige el principio de jerarquía⁷²⁶. En el ámbito de las relaciones entre normas estatales y pactadas, también dicho principio presenta escasa aplicabilidad, dado que la negociación colectiva está sujeta al principio de norma mínima y su comparación con las disposiciones heterónomas es francamente

⁷²³ Nótese, como evidencian CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F. “Principios de aplicación de las normas laborales”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 133, que este principio es “una consecuencia obligada del principio de norma mínima, pues uno y otro sólo pueden concebirse recíprocamente”.

⁷²⁴ “Su auténtica alma”, en palabras de CHALARON, Y. “L’application de la disposition la plus favorable”, en AA.VV. *Les transformations du Droit du Travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, op. cit.*, pág. 243.

Para MERCADER UGUINA, J. R. “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *op. cit.*, pág. 19, es, junto con el principio de norma mínima, “la columna vertebral y pilar maestro sobre el que se ha asentado el sistema de fuentes laborales”.

⁷²⁵ Es más, como observa BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al Derecho de Trabajo*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 341, “en la actualidad, los principios fundamentales del Derecho español del Trabajo están en periodo de revisión”.

⁷²⁶ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Civitas, Madrid, 2008, pág. 1154, sostienen que “el principio de norma más favorable entre normas estatales sólo podrá jugar de *forma absolutamente excepcional* entre regulaciones legales y reglamentarias generales y normas reglamentarias sectoriales. Por tanto, jugará excepcionalmente entre aquellas disposiciones generales y las normas sectoriales excepcionales, contempladas por la disp. adic. 7ª. ET como subsidiarias respecto de los convenios colectivos y de sus procedimientos de extensión”.

controvertida⁷²⁷. Asimismo, en supuestos de concurrencia de convenios, las soluciones dispuestas por el art. 84 del ET parecen no dejar lugar para la aplicación del principio de norma más favorable⁷²⁸. En consecuencia, como se sostiene de manera prácticamente unánime en la doctrina de autores, su aplicación en supuestos de conflicto normativo se encuentra en franco retroceso⁷²⁹.

⁷²⁷ En AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.) *Estatuto de los trabajadores comentado, op. cit.*, pág. 84, se entiende que “allí donde la concurrencia sea de normas de diverso rango no funciona la regla de lo más favorable; funciona lisa y llanamente la jerarquía normativa o, en su caso, la regla de la suplementariedad (...) en términos de que la norma superior fija mínimos de derecho necesario incrementables por la norma inferior”.

Por su parte, MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 3. Fuentes de la relación laboral”, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, pág. 44, entiende que el juego del principio de norma más favorable parece cada vez más reducido, si bien parece que admite una cierta aplicabilidad el mismo en las relaciones entre normas estatales y pactadas cuando expresa que “difícilmente cabe comparar «en su conjunto» una ley (v. gr.: el ET) y un convenio”.

⁷²⁸ La STS (Sala de lo Social) de 29 de enero de 1992 (Ref. Ar. RJ 1992\133), F.D. cuarto, afirma – en *obiter dicta*– que es el art. 84 del ET el que regula la determinación de la norma convencional aplicable en los supuestos de concurrencia de convenios. Por su parte, la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 9 de mayo de 2000 (Ref. Ar. AS 2000\3161), F.D. cuarto, concluye que “el carácter específico de la regla del art. 84 determina que debe primar sobre al del art. 3.3 que, pese a su formulación incondicionada, está sometida a importantes excepciones”.

Afirman DEL REY GUANTER, S. y SERRANO OLIVARES, R. “Art. 3. Fuentes de la relación laboral”, en AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *Estatuto de los trabajadores (comentado y con jurisprudencia), op. cit.*, pág. 86, que “el principio de que se trata presenta escasa virtualidad práctica, pues la aplicación de la prohibición de concurrencia e, incluso, de sus excepciones, excluye la posibilidad de que dos convenios concurren al mismo tiempo en la regulación de un mismo ámbito, o, de permitirse tal concurrencia, la preferencia aplicativa no se resuelve a favor del convenio más favorable, sino en atención a otros criterios” (en referencia a lo dispuesto por el art. 84 del ET).

⁷²⁹ Entre otros, MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 3. Fuentes de la relación laboral”, *op. cit.*, pág. 44, entiende que “ha perdido su originaria razón de ser”, mientras que MERCADER UGUINA, J. R. “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *op. cit.*, pág. 19, advierte una “silenciosa” y “lánguida decadencia” de este principio.

Ello no obstante, consideramos que el principio *favor laboratoris* encuentra un espacio de aplicación propicio en el ámbito de los conflictos entre disposiciones de distintos sistemas jurídicos nacionales⁷³⁰, lo cual implica dar una nueva lectura del art. 3.3 del ET en clave supranacional. Así pues, adaptando el enunciado de esta disposición, los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, de distintos ordenamientos jurídicos nacionales concurrentes, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

Ahora bien, la concreción del alcance de este principio es una cuestión controvertida. Son dos, como es sabido, las opciones interpretativas que se plantean al respecto. Por un lado, cabe entender –de acuerdo con la denominada “teoría del conglobamento”– que la norma más favorable debe ser aquella que resulte de la comparación en su conjunto de las distintas normas concurrentes, con lo que sólo una de ellas será la que regule la situación conflictiva⁷³¹. Por otro lado –en virtud de

⁷³⁰ Así se entiende, entre otros, en AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.) *Estatuto de los trabajadores comentado*, *op. cit.*, pág. 84 y ss: “llegamos al resultado de práctico vaciamiento de la funcionalidad de la regla de la norma más favorable, que sólo queda para supuestos muy residuales: cambio de trabajador de destino con alteración del ámbito aplicativo de la norma territorialmente limitada en el espacio, supuestos de concurrencia entre normas de diverso rango que de hecho sean hábiles para una comparación en su conjunto querida por la norma superior, y poco más”.

Por su parte, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, págs. 1154-1155, concluyen que “el ámbito natural de intervención del principio viene constituido por los conflictos entre preceptos mínimos de normas heterónomas –comunitarias e internacionales, pese al silencio del precepto estatutario y a las limitaciones apuntadas en el caso de las normas comunitarias, y estatales, siempre que sean mínimas- y de normas autónomas o pactadas”.

⁷³¹ Esta interpretación es calificada como “continuista” por MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 3. Fuentes de la relación laboral”, *op. cit.*, pág. 44, en el entendido de que coincide con aquella que se desprendía de la enunciación del principio de norma más favorable en el art. cuarto de la LRL, mucho más claro en su redacción que el art. 3.3 del ET. Dicho precepto disponía que “en el supuesto de concurrencia de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, sea aplicará

la conocida como “teoría analítica”- la selección de la norma más favorable depende de la comparación de disposiciones homogéneas, de manera que resulte la articulación de un régimen jurídico específico compuesto por la aplicación parcial de distintos textos normativos.

La formulación de las soluciones al conflicto de Derecho aplicable en situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero, entendemos, está inspirada en la aplicación de esta última teoría. Por tanto, esta interpretación del principio *favor laboratoris* debe prevalecer, a pesar de las críticas que suscita. En concreto, se reprocha que tal operación “puede desembocar fácilmente en que no se seleccione realmente la norma más favorable, sino, en cada momento interpretativo, el precepto o institución más favorable de las normas en litigio”⁷³². Precisamente éste es el objetivo que persiguen las disposiciones sobre Derecho aplicable en situaciones de conflicto móvil, y entendemos que así debe ser a la vista de la confrontación de intereses que se produce en dichas situaciones⁷³³.

En consecuencia, la determinación de la ley que debe regir las situaciones de movilidad geográfica internacional ha de resultar de la comparación de las distintas normas del Derecho del país de origen y de destino, modulando mutuamente sus contenidos con el objetivo de establecer el orden normativo que resulte más próximo al caso concreto y que, a su vez, garantice la continuidad

aquella en la que se den las circunstancias siguientes: a) que, apreciadas en su conjunto, resulte más favorable para el trabajador. b) que no vulnere preceptos de derecho necesario absoluto”.

⁷³² Así lo expresa MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 3. Fuentes de la relación laboral”, *op. cit.*, pág. 44.

⁷³³ A idéntica conclusión llegan GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A. “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *op. cit.*, pág. 25; y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *op. cit.*, pág. 30.

jurídica de la relación laboral sobre la base del principio del *favor laboratoris*⁷³⁴. Ésta es, a nuestro entender, la operación que debe realizarse a la hora de implementar el sistema corrector de la ley objetivamente aplicable o a la ley elegida por las partes establecido en el Convenio de Roma y en el Reglamento “Roma I” para las situaciones de trabajo temporal en el extranjero⁷³⁵.

Desde esta perspectiva, consideramos que las normas privadas internacionales que intervienen en la articulación del régimen jurídico-laboral de las situaciones de movilidad geográfica a nivel externo deben incorporar expresamente las lógicas y principios que inspiran la regulación de las relaciones de trabajo. Recordando a BORRAJO DACRUZ, “el Derecho social del trabajo no se contenta con una caracterización secamente patrimonialista de la relación de trabajo, y de ahí el enérgico reforzamiento de su contenido *ético o moral*”⁷³⁶. El Derecho Internacional Privado no debe, por tanto, hacer abstracción de los mecanismos que arbitra el Derecho del Trabajo para resolver conflictos normativos. La imbricación del Derecho Internacional Privado y del Derecho del Trabajo en este contexto es, a nuestro entender, la única opción válida para determinar las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores que prestan temporalmente servicios en el extranjero.

⁷³⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 396, consideran que “resulta cuanto menos paradójico que el régimen jurídico de estos contratos desemboque en una disciplina menos favorable para el trabajador que la establecida por el ordenamiento del Estado de acogida temporal, al menos para aquella parte del contrato relativa a los servicios que se prestan en tal Estado”.

⁷³⁵ Cabe entender que RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Mercado empresarial europeo y Derecho Laboral: algunas pistas a partir de la jurisprudencia comunitaria”, *op. cit.*, pág. 52, se opone a esta tesis cuando observa que “seguramente debería regir el principio de norma –ordenamiento- más favorable”.

⁷³⁶ En BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al Derecho de Trabajo*, *op. cit.*, pág. 49.

3.1.2. La articulación de los Derechos del país de origen y de destino en la Directiva 96/71

La aplicación del principio de norma más favorable en supuestos de concurrencia de distintos ordenamientos jurídicos nacionales se manifiesta claramente, a nuestro entender, en el ámbito de la normativa comunitaria reguladora de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional. En concreto, el art. 3 de la Directiva 96/71 dispone, en su punto 1, que “los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas (...) garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo⁷³⁷ (...) que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas: por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general”⁷³⁸, lo cual, como se indica en su punto 7, “no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores”⁷³⁹.

⁷³⁷ En materia de períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias –con exclusión de los regímenes complementarios de jubilación profesional; condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; salud, seguridad e higiene en el trabajo; medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; e igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

⁷³⁸ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. *El desplazamiento temporal de los trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 172, observa que, en el ámbito comunitario, “la protección del trabajador desplazado se antepone a los intereses del empresario ejercitante de su libre prestación de servicios, sacrificándose la ventaja económica que la aplicación del derecho del país de destino le reportaría, en aras al mantenimiento del nivel de protección social que el trabajador venía manteniendo en el país de origen”.

⁷³⁹ Ley 45/1999 se expresa en términos similares cuando, en su disp. adic. primera, establece que “las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio

La consideración de la Directiva 96/71 como fuente de aplicación del principio *favor laboratoris*, a pesar de su redacción, no tiene acogida generalizada en la práctica jurisprudencial⁷⁴⁰. El TJCE restringe severamente el juego de este principio como consecuencia de su supeditación a la libertad de prestación de servicios⁷⁴¹ consagrada en el art. 49 del TCE⁷⁴², haciendo una interpretación exigua de la facultad de extender la legislación nacional a los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, dispuesta en el art. 3.10 de la Directiva 96/71⁷⁴³.

Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE (...), sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales”.

⁷⁴⁰ Del lado de la doctrina de autores, GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A. “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *op. cit.*, pág. 14, entienden que existe una “finalidad de proteger los mercados nacionales de trabajo aunque también si bien con carácter instrumental o secundario con la finalidad de otorgar una cierta protección al trabajador desplazado”.

⁷⁴¹ Véase el análisis general de la confrontación “entre los intereses comunitarios, centrados en la desaparición de las distorsiones de la competencia, con otros nacionales, la defensa de sus ordenamientos laborales frente a las presiones competitivas”, de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, *op. cit.*, págs. 351 y ss.

⁷⁴² Este precepto, que ahora es el art. 56 del TFUE, dispone que “en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión”.

⁷⁴³ En virtud de este precepto, “la presente Directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual: condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de

Entiende el TJCE, en el citado asunto “Laval”⁷⁴⁴, que el art. 3.7 de la Directiva 96/71 –que, recuérdese, habilita la aplicación de condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores- “no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima”⁷⁴⁵. Tal interpretación, añade el TJCE, “privaría de eficacia a la Directiva”⁷⁴⁶. La cuestión es que, a juicio del TJCE, *ex* asunto “Rüffert”⁷⁴⁷, el objetivo de la Directiva es la consecución de la libre prestación de servicios y, por tanto, no son admisibles, por considerarse restrictivas de dicha libertad, las normas que, al amparo del art. 3 de la Directiva 96/71, impidan, obstaculicen o hagan menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida⁷⁴⁸.

disposiciones de orden público (y) condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de acuerdo con el apartado 8 que se refieran a actividades distintas de las contempladas en el Anexo”.

⁷⁴⁴ Nótese que en esta resolución, concretamente y como sintetiza ZUFIAUR NARVAIZA, J. M. “El modelo social europeo en la cuneta”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2008, pág. 31, el TJCE “ha realizado interpretaciones restrictivas sobre el ejercicio de acciones sindicales que tienen por objeto la protección de los derechos transnacionales de los trabajadores dentro del ámbito comunitario. Por el contrario, ha dado prioridad a los derechos de establecimiento y de libre prestación de servicios frente a los derechos fundamentales de negociación colectiva y de huelga, ejercidos en defensa de los derechos laborales y contra el *dumping* social”.

⁷⁴⁵ Esta reflexión se reproduce, entre otras, en la STJCE (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06 “Rüffert” (Ref. Ar. TJCE 2008\60), aptdo. 33. Se trata, en detalle, de una resolución en la que el TJCE acaba por considerar incompatible con el derecho comunitario una norma estatal que obliga a las empresas desplazantes a respetar los niveles salariales vigentes en el país de destino.

⁷⁴⁶ *Ex* aptdo. 80 del asunto “Laval” (*cit.*).

⁷⁴⁷ Véanse los aptdos. 36 y 37.

⁷⁴⁸ Se trata, de acuerdo con RENTERO JOVER, J. “Y ahora, Rüffert”, *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, págs. 122, de “insólitos argumentos” que “parecería que quisieran conducir a la conclusión de que, a menor salario y peor protección social, mejor situación para el trabajador desplazado”.

La aplicación efectiva de las normas del país de destino en situaciones de movilidad geográfica comunitaria va a depender, para el TJCE, de su conciliación con los principios de proporcionalidad⁷⁴⁹ y de no-duplicación o equivalencia. En detalle, como se indica en el asunto “Viking”⁷⁵⁰, la restricción a la libre prestación de servicios sólo puede admitirse –principio de proporcionalidad- si persigue “un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general”, siempre que, además, “sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”⁷⁵¹. La observancia de disposiciones imperativas no puede suponer, según el TJCE, la incorporación de condiciones de trabajo ventajosas para el trabajador de las que deriven cargas adicionales para el empresario de origen⁷⁵². Basta, por tanto, de acuerdo con las argumentaciones del TJCE en el asunto “Comisión/Luxemburgo” de 2004⁷⁵³, con que “la protección que otorgan no se obtenga mediante obligaciones idénticas o sustancialmente comparables que ya se

⁷⁴⁹ CARUSO, B. “La integración de los derechos sociales en el espacio supranacional: primeras reflexiones sobre los casos *Laval* y *Viking*”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, págs. 48 y ss., opta por calificarlo como “técnica del balance”, por integrar “tres conocidas tests: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto”.

⁷⁵⁰ STJCE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05 “Viking” (Ref. Ar. TJCE 2007\357), aptdo. 75.

⁷⁵¹ Véase, asimismo, la STJCE (Pleno) de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94 “Gebhard” (Ref. Ar. TJCE 1995\212), aptdo. 37.

⁷⁵² En el asunto “Rüffert” (aptdo. 37) se considera una carga económica adicional que restringe la libertad de prestación de servicios obligar a la empresa desplazante aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo sectorial del país huésped.

⁷⁵³ STJCE (Sala Primera) de 21 de octubre de 2004, asunto C-445/03 “Comisión/Luxemburgo” (Ref. Ar. TJCE 2004\310), aptdo. 29.

impongan a la empresa en el Estado miembro en el que esté domiciliada”⁷⁵⁴ – principio de no-duplicación o equivalencia-.

En el entendido de que la Directiva 96/71 se configura como una norma de mínimos⁷⁵⁵, el TJCE sostiene que no cabe reconocer, por efecto de la aplicación de su art. 3.7, condiciones de trabajo que excedan las normas imperativas a las que se hace referencia en su art. 3.10⁷⁵⁶. La cuestión es que el TJCE interpreta que dicho precepto hace referencia estricta al concepto de orden público que el propio TJCE viene articulando en otros pronunciamientos. Así, como señala en el asunto “Comisión/Luxemburgo” de 2008⁷⁵⁷, “la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente”⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ Entre otros, también el asunto “Guiot”, aptdo. 11; el asunto “Arblade”, aptdo. 51; y la STJCE (Sala Primera) de 19 de junio de 2008, asunto C-319/06 “Comisión/Luxemburgo” (Ref. Ar. TJCE 2008\139), aptdo. 42, supeditan la facultad de aplicar la ley del país de destino en supuestos de trabajo temporal en el extranjero al requisito de que los trabajadores afectados no gocen ya de la misma protección o de una protección esencialmente comparable en el Derecho del país de origen.

⁷⁵⁵ Sobre la caracterización técnico-jurídica de la Directiva 96/71, véase *in extenso* CASAS BAAMONDE, M. E. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, *op. cit.*, págs. 17 y ss.

⁷⁵⁶ El TJCE, como sostiene RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?, *op. cit.*, págs. 83-113, cuestiona, matiza o rectifica “la idea de que los Estados tienen amplios espacios de discrecionalidad, no solo en la determinación del núcleo de normas mínimas en desarrollo del art. 3, sino también en la ampliación más allá de ese núcleo de otras normas «inderogables», como orden público social impuestos a los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados, también para salvaguardar valores propios de la tutela del trabajo e, incluso, para la evitación de abusos de la libertad de prestación de servicios con fines de *dumping* social”.

⁷⁵⁷ Aptdos. 30 y 49.

⁷⁵⁸ Véanse, asimismo, sobre la reserva de orden público en general, la STJCE (Gran Sala) de 31 de enero de 2006, asunto C-503/03 “Comisión/España” (Ref. Ar. TJCE 2006\29), aptdo. 45.

Ello conduce al TJCE a rechazar la aplicación de aquellas disposiciones del país de ejecución temporal de la prestación de servicios que mejoran los mínimos dispuestos por el Derecho de ese país y que serían objetivamente aplicables al caso. Y lo hace a pesar de reconocer –insistimos– que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo concluidos por los agentes sociales, a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal, en su territorio, sea cual sea el país de establecimiento del empresario, y que, por tanto, el Derecho comunitario no puede servir para defraudar el Derecho nacional⁷⁵⁹. Ello se debe, en última instancia, a que la Directiva 96/71, como observa RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, peca de “falta de ambición (al) pretender desde un primer momento ocuparse de la solución de un supuesto problemático más que ofrecer un marco general de respuestas normativas”,⁷⁶⁰.

Es preciso advertir a este respecto que la Directiva 2006/123 –conocida como “Directiva de Servicios”-⁷⁶¹, aunque no se aplica a las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores que prestan temporalmente servicios en otro Estado

⁷⁵⁹ Véase, entre otras, la STJCE (Pleno) de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97 “Centros” (Ref. Ar. TJCE 1999\47), aptdo. 24.

⁷⁶⁰ En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, *op. cit.*, pág. 356.

⁷⁶¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE de 27 de diciembre de 2006, núm. L 376) (en adelante, Directiva 2006/123 o “Directiva de Servicios”).

Como es sabido, esta Directiva culmina el proceso abierto por la “Estrategia de Lisboa” con la finalidad de permitir que los servicios puedan prestarse a través de la UE con la misma facilidad que dentro de un único Estado miembro, que se inició con la llamada “Propuesta de Directiva Bolkestein”. Para un análisis completo del proceso de adopción de la Directiva 2006/123, así como de su contenido, véanse los estudios de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008.

miembro⁷⁶², indica que “no debe impedir que los Estados miembros apliquen condiciones de trabajo y empleo distintas de las enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE por razones de orden público”⁷⁶³. Si bien no corresponde a este estudio analizar dicha Directiva, es conveniente destacar la preocupación que muestra⁷⁶⁴ por que su objetivo principal –que es el fortalecimiento de la prestación de servicios y la eliminación de obstáculos al ejercicio de esta libertad y de la de establecimiento- “no opere en perjuicio de los trabajadores ni de sus condiciones de trabajo”⁷⁶⁵. Entendemos que esta reflexión contribuye a dar entrada a la aplicación del principio de norma más favorable en la determinación del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero, o al menos en el ámbito de la UE⁷⁶⁶. Ahora bien, el TJCE, en el asunto “Comisión/Luxemburgo” de 2008, niega tal posibilidad cuando rechaza de aplicación de la Directiva 2006/123 en interpretación de la Directiva 96/71⁷⁶⁷.

En suma, para el TJCE la intervención del Derecho del país de destino o de ejecución de la prestación de servicios, por tanto, debe quedar ceñida a sus

⁷⁶² De hecho, el art. 3.1 de la Directiva 2006/123 dispone que en caso de conflicto entre una de sus disposiciones y una disposición de otro acto comunitario “relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas” –entre los que cita la Directiva 96/71- “estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretos”.

⁷⁶³ Considerando 86 de la Directiva 2006/123.

⁷⁶⁴ Véanse sus considerandos 13 a 15.

⁷⁶⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?, *op. cit.*, pág. 105.

⁷⁶⁶ También lo sugiere OJEDA AVILÉS, A. “Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?”, *Tribuna Social*, núm. 217, 2009, pág. 26, cuando señala que “la Directiva 2006/123/CE es un ejemplo del fino hilar de las instituciones comunitarias, pues toma buena nota de los acontecimientos para, sin decirlo, orientar la doctrina del Tribunal Europeo hacia la cultura jurídica laboral”.

⁷⁶⁷ Apto. 23.

disposiciones imperativas mínimas, aún cuando disponga normas más favorables que resulten aplicables a los trabajadores desplazados en ese territorio⁷⁶⁸. De ello, en última instancia, se infiere que, en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero, prevalece la aplicación del Derecho del país de origen⁷⁶⁹. Entendemos, en definitiva, que en este ámbito el TJCE opta por someter las cuestiones sociales a las reglas económicas comunitarias⁷⁷⁰, a pesar de que el propio TJCE ha señalado⁷⁷¹ que “la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social” que obliga a sopesar, entre otros derechos, “la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social”⁷⁷², *ex –ahora-* art. 151 del TFUE. Al contrario, según POIARES MADURO⁷⁷³, “los trabajadores de toda Europa deben aceptar las

⁷⁶⁸ Como advierte GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso Rüffert”, *op. cit.*, pág. 57: “el Tribunal ha convertido la norma comunitaria en un techo, vaciando de contenido, tal y como señalaba el Abogado General, la posibilidad de mejorar las condiciones laborales prevista en el art. 3.7 de la Directiva 96/71”.

⁷⁶⁹ Se trata, como observan LANDA ZAPIRAIN, J. P. y MORENO MARCOS, M. “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, *op. cit.*, pág. 37, de una cuestión que “se puede estar reintroduciendo por vía judicial” cuando no se hace expresamente por vía normativa.

⁷⁷⁰ A este respecto, consideramos muy acertada la reflexión de ZUFIAUR NARVAIZA, J. M. “El modelo social europeo en la cuneta”, *op. cit.*, pág. 32: “Ante la falta de un proyecto político esperanzador (en la UE), va ganando terreno una integración negativa, de vacío político y ampliación de los espacios del mercado y la concurrencia. Así, en el terreno social estamos pasando de una integración positiva (la búsqueda de reglamentaciones o acuerdos ambiciosos) a una integración negativa, sustitución de regulaciones obligatorias por fórmulas indicativas, eliminación de obstáculos sociales a los intercambios de bienes, servicios y capitales”.

⁷⁷¹ En el aptdo. 79 del asunto “Viking”.

⁷⁷² Sobre el proceso europeo de integración económica y de cohesión social, recomendamos la lectura del Informe 3/2000, del CES, intitulado “Unidad de mercado y cohesión social”, págs. 17 y ss.

⁷⁷³ En sus Conclusiones, presentadas el 23 de mayo de 2007, al asunto “Viking”, aptdo. 59.

consecuencias negativas recurrentes que son inherentes a la creación de una prosperidad creciente por el mercado común”⁷⁷⁴.

Ahora bien, es preciso advertir a este respecto que el TJCE ha reconocido, entre las razones imperiosas de interés general, la protección de los trabajadores. Como se indica en el asunto “Arblade”⁷⁷⁵, cualquier restricción de la libre prestación de servicios “sólo puede estar justificada si es necesaria para proteger efectivamente y por los medios adecuados la razón imperiosa de interés general que constituye la protección social de los trabajadores”⁷⁷⁶. Es más, reconoce que el objetivo que persigue la aplicación de “tales normas” es la “protección los trabajadores desplazados”⁷⁷⁷. Entendemos que el TJCE no puede ignorar estos datos y rechazar, en contra de sus propios pronunciamientos, la aplicación del *favor laboratoris* en el ámbito de la Directiva 96/71 alegando que se opone al principio de competencia leal⁷⁷⁸. Nótese a este respecto que la aplicación del art. 3.10 de la Directiva 96/71 alcanza tal nivel de conflictividad que el Comité de expertos sobre desplazamiento

⁷⁷⁴ En definitiva, como afirma GÓMEZ MUÑOZ, J. M. *Derecho del trabajo, libre competencia y ayudas del Estado*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, pág. 17, el mercado “bajo el pretexto del crecimiento económico, la promesa del bienestar general y la estrategia de la creación de empleo salta por encima de todo aquello que pueda suponer un obstáculo para su expansión y desarrollo”.

⁷⁷⁵ Véase, en concreto, el aptdo. 60.

⁷⁷⁶ Ex asunto “Arblade”, aptdos. 35 y 60; y asunto “Viking”, aptdo 77.

⁷⁷⁷ Aptdo. 57 del asunto “Laval”.

⁷⁷⁸ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso Rüffert”, *op. cit.*, págs. 57-58, advierte sobre “la consideración de los estándares sociales como obstáculos y no como condiciones de obligado cumplimiento que cumplen la doble tarea de proteger los intereses de los trabajadores y permitir un clima de competencia leal entre las empresas competidoras”.

de trabajadores tiene encomendada la concreta función de examinar cualquier dificultad que pueda surgir en dicha aplicación⁷⁷⁹.

Por otra parte, es preciso recordar que toda Directiva, según el art. 288 del TFUE, obliga al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales competentes la elección de la forma y de los medios⁷⁸⁰. En consecuencia, a diferencia del Reglamento comunitario –que es directamente aplicable en cada Estado miembro-, la Directiva –dejando al margen los casos de efecto directo⁷⁸¹- obliga al Estado miembro a obtener el resultado querido por la norma, pero deja a su elección la concreción de la forma y los medios de efectuarlo⁷⁸². Además, insistimos en que se trata de un instrumento de coordinación de los Derechos nacionales, mientras que el Reglamento Comunitario –de aplicación directa sin ningún instrumento normativo intermedio por parte de los

⁷⁷⁹ Ex art. 2.4 de la Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, por la que se crea un Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores (DOUE de 13 de enero de 2009, núm. L 8).

⁷⁸⁰ A propósito de la Directiva 96/71, la STJCE (Sala Primera) de 18 de julio de 2007, asunto C-490/04 “Comisión/Alemania” (Ref. Ar. TJCE 2007\210), aptdo. 19, afirma que “no ha armonizado el contenido material de estas normas nacionales (...). Por consiguiente, este contenido puede ser libremente definido por los Estados miembros, respetando el Tratado y los principios generales del Derecho comunitario”.

⁷⁸¹ El llamado “efecto directo” o “efecto útil directo” es una creación doctrinal, que podríamos calificar como “defensiva”, de la jurisprudencia del TJCE –secundada por nuestra judicatura- ante los incumplimientos por los Estados de su deber de incorporación de las Directivas al derecho nacional. Sobre este particular, véase MATA SIERRA, M. T. *El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española*, Tecnos, Madrid, 1994.

⁷⁸² Entre otras, en las SSTJCE (Sala Sexta) de 17 de junio de 1999, asunto C-336/97 “Comisión/Italia” (Ref. Ar. TJCE 1999\135), aptdo. 19, y (Sala Cuarta) de 8 de marzo de 2001, asunto C-97/00 “Comisión/Francia” (Ref. Ar. TJCE 2001\71), aptdo. 10, se recuerda que las Directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse y, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta obligación implica, para cada uno de los Estados miembros destinatarios de una Directiva, la de adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la Directiva, conforme al objetivo por ella perseguido.

Estados miembros- resulta más eficaz como norma para la creación de un Derecho comunitario unificado de contenido idéntico para todos los ciudadanos de la Unión. En las Directivas, así, los Estados miembros tienen la obligación de elegir, en el marco de la libertad que les reconoce el párrafo tercero del mismo art. 288 del TFUE, las formas y los medios más adecuados para garantizar su efecto útil⁷⁸³.

En relación con ello, el TJCE reconoce la libertad de transposición, en concreto, de la Directiva 96/71, pero hace depender su efectividad de la no obstaculización de la libre prestación de servicios⁷⁸⁴. Ahora bien, este Tribunal no valora en ningún momento el principio de subsidiariedad que preside el sistema normativo en la UE, sobre todo en el ámbito social⁷⁸⁵. En virtud de este principio, *ex art. 5.3 del TUE*, la Comunidad ejerce sus competencias siempre que la dimensión y efectos comunitarios de la materia así lo exijan, realizando los objetivos comunitarios que demanden su actuación, y apoyando y complementando la acción tanto de los Estados miembros como de las partes sociales⁷⁸⁶. Sin embargo, el TJCE desvirtúa el contenido del Derecho del país huésped desplazando su aplicación

⁷⁸³ Resulta de especial interés aquí el estudio de la intervención de los convenios colectivos, a cuyo efecto nos remitimos al análisis de MIRANDA BOTO, J. M. “El papel de la autonomía colectiva en la transposición de directivas”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, págs. 1179-1189.

⁷⁸⁴ Apto. 68 del asunto “Laval”.

⁷⁸⁵ Véase, en relación con ello, el “Acuerdo sobre la Política Social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte” anejo al Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (versión consolidada publicada en el DOUE de 9 de mayo de 2005, núm. C 115) (en adelante, TUE).

⁷⁸⁶ Para un análisis preciso del significado de este principio, en su dimensión tanto vertical como horizontal, véanse CASAS BAAMONDE, M. E. “«Doble» principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1993, págs. 49-58; y OJEDA AVILÉS, A. “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho social comunitario”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1994, págs. 1377-1393.

objetiva a los supuestos de desplazamiento, con el consiguiente efecto que tiene sobre la posibilidad de aplicación de la norma más favorable⁷⁸⁷.

Por último, entendemos que la postura mantenida por el TJCE en contra de dicha aplicación entra en contradicción con el principio de igualdad y no discriminación; principio en el que, paradójicamente, que este Tribunal sustenta sus argumentos⁷⁸⁸. En tanto en cuanto no admite más que la intervención de las disposiciones imperativas mínimas del Derecho del país de destino, impide la aplicación de otras normas garantes de mejoras sobre las mismas a favor de cualquier trabajador que presta servicios en ese territorio, incluso temporalmente⁷⁸⁹. Ello provoca, a la postre, que no exista “una igualdad real entre las condiciones de trabajo que disfrutaban los desplazados y las reconocidas a los nacionales del Estado de destino”⁷⁹⁰.

Contrastan con este planteamiento las garantías aplicables a los trabajadores cedidos por ETTs dispuestas por la reciente Directiva 2008/104. En concreto, en su

⁷⁸⁷ Coincidimos con LANDA ZAPIRAIN, J. P. y MORENO MARCOS, M. “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, *op. cit.*, pág. 25.

⁷⁸⁸ Como sintetiza OJEDA AVILÉS, A. “Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?”, *op. cit.*, pág. 24, “es el argumento utilizado con reiteración por el Tribunal de Justicia Europeo, el carácter odioso de los intentos por imponer a las empresas extranjeras unas condiciones discriminatorias en cuanto más onerosas que las aplicadas a los nacionales”.

⁷⁸⁹ Entiende SCIARRA, S. “Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, pág. 20, que “la igualdad de trato entre trabajadores del Estado huésped y los desplazados se asienta, por tanto, sobre un nivel esencial de tutela resultante de una interpretación literal y no extensiva de la Directiva”.

⁷⁹⁰ En RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Condiciones laborales de trabajadores desplazados: garantía de mínimos legales, que no convencionales”, *op. cit.*, pág. 702.

considerando 14 se establece que sus condiciones esenciales de trabajo y empleo “deben ser al menos las que se aplicarían a dichos trabajadores si fueran contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto”⁷⁹¹. Ahora bien, esta misma Directiva habilita la transgresión del principio de igualdad de trato cuando indica, en el considerando 15, que cabe la posibilidad de “contemplar excepciones a las normas aplicables en la empresa usuaria”. De hecho, su considerando 22 dispone que “la presente Directiva debe aplicarse respetando las disposiciones del Tratado, en materia de libre prestación de servicios y de libertad de establecimiento, y sin perjuicio de la Directiva 96/71”⁷⁹².

No obstante todo lo dicho, parece que el TJCE admite, al menos, la aplicación del principio de norma más favorable cuando dicha norma está dispuesta en el Derecho del país de origen. En concreto, en el asunto “Laval”⁷⁹³ se señala que “el nivel de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición”⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ Este postulado se desarrolla en el Capítulo II de la Directiva 2008/104, integrado por los arts. 5 (“Principio de igualdad de trato”), 6 (“Acceso al empleo, a las instalaciones comunes y a la formación profesional”), 7 (“Representación de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal”) y 8 (“Información de los representantes de los trabajadores”).

⁷⁹² Para un estudio ampliado de las condiciones de aplicación del principio de igualdad de trato en la Directiva 2008/104, véase LUJÁN ALCARAZ, J. “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2009, págs. 16 y ss.

⁷⁹³ Apto. 81.

⁷⁹⁴ Véase CARUSO, B. “La integración de los derechos sociales en el espacio supranacional: primeras reflexiones sobre los casos *Laval* y *Viking*”, *op. cit.*, págs. 51 y ss.

Sea como fuere, la observancia de dicho principio en situaciones de trabajo temporal en el extranjero no está garantizada con la aplicación de la Directiva 96/71 y sus normas de transposición. El motivo fundamental es que sus disposiciones se activan solamente cuando la prestación temporal de servicios se desarrolla en territorio comunitario –léase, en Estados miembros de la UE y signatarios del AEEE-. En consecuencia, si el trabajador es destinado a un tercer Estado fuera de dicho ámbito, la configuración del régimen jurídico de la relación laboral depende de la aplicación estricta de las normas sobre solución del conflicto de Derecho aplicable que se establecen, según el caso, en el Convenio de Roma o en el Reglamento “Roma I”⁷⁹⁵.

En consecuencia, por efecto de la aplicación parcial o condicionada del principio de norma más favorable, puede suceder que situaciones similares de movilidad geográfica internacional de trabajadores presenten regímenes jurídicos distintos en función de su distinta localización geográfica⁷⁹⁶. En otras palabras, la continuidad jurídica de la relación laboral solamente está garantizada desde la óptica del Derecho Internacional Privado en el ámbito de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España con destino en países de la UE o del EEE, o viceversa. Entendemos que la superación de esta situación –seguramente indeseable

⁷⁹⁵ De acuerdo con la configuración de sus respectivos ámbitos de aplicación (véase *supra* Capítulo Segundo, punto 3.2.2).

⁷⁹⁶ Resulta, precisamente, como expresan VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “Estado de origen vs. estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, núm. 4, 2004, pág. 3, que una misma relación jurídico-privada puede recibir respuestas distintas en un “entorno de integración” como el europeo (en que los Estados participantes están unidos por un vínculo jurídico-político) y en un “entorno de coexistencia” de Estados absolutamente soberanos, toda vez que “uno de los rasgos característicos del Derecho internacional privado contemporáneo es su *especialización geográfica* (lo cual provoca que) situaciones o conflictos de intereses que, si los contemplamos exclusivamente con los lentes del Derecho privado, podríamos considerar similares, van a ser resueltos de forma distinta en función de los países con los que se vinculan”.

para el trabajador movilizado fuera del espacio comunitario, que no para el empresario⁷⁹⁷ - es posible a través de la aplicación generalizada del principio *favor laboratoris*.

La aplicación de la norma más favorable, sin embargo, presenta una dificultad añadida en el ámbito de las relaciones de trabajo con elementos de extranjería. Se trata de la posibilidad de que la situación no esté comprendida por el ámbito de aplicación de dicha norma más favorable. Es preciso, por tanto, que la disposición que establece la mayor favorabilidad tenga alcance supranacional para que su aplicación se extienda a las situaciones de tráfico externo⁷⁹⁸. De lo contrario, no existiría concurrencia normativa y el juego del principio de norma más favorable sería inviable por definición. En el ámbito de las relaciones de trabajo, esta posibilidad se manifiesta especialmente –recuérdese– en relación con la configuración del ámbito de aplicación de los convenios colectivos⁷⁹⁹.

A este respecto, entendemos que la intervención de los principios de aplicación e interpretación de las normas laborales en el ámbito de las reglas sobre determinación del Derecho aplicable en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero no se debe limitar al principio de norma más favorable. En este sentido, consideramos que es conveniente plantear, seguidamente, las condiciones de aplicabilidad del principio de condición más beneficiosa en relación con los derechos adquiridos por el trabajador movilizado.

⁷⁹⁷ Véase *in extenso* GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. *El desplazamiento temporal de los trabajadores en la Unión Europea*, *op. cit.*, págs. 172 y ss.

⁷⁹⁸ Como expresa GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, *op. cit.*, pág. 553, no es suficiente “con que la norma esté formulada en términos de derecho necesario, sino que se requiere que el legislador pretenda su aplicación también en contratos vinculados con otros ordenamientos”.

⁷⁹⁹ Véase *supra* punto 2.2.

3.2. Sucesión de normas del Derecho del país de origen y de destino y derechos adquiridos por el trabajador movilizado

A diferencia del principio de norma más favorable, el principio de condición más beneficiosa no opera en supuestos conflictivos de concurrencia de normas. De hecho, la aplicación de este principio está condicionada a la existencia de un “cambio de sujeción normativa”⁸⁰⁰ como la que puede producirse en el ámbito del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional⁸⁰¹. Como observa OJEDA AVILÉS, el principio de condición más beneficiosa “se refiere al mantenimiento de la situación alcanzada en gracia en una norma o negocio jurídico, posteriormente sustituidos por otra norma o negocio peyorativos del mismo rango: el principio operaría, consiguientemente, en la transición de vigencias, sería un fenómeno del Derecho transitorio”, a diferencia del principio de norma más favorable, “el cual incidiría en la concurrencia de normas de distinto rango para seleccionar la aplicable”⁸⁰². El fundamento de este principio es, pues, “el mantenimiento de los beneficios adquiridos por el trabajador a título individual, tanto frente a intentos empresariales de modificar *in peius* lo acordado

⁸⁰⁰ Es una expresión acuñada por SALA FRANCO, T. “El principio de condición más beneficiosa”, *Revista de Política Social*, núm. 114, 1977, pág. 60, que hace referencia a los supuestos de transición entre normas.

⁸⁰¹ En referencia a los cambios de sujeción normativa de origen convencional, MERCADER UGUINA, J. R. “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *op. cit.*, pág. 42, concluye que “lo que sí cabe es la conservación por parte del trabajador al que se le aplica el convenio del lugar de prestación efectiva de los servicios, de las condiciones más beneficiosas que viniera disfrutando cuando hubiere experimentado un cambio de convenio aplicable en razón, precisamente, del lugar de prestación de esos servicios”. Sirve de base a esta afirmación, entre otras, la STSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 9 de octubre de 2000 (Ref. Ar. AS 2000\4123), F.D. segundo.

⁸⁰² OJEDA AVILÉS, A. “El principio de condición más beneficiosa”, *Revista de Política Social*, núm. 134, 1982, pág. 9, que añade que “sin embargo, la jurisprudencia no sigue, ni con mucho, la misma orientación, y utiliza el principio como garantía de los niveles obtenidos por los trabajadores en un momento dado, con independencia de que hayan sido consagrados en norma o contrato, en concurrencia o en sucesión de fuentes laborales”.

individualmente, como frente a cambios legislativos o convencionales de naturaleza regresiva”⁸⁰³.

Como es sabido, el art. 3.1.c) del ET dispone que “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan (...) por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”⁸⁰⁴.

Un análisis somero de este precepto⁸⁰⁵ indica que la aplicación efectiva del principio de condición más beneficiosa se encuentra condicionada por la intervención de la autonomía de las partes en la relación de trabajo. El juego de este principio, por tanto, depende de que las condiciones más beneficiosas se encuentren expresamente reconocidas –por el contrato de trabajo o, también, por una norma-⁸⁰⁶,

⁸⁰³ En DÍAZ AZNARTE, M. T. *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 233.

⁸⁰⁴ Recuérdese que el art. 3.1 dispone, además, que “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; b) por los convenios colectivos; (...) d) por los usos y costumbres legales y profesionales”.

⁸⁰⁵ Entre otros trabajos que son referentes en la materia, véanse CAMPS RUIZ, L. M. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Bosch, Barcelona, 2001; DÍAZ AZNARTE, M. T. *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, *op. cit.*; y BALLESTER LAGUNA, F. *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001.

⁸⁰⁶ SALA FRANCO, T. “El principio de condición más beneficiosa”, *op. cit.*, págs. 37 y ss., plantea el análisis de este principio a partir de la distinción entre condiciones más beneficiosas de origen contractual y condiciones más beneficiosas de origen normativo.

de que su objeto sea lícito y de que favorezcan al trabajador en el marco de la legalidad vigente.

Esta configuración del principio de condición más beneficiosa provoca que no pueda afirmarse su aplicación general en supuestos de transición normativa, y ello va en detrimento de la tutela de los derechos del trabajador. En supuestos de movilidad geográfica internacional, concretamente, el respeto de los derechos adquiridos por el trabajador en el país de origen una vez se encuentra prestando temporalmente servicios en el extranjero está, por tanto, condicionado a que exista un reconocimiento previo de los mismos.

Ante la posibilidad de que la situación de movilidad geográfica internacional provoque efectos peyorativos en el régimen jurídico de la relación laboral, junto con otros a nivel personal y familiar, a pesar de la observancia del principio *favor laboratoris* en la selección del Derecho aplicable en estas situaciones, cabría plantear la aplicación del principio de condición más beneficiosa desde una perspectiva amplia. A saber, podría alegarse como condición más beneficiosa, no una o varias condiciones de trabajo más ventajosas para el trabajador afectado, sino íntegramente su situación en el país de origen. Se trataría, por tanto, de predicar el carácter de más beneficiosa de la situación “vital” del trabajador en el país de origen, y no ya de determinadas condiciones o derechos laborales adquiridos. Desde esta perspectiva, nos situaríamos en el contexto de las condiciones causales que CABEZA PEREIRO describe como aquéllas que presentan “un claro matiz sinalagmático en el sentido de fundamentarse en una especial cualidad de éste (el trabajador) que redundará en beneficio de aquél (el empresario), de manera que la condición otorgada supone una contraprestación a tal particularidad sobresaliente del asalariado”⁸⁰⁷.

⁸⁰⁷ “Frente a ellas, las (condiciones) concesivas se caracterizan precisamente por carecer de ese matiz de reciprocidad, por encontrar su origen en la voluntad individual del empresario, que las

Desde esta perspectiva, la determinación del Derecho aplicable cumple con el objetivo de asegurar la continuidad jurídica de la relación laboral. Sin embargo, la alteración locativa de la prestación de servicios puede ir acompañada de la modificación de otros elementos del régimen jurídico de la relación laboral⁸⁰⁸ que no puedan salvarse o evitarse con la aplicación de la norma más favorable. El trabajador desplazado temporalmente en el extranjero se incorpora a un nuevo sistema de relaciones laborales que difícilmente va a estar ordenado en los mismos términos que en el origen⁸⁰⁹.

Por una parte, podría objetarse que la aplicación de este principio no es válida por sí sola para asegurar la conservación del estatus jurídico del trabajador movilizado sobre la base de que las situaciones de movilidad geográfica internacional implican, en ocasiones, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo⁸¹⁰. En este sentido, consideramos que en la operación de determinación del Derecho aplicable no se toman en consideración todas las consecuencias que derivan del trabajo temporal en el extranjero. Ello sugiere hacer exigible un análisis particularizado de las circunstancias del caso concreto en el que se compare el estatus del trabajador en el país de origen y en el de destino.

introduce a modo de liberalidad en el haz de derechos y condiciones del trabajador”, en CABEZA PEREIRO, J. “Sobre la triple clasificación de la condición más beneficiosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992, págs. 899 y ss.

⁸⁰⁸ Se trataría, de acuerdo con SALA FRANCO, T. “El principio de condición más beneficiosa”, *op. cit.*, pág. 46, de una modificación indirecta, que es la que se produce en los casos de movilidad del personal dentro de la empresa” y que supone “una alteración indirecta de las condiciones contractuales disfrutadas”.

⁸⁰⁹ Y es que, como observa MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, pág. 131, “todo ordenamiento jurídico está necesariamente influenciado por creencias religiosas y culturales y otras formas de vida de contenido no estrictamente jurídico”.

⁸¹⁰ Véase *infra* Parte IV, Capítulo Segundo, punto 3.2.

A este respecto, es prácticamente inevitable que la movilidad geográfica internacional repercute también en la esfera personal y familiar del trabajador movilizado. Éste sufre un “extrañamiento”, más que profesional, vital, por lo que no parece adecuado que la articulación del régimen jurídico en situaciones de trabajo temporal en el extranjero se lleve a cabo sin tomar en consideración la necesaria conciliación de la vida laboral, personal y familiar como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico⁸¹¹. Se trata, en definitiva, de dar una dimensión eminentemente social⁸¹² a la articulación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero.

Por otra parte, el juego de las reglas de determinación del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores puede provocar la pérdida de vigencia de determinadas disposiciones que regían la relación laboral con anterioridad. Es significativo a este respecto el caso de la negociación colectiva, que MERCADER UGUINA califica como conflicto de “nomadismo convencional”⁸¹³.

En supuestos de relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional donde existe transición normativa, consideramos que sólo cabe el respeto a las condiciones de trabajo preexistentes –las disfrutadas en origen-. No es admisible, a nuestro entender, que las modificaciones y adaptaciones temporales que

⁸¹¹ De acuerdo con el art. 39 de la CE, “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (así como) la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”.

⁸¹² Este planteamiento, como observa MOLINA NAVARRETE, C. *Conciliación de la vida laboral y familiar*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006, pág. 11, supone enfrentar lo “deseable socialmente” y lo “posible social y económicamente”, que es “la conciliación permitida por las exigencias de competitividad y los patrones sociales dominantes”.

⁸¹³ En MERCADER UGUINA, J. R. “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *op. cit.*, pág. 41.

se produzcan en este contexto –otro sistema de relaciones laborales, otro mercado de trabajo, otra organización productiva- repercutan negativamente en el estatus del trabajador⁸¹⁴. La determinación del Derecho aplicable a situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero debe, por tanto, estar orientada, además de al establecimiento de garantías para asegurar la continuidad de la relación laboral, a la adaptación de la misma a las nuevas condiciones, tanto laborales como personales y familiares, que presenta el desarrollo temporal de la prestación de servicios en el extranjero⁸¹⁵.

Conviene advertir, ahora bien, que la articulación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero en atención al principio de condición más beneficiosa es susceptible de alterar la solución dispuesta por las reglas ordenadoras del conflicto móvil⁸¹⁶. En efecto, el respeto a los derechos adquiridos por el trabajador puede desplazar la aplicación de ciertas disposiciones del Derecho del país de destino. Llegado el caso, si dichos derechos entran en colisión con tales disposiciones, consideramos que procede apelar a la intervención de las cláusulas de absorción y compensación⁸¹⁷. En otras palabras, la condición más beneficiosa tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden

⁸¹⁴ De manera similar, aunque en referencia a supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores con origen en España, GARCÍA-PERROTE, I. “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 315, indica que “lo que sí sería aconsejable es que, en todo caso, a los empleados, sea cual fuere la Ley aplicable, se les asegurara la aplicación de los estándares de protección de la legislación española”.

⁸¹⁵ De acuerdo con el art. 1 del IX CoCo Repsol Química, “a los trabajadores de nacionalidad española que presten servicios en centros de trabajo radicados en el extranjero, se les aplicarán las condiciones del país de residencia, si en su conjunto resultasen más beneficiosas”.

⁸¹⁶ Como sostiene BALLESTER LAGUNA, F. “Sobre la disponibilidad vía convenio colectivo de la condición más beneficiosa”, *Aranzadi Social*, vol. I, 2006, pág. 3249: “Tan sólo procederá la aplicación de la nueva norma o del nuevo convenio colectivo, cuando éstos superen las condiciones disfrutadas”.

⁸¹⁷ Ampliamente sobre esta cuestión, BEJARANO HERNÁNDEZ, A. *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma, op. cit.*

otra cosa o mientras no se vea compensada o neutralizada en virtud de normativa posterior más favorable, *ergo*, “la condición más beneficiosa pervivirá, aunque la regulación legal o convencional sea más favorable en su conjunto, si la naturaleza de las mejoras introducidas por las disposiciones de alcance general no coincide con la de los beneficios disfrutados a título individual y las partes negociadoras no introducen expresamente la posibilidad de absorber y compensar”⁸¹⁸.

Como anteriormente, y por último, también en este punto conviene reflexionar sobre la compatibilidad entre la aplicación de este principio y el de igualdad y no discriminación⁸¹⁹, principalmente en el ámbito de las experiencias de movilidad geográfica internacional que se desarrollan en territorio comunitario. A nuestro entender, no cabe reproche jurídico en esta teoría cuando concurren en el caso elementos objetivos y razonables que así lo justifican⁸²⁰, como de hecho puede ocurrir en situaciones de trabajo temporal en el extranjero.

⁸¹⁸ En palabras de DÍAZ AZNARTE, M. T. *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, *op. cit.*, pág. 297.

⁸¹⁹ BORRAJO DACRUZ, E. “Modulación contractual de las mejoras salariales”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, vol. 1, 1991, pág. 115, entiende que el principio de condición más beneficiosa – expresado, concretamente, en una mejora voluntaria salarial singularizada- “goza de presunción de constitucionalidad y legalidad”.

Por su parte, CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F. “Principios de aplicación de las normas laborales”, *op. cit.*, pág. 141, afirman “la apreciación de una condición más beneficios (...) contribuirá a la validación de una disparidad de condiciones laborales”.

⁸²⁰ Aunque no se refiere a un supuesto de movilidad geográfica internacional de trabajadores, es destacada la argumentación de la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 20 de diciembre de 2001 (Ref. Ar. AS 2002/498), F.D. cuarto, que se sintetiza en que la condición más beneficiosa “implica un acto empresarial que revela voluntad de crear definitivamente una ventaja a favor de un trabajador o grupo de ellos para incorporarla al principio básico nexo laboral; su eficacia jurídica se funda en la «fuente» del contrato individual de trabajo y puede referirse no sólo a la esfera laboral sino también a la social; ha de provenir del disfrute prolongado por un trabajador o grupo de trabajadores de un régimen laboral que en un concreto aspecto sea más favorable; puede tener su origen tanto en un acuerdo o pacto de cualquier naturaleza como en una práctica empresarial observada a lo largo del tiempo; adquiere dicha naturaleza no sólo mediante su consolidación a

través de la reiteración en el tiempo sino también por la presencia específica de las peculiaridades que la distinguen del régimen general u ordinario; pervive con el alcance que derive del pacto originario, naturaleza o uso pacífico hasta que las partes no alcancen otro acuerdo, o se produzca su neutralización por mor de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado; y no puede ser suprimida o reducida unilateralmente por el empresario”.

Véase, asimismo, el comentario a esta resolución de BALLESTER LAGUNA, F. “Condición más beneficiosa y principios de igualdad y no discriminación”, *Aranzadi Social*, vol. I, 2002, págs. 3142-3147.

PARTE IV

RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LA PRESTACIÓN TEMPORAL DE SERVICIOS EN EL EXTRANJERO EN EL DERECHO ESPAÑOL

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO NORMATIVO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. La progresiva adaptación del ordenamiento jurídico español al desarrollo de nuevas formas de movilidad geográfica

El estudio de la evolución histórica de la ordenación normativa de los movimientos laborales en el sistema jurídico español persigue un objetivo fundamental: conocer en qué medida nuestro ordenamiento se ha ido adaptando a las variaciones objetivas y subjetivas producidas sucesivamente en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales nacionales por efecto de los diferentes cambios políticos, económicos y sociales que ha experimentado nuestro país en los últimos tiempos. En concreto, vamos a tener ocasión de constatar la repercusión que han tenido dichas variaciones en la ordenación normativa de los diversos fenómenos laborales de movilidad geográfica, entendida en sentido amplio.

A este respecto, en primer lugar, los cambios se hacen notar en el ámbito de los flujos migratorios. Es un hecho que España ha pasado de ser un país de emigración a ser un país receptor de inmigrantes. Esta realidad denota que cada vez son menos las personas que abandonan nuestro territorio en busca de oportunidades laborales fuera de España, aunque no se puede decir que sea un fenómeno inexistente⁸²¹.

⁸²¹ De acuerdo con los últimos datos oficiales disponibles, en el período de 1885 a 1936 la emigración a América alcanza un volumen de consideración con un número que supera los cien mil emigrantes en algunos años. En la década de los sesenta se produce un flujo de proporciones

En segundo lugar, dichos cambios también se manifiestan en las características de los movimientos. Frente a los que suponen, como en las migraciones, un cambio locativo de la persona en busca de trabajo, se van incrementando las experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores en tanto traslación de la prestación de servicios. Si bien –como acabamos de comentar- aún hay emigración en España, los movimientos en el trabajo a través de las fronteras cada vez más se hacen en el ámbito de relaciones de trabajo constituidas y en ejecución⁸²².

Lo que sucede, por otra parte, es que el desarrollo en la práctica de experiencias de trabajo temporal en el extranjero no tiene aún una ordenación jurídico-laboral adecuada. Esta circunstancia se debe a que la normativa vigente aplicable es incompleta, está fragmentada y no contempla su especificidad⁸²³. Todo ello provoca confusión en cuanto a su naturaleza y régimen jurídicos, lo cual, a la postre, hace que nos tengamos que plantear si nos encontramos ante una nueva institución o si, por el contrario, la movilidad geográfica internacional de trabajadores es susceptible de encuadrarse dentro de las categorías –que llamaremos- típicas, clásicas o tradicionales, reguladas esencialmente por el art. 40 del ET.

similares, pero con dirección a los países de la Europa occidental. Sin embargo, a partir de los años finales de la década de los ochenta se inicia un continuado aumento del retorno que supera la cifra de la emigración, dando desde entonces un saldo negativo continuo. Los detalles se encuentran en AA.VV. *Anuario de Migraciones 2002*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, págs. 21 y ss.

⁸²² En el periodo que abarca los años 1998 a 2000, el número total de trabajadores que han prestado temporalmente sus servicios en el extranjero supera la cifra de dos mil. Esta información también se facilita en AA.VV. *Anuario de Migraciones 2002*, *op. cit.*, pág. 39.

⁸²³ Son tres aspectos que hacen que tengamos que calificar de peculiar o particular la ordenación normativa de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el ordenamiento jurídico español (véase *infra* punto 4.1).

Por todo lo dicho, creemos conveniente hacer un estudio a continuación de la ordenación normativa que han tenido y tienen en la actualidad los movimientos geográficos de y en el trabajo dentro del ordenamiento jurídico español. Para ello vamos a partir del examen de la regulación de las situaciones tradicionales, donde nos vamos a referir significadamente a los supuestos clásicos de movilidad geográfica a nivel interno así como a las manifestaciones históricas a nivel externo. Seguidamente presentaremos el estado actual de la ordenación normativa de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

2. Supuestos tradicionales de movilidad geográfica en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

2.1. La exigua regulación de la movilidad geográfica en la legislación preconstitucional

Las primeras referencias a la movilidad geográfica del trabajo en nuestro ordenamiento jurídico datan de la década de los años treinta, aunque –como veremos- no son parangonables a aquéllas vigentes en nuestros días. En concreto, la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931⁸²⁴ hacía mención de los traslados en el párrafo segundo del art. 19 cuando disponía que “la indemnización por gastos de traslado del trabajador al lugar donde haya de ser empleado podrá ser exigida por éste al patrono solamente si se hubiese convenido expresamente”.

Por lo que respecta a la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944⁸²⁵, la regulación era similar a la de su antecesora en tanto en cuanto, en el párrafo segundo del art. 15, se recogía que “la indemnización por gastos de traslado

⁸²⁴ Gaceta de 22 de noviembre de 1931, rectificado en la de 28 del mismo mes y año.

⁸²⁵ BOE de 24 de febrero de 1944, núm. 55.

del trabajador al lugar donde haya de ser empleado podrá ser exigida por éste al empresario solamente si así se hubiera convenido expresamente o estuviese establecido en normas legales de trabajo”. Nótese, además, que esta redacción quedó incólume tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo en virtud del Decreto de 31 de marzo de 1944⁸²⁶.

El análisis de estas disposiciones, a nuestro entender, tiene un valor meramente formal. Resulta evidente que no existe en esta etapa referencia alguna a la movilidad geográfica de los trabajadores en una disposición de carácter general, cuánto menos a los supuestos de trabajo temporal en el extranjero. Conviene rechazar, por tanto, aquellas opiniones que han querido ver en la dicción de los arts. 64, 65 y 69 del TRLCT una suerte de referencia a este *ius variandi* empresarial, pues resultan ser maniobras de interpretación forzada. Entendemos que apelar a ciertos deberes generales de los trabajadores no es argumento suficiente para considerar regulada la facultad de movilidad geográfica en este contexto⁸²⁷.

Ahora bien, al menos en la normativa sectorial dimanante de las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales y Reglamentos de Régimen Interior había constancia de una suerte de régimen jurídico de los traslados, aunque su importancia quedaba reducida a lo limitado de su ámbito de aplicación⁸²⁸.

⁸²⁶ BOE de 11 de abril de 1944, núm. 102 (en adelante, TRLCT).

⁸²⁷ Dichos preceptos disciplinaban sobre los deberes del trabajador, tales como el deber de obediencia o el de prestación de mayor trabajo o de otro del acordado en caso de necesidad excepcional y urgente. Para un examen de los mismos, véanse DEL PESO Y CALVO, C. “Periodo de prueba. Traslados”, en AA.VV. *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, Madrid, 1977, págs. 232 y ss.; y BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1978, págs. 280 y ss.

⁸²⁸ Para conocer la evolución histórica de la regulación de la movilidad geográfica en España, véanse, entre otros, GARCÍA NINET, J. I. “La movilidad de los trabajadores: consideraciones en torno al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T. et al.) *Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de Alicante y Caja de Ahorros

Asimismo, interesa dejar constancia de otras disposiciones con referencias puntuales a la movilidad geográfica de los trabajadores, relacionadas con los complementos salariales de plus de distancia y plus de transporte⁸²⁹.

No será hasta la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales⁸³⁰ cuando el legislador asuma la regulación con carácter general del tema de la movilidad geográfica⁸³¹. Concretamente, en su art. 22 se prohibía su realización, salvo con la mediación de dos condiciones: la existencia de “probadas razones técnicas, organizativas o productivas” y la autorización de la autoridad laboral “previo expediente tramitado al efecto”. El régimen jurídico de los traslados propiamente dichos era aplicable a ambas instituciones, mas no sin excepciones. Así, los traslados temporales no podían prolongarse durante más de un año y tampoco cabía dilatar en el tiempo su cumplimiento –diez días frente a los treinta de los permanentes, salvo mejora convencional-. En caso de superar los tres meses, se preveían algunos derechos sobre los gastos y el viaje al domicilio de origen. Nada se

Provincial de Alicante, Alicante, 1982, págs. 101 y ss.; y SALA FRANCO, T. “Movilidad geográfica”, en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo)*, t. I, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1994, págs. 272 y ss., nota a.

⁸²⁹ Las más destacadas, cronológicamente, son las siguientes: Orden, de 10 de febrero de 1958, sobre plus de distancia (BOE de 17 de febrero de 1958, núm. 41); Orden, de 4 de junio de 1958, sobre plus de distancia –que desarrolla la anterior- (BOE de 14 de junio de 1958, núm. 142); Orden, de 24 de septiembre de 1958, sobre plus de transporte (BOE de 11 de octubre de 1958, núm. 244); y Orden, 24 de octubre de 1958, sobre plus de transporte –que desarrolla la anterior- (BOE de 6 de noviembre de 1958, núm. 266); además de Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario (BOE de 25 de octubre de 1973, núm. 256); y Orden, de 22 de noviembre de 1973 (Trabajo) para el desarrollo del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de ordenación del salario (BOE 11 de diciembre de 1973, núm. 296).

⁸³⁰ BOE de 21 de abril de 1976, núm. 96 (en adelante, LRL).

⁸³¹ A salvo de la referencia puntual hecha en el art. 9.2º del Decreto 1878/1971, de 23 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos (BOE de 13 de agosto de 1971, núm. 193), “una norma general, aunque de reducida aplicación a los representantes sindicales de los trabajadores en las empresas”, de acuerdo con SALA FRANCO, T. “Movilidad geográfica”, *op. cit.*, pág. 272, nota a.

decía a propósito del derecho de opción del trabajador que, por el contrario, sí se contemplaba para los definitivos, en el sentido de ofrecerle la posibilidad de rescindir su contrato mediando indemnización. Por otra parte, tanto el derecho del consorte como el respeto al orden de preferencia eran aplicables a ambos supuestos⁸³².

Nótese, en todo caso, que el art. 22 de la LRL regulaba la movilidad geográfica de forma parcial o restringida, ya que se limitaba a normar sobre los traslados de residencia –tanto temporales como definitivos- y el derecho de consorte, dejando a un lado otros supuestos⁸³³. Y es que la insuficiente regulación de la movilidad geográfica de trabajadores en nuestro ordenamiento jurídico es una característica que se mantiene hasta la actualidad.

2.2. La paulatina configuración de un régimen jurídico de movilidad geográfica en el ET: los desplazamientos y traslados del art. 40

La regulación de la movilidad geográfica entra en nueva fase con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, es preciso advertir que su primera versión –la de la LET- representaba una continuidad con respecto a la regulación anterior contenida en la LRL de 1976.

⁸³² Para un estudio más detenido de este precepto, acúdase a FERNÁNDEZ RUIZ, J. L. *Ley de Relaciones Laborales. Análisis y comentario*, Deusto, Bilbao, 1976, págs. 117 y ss., así como a DEL PESO Y CALVO, C. “Periodo de prueba. Traslados”, *op. cit.*, págs. 237 y ss.

⁸³³ Se trata de los traslados de puesto de trabajo –de superior o inferior categoría o por fuerza mayor- dentro del propio lugar de residencia y del local de la empresa donde se prestaban los trabajos y de los traslados de puesto de trabajo a establecimiento de la propia empresa distinto al en que prestaba sus servicios y dentro del propio lugar de residencia, todos identificados y desarrollados por DEL PESO Y CALVO, C. “Periodo de prueba. Traslados”, *op. cit.*, págs. 239 y ss.

A grandes rasgos, en su art. 40 se mantenía la prohibición de trasladar o desplazar –en la nueva terminología- a los trabajadores salvo que mediara la concurrencia de “razones técnicas, organizativas o productivas” –introduciendo como novedosas las “contrataciones referidas a la actividad empresarial”- y el permiso de la autoridad laboral sólo para los traslados. Igualmente, subsistía la figura del derecho de opción por parte del trabajador para este último supuesto. Se seguían reconociendo, además, tanto el derecho del consorte como la prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo de los representantes de los trabajadores.

Es con la aprobación del vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores cuando se avanza en la configuración del régimen jurídico de la movilidad geográfica, también dispuesto en el art. 40. No obstante, se insiste en que ello no implica que este precepto recoja todos los posibles supuestos que se pueden acoger bajo los caracteres de dicha institución. En efecto, la doctrina es unánime al afirmar que, aparte de los desplazamientos y traslados regulados por el legislador estatutario, la gama de manifestaciones de la movilidad geográfica es más amplia⁸³⁴. No en vano, se pueden ofrecer varias clasificaciones de supuestos de movilidad geográfica en función de distintos criterios combinados aportados por la doctrina de autores, tales como los sujetos decisores, el elemento causal, el número de trabajadores afectados, su prolongación temporal, o las consecuencias jurídicas de los mismos, teniendo presente que no se trata de categorías excluyentes, sino concurrentes⁸³⁵.

⁸³⁴ Entre otros, CORTE HEREDERO, N. *La movilidad geográfica de los trabajadores*, *op. cit.*, pág. 69, observa que “el artículo 40 del ET, a pesar de cómo indica su propia titulación, regula la “movilidad geográfica” de los trabajadores, restringe el contenido de esta última, al normar única y exclusivamente dos manifestaciones de tal tipo de movilidad”.

⁸³⁵ Destacamos las categorizaciones aportadas por GARCÍA NINET, J. I. “La movilidad de los trabajadores: consideraciones en torno al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, págs. 102 y ss., que distingue los traslados por decisión empresarial (cambio de puesto de trabajo, traslado de centro en la misma localidad, traslado permanente, desplazamientos temporales, y traslado disciplinario), traslados a instancia del trabajador, y traslados de centro de trabajo;

Así pues, en cuanto a los sujetos decisores, en primer lugar, la movilidad geográfica puede venir dispuesta unilateralmente por el empresario –cambio de puesto de trabajo sin cambio de centro, traslado de centro dentro de la misma localidad, desplazamiento, traslado en sentido propio, y traslado por motivos disciplinarios-; en segundo lugar, cabe que se produzca como consecuencia de una imposición objetiva de origen legal o por disposición de la autoridad; en tercer lugar, puede dimanar del ejercicio de un derecho o facultad por parte del trabajador –régimen de ascensos, permutas, traslados por motivos de reagrupamiento familiar, o cambio de lugar de trabajo por razones objetivas, casos de capacidad disminuida o disminución fisiológica del trabajador-; y, por último, por mutuo acuerdo de trabajador y empresario.

Por lo que respecta al elemento causal, los distintos supuestos de movilidad geográfica pueden venir motivados ya por motivos relacionados con la explotación empresarial –*ergo*, “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por contrataciones referidas a la actividad empresarial”-; ya por razones disciplinarias; ya por circunstancias personales del trabajador, bien individuales, bien familiares.

SEMPERE NAVARRO, A. V. “La movilidad geográfica de los trabajadores en los convenios recientes”, en AA.VV. (Coord. RIVERO LAMAS, J.) *La flexibilidad laboral en España*, *op. cit.*, págs. 271 y ss., que contempla cinco modalidades en función de que la movilidad sea consecuencia de la solicitud del interesado, del mutuo acuerdo de las partes, de las necesidades del servicio, de una permuta o de una sanción; SALA FRANCO, T. “Movilidad geográfica”, *op. cit.*, págs. 277 y ss., que separa los supuestos de movilidad geográfica a iniciativa del empresario, la movilidad geográfica por mutuo acuerdo de las partes y la movilidad geográfica por voluntad unilateral del trabajador; y AGÍS DASILVA, M. *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 105 y ss., que diferencia tres grupos de supuestos de movilidad geográfica: por mutuo acuerdo, por imposición objetiva y derivados de los poderes de dirección empresarial.

En cuanto al número de trabajadores afectados, se consideran dos tipos: los individuales y los colectivos⁸³⁶, mientras que por su duración se distinguen los temporales y los estables o permanentes⁸³⁷ –es decir, los desplazamientos y los traslados⁸³⁸.

En último lugar, por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de estas alteraciones, habrá que combinar los distintos supuestos con los requisitos previstos en el régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET para conocer si un determinado caso de movilidad geográfica alcanza o no dicha categoría⁸³⁹.

En suma, tanto desplazamientos como traslados son supuestos típicos de movilidad geográfica –los unos regulados en el punto 4 del art. 40 del ET; los otros, en los puntos 1, 2 y 3-. Ambas situaciones –que parten de la preexistencia de un vínculo contractual- implican un cambio en el lugar de la prestación de servicios, sito en localidad distinta, que provoca también un cambio en la residencia del trabajador o trabajadores afectados, habida cuenta que pueden ser tanto individuales como colectivos. En ambos casos, la medida ha de estar justificada por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por contrataciones referidas

⁸³⁶ Más allá, estos últimos se pueden dividir a su vez en “mayores y menores” –o plurales- dependiendo de que requieran o no periodo de consultas, como hacen ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, págs. 343 y ss.

⁸³⁷ Como es sabido, de acuerdo con el art. 40.4 *in fine* del ET, “los desplazamientos cuya duración en un periodo de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados”.

⁸³⁸ Se advierte que determinado sector de la doctrina hace una clasificación más detallada dentro de este criterio y respecto de la temporalidad del desplazamiento, llegando a distinguir entre desplazamientos inferiores a tres meses de duración, inferior a un año, o sin especificación temporal. Véase MARTÍNEZ MORENO, C. “La movilidad geográfica en la negociación colectiva. La situación familiar del trabajador como límite del poder empresarial”, *op. cit.*, págs. 295 y ss.

⁸³⁹ Véase *infra* Capítulo Segundo, 3.2.

a la actividad empresarial, y siempre que concurran de manera excepcional o no habitual.

La diferencia principal entre ambos supuestos se encuentra, como es sabido, en su duración⁸⁴⁰. Mientras que los traslados proceden cuando el cambio geográfico es definitivo o indefinido, los desplazamientos se sujetan a una determinación temporal máxima cuyo tope está en los doce meses en un periodo de tres años. Superado éste, corresponderá aplicar el régimen jurídico de los traslados. Por otra parte, mientras que la decisión empresarial de desplazamiento es inmediatamente ejecutiva, los traslados están sometidos a un régimen exigente de requisitos y plazos.

Como se puede apreciar, es manifiesta la reducción conceptual que se hace de la institución de la movilidad geográfica de trabajadores. En primer lugar, frente a la pluralidad de destinos que se puede dar, en el art. 40 del ET sólo se contemplan aquéllos supuestos en los que el trabajador pasa a prestar servicios en un centro de trabajo distinto de la misma empresa. En segundo lugar, frente a las implicaciones y repercusiones que puede tener la movilidad geográfica a nivel personal, familiar y profesional, en dicho precepto sólo se prevé la del cambio de residencia del trabajador afectado a población distinta de la de su domicilio habitual. En tercer lugar, frente a la diversidad de motivaciones que cabe identificar para justificar la movilidad geográfica, el art. 40 del ET sólo recoge aquellos supuestos que derivan de causas empresariales en tanto razones económicas, técnicas, organizativas o de producción o bien contrataciones referidas la actividad empresarial. En cuarto lugar, y en relación con esto último, frente a los distintos procedimientos a través de los

⁸⁴⁰ O en palabras de QUESADA SEGURA, R. “Artículo 40. Movilidad geográfica”, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 500: “La distinción entre desplazamiento y traslado reside, pues, en el carácter temporal del primero, lo que determina un tratamiento jurídico diferente y, por supuesto, más flexible para el supuesto del desplazamiento”.

cuales puede operarse una situación de movilidad geográfica, el art. 40 del ET sólo contempla el supuesto de la decisión empresarial⁸⁴¹.

Por tanto, a pesar de que suele reducirse el elenco de las formas de movilidad geográfica a los conocidos desplazamientos y traslados del art. 40 del ET, existe un espectro más amplio de supuestos, entre los que se encuentran, a nuestro entender, los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Sin embargo, antes de proceder al análisis particular de su marco normativo, conviene estudiar aquellas normas que regulan el trabajo en el extranjero en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de tener un panorama completo del contexto general en el que se desenvuelven tales fenómenos.

3. La regulación del trabajo en el extranjero en el ordenamiento jurídico español

3.1. La normativa nacional sobre emigración

El trabajo de los españoles en el extranjero, sobre todo en su manifestación como flujo migratorio de salida, ha producido una intensa actividad normativa desde hace tiempo en nuestro país,. Los motivos de ello son indudables. Los fenómenos migratorios se suceden desde tiempos remotos⁸⁴², aunque puede afirmarse que el primer hito migratorio organizado coincide con el descubrimiento y colonización de

⁸⁴¹ En definitiva, y de acuerdo con SALA FRANCO, T. “Movilidad geográfica”, *op. cit.*, pág. 274: “el artículo 40 del E.T., pese a autotitularse genéricamente “*movilidad geográfica*”, no contempla todos los supuestos posibles de la misma”.

⁸⁴² CASAS, J. M. “Planteamiento general. Los movimientos migratorios en la historia y en la actualidad mundial”, en AA.VV. *Los problemas de la migración española*, Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales, Madrid, 1959, pág. 26, afirma que “los desplazamientos de población son tan antiguos como el hombre”.

América⁸⁴³. No obstante, muchos de los que partieron hacia el “Nuevo Mundo” lo hicieron para satisfacer sus particulares iniciativas o para promocionar en sus situaciones personales. A la hora de disponer de mano de obra, el recurso más empleado fue, por tanto, el de acudir a la población autóctona, a salvo quizás de los puestos de mayor categoría, los cuales fueron ocupados por trabajadores del país de origen –mayormente patronos, aunque también trabajadores nacionales desplazados por las diferentes compañías-. Este último supuesto es el único que podemos calificar como de movilidad geográfica internacional en sentido propio, dado que los trabajadores afectados conservaban el vínculo laboral preestablecido en el país de origen una vez llegados a las colonias y precisamente por ese motivo.

El siguiente acontecimiento emigratorio de relevancia en nuestro país se produce en el siglo XIX, como consecuencia de las revoluciones industrial y agrícola. Si bien es cierto –y conocido- que, en esta época, los movimientos poblacionales más destacados fueron protagonizados por las migraciones interiores –desde el campo a la ciudad, principalmente- ciertas personas optaron, en cambio, por atravesar las fronteras y dirigirse a los países europeos más prósperos y con mayores posibilidades de acogida y promoción a todos los niveles⁸⁴⁴.

Por último, las décadas centrales del siglo XX atestiguan la más reciente oleada de migración, tanto interior como exterior, de la población española, instrumentalizada como “otro elemento de reestructuración del régimen

⁸⁴³ Para una visión panorámica de la emigración española –y europea- a la América de los siglos XVI a XVIII, véase CASAS, J. M. “Planteamiento general. Los movimientos migratorios en la historia y en la actualidad mundial”, *op. cit.*, págs. 26 y ss.

⁸⁴⁴ Según GARCÍA VALCÁRCEL, J. “Causas de la emigración española, interior y exterior”, en AA.VV. *Los problemas de la migración española*, *op. cit.*, pág. 99, “esta concentración y crecimiento de la industria hace que hacia los lugares donde se encuentra localizada afluya el excedente de mano de obra agrícola, constituyendo por ello una de las causas más importantes de nuestros movimientos migratorios”.

franquista”⁸⁴⁵. Por lo que respecta a los destinos transnacionales, los principales países de acogida fueron Alemania, Francia, Suiza, Bélgica y Gran Bretaña, mas nuevamente se trata de circulación puramente migratoria, sin que exista constancia significativa de desplazamientos de trabajadores con vínculo laboral preexistente.

Por su parte, la legislación española de emigración cuenta ya con más de siglo y medio de historia⁸⁴⁶. Aunque no es nuestra tarea aquí la de hacer un análisis exhaustivo de dicha normativa⁸⁴⁷, conviene hacer un balance somero del alcance y significado de la misma en orden a plantear las materias básicas que han dotado de contenido a las disposiciones sobre emigración en el ordenamiento jurídico español.

Las normas preconstitucionales en materia de emigración estaban, por lo general, orientadas a regular el proceso, en el sentido de dirigir y controlar el flujo migratorio. En concreto, las materias que más frecuentemente eran objeto de esta normativa se referían a cuestiones como la asistencia en viaje, la documentación, las condiciones en el transporte o la lucha contra el fraude⁸⁴⁸. El planteamiento del legislador ocupado de regular los flujos migratorios de salida, por tanto, estaba

⁸⁴⁵ Así lo entienden PONT VIDAL, J. e INIESTA DE MANRESA, R. *La utopía obrera. Historia del movimiento de los trabajadores españoles*, Flor del Viento, Barcelona, 2002, pág. 255.

⁸⁴⁶ Las publicación de las primeras normas se remonta a mediados del siglo XIX aunque –como curiosidad- podemos remontarnos incluso mucho antes, a 1623, para recordar la Pragmática de Felipe IV sobre “Licencia para emigrar del Reino” o a 1703, cuando Felipe V dicta un Bando sobre “facultad de residir los extranjeros católicos que tengan las calidades que se previenen y expulsión de los que se hallaren sin ellas”.

⁸⁴⁷ A tal efecto, consúltense las sucesivas ediciones de los trabajos de compilación publicados por el Ministerio de Trabajo, siendo la última la de MANJÓN MANJÓN, J. R., NÚÑEZ GONZÁLEZ, M. y SANDOVAL AGUILAR, P. *Código de migraciones. Nacionales en el exterior y extranjeros en España (Textos internacionales, Acuerdos bilaterales, Derecho social comunitario y legislación interna)*, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

⁸⁴⁸ De la literatura de esta época, recomendamos a SERRANO CARVAJAL, J. *La emigración española y su régimen jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

centrado en establecer reglas administrativas y procedimentales, postergando así el tratamiento de otras cuestiones como las referidas a una mayor consideración del emigrante y de sus derechos, tanto durante el episodio de movilidad como ante la expectativa del retorno al país de origen. En concreto, las primeras leyes sobre la emigración⁸⁴⁹ nacieron con el mero objetivo de proclamar la libertad de emigración y de propiciar los traslados de los españoles al extranjero, sin que se contemplasen medidas específicas de protección una vez instalados en el país de acogida.

A partir de mediados del siglo XX, sin embargo, empieza a invertirse esta tendencia normativa organicista o administrativista y la regulación sobre emigración se extiende a otras cuestiones que tienen en cuenta la persona y la situación del emigrante. Así, en la década de los años sesenta, la Ley de Bases sobre Emigración⁸⁵⁰ y el Reglamento que aprueba su Texto Articulado⁸⁵¹ marcan un cambio de criterio en el enfoque de la normativa migratoria. Las razones de este cambio obedecen a la voluntad de regular la emigración de la población española y, al mismo tiempo, de impulsarla⁸⁵². Interesa destacar aquí las disposiciones que se incluyen en materia de Seguridad Social, como la extensión de la protección pública en casos de muerte y supervivencia, enfermedad, vejez o incapacidad permanente, así como las que prevén una suerte de acción tutelar para los retornados.

⁸⁴⁹ Señaladamente la primera Ley de Emigración, según el texto redactado y aprobado por el Instituto de Reformas Sociales, de 21 de diciembre de 1907, y que culmina dos proyectos de Ley anteriores, uno de 1901 del Ministerio de Estado y otro de 1905 del Ministerio de la Gobernación, así como su sucesora de 1924.

⁸⁵⁰ Ley 93/1960, de 22 de diciembre, de Bases de Ordenación de la Emigración (BOE de 23 de diciembre de 1960, núm. 307).

⁸⁵¹ Decreto 1000/1962, de 3 de mayo, que aprueba el texto articulado de la Ley de Ordenación de la Emigración (BOE de 15 de mayo de 1962, núm. 116).

⁸⁵² A resultas de ello las emigraciones aumentan constantemente desde 1959 hasta 1967, sobre todo en dirección a los países europeos más desarrollados.

Esta etapa se cierra con la aprobación de la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración que aportó como novedad destacada la posibilidad de que el emigrante se acogiera a planes, operaciones y programas para facilitar el desplazamiento y el acceso al empleo en el país de acogida. Esta Ley introdujo, igualmente, ayudas de carácter social, educativo y cultural, así como medidas dirigidas a la formación profesional e integración laboral tanto para los emigrantes como para los retornados⁸⁵³.

La revisión histórica de las prácticas de trabajo en el extranjero⁸⁵⁴ evidencia que el desarrollo de supuestos de movilidad geográfica internacional ha sido francamente residual, y ello se refleja en nuestro Derecho. En efecto, en contraste con la prolija regulación de los fenómenos migratorios, no ha existido una mínima ordenación de estos supuestos, a salvo quizás de los supuestos de emigración temporal o de temporada. Son éstos movimientos migratorios que no exceden de un año y se producen para realizar alguna labor concreta y periódica, involucrando normalmente a trabajadores cualificados o experimentados⁸⁵⁵. Sea como fuere, no cabe calificarlos como relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional.

⁸⁵³ Este texto normativo ha quedado expresamente derogado por la disp. derog. única de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299) (en adelante, Estatuto de la ciudadanía española en el exterior), que se analiza *infra* (punto 4.4).

⁸⁵⁴ Se trata de un análisis sucinto de la evolución histórica de los movimientos migratorios en España que recomendamos que se complete, entre otras referencias, en ROJO TORRECILLA, E. “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, en AA.VV. (Coord. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España, op. cit.*, págs. 1525 y ss.

⁸⁵⁵ Resulta más que curiosa la lectura de las observaciones que se hacen sobre este fenómeno en MARINA, M. “Emigración temporal”, en AA.VV. *Los problemas de la migración española, op. cit.*, págs. 349-356.

3.2. El replanteamiento de la política de emigración en la Constitución de 1978

La Constitución de 1978 plantea una nueva orientación de la normativa reguladora del trabajo en el extranjero. A diferencia de los textos analizados hasta el momento, ahora se enuncian expresamente mandatos constitucionales referidos a los trabajadores españoles en el extranjero, formulados como principios inspiradores de la legislación positiva y de la actuación de los poderes públicos.

Concretamente, el art. 42 de la CE dispone que “el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno”⁸⁵⁶. Se trata de un precepto, como afirman PRADOS DE REYES y OLARTE ENCABO, “con una proyección inequívocamente laboral” que pone de manifiesto que nuestra Carta Magna es “«hija de su tiempo» (y por tanto, una Constitución más preocupada en un tipo de movimiento migratorio: la emigración de españoles más allá de nuestras fronteras, por razones obvias y de sobra conocidas)”⁸⁵⁷.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 149.1.2^a de la CE, junto con la nacionalidad, inmigración, extranjería y derecho de asilo, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de emigración. En este caso, la disposición

⁸⁵⁶ En otro orden de cosas, también se hace referencia expresa a ellos en el art. 19 de la CE cuando enuncia que “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (y) asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca (si bien) este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos” y en el art. 68.5 *in fine* de la CE al disponer que “la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho al sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España”.

⁸⁵⁷ Véase PRADOS DE REYES, F. J. y OLARTE ENCABO, S. “Constitución y políticas migratorias: ¿una Constitución de emigrantes para inmigrantes?”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978, op. cit.*, pág. 1400.

constitucional distingue conceptualmente tanto los flujos migratorios de entrada y salida como las cuestiones de extranjería, con las implicaciones técnico-jurídicas que ello trae consigo⁸⁵⁸. Destacamos, entre otras, la articulación del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁸⁵⁹ y la selección del instrumento normativo adecuado para el desarrollo de dicho art. 149.1.2ª.

Al margen de ello, por efecto de este nuevo planteamiento introducido por nuestra Constitución, se han adoptado numerosas normas de diverso contenido y extensión en ámbitos relacionados con los derechos civiles y de participación y con la educación y la cultura, así como en materia socio-laboral. A este respecto, destacan las distintas acciones a favor de los emigrantes⁸⁶⁰ llevadas a cabo en materia de repatriación y retorno⁸⁶¹, pensiones asistenciales por ancianidad⁸⁶², ayudas y subvenciones⁸⁶³, o transporte⁸⁶⁴, y los acuerdos de colaboración con las CC.AA.⁸⁶⁵.

⁸⁵⁸ Estas implicaciones son analizadas en detalle por PRADOS DE REYES, F. J. y OLARTE ENCABO, S. “Constitución y políticas migratorias: ¿una Constitución de emigrantes para inmigrantes?”, *op. cit.*, págs. 1398 y ss.

⁸⁵⁹ En adelante, CC.AA.

⁸⁶⁰ Se puede consultar un análisis de las primeras acciones en CASES, J. L. “Protección de los emigrantes”, en AA.VV. (Dir ALZAGA VILLAAMIL, Ó.) *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. IV, EDERSA, Madrid, 1984, págs. 109-146.

⁸⁶¹ Destaca, entre otras normas, el aún vigente Decreto 638/1972, de 9 de marzo, sobre repatriación de españoles (BOE de 27 de marzo de 1972, núm. 74).

⁸⁶² Las múltiples acciones emprendidas en este ámbito tienen su referente en el –ahora derogado– RD 728/1993, de 14 de mayo, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles (BOE de 21 de mayo de 1993, núm. 121).

⁸⁶³ Entre otros textos normativos, destacamos la Orden, de 14 de diciembre de 1995, por la que se establecen y regulan programas de actuación en favor de los emigrantes españoles (BOE de 1 de enero de 1996, núm. 1), derogada y sustituida sucesivamente en los años 1997, 2000, 2001, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007. Actualmente, su regulación se localiza en la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones destinadas

Por lo que a nuestro estudio concierne, interesa especialmente analizar el significado que adquieren los preceptos constitucionales comentados. A nuestro entender, se trata de disposiciones que establecen una nueva concepción de las situaciones de movilidad transnacional, más amplia que la que corresponde a los supuestos de emigración, incluidos, por tanto, los casos de trabajo temporal en el extranjero.

En efecto, pueden plantearse dos alternativas. Por un lado, cabría interpretar que los arts. 42 y 149.1.2^a de la CE tienen un ámbito subjetivo de aplicación propio y distinto, de manera que el primero estaría consagrado a toda suerte de trabajo de los españoles en el exterior, mientras que el segundo sólo haría referencia a la emigración en sentido estricto. Una segunda postura, por el contrario, consistiría en sostener que tanto el art. 42 como el art. 149.1.2^a de la CE se refieren a tales flujos migratorios de salida.

a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior y los retornados (BOE de 5 de abril de 2007, núm. 82).

⁸⁶⁴ Véase el vigente Decreto 1094/1972, de 20 de abril, sobre transporte de emigrantes (BOE de 2 de mayo de 1972, núm. 105).

⁸⁶⁵ Concretamente, se citan la Resolución, de 18 de abril de 1985, por la que se da publicidad al Acuerdo de colaboración entre el Instituto Español de Emigración y el Gobierno de Canarias para la atención de ancianos españoles emigrantes que deseen retornar a España y carezcan de medios económicos (BOE de 21 de mayo de 1985, núm. 121); y la Resolución, de 19 de diciembre de 1989, por la que se da publicidad al Convenio de cooperación entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Junta de Andalucía para la atención de ancianos españoles emigrantes que deseen retornar a España y carezcan de medios económicos (BOE de 20 de enero de 1990, núm. 18). Quede dicho que ambas normas se encuentran aún en vigor.

Además de éstos, también se adoptan otros acuerdos de colaboración en materias distintas al retorno. A título ejemplificativo, véanse las vigentes Resolución, de 21 de septiembre de 1989, por la que se da publicidad al Convenio de cooperación entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Xunta de Galicia para la atención cultural a los emigrantes gallegos (BOE de 6 de octubre de 1989, núm. 240); y Resolución, de 13 de noviembre de 1992, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Junta de Extremadura para la coordinación y cooperación en la acción social de los emigrantes y retornados (BOE de 4 de diciembre de 1992, núm. 291).

Las consecuencias inmediatas de la elección de una u otra opción interpretativa son evidentes. Si se entiende que toda referencia constitucional al trabajo en el exterior es sinónimo exclusivamente de emigración, la intensa labor normativa que se ha llevado a cabo, y que continúa en nuestros días, estaría plenamente justificada y, en consecuencia, no habría lugar a considerar desatendida la regulación de otros fenómenos de trabajo en el extranjero. Por el contrario, si se defiende la opción que maximiza el concepto constitucional de emigración, el resultado sería el opuesto.

En relación con ello, si bien entendemos que no cabe duda sobre el alcance y significado –que es estricto- del término “emigración” en el ámbito del art. 149.1.2ª de la CE, consideramos que la referencia diferenciada a “los trabajadores españoles en el extranjero” del art. 42 ofrece por sí misma argumentos para rechazar su asimilación con la emigración⁸⁶⁶. La cuestión es que la acción estatal –de salvaguardia de los derechos económicos y sociales y de favorecimiento del retorno- no puede entenderse limitada a los emigrantes en el sentido tradicional del término, sino que ha de referirse a cuantos españoles trabajen en el extranjero. El referido precepto constitucional comporta, por tanto, una considerable ampliación del concepto de emigrante, de aplicación a todos “los españoles que sean trabajadores fuera de territorio español”⁸⁶⁷.

Las resoluciones judiciales que han interpretado el significado de la expresión “trabajadores españoles en el extranjero” en el contexto del art. 42 de la CE, sin embargo, no aportan una solución definitiva. Al margen del hecho de que no es un asunto que, por lo general, se aborde de manera específica, la jurisprudencia

⁸⁶⁶ Dicho de otro modo, de acuerdo con GALIANA MORENO, J. M. *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, op. cit., pág. 22, “el concepto de *emigrante*, como el de *trabajador*, es esencialmente dinámico”.

⁸⁶⁷ Véase GÁLVEZ MONTES, F. J. “Artículo 42”, en AA.VV. (Dir. GARRIDO FALLA, F.) *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 875.

que sí lo hace sostiene que “la Constitución no está contemplando supuestos de salidas ocasionales o por motivos extralaborales al extranjero, sino que se está refiriendo a los que se trasladan a país extranjero por causa del trabajo de acuerdo con las leyes”⁸⁶⁸. La amplitud de esta interpretación da cabida a que quepa entender en la expresión del art. 42 de la CE tanto los casos de emigración como los de movilidad geográfica internacional de trabajadores⁸⁶⁹.

En definitiva, la cuestión es que el art. 42 de la CE no habla expresamente de emigración y, por tanto, no cabe reducir su alcance y extensión tan sólo a las situaciones de los nacionales que dejan nuestro territorio para instalarse en otro, temporal o definitivamente, fuera del marco de una relación laboral. Entendemos, por tanto, que este precepto constitucional se refiere a todos los casos de trabajadores españoles en el extranjero, incluidos aquéllos que están inmersos en un episodio de movilidad geográfica internacional. La lectura del art. 42 de la CE debe hacerse, por tanto, según una “visión dinámica, ajustada a la realidad social y conforme con una interpretación sistemática del entero texto constitucional, es decir, poniendo en conexión el precepto con el resto”⁸⁷⁰; una operación que, a la postre, provoca la reformulación del concepto de emigrante que es ahora, como observan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, “un trabajador (y aun un trabajador en

⁸⁶⁸ STS (Sala Especial del art. 61 de la LOPJ) de 11 de junio de 1991 (Ref. Ar. RJ 1992\4874), F.D. sexto.

⁸⁶⁹ De manera similar, con amplitud e imprecisión, se pronuncia la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 6 de marzo de 1993 (AS 1993\1402), F.D. único: “los servicios prestados en el extranjero (...) sólo se ven protegidos realmente y expresamente en lo que a la cuestión litigiosa se refiere, desde la entrada en vigor de la Constitución Española, cuyo art. 42 declara la salvaguardia de los derechos sociales y económicos de los españoles en el extranjero”.

⁸⁷⁰ Son palabras de PRADOS DE REYES, F. J. y OLARTE ENCABO, S. “Constitución y políticas migratorias: ¿una Constitución de emigrantes para inmigrantes?”, *op. cit.*, pág. 1402, que con esta reflexión se anticipan a la reconfiguración que ha experimentado el concepto de emigración en el ámbito de las acciones a favor de la ciudadanía española en el exterior (véase *infra* punto 4.4).

sentido jurídico propio, esto es, una persona que ha celebrado un contrato de trabajo antes de emigrar) con miras a celebrar y cumplir un contrato de trabajo”⁸⁷¹.

Lo que sucede es que la mayoría de disposiciones que afectan a trabajadores españoles en el extranjero limitan su ámbito de aplicación subjetivo a los emigrantes en el sentido habitual del término. Ello provoca, a su vez, que las materias que son reguladas en las mismas, aunque siendo de carácter socio-laboral, versen sobre cuestiones ajenas al desenvolvimiento de la relación de prestación de servicios. En efecto, las cuestiones de protección social copan el contenido de estos textos normativos. Ello confirma que la acción estatal a favor de los trabajadores españoles en el extranjero no ha tenido en cuenta de manera expresa y específica las situaciones de movilidad geográfica internacional, o al menos no en el grado en que se han regulado otras cuestiones relativas a los emigrantes.

Sin embargo, en los últimos tiempos se detecta una mayor preocupación de nuestro legislador laboral por establecer disposiciones concretas de aplicación en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. La propia realidad de su evolución en el marco actual del sistema de relaciones laborales de nuestro mercado de trabajo, junto con la presencia de los factores que se han analizado anteriormente⁸⁷², han puesto de manifiesto esta necesidad. Se aprueban, por tanto, disposiciones particulares y textos normativos que regulan de manera diferenciada distintas cuestiones relativas al trabajo temporal en el extranjero.

⁸⁷¹ Véase ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 679. Participa de esta reflexión, en términos similares, ROJO TORRECILLA, E. “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, *op. cit.*, pág. 1540, cuando, con ocasión del análisis del art. 42 de la CE, sostiene que “la noción de emigrante que se predica o infiere del texto constitucional (es) más amplia que la que recogía la todavía vigente Ley de Emigración de 1971”.

⁸⁷² Véase *supra* Parte I.

4. La ordenación normativa de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el Derecho español

4.1. Una regulación particular por incompleta, fragmentada e inespecífica

Afirmar que la ordenación normativa de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el sistema jurídico español es particular es la conclusión necesaria que se desprende del análisis de los textos jurídicos que la regulan. Dicha particularidad deriva, en primera instancia, del hecho mismo de que haya un conjunto plural y heterogéneo de normas que regulan diversas cuestiones jurídicas, no sólo de índole laboral, relacionadas con esta materia⁸⁷³. Ello no obstante –y como habrá ocasión de comprobar seguidamente– tal característica se acentúa cuando, una vez analizadas las normas en cuestión, se advierte que se trata de una regulación, además, incompleta, fragmentada e inespecífica.

Se trata de una regulación incompleta porque no hay ningún texto normativo que, por sí, sólo, se consagre a la ordenación jurídica integral de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Ni siquiera un análisis sistémico de este conjunto de normas ofrece respuesta a todos los interrogantes que se plantean a este respecto.

Además, ésta es una regulación que se encuentra fragmentada. En este sentido, existen varios textos normativos vigentes que se ocupan, separadamente, de ordenar distintos aspectos del régimen jurídico de la prestación temporal de

⁸⁷³ Parece que se trata de una característica común en el ámbito de la ordenación normativa de los fenómenos de trabajo transnacional, toda vez que, con ocasión de la exégesis del art. 42 de la CE, ROJO TORRECILLA, E. “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, *op. cit.*, pág. 1540, advierte que “no ha sido una tarea fácil en cuanto (...) su concreción hay que buscarla en múltiples, variadas y dispersas normas de las distintas ramas del ordenamiento jurídico”.

servicios en el extranjero. Resulta que constan normas de naturaleza diversa y, sobre todo, con diferente ámbito de aplicación sobre el particular –tanto laborales y de Seguridad Social, como normas privadas internacionales o fiscales, por citar algunas de las más representativas-.

Por último, la regulación es asimismo inespecífica porque, en la mayoría de los casos, no se limita a la ordenación de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, sino que la configuración del ámbito de aplicación de cada norma comprende otros supuestos de trabajo en el extranjero que exceden los límites de nuestro objeto de estudio.

No obstante estas particularidades, que dificultan sobremanera la investigación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero, consideramos procedente hacer un análisis específico de las disposiciones de naturaleza laboral que integran el cuerpo normativo de la movilidad geográfica internacional de trabajadores movidos por un propósito múltiple. Por una parte, se pretende sistematizar el elenco de textos normativos que, dentro del ordenamiento jurídico español, se encargan, en mayor o menor medida, de regular esta materia desde el punto de vista laboral. Por otra parte, se intenta clarificar el alcance y aplicabilidad reales que tales disposiciones tienen respecto del régimen jurídico-laboral de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Finalmente, se identifican las lagunas y deficiencias que presenta la ordenación normativa en la materia en orden a resolver los problemas jurídicos que plantea el destacamento temporal de un trabajador en el extranjero.

4.2. La Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional

4.2.1. Ámbito de aplicación y determinación de su alcance en el Derecho de la prestación temporal de servicios en el extranjero

Como es sabido, la Ley 45/1999 es la norma española de transposición de la Directiva 96/71. Con ella se da entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la regulación de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

En principio, esta norma sólo se aplica los desplazamientos temporales de trabajadores a España y no aquéllos que se producen teniendo nuestro país como origen. Así se establece tanto en su Exposición de Motivos⁸⁷⁴ como en el articulado propiamente dicho –básicamente, arts. 1.1 y 1.2⁸⁷⁵–, por lo que pretender subsumir todos los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores bajo la

⁸⁷⁴ Entre otras referencias, el punto 3 de esta Exposición de Motivos aclara el objetivo pretendido por la Directiva 96/71: “que a aquellos trabajadores desplazados temporalmente a España por empresas establecidas en otros Estados miembros en el marco de una prestación de servicios les serán aplicables determinadas condiciones de trabajo establecidas por la legislación española”, en lo que insiste el punto 4 cuando destaca que la Ley 45/1999 “será de aplicación a las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional (sin afectar, por tanto, a otras actividades distintas, tales como las formativas) establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea, pero también a las empresas establecidas en el resto de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

⁸⁷⁵ En virtud de estos preceptos, “la presente Ley tiene por objeto establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo” y “será de aplicación a las empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional”.

Ley 45/1999 no sería admisible⁸⁷⁶. Ahora bien, en el cuerpo de sus disposiciones adicionales se amplía este ámbito de aplicación⁸⁷⁷.

Concretamente, en la disp. adic. primera se hace referencia a los “desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España”. Como puede apreciarse, en esta ocasión sí nos encontramos con una disposición concreta que puede resultar de aplicación a los casos de movilidad geográfica internacional que tienen origen, y no destino, en nuestro país, como se explicita en el apartado 1⁸⁷⁸.

Por lo que se refiere a la puesta a disposición internacional de trabajadores por ETTs, la aplicación de esta normativa se hace a través de la modificación de la LETT, *ex disp. fin. primera*. En detalle, la Ley 45/1999 añade un nuevo Capítulo –el IV- con el título “Actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal”, con una Sección –la 1ª, que abarca los arts. 22 a 25- sobre “actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”, y otra –la 2ª, arts. 26 y 27- referida a la “actividad en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas”.

⁸⁷⁶ De hecho, los arts. 1.2 *in fine* y 1.3 de la Ley 45/1999 excluyen de su ámbito de aplicación “las empresas de la marina mercante respecto de su personal navegante” y “los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas que no respondan a una prestación de servicios de carácter transnacional”.

⁸⁷⁷ En palabras de RIVAS VALLEJO, M. P. y MARTÍN ALBÁ, S. “Los desplazamientos temporales de trabajadores españoles al extranjero. Efectos laborales y tributarios”, *op. cit.*, pág. 43, a pesar de que el objetivo principal de la ley es regular el trabajo prestado por un trabajador comunitario desplazado temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional “la ley misma da también cobijo –y así se deduce de su título- al trabajo desarrollado fuera del territorio español cuando se trate de desplazamientos efectuados por empresas establecidas en España”.

⁸⁷⁸ “Las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional”.

Ahora bien, la identificación inmediata de la Ley 45/1999 como continente del régimen jurídico-laboral aplicable a los casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores españoles resulta del todo desacertada cuando se analiza, a continuación, su contenido. Este análisis –como se desarrolla seguidamente- evidencia que la Ley 45/1999 es, sobre todo, una regulación específica sobre los desplazamientos de tal tipo que tienen como destino el Estado español. En efecto, y a pesar de que contiene referencias a los desplazamientos efectuados desde España y, por tanto, a una manifestación particular de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, no se establece su régimen jurídico-laboral. En segundo lugar, aunque en hipótesis lo hiciera, se trata de una norma que tiene un alcance limitado por el hecho principal de que sólo es aplicable a los desplazamientos de trabajadores con destino en el territorio de un país de la UE o del EEE⁸⁷⁹. Todo ello refuerza la afirmación de que la regulación de la prestación temporal de servicios en el extranjero es incompleta, fragmentada e inespecífica en el ordenamiento jurídico español⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ Ello no obstante, el ámbito de aplicación de la Ley 45/1999 podría verse ampliado para los desplazamientos con destino en España según su disp. adic. cuarta, que establece que “las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a las empresas establecidas en Estados distintos de los previstos en el artículo 1.2 de la presente Ley en la medida en que tales empresas puedan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los Convenios internacionales que sean de aplicación”.

⁸⁸⁰ El análisis del ámbito de aplicación de la Ley 45/1999, para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, *op. cit.*, pág. 370, evidencia

4.2.2. Contenido específico

A) Relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional con destino en España

En supuestos de movilidad geográfica con destino en España, la regulación de la Ley 45/1999 parte del establecimiento de una serie de obligaciones para los empresarios desplazantes dirigidas a garantizar a los trabajadores afectados, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato, determinadas condiciones de trabajo⁸⁸¹ previstas por el Derecho español⁸⁸². Interesa comentar al respecto varias cuestiones de fondo.

Por una parte, existen desplazamientos que reciben un nivel de protección inferior como consecuencia de su reducida duración⁸⁸³. Así, el art. 3.3 de la Ley 45/1999 dispone que “las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral española relativas a las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del

que “difícilmente puede explicarse ésta en términos de norma de transposición de aquélla” (la Directiva 96/71).

⁸⁸¹ Se trata, en general, de acuerdo con su art. 3.1, de tiempo de trabajo, cuantía del salario (véase, asimismo, el art. 4), igualdad de trato y no discriminación, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, intimidad y dignidad, y libre sindicación y derechos de huelga y reunión. Véase, ampliamente, SERRANO OLIVARES, R. “Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores. Prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”, *op. cit.*, págs. 59 y ss.

⁸⁸² Según el art. 3.4 de la Ley 45/1999, la legislación laboral española comprende “las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”. En relación con ello, véase *supra* Parte III, Capítulo Tercero.

⁸⁸³ En consonancia con la Directiva 96/71, el art. 3.6 de la Ley 45/1999 establece que “la duración del desplazamiento se calculará en un período de referencia de un año a contar desde su comienzo, incluyendo, en su caso, la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido”.

salario no serán de aplicación en los desplazamientos (...) cuya duración no exceda de ocho días”, bien se trate del desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, bien del desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.

Ello pone de manifiesto que sólo las ETTs que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional están compelidas, en todo caso y con independencia de la duración del desplazamiento, a garantizar a éstos las condiciones de trabajo dispuestas por el art. 3.1 de la Ley 45/1999. Es más, en los supuestos de puesta a disposición en España de trabajadores de ETTs de la UE o del EEE, el art. 3.2 de la Ley 45/1999 exige que se cumplan las condiciones genéricas que establece la LETT para la cesión de trabajadores⁸⁸⁴. En cualquier caso, las empresas implicadas están sujetas a la normativa sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España⁸⁸⁵.

Por otra parte, conviene destacar separadamente el art. 3.5 de la Ley 45/1999, que reconoce “la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de

⁸⁸⁴ Entre otras, el art. 22.1.b) de la LETT recuerda que el contrato de puesta a disposición deberá formalizarse por escrito y adecuarse a lo previsto en el Capítulo II, si bien exceptúa la obligación de formalizarlo en el modelo reglamentariamente establecido (art. 6.3 de la LETT, y art. 14 y anexo 3 del RD 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE de 1 de febrero de 1995, núm. 27).

⁸⁸⁵ Así se establece en la disp. adic. quinta de la Ley 45/1999. Además, cuando se trata de la actividad en España de ETTs de la UE y del EEE, éstas también debe observar las correspondientes obligaciones tributarias.

trabajo”⁸⁸⁶. Se trata, a nuestro entender, de una disposición de alcance general, independiente, por tanto, de la modalidad o la duración del desplazamiento. Ello no obstante, habría sido preferible su reproducción en el articulado de la LETT, si bien en su art. 22.1.c) se establece que la ETT desplazante “estará sujeta a lo establecido en la Ley sobre el Desplazamiento de Trabajadores en el Marco de una Prestación de Servicios Transnacional y deberá garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma”⁸⁸⁷.

Completan la regulación de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional con destino en España, tanto en la Ley 45/1999 como en la LETT, disposiciones “accesorias o instrumentales”⁸⁸⁸ referidas a cuestiones administrativas, de información y comunicación, y judiciales.

Respecto del régimen jurídico aplicable en materia comunicación e información, en estos supuestos de movilidad geográfica supranacional cuyo destino es España, el empresario, de acuerdo con el art. 5 de la Ley 45/1999, está obligado a comunicar el desplazamiento⁸⁸⁹, antes de su inicio y con independencia de su

⁸⁸⁶ Véase, sobre la aplicación del principio de norma más favorable en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, *supra* Parte III, Capítulo Tercero, punto 3.1.

⁸⁸⁷ Nótese, sin embargo, que el Capítulo III de la LETT –que regula las relaciones laborales en la ETT– no es aplicable a la actividad en España de ETTs de la UE o del EEE, a excepción de los derechos de los trabajadores en misión reconocidos en su art. 11.1.

⁸⁸⁸ Así las califican GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A. “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *op. cit.*, pág. 32.

⁸⁸⁹ Opina SERRANO OLIVARES, R. *La movilidad geográfica transnacional*, *op. cit.*, pág. 76, que esta obligación de comunicación “se justifica en la necesidad de garantizar la efectividad de la Directiva (96/71) y de proteger adecuadamente los derechos de los trabajadores, sin que aparezca como una limitación desproporcionada (a la libre prestación de servicios)”.

duración⁸⁹⁰, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios⁸⁹¹. En concreto, en la comunicación de desplazamiento debe identificarse la empresa que desplaza al trabajador; su domicilio fiscal y número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido; los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados; la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados vayan a prestar sus servicios; la fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento; y la determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda.

En caso de que la empresa desplazante sea una ETT, esta comunicación debe acompañarse de la acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para poner a disposición de otra EU, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados⁸⁹², así como precisar las necesidades temporales de la EU que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto que corresponda. La responsabilidad, en este punto, también se extiende a las EUs españolas, pues están convocadas a

⁸⁹⁰ Ahora bien, en el art. 5.3 de la Ley 45/1999 se excepcionan aquellos supuestos que no se prolonguen más allá de ocho días, siempre que no se trate del desplazamiento de un trabajador por parte de una ETT para su puesta a disposición de una EU que esté establecida o que ejerza su actividad en España.

⁸⁹¹ A su vez, la autoridad laboral pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a los efectos oportunos, las comunicaciones de desplazamiento que hubiera recibido, en los términos que se establecerán reglamentariamente. De hecho, de acuerdo con el art. 6 de la Ley 45/1999, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –que es a quien corresponde la vigilancia y exigencia del cumplimiento de esta Ley- puede instar en cualquier momento la comparecencia de los empresarios desplazantes para que aporten cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de esta Ley, incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa.

⁸⁹² Las obligaciones en materia de constitución e información que deben observar las ETTs en nuestro país –autorización administrativa, garantía financiera, registro e información a la autoridad laboral, *ex arts. 2 a 5 de la LETT*- no son aplicables a estas ETTs.

comprobar que esas ETTs se encuentran válidamente constituidas, a cuyo efecto entendemos que podrán verse asistidas por las Administraciones Públicas⁸⁹³ competentes en materia de información e inspección de los países de origen y de destino⁸⁹⁴.

Por su parte, las disposiciones en materia de infracciones y sanciones se localizan, ahora, en el art. 10 de la LISOS⁸⁹⁵. Concretamente, se tipifican como infracciones leves los defectos formales de la comunicación de desplazamiento con destino en España, mientras que la presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio es infracción grave. Si dicha comunicación no se produce o se falsean u ocultan datos contenidos en la misma, la

⁸⁹³ En adelante, AA.PP.

⁸⁹⁴ En virtud del art. 7 de la Ley 45/1999, la autoridad laboral del territorio donde se vayan a prestar los servicios en España es el órgano competente para informar –tanto a los órganos de información de otros Estados miembros de la UE o del EEE, como a las empresas de tales Estados que vayan a desplazar trabajadores a España, asociaciones empresariales que representen los intereses de tales empresas, destinatarios de la prestación de servicios transnacional y asociaciones que los representen, trabajadores desplazados a España o que vayan a serlo y sindicatos u otros órganos de representación de tales trabajadores- sobre las condiciones de trabajo que deben garantizar las empresas que desplacen a sus trabajadores a España, por cualquier medio, incluidos los electrónicos, informáticos y telemáticos, siempre que permita la adecuada identificación del solicitante de la información, del lugar o lugares del desplazamiento dentro del territorio español y de la prestación de servicios que se va a realizar en España. En relación con ello, el art. 9 de la Ley 45/1999 regula la cooperación con las AA.PP. de otros Estados en materia de información e inspección.

⁸⁹⁵ Se trata del RDLeg 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 8 de agosto de 2000, núm. 189) (en adelante, LISOS), cuya disp. derog. 2.g) dispone la derogación expresa de los arts. 10 a 13 de la Ley 45/1999. En cuanto a la regulación de las infracciones y sanciones en el ámbito de la actividad de las ETTs, aunque se recoge, respectivamente, en los arts. 24 y 25 de la LETT, este último precepto realmente remite “a lo establecido por la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social” (BOE de 15 de abril de 1988, núm. 91), que también ha sido derogada por la disp. derog. 2.a) de la LISOS.

infracción se considera muy grave⁸⁹⁶. A más, el punto 4 de este art. 10 de la LISOS dispone que “constituye infracción administrativa no garantizar a los trabajadores desplazados a España, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española en los términos definidos por el artículo 3 de la Ley 45/1999 (...), disposiciones reglamentarias para su aplicación, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de la actividad de que se trate”. Esta disposición remite a lo dispuesto en la LISOS a los efectos de “tipificación de dichas infracciones, su calificación como leves, graves o muy graves, las sanciones y los criterios para su graduación”⁸⁹⁷.

Por otra parte, del lado de las ETTs, constituyen infracciones graves tanto la no formalización por escrito el contrato de puesta a disposición como su formalización para supuestos no previstos en el artículo 6.2 de la LETT, mientras que se tipifican como infracciones muy graves su constitución inválida o sin reunir los requisitos exigidos por la legislación del Estado de su establecimiento, la contratación para realizar actividades y trabajos especialmente peligrosos para la seguridad o la salud de los trabajadores, y la cesión a terceros⁸⁹⁸. En cuanto a las

⁸⁹⁶ Añade, en este caso, el art. 14 de la Ley 45/1999, que “las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración por la comisión de infracciones administrativas muy graves de acuerdo con lo previsto en la presente Ley se regirán por lo establecido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE de 19 de mayo de 1995, núm. 119), que ha sido sustituida por el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE de 21 de junio de 2000, núm. 148).

⁸⁹⁷ SEGALÉS, J. y VALDÉS ALONSO, A. “Mecanismos de tutela administrativa”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, op. cit., págs. 194 y ss., analizan ampliamente este precepto, así como su concurrencia con varias disposiciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995, núm. 281), sugiriendo que “las administraciones que ostenten competencia en torno a los enunciados de la LDT (en referencia a la Ley 45/1999) se ocupen por unificar sus criterios a la hora de decidir el traslado de una cuestión al orden penal”.

⁸⁹⁸ Véanse, respectivamente, los arts. 18.1 y 18.2 de la LISOS.

EUs, tan sólo se establece expresamente, como infracción muy grave, la formalización de contratos de puesta a disposición con ETTs que no estén válidamente constituidas o que no reúnan los requisitos exigidos por la legislación del Estado de establecimiento⁸⁹⁹. Para el resto de infracciones, tanto leves, como graves y muy graves, se remite al régimen general aplicable a cualquier EU en el art. 20 de la LETT, que también se encuentra derogado y sustituido por el art. 19 de la LISOS.

Cierran la regulación de los desplazamientos a España en la Ley 45/1999 disposiciones referidas a cuestiones judiciales. A este respecto, interesa especialmente comentar las reglas que se disponen en su art. 16 para determinar la competencia judicial internacional en este ámbito. Así, se establece la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales del orden social, en el marco de su competencia general para conocer de cuantas cuestiones se susciten en aplicación de la Ley 45/1999⁹⁰⁰, para resolver aquellos litigios que afecten a un trabajador que esté o haya estado desplazado temporalmente en España⁹⁰¹, de acuerdo con el art. 25 de la LOPJ⁹⁰². Ello no obstante, se reconoce la plena vigencia de los criterios de competencia que establecen el art. 5.1 del CB y del CL, a lo que habría que añadir el RBI.

⁸⁹⁹ Véase, asimismo, el art. 18.3 de la LISOS.

⁹⁰⁰ Así se establece en su art. 15, de conformidad con lo dispuesto, ahora, en los arts. 2.q) y 3.2 de la LPL.

⁹⁰¹ En virtud del art. 16.2 de la Ley 45/1999, esta competencia se determinará de acuerdo con las reglas contenidas en los arts. 6 a 10 de la LPL. De hecho, la LPL es derecho supletorio, *ex art.* 17 de la Ley 45/1999.

⁹⁰² A propósito de este precepto, véase *supra* Parte III, Capítulo Primero, punto 2.

B) Relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional con origen en España

La regulación de los supuestos de movilidad geográfica internacional desde España se encuentra en la disp. adic. primera de la Ley 45/1999. Este precepto, abundando en lo establecido en la Directiva 96/71, dispone que las empresas que lleven a cabo estos desplazamientos deberán garantizar a los trabajadores afectados las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de dicha Directiva. A ello se añade, eso sí, como en los supuestos de movilidad geográfica intracomunitaria con destino en España, la obligación de aplicar a los mismos condiciones de trabajo más favorables⁹⁰³.

También en este ámbito, en paralelo a la regulación dispuesta para los desplazamientos hacia España, se establecen obligaciones en materia de información y comunicación. En detalle, el apartado 2 de esta disp. adic. primera declara que “los interesados”⁹⁰⁴ pueden informarse de las condiciones de trabajo que deben garantizarse en el Estado de destino dirigiéndose a los órganos competentes en materia de información de tal Estado o a los de la Administración laboral española,

⁹⁰³ Interesa referenciar en este punto la SJS de Vitoria-Gasteiz (núm. 1) de 9 de mayo de 2005 (Ref. Ar. AS 2005\1629), F.D. cuarto: “la conducta de las empresas demandadas es constitutiva de la infracción reseñada en el Real Decreto 5/2000, porque los salarios pagados a los trabajadores afectados es inferior al debido según el Convenio aplicable al sector vigente en España en el momento de la prestación de servicios”. Además, y siempre de acuerdo con esta resolución, se procede a imponer la “sanción más elevada dentro del arco que la norma permite” en tanto en cuanto “los perjuicios ocasionados son superiores en el caso de trabajadores extranjeros, por la mayor situación de indefensión en la que se encuentran (no tienen obligación de conocer la legislación española ni los salarios que son de aplicación, ni tampoco conocer los cauces de reclamación de los mismos, amén de las dificultades del idioma)”.

⁹⁰⁴ Entendemos, de acuerdo con el art. 7.2 de la Ley 45/1999, que dicha expresión debe comprender tanto a los distintos órganos de información de los Estados de la UE o del EEE, como a las empresas desplazantes y asociaciones empresariales que representen sus intereses, destinatarios de la prestación de servicios transnacional y asociaciones que los representen, así como a los trabajadores desplazados y a los sindicatos u otros órganos de representación de tales trabajadores.

la cual dará traslado a tales órganos de las peticiones de información recibidas, informando de ello al solicitante⁹⁰⁵. Nada se indica de manera expresa, sin embargo, respecto de la obligación de comunicación que pesa sobre la empresa desplazante. Ahora bien, es de esperar que ésta se establezca en la correspondiente norma de transposición de la Directiva 96/71 en el Estado huésped. En todo caso, el sistema de cooperación y asistencia mutua entre las AA.PP. de los Estados miembros en materia de información e inspección del art. 9.2 de la Ley 45/1999 presenta un contenido abierto⁹⁰⁶ que –entendemos– va a permitir la fiscalización de cualquier práctica de movilidad geográfica internacional de trabajadores en este ámbito.

Por otro lado, en el apartado 3 de la disp. adic. primera de la Ley 45/1999 se dispone que son infracciones administrativas las acciones u omisiones de los empresarios que desplacen temporalmente a trabajadores propios desde España por las que se incumplan las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71, tipificadas y sancionadas según la legislación laboral española⁹⁰⁷. La excepción a ello, de acuerdo con el apartado 4, es que ya hayan sido sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. A estos efectos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá también, *ex* apartado 5, iniciar de oficio el procedimiento sancionador pertinente en virtud de comunicación de las AA.PP. a las que

⁹⁰⁵ A más, según el punto 2 *in fine* de la disp. adic. primera de la Ley 45/1999, “cuando la Administración laboral reciba esta información directamente de los órganos competentes de otros Estados la pondrá, asimismo, en conocimiento de los solicitantes”.

⁹⁰⁶ Así lo observa CASAS BAAMONDE, M. E. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, *op. cit.*, pág. 108.

⁹⁰⁷ Véase SEGALÉS, J. y VALDÉS ALONSO, A. “Mecanismos de tutela administrativa”, *op. cit.*, págs. 185 y ss.

corresponda en el lugar de desplazamiento la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo⁹⁰⁸.

A más, la disp. adic. primera de la Ley 45/1999 establece una norma de solución al conflicto de competencia judicial internacional en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios que se planteen este ámbito. Ahora bien, reconoce la posibilidad de entablar una acción judicial en el territorio del Estado miembro en el que esté o haya estado desplazado el trabajador, de conformidad con lo que dispongan al respecto las legislaciones nacionales por las que se dé aplicación a lo establecido en el art. 6 de la Directiva 96/71⁹⁰⁹.

Por lo que se refiere, específicamente, a los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por ETTs españolas, el art. 26 de la LETT establece, sobre la base del principio de aplicación de nuestra legislación laboral, normas particulares en materia de constitución de la ETT en España y de desarrollo de su actividad fuera de nuestras fronteras.

En primer lugar, el apartado 1 abre la posibilidad de efectuar la puesta a disposición de trabajadores propios en EUs establecidas o que ejerzan su actividad en otros Estados miembros de la UE o del EEE a cualquier ETT española que disponga de la preceptiva autorización administrativa que regula nuestro Derecho interno, aunque siempre con obediencia a lo dispuesto sobre el particular en la legislación del Estado de destino. Sea como fuere, la legislación española es la que

⁹⁰⁸ Véase lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 15 de noviembre de 1997, núm. 274).

⁹⁰⁹ Sobre la determinación de la competencia judicial internacional en la Directiva 96/71, véase *supra* Parte III, Capítulo Primero, punto 3.3.

rige tanto el contrato de puesta a disposición entre la ETT y la EU⁹¹⁰ como las relaciones laborales en la ETT⁹¹¹. Conviene advertir, además, que también aquí debe operar la norma más favorable, pues el art. 26.2 *in fine* de la LETT sujeta esta actividad a lo dispuesto en la disp. adic. primera de la Ley 45/1999⁹¹².

En el apartado de las infracciones y sanciones en este ámbito, el art. 27 de la LETT remite a la aplicación de las normas generales sobre el particular⁹¹³, además de al apartado 3 de la disp. adic. primera de la Ley 45/1999. Sea como fuere, también en este punto está prevista la sujeción al principio *non bis in idem* en los términos descritos anteriormente.

⁹¹⁰ En concreto, se regirá por lo dispuesto en el Capítulo II de la LETT –arts. 6 a 9-, a excepción de lo dispuesto en los artículos 8 c) y 9, que no son de aplicación.

⁹¹¹ A diferencia de los desplazamientos hacia España, donde –recuérdese- sólo se obliga a respetar el mandato del art. 11.1 de la LETT, en estos supuestos se aplican íntegramente los correspondientes arts. 10-14 de la LETT.

⁹¹² Asimismo lo entienden GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A. “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *op. cit.*, pág. 32, cuando observan que “aunque la redacción puede parecer técnicamente desafortunada (...) tal carencia se suple con la remisión que el art. 26.2 hace a la D.A.1ª Ley 45/1999, disposición que reitera dicho mandato (...) señalando expresamente el principio de mayor favorabilidad”.

⁹¹³ Aunque este precepto hace referencia al “Capítulo V de la presente Ley” (arts. 18 a 21), esta materia se encuentra ahora regulada por la LISOS, que deroga expresamente dichos preceptos (disp. derog. única 1.d).

4.3. El Estatuto de los Cooperantes

4.3.1. Su significación en el marco normativo interno de la movilidad geográfica internacional de trabajadores

El Estatuto de los Cooperantes⁹¹⁴ es una norma de naturaleza reglamentaria que desarrolla el mandato contenido en el art. 38.2 de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo⁹¹⁵, que dispone la obligación de aprobar un marco normativo en el que se contemple una serie de aspectos esenciales de la labor de los cooperantes, como son sus derechos y obligaciones, régimen de incompatibilidades, formación, homologación de los servicios que prestan y modalidades de previsión social⁹¹⁶.

Ponemos de manifiesto desde este momento que el Estatuto de los Cooperantes es, a nuestro entender, el único texto normativo que contiene una suerte de regulación material del régimen jurídico del trabajo prestado temporalmente en el extranjero, y no sólo desde el punto de vista estrictamente laboral sino también sobre otras cuestiones –entre otras, Seguridad Social, procedimiento administrativo y fiscalidad-. La propia Exposición de Motivos agrupa el contenido del Estatuto de los Cooperantes en tres categorías. A saber, la incidencia del trabajo que van a realizar como cooperantes sobre su relación jurídica de prestación de servicios –ya sea laboral o administrativa-; los derechos y deberes específicos que les corresponden como cooperantes; y la concertación de un seguro colectivo por parte

⁹¹⁴ RD 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los Cooperantes (BOE de 13 de mayo de 2006, núm. 114) (en adelante, Estatuto de los Cooperantes).

⁹¹⁵ BOE de 8 de julio de 1998, núm. 162 (en adelante, Ley 23/1998).

⁹¹⁶ Y es que, como afirma MARTÍNEZ BOTELLO, P. “El contrato por obra o servicio determinado de cooperantes y el encadenamiento de contratos de trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 736, 2007, pág. 8, “la figura del cooperante necesitaba un régimen jurídico propio, claro y delimitado, que ha tardado en llegar”.

de la Agencia Española de Cooperación Internacional⁹¹⁷. El Estatuto de los Cooperantes es, por tanto, una norma de referencia en el análisis del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero.

Dada la orientación que hemos dado a nuestro estudio, nos centraremos en el análisis de la primera cuestión, la relativa a las condiciones de desarrollo de la actividad de los cooperantes en el extranjero o, en palabras del propio Estatuto de los Cooperantes, “la proyección de la actividad de los cooperantes sobre su relación jurídica de prestación de servicios”. Nótese, en relación con ello, que en esta ocasión no se hacen distinciones en función de que dicha relación sea laboral, funcionarial o estatutaria, aunque para nosotros es la primera la que resulta de principal interés independientemente de que se haga alusión a las otras⁹¹⁸.

4.3.2. Ámbito de aplicación del Estatuto de los Cooperantes

El análisis del ámbito de aplicación del Estatuto de los Cooperantes evidencia que se trata de una norma de regulación integral de un fenómeno de movilidad geográfica internacional de trabajadores, aunque necesariamente limitada. A grandes rasgos, esta limitación se debe, por una parte, a la configuración de su alcance personal, dado que no es aplicable a cualquier tipo de trabajador, y, por otra parte, a la remisión que se hace a otras disposiciones en determinadas materias.

⁹¹⁷ La Orden AEC/163/2007, de 25 de enero, por la que se desarrolla el RD 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los Cooperantes (BOE de 2 de febrero de 2007, núm. 29) determina la constitución de un Fondo para el aseguramiento colectivo de los cooperantes, además de las condiciones de depósito de documentos en la Agencia Española de Cooperación Internacional, que es la encargada de refrendar las certificaciones de labores realizadas por los cooperantes que emitan las entidades promotoras de la cooperación.

⁹¹⁸ A este respecto, véase el estudio monográfico de DE NIEVES NIETO, N. *La relación laboral de cooperación internacional*, Civitas, Madrid, 2008, donde se ofrece una visión completa de esta nueva relación laboral, buscando su encaje en nuestro ordenamiento jurídico y ofreciendo posibles

En concreto, el Estatuto de los Cooperantes sólo afecta a aquellas personas físicas que participen en la ejecución, sobre el terreno, de un determinado instrumento de cooperación internacional para el desarrollo o de ayuda humanitaria en cualquiera de sus fases, a realizar en un país o territorio beneficiario de la política de ayuda al desarrollo, parte de la acción exterior del Estado⁹¹⁹. Además, las mismas han de tener una relación jurídica con una persona o entidad promotora de la cooperación para el desarrollo o la acción humanitaria, en los términos que se señalan en el art. 3, ya relación sometida al ordenamiento jurídico laboral, ya relación funcionarial o de personal al servicio de las AA.PP.

De esta primera definición que se recoge en el art. 2.1 se desprende el alcance global que tiene esta normativa. En esta ocasión, no se hacen distinciones en función del ámbito geográfico en el que el trabajador desarrolle su actividad como sí sucede –y así se ha puesto de manifiesto– en otros textos que restringen su ámbito de aplicación a los movimientos que se suceden dentro del territorio comunitario⁹²⁰. El único aspecto que se delimita en este sentido, y que resulta imprescindible por el sentido mismo del Estatuto, es que se trate de una actividad enmarcada dentro de la cooperación al desarrollo⁹²¹ con independencia del país o territorio donde se localice

soluciones a las varias lagunas que plantea, por analogía con otras instituciones jurídicas más consolidadas.

⁹¹⁹ De acuerdo con el art. 3 de la Ley 23/1998, la política de cooperación internacional para el desarrollo es parte de la acción exterior del Estado, se basa en el principio de unidad de acción del Estado en el exterior y está dirigida a la promoción del desarrollo sostenible humano, social y económico para contribuir a la erradicación de la pobreza en el mundo a través de objetivos como, entre otros, fomentar con recursos humanos y materiales el desarrollo de los países más desfavorecidos para que puedan alcanzar un crecimiento económico con un reparto más equitativo de los frutos del desarrollo, y prevenir y atender situaciones de emergencia mediante la prestación de acciones de ayuda humanitaria.

⁹²⁰ Tal es el caso de la Directiva 96/71 y sus normas de transposición que, recuérdese, limitan su ámbito territorial de aplicación al territorio de los Estados miembros de la UE o de los Estados signatarios del AEEE.

⁹²¹ Definida en el art. 1 de la Ley 32/1998 como el conjunto de recursos y capacidades que España pone a disposición de los países en vías de desarrollo, con el fin de facilitar e impulsar su progreso

siempre y cuando, de acuerdo con el art. 2.4, se trate de un beneficiario de ayuda al desarrollo, bien por que esté así definido por el Comité de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –o entidad que lo sustituya-, bien por que se haya declarado oficialmente una situación de emergencia humanitaria. De todo ello se desprende que cualquier destino internacional es susceptible de activar la aplicación de esta normativa.

En segundo lugar, y aunque el ámbito de aplicación personal se encuentra restringido a los cooperantes, recuérdese que no se hace distinción alguna entre los mismos en función del tipo de relación de prestación de servicios. De este modo, resulta indiferente a este respecto que el trabajador se encuentre ligado a la persona o entidad promotora de la cooperación para el desarrollo y la acción humanitaria por una relación sometida al ordenamiento jurídico laboral, por una relación funcional, o por una relación estatutaria.

No obstante, han de hacerse dos precisiones sobre este particular. Por una parte, se prevé que el personal al servicio de las AA.PP. goce, en su lugar y en su caso, de las condiciones más beneficiosas que se reconozcan en las normas para el personal en el exterior de la Administración General del Estado⁹²². Por otra parte, se excluye de la definición de cooperante y, por tanto, del ámbito de aplicación de su Estatuto, a las personas cuya relación con la entidad promotora tenga la naturaleza de arrendamiento de servicios civil o mercantil, o de becarios.

En tercer lugar, el Estatuto de los Cooperantes tampoco sujeta su vigencia y aplicabilidad a la condición de que el trabajador afectado por el cambio en el lugar

económico y social, y para contribuir a la erradicación de la pobreza en el mundo en todas sus manifestaciones.

⁹²² A ellas se refiere el art. 30 de la Ley 23/1998 cuando enumera las distintas situaciones en las que se puede encontrar el personal en el exterior.

de prestación de servicios se encuentre en el extranjero durante un tiempo determinado. Frente a otras regulaciones que o restringen su ámbito de aplicación a los desplazamientos⁹²³ o que ni siquiera dejan claro el tipo de movilidad o trabajo en el extranjero que regulan⁹²⁴, las disposiciones de este Estatuto se aplican a cualquier prestación de servicios que se desarrolle temporalmente en el extranjero, independientemente de su duración.

Sin embargo, de nuevo en este punto se detecta uno de los problemas nucleares que presenta la investigación de la materia que nos ocupa, pues resulta que el Estatuto de los Cooperantes tampoco ofrece un concepto, ni siquiera un término, para calificar dicho fenómeno. La única referencia que se recoge en este sentido consiste en el establecimiento de una obligación por virtud de la cual se ha de especificar la fecha de inicio y la fecha estimada de finalización de la prestación de servicios en el lugar de destino, pero nada más se concreta en relación con la mayor y menor extensión temporal del destacamento⁹²⁵.

Por su parte, la legislación de referencia, contenida en la Ley 23/1998, tampoco contribuye a clarificar esta cuestión. Nada concreto resuelve cuando, al enumerar las distintas situaciones en las que se puede encontrar el personal en el exterior, sólo expresa en su apartado 4 que “asimismo, en la cooperación oficial para el desarrollo podrá prestar servicios *personal desplazado desde España por tiempo*

⁹²³ En concreto, a los que se desenvuelven en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional como se entiende en el marco de la Directiva 96/71 (véase *supra* Parte II, punto 5.2.1.B).

⁹²⁴ Cual es el caso que hemos comentado del art. 1.4 del ET (véase *supra* Parte III, Capítulo Segundo, punto 3.3.3).

⁹²⁵ En efecto, el art. 5.3.c) del Estatuto de los Cooperantes determina que “el acuerdo complementario de destino del cooperante en un país o territorio receptor de ayuda al desarrollo tendrá el siguiente contenido mínimo: (...) Fecha de inicio de la prestación de servicios, y fecha estimada de finalización”.

determinado”⁹²⁶. Tampoco aquí, por tanto, hay indicación concreta alguna de la duración que puede llegar a alcanzar la prestación de servicios en el extranjero.

4.3.3. Régimen jurídico-laboral de la prestación de servicios en el Estatuto de los Cooperantes

Uno de los aspectos más destacados de la regulación contenida en el Estatuto de los Cooperantes es el relativo a la determinación del régimen jurídico aplicable a la relación laboral. Tomando como base –y, por tanto, como Derecho supletorio- lo dispuesto en el ET, se regulan diversos extremos sobre el contenido de la relación de trabajo tanto en su –llamémoslo así- desarrollo normal o habitual dentro del territorio español, como en su eventual desenvolvimiento en el extranjero.

Por lo que respecta al régimen jurídico de la relación de trabajo de los cooperantes mientras se desarrolla en España, sus disposiciones se limitan a establecer los requisitos de la contratación, lo cual resulta lógico dada la idiosincrasia de este tipo de prestación de servicios que lleva generalmente aparejada la traslación del trabajo al extranjero.

Recogidos principalmente en su art. 4, la primera precisión está referida a las modalidades de contratación bajo las que cabe subsumir la relación de trabajo entre el trabajador –el cooperante- y el empleador –la persona o entidad promotora de la cooperación para el desarrollo o la acción humanitaria-. En este sentido, el Estatuto de los Cooperantes hace una remisión –aparentemente- total y sin reservas a la legislación laboral, por lo que cabe hacer cualquier tipo de contrato tanto por su duración como por su jornada. No obstante lo dicho, el mismo art. 4 establece varias reglas particulares en relación con las cuestiones de contratación inicial a las que

⁹²⁶ La cursiva es propia.

estamos haciendo referencia, de ahí que hayamos matizado el sentido en el que se hace remisión a la legislación laboral.

En primer lugar, en el apartado 2 se exige que el contrato, independientemente de su duración, se formalice por escrito de acuerdo –como reza– “con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y demás normativa de aplicación a los contratos de trabajadores contratados en España (los cooperantes) al servicio, en el extranjero, de las entidades promotoras españolas”⁹²⁷.

En segundo lugar, también se establecen disposiciones específicas en materia de contratación temporal. En concreto, el art. 4.3 del Estatuto de los Cooperantes prevé que cuando la relación laboral se concierte en virtud de un contrato para obra o servicio determinados, además de lo establecido en su normativa reguladora, se determine en el mismo la causa que justifique la temporalidad, en relación al período de ejecución del proyecto o programa de que se trate y de la descripción de las labores a realizar. Ello no obstante, se dispone que, sin perjuicio de ello, se estará, en cuanto a la duración previsible y pormenores de las tareas a realizar, a lo establecido en el acuerdo complementario regulado en el art. 6 y que comentamos seguidamente⁹²⁸.

⁹²⁷ Quede dicho, en este momento, que las cuestiones relativas a las formalidades que afectan a las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional son tratadas de manera específica y diferenciada *infra* (Capítulo Tercero, punto 3). Nos remitimos a él, por tanto, a los efectos de exégesis del art. 8.2 del ET y demás normativa de aplicación.

⁹²⁸ Resulta fundamental la lectura de la exégesis que se hace de este art. 4 en MARTÍNEZ BOTELLO, P. “El contrato por obra o servicio determinado de cooperantes y el encadenamiento de contratos de trabajo”, *op. cit.*, págs. 8 y ss., donde se cuestiona la aplicabilidad de las reglas sobre contratación temporal del art. 15.5 del ET y sobre extinción por circunstancias objetivas del art. 52.e) del ET a la relación de trabajo de los cooperantes.

Una vez el trabajador es destinado a desarrollar su actividad en el extranjero, el Estatuto de los Cooperantes impone el respeto a determinadas condiciones de trabajo durante la situación de movilidad geográfica internacional. Ello supone una auténtica novedad en el seno de la normativa española sobre el particular, lo que convierte al Estatuto de los Cooperantes en un referente que, sobre todo en este punto, es preciso tomar en consideración en el marco del objeto de nuestra investigación a pesar de lo limitado de su ámbito de aplicación.

Con el objetivo expresado en la Exposición de Motivos de “proporcionar una mayor seguridad jurídica al cooperante”, se establece la obligación de suscribir el llamado “acuerdo complementario de destino”⁹²⁹. Se trata de un instrumento jurídico-documental en el que se ha de recoger un catálogo de derechos que le deberán ser reconocidos y que serán de obligado cumplimiento para su empleador. En el caso de que la relación que vincule al cooperante con la entidad impulsora del proyecto tenga naturaleza laboral, dicho documento se tiene que incorporar como anexo al contrato de trabajo.

La razón de ser de la suscripción de este acuerdo complementario de destino estriba en especificar las condiciones especiales en las que la prestación de servicios se va a desarrollar en el extranjero, referidas a determinadas materias que forman parte de su contenido mínimo y que se refieren tanto a condiciones de trabajo como a otras cuestiones médicas, de seguridad, administrativas o financieras.

En concreto, todo acuerdo complementario de destino debe recoger las siguientes condiciones: a) determinación del país o territorio beneficiario de ayuda al desarrollo donde deba el cooperante desempeñar su labor con indicación del Estado y del municipio o comunidad en que se ubique el establecimiento o centro de trabajo al que el cooperante se adscribirá en el país de destino; b) descripción del

⁹²⁹ Véanse, sobre todo, los arts. 5 y 6 del Estatuto de los Cooperantes.

proyecto o programa a cuya colaboración se destina al cooperante; c) fecha de inicio de la prestación de servicios y fecha estimada de finalización⁹³⁰; d) relación de las específicas precauciones médicas que debe adoptar el cooperante, en función del lugar de destino, antes, durante y después de la ejecución de su prestación, así como de los servicios hospitalarios y de asistencia médica más próximos al lugar de destino; e) régimen de horarios, vacaciones, viajes al exterior y permisos aplicables, así como procedimiento a seguir para su aplicación; f) normas de seguridad básicas en el país de destino y recursos a utilizar en aquellos supuestos en los que la seguridad del cooperante o las tareas a realizar resulten afectadas; g) información de las formalidades administrativas a cumplimentar en el Estado de destino para la residencia y trabajo en él con expresión de los documentos que la entidad promotora de la ayuda al desarrollo facilitará al cooperante antes de su partida; h) concreción de las retribuciones salariales y extrasalariales que correspondan⁹³¹; i) transcripción de los derechos y obligaciones de los cooperantes descritos en los arts. 7 a 12⁹³²; j) moneda en la que se pagarán las retribuciones y demás percepciones económicas del cooperante, indicando su contravalor en euros en su calidad de valor de referencia para proceder a la actualización de las percepciones salariales; k) información sobre las condiciones del seguro, incluidas las de repatriación del cooperante.

⁹³⁰ En el supuesto de que la fecha de terminación pudiera estar sujeta a cualquier contingencia no prevista en el programa o proyecto, el acuerdo especificará que la finalización le será comunicada con una antelación mínima de un mes.

⁹³¹ En este sentido, se han de detallar todas las percepciones, en metálico o en especie, que procedan, como compensación, dietas, ayudas, indemnizaciones o suplidos por gastos o por cualquier otro concepto derivado de la ejecución de la prestación.

⁹³² Estos preceptos se refieren, respectivamente, a las situaciones de excedencia y asimilables, al régimen de incompatibilidades, a la certificación de las labores realizadas, al catálogo de derechos y deberes de los cooperantes, y a la dotación financiera para su aseguramiento.

A nuestro entender, el acuerdo complementario de destino establecido en el Estatuto de los Cooperantes⁹³³ tiene una singular trascendencia de cara a la configuración de un régimen jurídico común aplicable a todos los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. En efecto, es la primera ocasión en la que un texto normativo de nuestro ordenamiento jurídico se ocupa de regular cuestiones específicas y diferenciadas de las relaciones de prestación de servicios cuando se desarrollan temporalmente en el extranjero, mostrando así una clara disposición por garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores –sólo de los cooperantes, en este caso- inmersos en una experiencia de movilidad geográfica internacional y, por tanto, susceptibles de ver modificadas sus condiciones de trabajo más allá del cambio de lugar de trabajo.

En suma, la regulación contenida en el Estatuto de los Cooperantes se erige en el ejemplo más significativo, por el momento, de que la ordenación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores no es ajena a nuestro sistema normativo, si bien no es de aplicación más allá de tal tipo específico de relación laboral. Con este texto normativo se supera la tendencia dominante, hasta ahora, de limitar la regulación de los fenómenos de trabajo temporal en el extranjero a cuestiones de Derecho Internacional Privado⁹³⁴. Sin embargo, para culminar el análisis de la ordenación normativa de los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores aún resta el estudio del texto normativo más reciente aprobado en la materia: el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior⁹³⁵.

⁹³³ Analizado en detalle por VALDÉS DAL-RÉ, F. “Una mirada laboral al estatuto jurídico del cooperante”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2006, págs. 11 y ss. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. “La cooperación internacional al desarrollo como prestación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 133, 2007, págs. 125 y ss.

⁹³⁴ En referencia a los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET (véase *supra* Parte III, Capítulo Segundo, punto 2).

⁹³⁵ Recuérdesse que se contiene en la citada Ley 40/2006.

4.4. El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior

Es un hecho que las prácticas de movilidad geográfica internacional de trabajadores están experimentando un significativo desarrollo como consecuencia de la aparición o de la intensificación de múltiples factores de tipo político, económico o social⁹³⁶. En este contexto, la experiencia española no es una excepción. Los movimientos de personas y de trabajadores a través de las fronteras están cambiando de signo en nuestro país, como en otros países de nuestro entorno, y la emigración de otras épocas va dejando paso a la inmigración, por una parte, y a la movilidad geográfica internacional de trabajadores, por otra.

El legislador español, sin duda consciente de estas circunstancias, opera un cambio significativo en la normativa aplicable a la ciudadanía española en el exterior con la aprobación de la Ley 40/2006. Dicho cambio tiene su origen, en efecto, en la diversificación de los supuestos de presencia de ciudadanos españoles en el exterior. No en vano, el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior amplía notablemente la concepción del estatus de español en el extranjero, superando la restrictiva visión contenida en la Ley de Emigración de 1971.

Hasta la entrada en vigor de este Estatuto⁹³⁷, esta Ley 33/1971 era el texto normativo de referencia en materia de movilidad transnacional en nuestro ordenamiento jurídico, pero éstos se circunscribían exclusivamente al tradicional concepto de emigración. Una vez esta Ley ha quedado derogada por el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior –en virtud de su disp. derog. única⁹³⁸– dicho

⁹³⁶ Analizados *supra* Parte I.

⁹³⁷ Que se produjo, de acuerdo con su disp. fin. cuarta, el 16 de diciembre de 2006, día siguiente al de su publicación en el BOE.

⁹³⁸ Nótese que la Ley 33/1971 fue formalmente derogada por la disp. fin. segunda del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el

concepto clásico de emigración queda superado por una nueva concepción de los movimientos migratorios acorde con su situación actual.

Como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del propio Estatuto, hoy por hoy los movimientos migratorios han alcanzado una dimensión y una significación distinta, sobre todo teniendo en cuenta, por un lado, el ejercicio del derecho a la libre circulación en el contexto de UE, y por otro, la globalización de la economía. Así pues, en los países desarrollados –donde el Estado satisface las necesidades básicas de sus ciudadanos- el desplazamiento a otro país responde a motivaciones de distinta índole que persiguen ampliar las expectativas personales y profesionales o mejorar la calidad de vida del trabajador implicado en el mismo.

En detalle, el ámbito subjetivo del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior comprende tanto a quienes ostenten la nacionalidad española y residan fuera del territorio nacional como a la ciudadanía española que se desplace temporalmente en el exterior, incluyendo a quienes lo hagan en el ejercicio de la libre circulación⁹³⁹ y ya se trate de funcionarios públicos, de trabajadores al servicio de la Administración española en el exterior, de cooperantes o de trabajadores y profesionales de las empresas españolas destinados temporalmente al extranjero.

No obstante lo dicho, debe hacerse una observación crítica de la regulación contenida en el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior y que viene

Empleo (BOE de 18 de noviembre de 1978, núm. 276) si bien se ha mantenido como norma reglamentaria hasta la entrada en vigor del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior.

⁹³⁹ Además, *ex art. 2*, el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior también es de aplicación a los españoles de origen que retornen a España para fijar su residencia, siempre que ostenten la nacionalidad española antes del regreso, además de a los familiares de cualesquiera de ellos, entendiéndose por tales “el cónyuge no separado legalmente o la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal, en los términos que se determinen reglamentariamente, y los descendientes hasta el primer grado, que tengan la condición de personas con discapacidad o sean menores de 21 años o mayores de dicha edad que estén a su cargo y que dependan de ellos económicamente”.

motivada por el limitado alcance o extensión que tiene, por el contrario, su ámbito de aplicación objetiva o material. Frente a la voluntad manifiesta de erigirse como marco jurídico que garantice a la ciudadanía española residente en el exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en España⁹⁴⁰, el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior obvia toda referencia expresa al régimen jurídico-laboral de la relación individual de trabajo. Su articulado sólo contiene previsiones sobre derechos de participación⁹⁴¹, derechos sociales y prestaciones⁹⁴², y derechos relativos a la educación y a la cultura⁹⁴³, amén de las referencias sobre la política integral en materia de retorno⁹⁴⁴ y las relaciones entre las AA.PP.⁹⁴⁵.

⁹⁴⁰ Es una proclamación sobre la que insiste este Estatuto, tanto en su Exposición de Motivos (punto III, apartado 3), como en su propio articulado (art. 1.1).

⁹⁴¹ En concreto, como Capítulo I del Título I, se regulan las siguientes cuestiones: derecho a ser elector y elegible (art. 4), asistencia y protección de los españoles en el exterior (art. 5), derecho de petición (art. 6), derecho a acudir al defensor del pueblo (art. 7), derecho de información (art. 8), derecho de participación en los órganos consultivos de la emigración (art. 9), Consejo General de la Emigración (art. 10), atribuciones del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior (art. 11), Consejos de Residentes Españoles (art. 12) y sus funciones (art. 13), organizaciones sindicales y empresariales (art. 14), derecho de asociación (art. 15) e igualdad de género (art. 16).

⁹⁴² Están enumerados en el Capítulo II del Título I y hacen referencia al derecho a la protección de la salud (art. 17), a los derechos en materia de Seguridad Social (art. 18), a las prestaciones por razón de necesidad (art. 19), a los Servicios Sociales para mayores y dependientes (art. 20), a las acciones de información socio-laboral y orientación y participación en programas de formación profesional ocupacional (art. 21) y a derechos en materia de empleo y ocupación (art. 22).

⁹⁴³ Dan contenido al Capítulo III del Título I y versan sobre el derecho a la educación (art. 23), la homologación, convalidación y reconocimiento de títulos y estudios extranjeros (art. 24) y las lenguas y culturas españolas (art. 25).

⁹⁴⁴ Título II (arts. 26 a 28).

⁹⁴⁵ Título III (arts. 29 a 31).

Las disposiciones que se contienen en otros textos normativos⁹⁴⁶, aún no siendo del todo adecuadas –ya por su falta de sistematicidad, ya por su restringido ámbito de aplicación, ya por su configuración y contenido- al menos se ocupan de establecer normas sobre el régimen jurídico-laboral de la relación individual de trabajo. Habrá que aguardar a que se aborde la cuestión a través de la habilitación normativa que se hace en la disp. fin. tercera de este Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior⁹⁴⁷, aunque dudamos incluso de que las eventuales normas futuras de aplicación y desarrollo de la Ley puedan abarcar dicho contenido a la vista de la ausencia de previsiones concretas sobre el particular⁹⁴⁸.

En materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, las únicas referencias expresas se hacen respecto de esta segunda materia bajo el epígrafe de “derechos sociales y prestaciones”⁹⁴⁹ mientras que aquéllas que aluden a cuestiones

⁹⁴⁶ Estamos haciendo referencia al resto de disposiciones y textos normativos que han sido objeto de análisis en este Capítulo, y significativamente al Estatuto de los Cooperantes.

⁹⁴⁷ Por el momento, el desarrollo reglamentario de este Estatuto ha quedado limitado a la adopción de medidas instrumentales –Resolución, de 31 de mayo de 2007, de la Dirección General de Emigración, por la que se establecen las normas para la designación de miembros del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior (BOE de 9 de junio de 2007, núm. 138) y RD 230/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior (BOE de 16 de febrero de 2008, núm. 41)-, a salvo de lo establecido en el RD 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados (BOE de 24 de enero de 2008, núm. 21).

⁹⁴⁸ Es más, ni siquiera se hace mención alguna a esta cuestión en otros textos, como el Informe del Consejo General de la Emigración, de 5 de octubre de 2005, en relación con el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los Ciudadanos Españoles en el Exterior (versión electrónica disponible en http://www.mtas.es/migraciones/consmig/DocsVPleno/INFORME_ANTEPROYECTO_LEY_ESTATUTO.pdf).

⁹⁴⁹ Para RON LATAS, R. P. “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2007, págs. 943-963, un estudio amplio del articulado de este Estatuto bajo el prisma de nuestra disciplina debe comprender el análisis particular de los derechos de participación, de los derechos sociales y prestaciones, de la política en materia de retorno, y de las infracciones y sanciones.

relacionadas con el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo en el extranjero son, en realidad, meras disposiciones programáticas. Así, el art. 3.h) señala como uno de los objetivos fundamentales del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior “velar junto con las Comunidades Autónomas, por la protección de los derechos de los desplazados o expatriados en el exterior” y el art. 22.2, al tratar los derechos en materia de empleo y ocupación, dicta que “el Estado velará por las condiciones del desplazamiento de profesionales y trabajadores españoles por empresas radicadas en el exterior y facilitará la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior”.

Además –y como ya ocurriera con ocasión de la aprobación de la Ley 45/1999- el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, en su disp. adic. primera, altera la redacción de la LISOS. Por un lado, en relación con los sujetos responsables de la infracción, se modifica el art. 2.4 que ahora se refiere a “los transportistas, agentes consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en movimientos migratorios”⁹⁵⁰. Aunque sutil, la diferencia entre esta redacción y la anterior es elocuente, ya que permite abarcar todo tipo de movimientos circulatorios y evita la reducción de su consideración a los clásicos supuestos de emigración.

Por otro lado, insistiendo en esta última apreciación, el Capítulo IV de la LISOS pasa de denominarse “Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros” a llevar la rúbrica “Infracciones en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros”. Ello provoca, a su vez, el cambio

⁹⁵⁰ En su redacción anterior se hablaba de “los transportistas, agentes, consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración o movimientos migratorios”

tanto en el título de la Sección 1ª de dicho Capítulo IV⁹⁵¹ como en su contenido, que abarca los arts. 33 a 36 de la LISOS.

Concretamente, de dicha modificación conviene destacar la que se opera en la dicción del art. 34. Este precepto, además de simplificarse formalmente por efecto de la supresión de dos de sus tres apartados, también ve mejorado su contenido, sobre todo porque, por efecto de la aprobación del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, es de aplicación a las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores. En efecto, ahora constituye infracción leve “la modificación de las condiciones de la oferta de trabajo para desplazarse al exterior, si no causa perjuicio grave para el trabajador” frente a la redacción anterior que sólo resultaba de aplicación a situaciones puras, clásicas o tradicionales de emigración⁹⁵².

De manera similar sucede con el art. 35 de la LISOS. En esta ocasión, los anteriores cinco apartados pasan a ser cuatro, aunque de esta modificación sólo destacamos el nuevo contenido que se da a los dos primeros. En primer lugar, el art. 35.1 de la LISOS contempla como infracción grave, en esta ocasión y frente a lo dispuesto en el art. 34, “la modificación de las condiciones de la oferta de trabajo para desplazarse al exterior, si causa perjuicio grave para el trabajador”⁹⁵³. En segundo lugar, el nuevo art. 35.2 de la LISOS expresa que asimismo es infracción

⁹⁵¹ Ahora sobre “Infracciones en materia de movimientos migratorios” cuando antes contenía la expresión “Infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios internos”.

⁹⁵² En la redacción anterior el precepto era bien distinto, al considerar como infracciones leves “1. la modificación de las condiciones de la oferta para emigrar, una vez autorizada administrativamente, si no causa perjuicio grave para los emigrantes. 2. No presentar los contratos de trabajo para su visado por la autoridad laboral, o no entregar al trabajador la copia del contrato ya visado. 3. La inaplicación de los descuentos establecidos para el transporte de los emigrantes”.

⁹⁵³ Nada que ver con la redacción anterior que tipificaba de infracción grave “la difusión por cualquier medio de ofertas de trabajo para el extranjero sin la obtención de la preceptiva autorización administrativa” (apartado 1) y la “modificación de las condiciones de la oferta para emigrar, una vez autorizada administrativamente, si causa perjuicio grave para los emigrantes” (apartado 2).

grave “la ocultación, falsificación o rectificación de cláusulas sustanciales de un contrato de trabajo para desplazarse al exterior”⁹⁵⁴.

Por último, en la modificación operada en el art. 36 de la LISOS por el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior también desaparecen las menciones expresas a la emigración y a los emigrantes y se contempla el supuesto específico de los trabajadores que se desplazan al exterior. En consecuencia, son infracciones muy graves “el establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento” (punto 1), “la simulación o engaño en la contratación de los trabajadores que se desplazan al exterior” (punto 2), “el abandono de trabajadores desplazados por parte del empresario contratante o de sus representantes autorizados” (punto 3), “el cobro a los trabajadores de comisión o precio por su contratación” (punto 4) y “la obtención fraudulenta de ayudas a los movimientos migratorios, ya sean individuales o de reagrupación familiar, o la no aplicación o aplicación indebida de dichas ayudas” (punto 5)⁹⁵⁵.

En definitiva, una vez analizado el significado y alcance reales del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior respecto de las experiencias de movilidad geográfica internacional, el balance que arroja ofrece un resultado negativo incuestionable. En efecto, si bien hay que destacar favorablemente el hecho de que se haya adoptado una norma que incluye en su ámbito de aplicación al colectivo indiferenciado de trabajadores que prestan servicios temporalmente en el extranjero, superando así el restringido concepto tradicional de emigración que era objeto de

⁹⁵⁴ Cuando antes era el art. 35.3 de la LISOS y constituía infracción grave “la ocultación, falsificación o rectificación de cláusulas sustanciales de un contrato ya visado”.

⁹⁵⁵ Quede dicho que también cambia la letra del art. 40.1 de la LISOS, sobre cuantía de las sanciones, que ahora se refiere a las infracciones, en sus tres grados, en materia de relaciones laborales, empleo y de Seguridad Social, así como a las infracciones por obstrucción “en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros” y no, como ocurría antes, “en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros”.

textos normativos precedentes ya derogados, no es admisible que se omita toda referencia a los requisitos y procedimientos para llevar a buen término dicha modificación obligacional en el ámbito del contenido y elementos del contrato de trabajo, ni siquiera a través de la habilitación a normas de rango reglamentario⁹⁵⁶. Este desinterés del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior evidencia así, y por sí sólo, el desamparo que pueden llegar a experimentar los trabajadores inmersos en un episodio de movilidad geográfica internacional, al tiempo que hace insoslayable la tarea de nos ocupa de investigar su régimen jurídico-laboral y ofrecer propuestas para su determinación e interpretación⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ A pesar de que, *a priori*, podría entenderse que estas cuestiones se encuentran cubiertas, al menos, para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado en el extranjero en la Resolución de 31 de enero de 2008, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publica el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General del Estado sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior (BOE de 8 de febrero de 2008, núm. 34), una lectura detenida del mismo evidencia que sólo es aplicable al personal laboral contratado en el exterior.

⁹⁵⁷ Aunque desde una perspectiva más amplia que la que se corresponde con nuestro objeto de estudio, también ROJO TORRECILLA, E. “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, *op. cit.*, pág. 1549, concluye que, dado que hay “muchos españoles allende nuestras fronteras (...) el Estado no puede ni debe inhibirse de su protección, en estrecha coordinación y colaboración con los países en que residan, si de verdad quiere dar efectivo cumplimiento a los mandatos constitucionales (en referencia al art. 42 de la CE) y muy especialmente al art. 9.2”.

CAPÍTULO SEGUNDO

CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

1. La naturaleza jurídica plural de la prestación temporal de servicios en el extranjero

Resulta evidente que la movilidad geográfica internacional de trabajadores presenta una configuración compleja que trasciende las fronteras de las manifestaciones típicas de la movilidad geográfica. Este carácter se deja sentir con intensidad en el estudio que sigue, donde se pone de manifiesto la naturaleza jurídica plural o diversificada que tienen los distintos fenómenos de trabajo temporal en el extranjero.

Es de destacar que ninguna de las referencias normativas que se dedican a regular distintos elementos y manifestaciones de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el ordenamiento jurídico español contiene referencias a su caracterización técnico-jurídica. Ni siquiera aquella que establece una cierta configuración del régimen jurídico –léase el Estatuto de los Cooperantes– aclara esta cuestión de forma suficiente y satisfactoria. Además, al tratarse éste de un texto normativo de alcance limitado por el diseño concreto de su ámbito de aplicación, tampoco sus eventuales referencias sobre este particular serían concluyentes y, por ende, extrapolables al resto de supuestos de trabajo temporal en el extranjero⁹⁵⁸.

⁹⁵⁸ Véase *supra* Capítulo Primero, punto 4.3.

La relación laboral, en su calidad de relación jurídica de tracto sucesivo, es susceptible de sufrir diferentes y sucesivas modificaciones durante su vigencia. Esta circunstancia hace que el contrato de trabajo sea una institución flexible que se adapta, bajo ciertos condicionantes, a los cambios que requiere la organización productiva en la que se prestan servicios y que, en última instancia, son adoptados en aras a evitar su extinción⁹⁵⁹.

Es notoria la variedad casuística que pueden llegar a presentar las alteraciones en la relación laboral, tanto por su origen como por las condiciones y elementos afectados, el procedimiento seguido o los efectos derivados de su ejecución. Sin embargo, vamos a limitar nuestro análisis a aquéllas que implican un cambio en el lugar de la prestación de servicios con vistas a la identificación de la naturaleza jurídica que corresponde a los fenómenos de prestación temporal de servicios en el extranjero. En este sentido, hay que plantear varias alternativas que transitan –de acuerdo con la agrupación hecha por RIVERO LAMAS- entre su consideración como una novación en sentido lato o simplemente modificativa hasta su calificación como una novación en sentido estricto o de efectos extintivos⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ Para RIVERO LAMAS, J. *La novación del contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 98: “La novación del contrato, por último, actúa también como un medio que hace posible la estabilidad del trabajador en su puesto de trabajo y la continuidad de la relación de trabajo, manifestación ciertamente vinculada a la autonomía de las partes, pero que cumple la función precisa de adaptar el contrato primitivamente concertado a las distintas coyunturas que pueden determinar una valoración nueva de la utilidad que las prestaciones mutuas representan para las partes”.

⁹⁶⁰ En RIVERO LAMAS, J. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, pág. 67.

2. El cambio en el lugar de trabajo como manifestación del poder de dirección del empresario: la “movilidad geográfica débil”

Los supuestos de cambio en el lugar de trabajo –se ha insistido en ello- no se agotan en lo dispuesto por art. 40 del ET. Las situaciones de desplazamiento y de traslado reguladas en dicho precepto son los supuestos estatutarios típicos de movilidad geográfica de trabajadores, pero la modificación de la ubicación de la prestación de servicios también puede revestir otras formas.

Así, una de las situaciones que pueden producirse al margen de los supuestos del art. 40 del ET es la llamada “movilidad geográfica débil”⁹⁶¹, también conocida como “movilidad geográfica no sustancial”⁹⁶² o “movilidad geográfica *lato sensu*”⁹⁶³. Frente a la configuración que reciben las instituciones del desplazamiento y del traslado, en las que se requiere que el cambio de lugar de trabajo lleve aparejado el cambio de residencia del trabajador, la “movilidad geográfica débil” supone también una alteración locativa de la prestación de servicios en la que, sin embargo, no hay variación alguna en la residencia del trabajador⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ Denominación por la que optan, entre otros, MIÑARRO YANINI, M. “La movilidad geográfica en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo”, *Tribuna Social*, núm. 160, 2004, págs. 35 y ss.

⁹⁶² Véase AGÍS DASILVA, M. *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, *op. cit.*, págs. 134 y ss.

⁹⁶³ Estas tres expresiones son utilizadas por la STSud (Sala de lo Social) de 27 de diciembre de 1999 (Ref. Ar. RJ 2000\2029), F.D. cuarto.

⁹⁶⁴ Esta situación se puede producir en forma de cambios de lugar dentro del mismo centro de trabajo, cambios de centro de trabajo sin cambio de residencia o traslados de instalaciones sin cambio de residencia, de acuerdo con la clasificación de AGÍS DASILVA, M. *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, *op. cit.*, págs. 134 y ss.

Dado que los supuestos de “movilidad geográfica *lato sensu*” no pueden ser subsumidos en el art. 40 del ET, han de ser reconducidos al *ius variandi* empresarial con apoyo en los arts. 5.c) y 20 del ET. De esta manera, frente a la consideración de los desplazamientos y los traslados como manifestaciones del poder de dirección extraordinario del empresario, dichas situaciones de movilidad geográfica en las que no hay cambio de residencia son expresión del ejercicio regular del poder de dirección empresarial o, según MONTOYA MELGAR, de las “facultades fuertes” del poder de dirección ordinario⁹⁶⁵.

Al margen de otras consideraciones que pueden hacerse en torno a esta materia⁹⁶⁶, se trata ahora de valorar si cabe hablar de “movilidad geográfica no sustancial” cuando el cambio de lugar de trabajo hace que la prestación de servicios se tenga que ejecutar temporalmente en el extranjero. De acuerdo con la descripción que se hace de “movilidad geográfica débil”, habría que seguir el criterio de la ausencia de cambio en la residencia del trabajador para ver si caben en ella los supuestos de destacamento en el extranjero. A este respecto, existe un acuerdo general en nuestra doctrina, a la manera de la doctrina civilista, en cuanto a que el concepto de residencia se corresponde con el de domicilio habitual del trabajador⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ MONTOYA MELGAR, A. “Poder del empresario y movilidad laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 38, 1989, pág. 170.

⁹⁶⁶ A propósito, por ejemplo, de las implicaciones que tienen los cambios de lugar dentro del mismo centro de trabajo o los traslados de instalaciones sin cambio de residencia o, en general, de las consecuencias procesales de la exclusión de la movilidad geográfica débil del art. 40 del ET. A este respecto, véase, entre otros, HERRÁIZ MARTÍN, M. S. “Manifestaciones del poder de dirección en materia de movilidad geográfica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006”, *op. cit.*, págs. 60 y ss.

⁹⁶⁷ Así lo ponen de manifiesto CRUZ VILLALÓN, J. “La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal”, *Revista de Política Social*, núm. 125, 1980, pág. 95; SALA FRANCO, T. “Artículo 40”, en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1988, pág. 70; y ORTIZ LALLANA, C. *La movilidad geográfica en la empresa. El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pág. 46.

En consecuencia, habría que examinar si el trabajador ha cambiado o no de residencia por efecto de una modificación en el lugar de ejecución de su prestación de servicios en virtud de la cual tuviera que trabajar temporalmente en el extranjero. Si la respuesta a ello es afirmativa, es decir, si se produce un cambio de residencia por efecto de la movilidad geográfica, podríamos encuadrar nuestra figura, en principio, dentro del art. 40 del ET –estudio al que dedicamos el siguiente epígrafe-. Pero si, por el contrario, la respuesta es negativa en el sentido de que el trabajador no cambia de residencia a pesar de ser destinado temporalmente en el extranjero, estaríamos admitiendo que en esta situación la movilidad geográfica internacional puede ser decidida unilateralmente por el empresario en el ejercicio regular u ordinario del *ius variandi* en su vertiente de poder de adaptación, concretado por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL en la expresión “*ius variandi* locacional”⁹⁶⁸.

No sin reservas, pues resulta difícil pensar en un supuesto de trabajo temporal en el extranjero que no lleve aparejado el cambio de residencia, admitamos que el empresario puede ordenar la modificación del lugar de prestación de servicios de un trabajador destinándolo al extranjero sin más condiciones que las comunes a cualquier manifestación del poder normal de dirección⁹⁶⁹. Ello provoca automáticamente que tengamos que plantearnos una primera cuestión a propósito de los derechos y acciones que tiene el trabajador frente a dicha decisión empresarial.

Por un lado, la articulación positiva de la movilidad geográfica da a entender que la facultad para determinar que no procede el cambio de residencia la ostenta el empresario. Ello trae consigo, a su vez, que el trabajador haya de acatar la orden empresarial directamente ejecutiva aun con el efecto real de cambio de

⁹⁶⁸ En PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Movilidad geográfica del trabajador (en torno al artículo 40)”, *op. cit.*, pág. 852.

⁹⁶⁹ Como la observancia de los principios de buena fe, de prohibición de abuso de derecho, de interdicción del fraude de ley, de causalidad o de regularidad del poder, de proporcionalidad o de tipicidad, entre otros.

residencia como consecuencia de la asignación internacional efectuada. A este respecto, el papel de la negociación colectiva es fundamental a la hora de establecer los términos en virtud de los cuales se considera que hay cambio de residencia y, en consecuencia, no es admisible hablar de “*ius variandi* locacional” y tratar la modificación como no sustancial.

De hecho, hay convenios colectivos que ofrecen soluciones útiles a la hora de determinar cuándo un episodio de movilidad geográfica no trasciende el ámbito del poder ordinario de dirección empresarial. Dos son los criterios que se establecen a este respecto. Por una parte, se atiende a la duración de la movilidad en tanto en cuanto se considera que no procede el cambio de residencia del trabajador y, por tanto, la decisión del empresario es libre cuando ésta es reducida⁹⁷⁰. Por otra parte, también se toma en consideración –de forma acumulativa, subsidiaria o exclusiva- la distancia que media entre el destino y el origen de la prestación de servicios y las condiciones de transporte y comunicaciones entre ambos puntos⁹⁷¹.

De otro lado, debemos hacer referencia a las cuestiones de índole económica. Dado que la movilidad geográfica no sustancial queda fuera del ámbito de aplicación del art. 40 del ET, no existe obligación legal alguna de compensar al trabajador afectado por los perjuicios ocasionados con ocasión del cambio de lugar

⁹⁷⁰ En el art. 39 del CoCo Unisys se habla de los casos en los que la movilidad tiene lugar dentro de la jornada normal de trabajo. Por su parte, se tiene en cuenta el hecho de que el trabajador pernocte en su domicilio en los arts. 29 y 30 de la Resolución de 4 de octubre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (BOE de 18 de octubre de 2007, núm. 250) (en adelante, IV CoCo Derivados del cemento).

⁹⁷¹ El art. 15.1.5 del IV CoCo Grupo Generali dispone que “no tendrán la consideración de movilidad geográfica los cambios de lugar de trabajo dentro de una misma ciudad, o de un radio de 25 kilómetros, a contar desde el centro del municipio donde los trabajadores presten sus servicios”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 49.1 *in fine* del CoCo Agencia EFE, mientras que el límite está en 60 kilómetros ó 45 minutos en el art. 63.1 del III CoCo marco Grupo Endesa.

de trabajo⁹⁷². Mientras que para el desplazamiento los gastos de viaje corren a cargo del empresario y en el traslado el trabajador tiene derecho a una compensación por gastos que comprende tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, si la movilidad geográfica es “débil” el trabajador queda a expensas de lo que se determine a tales efectos en el convenio colectivo o de lo establecido en un posible pacto individual. En consecuencia, es previsible que el trabajador esté abocado a sufrir un empobrecimiento derivado directamente de la obediencia a la orden, con el correlativo enriquecimiento del empresario⁹⁷³.

Esta afirmación es el resultado de entender que en nuestro ordenamiento jurídico-laboral se rechaza la existencia de un derecho a favor del trabajador de resarcirse por los gastos que provoca el cambio de lugar de trabajo si nada de establece colectiva o individualmente⁹⁷⁴. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL recuerda en este sentido la “extraordinaria cautela con que, en la teoría general de las obligaciones y contratos, se contempla la posibilidad de ignorar el «*pacta sunt*

⁹⁷² Antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23 de mayo de 1994, núm. 122), sin embargo, sí regía una normativa de aplicación a estos efectos representada por las citadas Órdenes, de 10 de febrero y 4 de junio de 1958, sobre plus de distancia, y de 24 de septiembre y 24 de octubre de 1958, sobre plus de transporte.

⁹⁷³ Ante esta eventualidad, RENTERO JOVER, J. *La modificación sustancial del lugar de trabajo o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995, pág. 28, considera que esta “pretendida” movilidad geográfica débil debería ser considerada como un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por el contrario, CORTE HEREDERO, N. “La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica”, *Aranzadi Social*, vol. III, 1996, pág. 2488, entiende que no tienen carácter sustancial las modificaciones que “conlleven pocos perjuicios para el trabajador (al no implicar su cambio de residencia)”.

⁹⁷⁴ Véanse, entre otras, las SSTSJ de Navarra (Sala de lo Social) de 30 de diciembre de 1996 (Ref. Ar. AS 1996\4525), de Cataluña (Sala de lo Social) de 13 de noviembre de 1997 (Ref. Ar. AS 1997\3927), y de Asturias (Sala de lo Social) de 13 de febrero de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\149) y de 6 de marzo de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\6645).

servanda» sobre la base de un equilibrio contractual sobrevenido”⁹⁷⁵. Sin embargo, cabe sostener que es obligado satisfacer las pretensiones resarcitorias del trabajador si se entiende que la ejecución de la orden empresarial rompe el equilibrio contractual. En virtud de esta interpretación, se consideran acreditados los perjuicios que ello comporta para el trabajador⁹⁷⁶.

En los supuestos de movilidad geográfica internacional, se añade a este debate un nuevo elemento que no se tiene en cuenta frecuentemente y que puede alterar los términos de la controversia. Se trata del hecho de que el destino de encuentro en el extranjero. Cabe, por tanto, plantearse que cuando el cambio locativo provoca que el trabajador tenga que prestar servicios fuera de las fronteras nacionales no ha lugar a considerar tal supuesto como “movilidad geográfica *lato sensu*”.

Al margen de los estudios referidos a la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo que se hacen a continuación, hemos de concluir por ahora que no hay motivos que justifiquen un cambio de criterio respecto de la “movilidad geográfica débil” cuando el destino está en el extranjero. A nuestro parecer, no es admisible establecer un tratamiento diferente por el hecho de que el nuevo lugar de trabajo esté en territorio español o en el extranjero. Entendemos que sería una medida discrecional e injustificada por introducir un presunto elemento diferenciador que no es tal, máxime cuando el trabajo temporal se presta en territorio comunitario.

⁹⁷⁵ En PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Movilidad geográfica del trabajador (en torno al artículo 40)”, *op. cit.*, pág. 854.

⁹⁷⁶ Así se entiende, entre otras, en las SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 11 de noviembre de 1996 (Ref. Ar. AS 1996\4830), de 2 de octubre de 1997 (Ref. Ar. AS 1997\3992) y de 9 de junio de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\3076), así como en CORTE HEREDERO, N. “La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica”, *op. cit.*, pág. 2485.

La solución a esta problemática se encontraría, según nuestro parecer, en la adopción de una disposición aplicable a todos los casos de cambio de lugar de trabajo sin cambio de residencia cuyo contenido –presumiblemente de mínimos en consonancia con los principios que inspiraron la reforma laboral de 1994⁹⁷⁷ - serían concretados por la autonomía colectiva o individual. Esta normativa debería recoger, entonces, previsiones sobre distintas materias como los criterios para determinar cuándo hay que considerar que la movilidad exige cambio de residencia o los derechos económicos y de otra índole⁹⁷⁸ que han de asistir al trabajador afectado. Opinamos que sí sería procedente, entonces, tomar en consideración el hecho de que el destino esté sito en el extranjero a los efectos que convengan⁹⁷⁹.

En resumen, en relación con la “movilidad geográfica débil”, “no sustancial” o “*lato sensu*”, entendemos que es aconsejable que los operadores jurídicos, y de forma significativa el legislador y los sujetos negociadores, asuman la conveniencia de regular esa manifestación del poder de dirección empresarial. Ello no debe consistir, creemos, ni en el establecimiento de nuevos límites ni la ampliación de los ya existentes sino en la concreción del alcance y significado de los mismos cuando el *ius variandi* es susceptible de provocar controversias como las

⁹⁷⁷ Entre otros, extracta estos principios MONTOYA MELGAR, A. “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial”, *Aranzadi Social*, vol. I, 1996, págs. 2669-2680.

⁹⁷⁸ Pensamos aquí en las posibilidades que ofrece la regulación del tiempo de trabajo, por ejemplo, con la posibilidad de compensar con descansos los perjuicios que puede sufrir el trabajador de manera similar a lo dispuesto respecto de la realización de horas extraordinarias en el art. 35.1 del ET.

⁹⁷⁹ Como ya se hace en el apartado dedicado a las dietas de muchos convenios colectivos. Tómense, como ejemplo, el art. 14 de la Resolución de 30 de marzo de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19 de abril de 2007, núm. 94); el art. 14.8.1 de la Resolución de 31 de julio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo de Logista, S.A. (BOE de 7 de septiembre de 2006, núm. 214); o el art. 50 del II CoCo Multiprensa.

vistas. De esta forma, se contribuiría a preservar y favorecer el equilibrio contractual real de las partes en las relaciones laborales.

3. El cambio en el lugar de trabajo como supuesto de novación objetiva de carácter modificativo en el contrato de trabajo

La alteración en el lugar de prestación de servicios puede tener como una de sus consecuencias la modificación del lugar de residencia del trabajador movilizado. Una vez se ha reflexionado sobre los supuestos de movilidad geográfica que no traen consigo dicho cambio, nos ocupamos a continuación de los que sí lo hacen para, de este modo, tener una visión completa del catálogo de variables que plantea el estudio de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores.

En este sentido, procede a continuación analizar las situaciones clásicas de novación modificativa del objeto o contenido del contrato de trabajo. Se trata, en concreto, de dilucidar si un cambio tal en el lugar de ejecución de la prestación de servicios puede acogerse bajo una de las instituciones que regulan dichas modificaciones contenidas en los arts. 40 (movilidad geográfica) y 41 (modificación sustancial de condiciones de trabajo) del ET.

3.1. La movilidad geográfica internacional de trabajadores como supuesto de movilidad geográfica *ex art. 40 del ET*

Es un hecho que la movilidad geográfica está traspasando desde hace tiempo los límites que se establecen actualmente en nuestra legislación laboral, establecidos principalmente en el art. 40 del ET⁹⁸⁰. Las situaciones de cambio en el

⁹⁸⁰ La STSud (Sala de lo Social) de 27 de diciembre de 1999 (*cit.*), F.D. cuarto, concluye que “existe un espacio de movilidad sin regulación legal”. En sentido similar, véanse, entre otras, las

lugar de prestación de servicios que se desarrollan en la práctica pasada y presente de las relaciones laborales no se reducen a los fenómenos estatutarios de desplazamiento y traslado. De ahí que quepa hablar de un cierto polimorfismo de la movilidad geográfica⁹⁸¹.

Se trata, ahora, de proceder a la determinación de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores desde la perspectiva del régimen jurídico-laboral previsto en el art. 40 del ET. Los supuestos de desplazamiento y traslado regulados en este precepto son sus referentes principales en tanto en cuanto son su núcleo y manifestaciones preeminentes, pero de esto no se puede derivar que sólo ellos sean movilidad geográfica.

Empezamos nuestro análisis en el elemento de la duración. A este respecto, hay que recordar que es la principal diferencia material entre desplazamientos y traslados, de modo que es desplazamiento el cambio de lugar de trabajo que no excede de doce meses en un periodo de tres años.

En primer lugar, resulta inevitable descartar que éstos se lleguen a incardinar en el apartado de los traslados, aunque hay constancia de opiniones a favor de esta solución, si bien se trata de referencias en un sentido impropio, no

SSTSud (Sala de lo Social) de 18 de marzo de 2003 (Ref. Ar. RJ 2003\3650), F.D. tercero; y de 19 de abril de 2004 (Ref. Ar. RJ 2004\2864), F.D. tercero.

Entre otros, HERRÁIZ MARTÍN, M. S. “Manifestaciones del poder de dirección en materia de movilidad geográfica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006”, *op. cit.*, pág. 60, afirma que “a pesar de llevar por título «Movilidad geográfica», en el seno del artículo 40 ET no anidan todos los supuestos posibles de la misma”.

⁹⁸¹ Recuperando y adaptando las palabras de MOREAU, M-A. “L’évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l’expatriation des salariés”, *op. cit.*, pág. 23, cuando, a propósito de la figura de la expatriación, afirma que es “*une situation polymorphe*”.

jurídico-laboral⁹⁸². La evidencia reside en que los traslados son indefectiblemente definitivos o indeterminados, mientras que las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores han de tener una duración temporal por definición, a pesar de que, en ocasiones, ésta se desconozca o tenga fecha incierta. Cabría plantearse, eso sí, que llegara el momento en que dicha movilidad se dilatara excesivamente en el tiempo, pero ni siquiera en ese supuesto procedería calificarla como traslado. En todo caso, lo que sí podría hacerse sería dispensar a dicha situación el mismo tratamiento que a los traslados, análogamente a como se hace en el ET⁹⁸³.

Es tendencia, por tanto, considerar la movilidad geográfica internacional como un tipo de desplazamiento, tal y como es entendido en el art. 40.4 del ET. Ello responde, sobre todo, a que cierta normativa en la materia contiene referencias reiteradas al término “desplazamiento”⁹⁸⁴, lo cual conduce a la identificación de ambas instituciones. Sin embargo, no parece que esta conclusión deba ser aceptada a la vista de algunos datos.

El uso de la expresión “desplazamiento temporal o durante un tiempo determinado” en la citada normativa no parece tener carácter técnico-jurídico, toda vez el término desplazamiento, en sentido estricto, lleva implícita la duración

⁹⁸² Véase MARCHAL ESCALONA, N. “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. LIV, 2002, pág. 811: “El desplazamiento transnacional de empresas en el marco de una prestación de servicios implica el traslado de los trabajadores a su cargo desde el Estado donde habitualmente desempeñan su trabajo o han sido contratados (Estado de origen) a otro Estado (Estado de acogida), para prestar un determinado servicio por un período de tiempo concreto”.

⁹⁸³ Nótese que el art. 40.4 *in fine* del ET dispone que “los desplazamientos cuya duración en un periodo de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el *tratamiento* previsto en esta Ley para los traslados”, y no que “tendrán la *consideración* de traslados” (la cursiva es propia).

⁹⁸⁴ Véanse, entre otros, los arts. 1 y 3 de la Directiva 96/71, y 1 a 5 y disp. adic. primera de la Ley 45/1999.

limitada. Consideramos que si se tratara de un tipo de desplazamiento como se configura estatutariamente, no habría lugar a hacer hincapié en su carácter temporal. Ahora bien, la temporalidad que, en principio, está configurada de manera difusa e imprecisa, se concreta en el art. 3.6 de la Directiva 96/71 donde se dispone que hay que entender que la duración del desplazamiento se calcula en un periodo de referencia de un año a contar desde su comienzo⁹⁸⁵, lo cual contrasta con la delimitación temporal que se hace del desplazamiento en el art. 40.4 del ET⁹⁸⁶.

Una alternativa viable, conocida y empleada en la negociación colectiva con ocasión de la cobertura de necesidades de la empresa o para la ejecución de trabajos o tareas de duración determinada pero incierta, sería la de considerar los supuestos de movilidad geográfica internacional como una suerte de “desplazamientos sin especificación temporal”⁹⁸⁷. De todas las vistas parece, hasta el momento, la alternativa más adecuada a la naturaleza jurídica del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional.

⁹⁸⁵ Literalmente, el art. 3.6 de la Directiva 96/71 declara que “la duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo. Al calcular el período de un año, se incluirá en el cálculo el tiempo que en su caso haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir”.

Por su parte, la Ley 45/1999, también en su art. 3.6, dispone que “*a efectos de lo dispuesto en este artículo*, la duración del desplazamiento se calculará en un período de referencia de un año a contar desde su comienzo, incluyendo, en su caso, la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido” (la cursiva es propia).

⁹⁸⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. y MADAMÉ MARTÍN, A. “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia Laboral*, núm. 32, 2007, pág. 24, descartan la aplicación de los “criterios de distinción entre desplazamiento y traslado sentados en el art. 40 ET” en base al “carácter internacional” de las normas que regulan la movilidad geográfica internacional de trabajadores.

⁹⁸⁷ MARTÍNEZ MORENO, C. “La movilidad geográfica en la negociación colectiva. La situación familiar del trabajador como límite del poder empresarial”, *op. cit.*, págs. 298 y ss.

En nuestra opinión, resulta más adecuado delimitar el ámbito de aplicación de estas normas y, en general, la caracterización técnico-jurídica de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores por la vía de la consideración de la duración como periodo limitado de tiempo. La precisión temporal exacta de dicha duración es, más bien, un intento artificioso de delimitar distintas instituciones que pueden ser jurídicamente iguales a salvo de que se prolonguen por más o menos en el tiempo.

Consideramos, por tanto, que hay que entender el desplazamiento como el cambio en el lugar de trabajo de manera temporal, mientras que el traslado se produce en condiciones de estabilidad y permanencia. A este respecto, conviene volver a traer a colación aquí el Reglamento “Roma I”, que dispone que la realización de un trabajo en otro país es temporal “cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”⁹⁸⁸.

Ello provoca, en nuestra opinión, que no se consideren o, al menos, se tengan en cuenta de manera flexible los límites temporales tasados que se establecen para distinguir ambas figuras. De lo contrario, se confundirían y harían coincidir la figura del desplazamiento que se regula en el art. 40 del ET, su naturaleza y su régimen jurídicos, y el desplazamiento en el ámbito de la movilidad geográfica internacional sólo por el hecho de contener igual delimitación durativa⁹⁸⁹. Entendemos, por tanto, que no se debe afirmar prematuramente que los supuestos de trabajo temporal en el extranjero son movilidad geográfica en el sentido del art. 40 del ET por el mero hecho de que alcancen mayor o menor duración. Por el

⁹⁸⁸ Considerando 36.

⁹⁸⁹ En referencia a los supuestos regulados por la Directiva 96/71, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, págs. 158 y ss., mantiene que los casos para los que resulta de aplicación esta normativa son “tipos de desplazamiento”.

momento, no cabría admitir que el régimen jurídico de los desplazamientos y los traslados incluye las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores y comparte con ellos su naturaleza jurídica, al menos apelando exclusivamente al tema de la duración de dicha movilidad.

Por otra parte, en la configuración de los supuestos de movilidad geográfica que se hace en el art. 40 del ET, el legislador no hace referencia alguna, ni expresa ni tácita, a la localización exacta del nuevo destino donde el trabajador, desplazado o trasladado, va a desarrollar su actividad. Este hecho plantea nuevas interrogantes, en esta ocasión, acerca de la extensión del ámbito de aplicación espacial o territorial de esta norma. En otras palabras, hay que valorar si el régimen jurídico de la movilidad geográfica del art. 40 del ET es o no aplicable a aquellas situaciones en las que el nuevo lugar de trabajo se encuentra fuera del territorio español.

La jurisprudencia ha interpretado que en el art. 40 del ET cabe cualquier tipo de movilidad geográfica con independencia de que el destino se encuentre dentro o fuera del territorio nacional⁹⁹⁰. Frente a las opiniones que se amparan en lo establecido en los arts. 19 de la CE⁹⁹¹ y 3.1 del CC⁹⁹² para entender excluidos del ámbito de aplicación del art. 40 del ET los supuestos de desplazamientos y traslados

⁹⁹⁰ Véase también *supra* Parte II, punto 5.2.1.A).

⁹⁹¹ Recordemos que este precepto se refiere al derecho –vinculante para todos los poderes públicos y protegido por el art. 53 de la CE- de los españoles a elegir libremente su residencia, a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca sin limitaciones por motivos políticos o ideológicos.

⁹⁹² En referencia a las reglas sobre aplicación e interpretación de las normas “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

al extranjero⁹⁹³, se opone el argumento –recogido en el F.D. segundo de la STS (Sala de lo Social) de 1 de julio de 1986⁹⁹⁴- de que “no se puede hacer distingos donde la Ley no distingue, pero, además, no puede desconocerse que en empresas (...) que realizan normalmente obras en países distintos al español, es natural que estén facultadas para desplazar a sus trabajadores a aquellos lugares donde los necesiten, si el desplazamiento se efectúa con todos los requisitos formales que la ley establece”⁹⁹⁵.

No obstante lo dicho, a nuestro parecer, este dato tampoco es concluyente para hacer coincidir la naturaleza jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores con la de la movilidad geográfica del art. 40 del ET. No cabe, por tanto, justificar su asimilación sobre la base de que el art. 40 del ET es de aplicación no sólo los desplazamientos y traslados de trabajadores dentro del territorio nacional sino también aquéllos que tienen como destino un país extranjero⁹⁹⁶.

La cuestión es que ni el análisis precedente –sobre los elementos temporales de los desplazamientos y los traslados- ni el presente –sobre sus elementos

⁹⁹³ Alegando, en definitiva, que si ese precepto habla de “población distinta”, ésta sólo puede ser cualquier otra dentro del propio país, pues de haber querido que el trabajador pudiera ser trasladado fuera de él, habría declarado expresamente “a población o país distinto”.

⁹⁹⁴ Ref. Ar. RJ 1986\3917.

⁹⁹⁵ En sentido similar, aunque no se resuelve de manera explícita, la STS (Sala de lo Social) de 16 de junio de 1987 (Ref. Ar. RJ 1987\4375), F.D. cuarto, admite la aplicación del art. 40 del ET en un supuesto de ejecución temporal de la prestación de servicios en Kuwait. Por su parte, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 19 de julio de 1994 (*cit.*), F.D. segundo, hace lo propio en un caso de movilidad transnacional en Alemania.

⁹⁹⁶ GARCÍA MURCIA, J. *Traslados y desplazamientos en la empresa, op. cit.*, pág. 76, entiende que “como toda norma laboral, se aplica en principio a unos y otros (emplazamientos nacionales e internacionales), siempre que se den dos condiciones. De un lado, que concurran los requisitos que configuran el supuesto de hecho de la norma (...). De otro, que los elementos concurrentes en el traslado (y en el desplazamiento) al extranjero conduzcan, de acuerdo con la normativa nacional e internacional sobre elección de la ley aplicable, a la aplicación de la legislación española”.

locativos- son suficientes para determinar la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Es preciso tomar también en consideración otros elementos presentes en el régimen jurídico de la movilidad geográfica *ex art. 40 del ET*. Nos estamos refiriendo a las cuestiones procedimentales y de tramitación.

Como es sabido, las condiciones para efectuar un desplazamiento son más laxas que para operar un traslado. Basta con que se informe al trabajador con una antelación suficiente a la fecha de efectividad del desplazamiento, lo cual se entiende cumplido si se hace con un preaviso de cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses⁹⁹⁷. La decisión de traslado, por su parte, no sólo tiene que ser notificada al trabajador sino también a sus representantes legales y el plazo mínimo de preaviso se fija, en todo caso y no en función de su duración, en treinta días a la fecha de su efectividad.

Por otra parte, cuando en ejercicio de su derecho de opción ante la decisión empresarial el trabajador acepta la movilidad⁹⁹⁸, el art. 40 del ET dispone que tiene derecho a percibir, además de los salarios, una compensación por gastos. En el caso de los traslados, *ex apartado 1*, dicha compensación comprende tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo en los términos que se convengan entre las partes siempre que respete los mínimos establecidos en los convenios colectivos. Cuando se trata de desplazamientos, el abono se limita, *ex apartado 4*, a los gastos de viaje y las dietas.

⁹⁹⁷ Nótese que éste plazo podría ser superior si se decide o se acuerda mejorar tal mínimo, pero también inferior si la duración del desplazamiento no rebasa los tres meses –o, mejor dicho, no se prevé que exceda dicho tiempo–.

⁹⁹⁸ La STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 1 de febrero de 2005 (Ref. Ar. AS 2005\113), que aplica el art. 40 del ET a una relación de trabajo temporal en el extranjero, señala en su F.D. único que “el traslado tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no podrá imponerse de

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que en el art. 40 del ET no se hace referencia alguna a otros elementos de la relación laboral que pueden verse afectados por la ejecución de la movilidad. Hablamos de la variabilidad que, sobre todo en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero, es susceptible de darse en relación con la forma del contrato, la ordenación del tiempo de trabajo o el régimen económico-retributivo. En efecto, en estas ocasiones no sólo se produce un cambio de lugar de trabajo, sino que las alteraciones se manifiestan respecto de otros elementos y, además, con distintas intensidades y repercusiones en el régimen jurídico-laboral de la relación de prestación de servicios.

No podemos dejar de mencionar el destacado papel que, cada vez más, ha de tener la negociación colectiva en la concreción del régimen jurídico de los supuestos de movilidad geográfica establecidos en el art. 40 del ET⁹⁹⁹. Sin embargo, es de lamentar que en los últimos años los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva¹⁰⁰⁰ no contengan previsiones específicas en este sentido¹⁰⁰¹.

forma unilateral por el empresario, bajo la formal apariencia de una orden empresarial de desplazamiento”.

⁹⁹⁹ Destacamos, entre otros, los estudios de AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, op. cit., págs. 717-776; GARCÍA MURCIA, J. y ESTRADA ALONSO, O. *La movilidad geográfica en la negociación colectiva*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

¹⁰⁰⁰ En adelante, AINC.

¹⁰⁰¹ Tanto en el AINC de 2005 como en el de 2007 –ya que para 2006 y 2008 se prorrogaron los del correspondiente año anterior- sólo se hace referencia a este tema en materia de flexibilidad y seguridad en el empleo (“el desarrollo de la empleabilidad favorece la movilidad interna y externa y asegura el éxito de la reestructuración), respecto de las medidas de protección integral contra la violencia de género [“el derecho (...) a la movilidad geográfica (y) al cambio de centro de trabajo] y en referencia al fomento de la utilización de la solución extrajudicial de conflictos para la solución de discrepancias surgidas en el ámbito de la movilidad geográfica.

El propio art. 40 del ET fomenta la intervención de la autonomía colectiva en la concreción del régimen jurídico de los desplazamientos y los traslados. En el cuarto párrafo de su apartado 1 se establece que el pacto de compensación por gastos en supuestos de traslado “nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos”. Esta previsión se extiende a los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses toda vez –insistimos– tienen, a todos los efectos, el tratamiento previsto en el ET para los traslados.

Si bien resulta evidente que las llamadas a la negociación colectiva en el art. 40 del ET son restringidas, la práctica convencional ha ido creando un entramado propio de normas y cláusulas de aplicación, en concreto, a los supuestos de movilidad geográfica internacional. Tanto su temática como su contenido son variados y heterogéneos, pues van desde la delimitación conceptual hasta la regulación del tiempo de trabajo, pasando por los requisitos formales y de procedimiento y, sobre todo, las cuestiones económico-retributivas, que son las que suelen copar las normas convencionales. En nuestra opinión, ello no hace menos que confirmar nuestra tesis de que la regulación del art. 40 del ET es, más que de mínimos, mínima para poder llegar a entender que contiene el régimen jurídico de toda forma de movilidad geográfica.

Una de las cuestiones más problemáticas sobre este particular es que el trabajador involucrado en un fenómeno de movilidad geográfica internacional queda a expensas de lo que disponga la negociación colectiva¹⁰⁰². Es considerable la

¹⁰⁰² Ahora bien, cierta doctrina judicial entiende que el trabajador tiene derecho a ver compensadas las alteraciones acaecidas en sus condiciones de trabajo como consecuencia de la movilidad aunque no exista una norma legal o pactada, colectiva o individualmente, en base al principio de equivalencia entre prestaciones o al principio de no discriminación. En este sentido, véanse, entre otras, las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de abril de 1992 (Ref. Ar. AS 1992\2119), F.D. tercero; de Cantabria (Sala de lo Social) de 23 de junio de 1993 (Ref. Ar. AS 1993\2900), F.D. segundo; y de Cataluña (Sala de lo Social) de 29 de marzo de 1995 (Ref. Ar. AS 1995\1159), F.D. primero; de 9 de junio de 1995 (Ref. Ar. AS 1995\2382), F.D. segundo; y de 16 de diciembre de 1996 (Ref. Ar. AS 1996\4994), F.D. primero.

diversificación de reglas, cláusulas, limitaciones y, en suma, de regímenes tanto en términos de cantidad como de calidad. Pero incluso puede que ni siquiera le quede esta alternativa por efecto de la propia configuración de la unidad de negociación, de la extensión de los distintos ámbitos de aplicación territorial, personal, funcional y temporal¹⁰⁰³.

A la vista de todo lo dicho, nos queda o bien aceptar que la prestación temporal de servicios en el extranjero es movilidad geográfica en el sentido del art. 40 del ET, o bien investigar otra fórmula de caracterización técnico-jurídica con la que se identifique mejor. Esta segunda opción puede encontrarse en la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y a ella dedicamos el estudio siguiente. Ahora bien, tampoco debe inferirse que la movilidad geográfica internacional de trabajadores queda totalmente al margen del régimen jurídico del art. 40 del ET, sino que son concretos y puntuales los casos en los que cabe predicar la naturaleza jurídica común de ambas figuras. Ello trae causa en el limitado alcance que tiene la configuración de los desplazamientos y los traslados en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual se intensifica si la contrastamos con la variabilidad de manifestaciones que tiene la movilidad geográfica internacional de trabajadores¹⁰⁰⁴.

En contra de estos pronunciamiento, entre otras, la STSud (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2004 (*cit.*), F.D. tercero, indica que “la reforma operada en nuestro sistema de relaciones laborales por la Ley 11/1994 impuso a los trabajadores determinados sacrificios, compensación de la naturaleza del contrato de trabajo como de tracto sucesivo. Entre ellas, las de tener que soportar la movilidad geográfica cuando concurren las circunstancias legales que la hacen posible”.

Ante este panorama, CARRIL VÁZQUEZ, X. M. “La protección del trabajador individual frente a las decisiones «nulas» o «injustificadas» del empresario en materia de novación objetiva del contrato de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 181, 2006, pág. 35, concluye que el art. 40 del ET –y también el art. 41– “parecen concebidos, quizás a su pesar, para colocar al trabajador en posición de franca desprotección frente a verdaderas injusticias formales y materiales”.

¹⁰⁰³ Véase *supra* Parte III, Capítulo Tercero, punto 2.2.

¹⁰⁰⁴ Y ello a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 anunciaba un cambio sustancial en nuestro ordenamiento jurídico al establecer, en su punto 1, que “la progresiva internacionalización de la economía, expresada en fenómenos como el acceso al mercado de trabajo

En suma, aunque aceptemos que en algunas de estas situaciones se puede acudir a la aplicación del régimen jurídico de la movilidad geográfica de trabajadores del art. 40 del ET, creemos que el estudio de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad transnacional no se agota en este punto.

3.2. La prestación temporal de servicios en el extranjero como supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo

Es conocido que la modificación sustancial de condiciones de trabajo se encuentra regulada a continuación, pero separada, de los dos supuestos estatutarios de movilidad geográfica. Conviene recordar a este respecto que el art. 41 del ET faculta a la dirección de la empresa para que acuerde modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, entendiendo como tales, “entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) jornada de trabajo; b) horario; c) régimen de trabajo a turnos; d) sistema de remuneración; e) sistema de trabajo y rendimiento; f) funciones”¹⁰⁰⁵.

Nótese que el legislador estatutario no incluye las alteraciones del lugar de trabajo dentro del elenco de modificaciones de condiciones de trabajo que se entienden sustanciales por sí mismas. Éste podría ser un dato elocuente por sí sólo para dar respuesta a nuestra pregunta acerca de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Cabría afirmar, por tanto, que

y a la competencia mundial de países hasta entonces alejados del escenario económico, las exigencias de convergencia económica en el contexto europeo, la aceleración del proceso de innovación tecnológica, o los efectos de las fases bajas del ciclo económico (...) conducen a un nuevo ámbito económico en el que las empresas españolas van a tener que desarrollar su actividad, y que han sido fruto de una aceleración de los procesos históricos como no se había conocido en épocas anteriores al sistema de relaciones industriales”.

¹⁰⁰⁵ En tanto en cuanto, en este último caso, excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 del ET.

la movilidad geográfica no es una modificación sustancial de condiciones de trabajo por no figurar en el listado del apartado 1 del art. 41 del ET¹⁰⁰⁶.

Sin embargo, hay que poner inmediatamente en duda esta afirmación cuando se observa que las materias enumeradas en dicho art. 41.1 del ET son –como es sabido– meramente ejemplificativas u orientativas de la extensión que tiene la institución de la modificación sustancial de condiciones de trabajo¹⁰⁰⁷. Así se ha puesto de manifiesto cuando, además, se han calificado como modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, por ejemplo, los cambios en materia de mejoras voluntarias a la Seguridad Social¹⁰⁰⁸, interrupciones no periódicas de la prestación de servicios¹⁰⁰⁹, descuento en los productos adquiridos en la empresa¹⁰¹⁰, ayuda de comida¹⁰¹¹, utilización de vehículos de la empresa¹⁰¹² o calendario de

¹⁰⁰⁶ En la STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) de 24 de septiembre de 2003 (Ref. Ar. JUR 2004\74572), F.D. tercero, se sostiene que “las modificaciones que tengan carácter exclusivamente espacial o geográfico están disciplinadas por el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores y no se hallan reguladas por el artículo 41 del mismo”.

Entre otros, MOLERO MARAÑÓN, M. L. “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2008, págs. 491 y ss., expresa su oposición a esta jurisprudencia, calificándola de “injustificada restricción”.

¹⁰⁰⁷ Sobre esta cuestión, en general, véase la STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1990 (Ref. Ar. RJ 1990\3087) F.D. cuarto.

¹⁰⁰⁸ STSud (Sala de lo Social) de 19 de marzo de 2001 (Ref. Ar. RJ 2001\4104), F.D. segundo, y STS (Sala de lo Social) de 27 de enero de 2003 (Ref. Ar. RJ 2003\3626), F.D. tercero.

¹⁰⁰⁹ STS (Sala de lo Social) de 3 de abril de 1995 (Ref. Ar. RJ 1995\2905), F.D. cuarto.

¹⁰¹⁰ STS (Sala de lo Social) de 9 de abril de 2001 (Ref. Ar. RJ 2001\5112), F.D. tercero.

¹⁰¹¹ STS (Sala de lo Social) de 7 de junio de 1999 (Ref. Ar. RJ 1999\5206), F.D. segundo.

¹⁰¹² SSTS (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1997 (Ref. Ar. RJ 1998\446), F.D. quinto, y de 22 de julio de 1999 (Ref. Ar. RJ 1999\6165), F.D. segundo.

vacaciones¹⁰¹³. En todo caso, son las modificaciones en materia de tiempo de trabajo las que gozan de mayor predicamento¹⁰¹⁴.

A más de ello, el mismo apartado 1 del art. 41 del ET se cierra con una mención a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando afecta a las funciones del trabajador en referencia a aquéllas situaciones en las que se sobrepasan los límites establecidos para la movilidad funcional en el art. 39 del ET¹⁰¹⁵. Este último dato ofrece un motivo añadido para interrogarnos sobre la naturaleza jurídica de la movilidad geográfica cuando el destino del trabajo se sitúa en el extranjero, ya que cabe plantear –paralelamente a lo dispuesto en el art. 41.1.f) del ET- que se trata de un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo por exceder los límites que para la movilidad geográfica prevé el art. 40 del ET¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ STSJ de Castilla y León (Burgos) (Sala de lo Social) de 18 de noviembre de 2002 (Ref. Ar. AS 2003\144), F.D. único.

¹⁰¹⁴ Así lo ponen de manifiesto CRUZ VILLALÓN, J. “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV. (Coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V.) *La modificación del contrato de trabajo*, Ibidem, Madrid, 1997, pág. 151, y RODRÍGUEZ PASTOR, G. *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 285.

¹⁰¹⁵ Es un asunto que se trata, entre otras, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de marzo de 1989 (Ref. Ar. RJ 1989\2111), F.D. cuarto: “no existe obstáculo, en principio, para que un cambio de puesto de trabajo –aparte los casos de movilidad geográfica también sujetos en el art. 40 a autorización administrativa- pueda suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo si lleva consigo una mayor onerosidad de las prestaciones del trabajador.

Igualmente, véase la STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1990 (*cit.*), F.D. cuarto, y en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) (Sala de lo Social) de 23 de junio de 1992 (Ref. Ar. AS 1992\3172), F.D. tercero.

¹⁰¹⁶ Para GARCÍA-PERROTE, I. “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 318, “este último precepto no es sino una manifestación específica de las modificaciones sustanciales que regula el artículo 41 del ET”.

Conviene recordar, a este respecto, que el propio art. 41 del ET *in fine* –en concreto, en su apartado 5- ordena que, en materia de traslados, se esté a lo dispuesto en el art. 40 del ET, lo cual implica su consideración como modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo¹⁰¹⁷. Sin embargo, esta circunstancia no resuelve nuestro planteamiento en tanto en cuanto no cabe aceptar que en los traslados sean movilidad geográfica internacional de trabajadores. La interrogante sigue pendiente, al menos, respecto de los desplazamientos como supuesto de movilidad limitada o restringida en el tiempo.

El elemento clave que debemos tomar en consideración aquí es el del concepto de sustancialidad. Se trata de un concepto en torno al cual se suscita una elevada controversia que alcanzado cotas tales que algunos autores han optado por concluir, como hace CUENCA ALARCÓN, que “no existe, en definitiva, ni puede existir una noción cerrada y omnicomprensiva de *modificación sustancial* que presente una utilidad práctica directa”¹⁰¹⁸. La sustancialidad, por tanto, se entiende, en palabras de SUÁREZ GONZÁLEZ, como “un concepto jurídico indeterminado que los Jueces y Magistrados configuran para cada caso concreto”¹⁰¹⁹.

Por nuestra parte, aunque no rechazamos de plano estas posturas, consideramos que es factible hacer un planteamiento teórico general del concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo de cara al esclarecimiento del

¹⁰¹⁷ Disentimos, por tanto, de aquéllos que identifican ampliamente movilidad geográfica con modificación sustancial de condiciones de trabajo, caso de SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 15, vol. 1, 2003, pág. 268. A nuestro parecer, el único supuesto sería, en todo caso, el de los traslados.

¹⁰¹⁸ En CUENCA ALARCÓN, M. “En torno al concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo (comentario a la STS 4ª de 16 de septiembre de 2005)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2006, pág. 511.

¹⁰¹⁹ Véase SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Puntos críticos”, *op. cit.*, pág. 269.

debate en torno a la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores¹⁰²⁰.

En este sentido, efectivamente la jurisprudencia ha llevado a cabo una importante tarea de concreción del término que ha tenido una evolución creciente desde su aparición en el texto estatutario¹⁰²¹. Así, las primeras resoluciones judiciales que se encargan del estudio del art. 41 del ET ofrecen una definición genérica de esta modificación como aquella que sea de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral pasando a ser otros distintos de modo notorio¹⁰²². En otras palabras, se dice que la sustancialidad alude a una modificación del contrato que “afecta a lo esencial, a su propia y básica naturaleza”¹⁰²³, por ejemplo, porque el cambio produce “una transformación (en la condición de trabajo) de tal índole que queda desdibujada en sus contornos esenciales”¹⁰²⁴, porque introduce una “mayor onerosidad en las prestaciones del

¹⁰²⁰ Ampliamente, ROMÁN DE LA TORRE, M. D. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Comares, Granada, 2000, págs. 9 y ss.

¹⁰²¹ Esta aparición se produce ya en la LET, aunque experimenta una modificación significativa con la Ley 11/1994.

¹⁰²² “Por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista «ad exemplum» del artículo 41.2 pasando a ser obras distintas de un modo notorio y es preciso, además, para que se produzca el efecto indemnizatorio aludido, que el cambio introducido lo sea en detrimento de la formación profesional o de la dignidad del trabajador; tratándose en definitiva de simples modificaciones accidentales, manifestaciones del poder de dirección y del «ius variandi» que compete a la empresa (artículo 5.c y 20 del Estatuto de los Trabajadores), sin que se hayan alterado los límites fijados en el artículo 39 en materia de movilidad funcional ya que en definitiva se le ha mantenido su categoría y nivel profesional y sus retribuciones básicas”, de acuerdo con la STS (Sala de lo Social) de 3 de diciembre de 1987 (Ref. Ar. RJ 1987\8822), F.D. segundo.

¹⁰²³ Según la STSud (Sala de lo Social) de 8 de febrero de 1993 (Ref. Ar. RJ 1993\749), F.D. tercero, en base a la STS (Sala de lo Social) de 24 de noviembre de 1986 (Ref. Ar. RJ 1986\6508), F.D. primero.

¹⁰²⁴ De acuerdo con la STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1990 (*cit.*), F.D. cuarto.

trabajador”¹⁰²⁵ o, también, “porque altera la estructura personal y familiar con que el trabajador tiene organizada su vida”¹⁰²⁶.

Con el paso del tiempo y el incremento de la casuística en los litigios planteados en torno a este precepto, además de como consecuencia de la reforma laboral de 1994¹⁰²⁷, se ha ido depurando esta primera definición, ofreciéndose en sede judicial y doctrinal diversos criterios que coadyuvan a determinar la presencia o no de sustancialidad en una modificación¹⁰²⁸.

En síntesis, hay que valorar principalmente cuatro aspectos de manera acumulativa y combinada. El primero se refiere a la entidad del cambio y significa que la modificación es sustancial cuando afecta a los aspectos fundamentales de la condición, que se convierten en otros distintos de modo notorio, lo cual sucede si se suprime totalmente o si resulta afectado su núcleo esencial¹⁰²⁹. El segundo versa

¹⁰²⁵ En este sentido, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de marzo de 1989 (*cit.*), F.D. cuarto.

¹⁰²⁶ STS (Sala de lo Social) de 23 de abril de 1995 (Ref. Ar. RJ 1985\1907), F.D. tercero.

¹⁰²⁷ Sobre este particular, véanse, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J. “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. (Coord. VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.) *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994, págs. 116-166, y SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J. “El ajuste de la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo tras la reforma laboral”, *Aranzadi Social*, vol. I, 1996, págs. 2586-2592.

¹⁰²⁸ En suma, “para la configuración de una determinada modificación como sustancial o no sustancial ciertamente habrá que atender a la materia sobre la que verse la condición modificada, pero sobre todo a la entidad misma de la modificación desde la doble perspectiva de su importancia cualitativa y de su alcance temporal”, de acuerdo con LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo)*, *op. cit.*, pág. 314.

¹⁰²⁹ Entre otras, recogen estos argumentos las SSTS (Sala de lo Social) de 11 de diciembre de 1997 (Ref. Ar. RJ 1997\9163), F.D. cuarto; de 22 de junio de 1998 (Ref. Ar. RJ 1998\5703), F.D. segundo; y de 17 de diciembre de 2004 (Ref. Ar. RJ 2005\816) F.D. segundo.

sobre la condición afectada e implica que existe una suerte de presunción *iuris tantum* a favor de la sustancialidad cuando la modificación afecta a las condiciones principales del contrato de trabajo, sobre todo si está entre las enumeradas en el art. 41 del ET¹⁰³⁰. El tercero está relacionado con las consecuencias para el trabajador y se resume en que la modificación es sustancial cuando implica un sacrificio para el mismo, la existencia de perjuicios o la mayor onerosidad en la prestación laboral¹⁰³¹. El cuarto y último toma en consideración la duración de la medida en tanto en cuanto no suele apreciarse sustancialidad en los cambios por circunstancias excepcionales y limitados en el tiempo¹⁰³².

Es básico poner de manifiesto que una de las conclusiones más aceptadas por todos los operadores jurídicos –y que suscribimos– es que el legislador predica erróneamente la sustancialidad de la materia y no de la modificación¹⁰³³. Así pues,

¹⁰³⁰ Véase la STSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 2 de abril de 2001 (Ref. Ar. AS 2001\1067), F.D. segundo.

¹⁰³¹ En las SSTS (Sala de lo Social) de 3 de abril de 1995 (*cit.*), F.D. cuarto; de 2 de julio de 1997 (Ref. Ar. RJ 1997\5695), F.D. quinto; y de 22 de septiembre de 2003 (Ref. Ar. RJ 2003\7308), F.D. segundo.

¹⁰³² Entre otras, en las SSTSJ de Cantabria (Sala de lo Social) de 17 de enero de 1995 (Ref. Ar. AS 1995\200), F.D. segundo; de Murcia (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1996 (Ref. Ar. AS 1996\579), F.D. cuarto; y de Extremadura (Sala de lo Social) de 29 de abril de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\1650), F.D. tercero.

¹⁰³³ Se pronuncian en este sentido las SSTS (Sala de lo Social) de 9 de abril de 2001 (*cit.*), F.D. tercero, y de 9 de diciembre de 2003 (Ref. Ar. RJ 2004\2003), F.D. quinto, comentadas, junto con otras muchas, por GOERLICH PESET, J. M. “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2007, págs. 1815-1835.

Véase, asimismo, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Madrid, 1999, págs. 99 y ss.

entendemos que es respecto de esta última, de la modificación y de su sustancialidad, desde la que tenemos que construir nuestro discurso¹⁰³⁴.

Conviene recordar en este punto las implicaciones que tiene la alteración en el lugar de trabajo cuando el destino se ubica en un país extranjero. En este sentido, el trabajador no sólo ve alterada la ubicación espacial de su prestación de servicios, sino que eventualmente ello también afecta a otras condiciones de trabajo y de vida. Así, la modificación geográfica o locativa puede estar acompañada, dado el caso, de una modificación funcional, económico-retributiva o de tiempo de trabajo.

A nuestro parecer, la sustancialidad de las modificaciones se deja ver con mucha más intensidad en los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores que en otras situaciones que merecen dicho calificativo, con las consecuencias que ello tiene en el art. 41 del ET. Creemos conveniente traer aquí, expresa y literalmente, las palabras de CUENCA ALARCÓN cuando afirma que existen “dos pautas diversas de delimitación de la sustancialidad: una más objetiva, que atiende, sin más, a la concurrencia de un cambio, o de un cambio de mayor o menor intensidad de las condiciones de trabajo, y otra más subjetiva o subjetivista, que atiende a los perjuicios profesionales o extraprofesionales que de un modo actual o potencial puede irrogar la modificación al trabajador, valorados de un modo tendencialmente objetivo”¹⁰³⁵.

A este respecto, no resulta ajeno el hecho de que en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores cabe que se reproduzca la misma

¹⁰³⁴ SALA FRANCO lo sintetiza hábilmente cuando dice que “no están todas las que son, ni son todas las que están”, en la cita que recoge SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Puntos críticos”, *op. cit.*, pág. 268.

¹⁰³⁵ Resumidas así por CUENCA ALARCÓN, M. “En torno al concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo (comentario a la STS 4ª de 16 de septiembre de 2005)”, *op. cit.*, pág. 510.

variedad casuística que se da en el resto de modificaciones sustanciales, con el agravante de que pueden verse involucradas distintas condiciones de trabajo. Esta cuestión, a nuestro parecer, es un elemento más para apoyar su consideración general como supuesto particular y diferenciado de modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex art. 41 del ET*.

Por otra parte, también somos conscientes de que no es indiferente que el destino se encuentre en territorio comunitario o fuera de las fronteras de la UE. En este sentido, es previsible que la sustancialidad de la modificación se manifieste con mayor intensidad cuando la movilidad es en un país extranjero, toda vez la política social comunitaria tiene como una de sus orientaciones la armonización de las condiciones de trabajo de los trabajadores movilizados, circunstancia no necesariamente concurrente cuando la prestación de servicios se realiza en terceros países¹⁰³⁶.

Ahora bien, conviene advertir que se trata de una política de armonización o de coordinación y no de unificación o uniformización; es decir, las normas laborales emanadas de las instituciones comunitarias no persiguen crear un Derecho del Trabajo europeo, sino establecer unos principios y objetivos comunes al conjunto de los ordenamientos jurídico-laborales de cada Estado miembro. En otras palabras, la normativa de la UE aplicable a estas situaciones no evita que se produzcan cambios en las condiciones de trabajo, sino que estos cambios no perjudiquen al trabajador afectado¹⁰³⁷. ALONSO OLEA ya lo expresó así¹⁰³⁸ cuando advirtió que “incluso en

¹⁰³⁶ Véanse, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J. “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en AA.VV. (Coord. CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario, op. cit.*, págs. 13-30, y PURCALLA BONILLA, M. A. “La armonización del Derecho del Trabajo en los espacios de integración supranacional: el caso comunitario europeo”, en AA.VV. (Coord. COLLANTES GONZÁLEZ, J. L.) *Temas actuales de Derecho Laboral*, Normas Legales, Trujillo (Perú), 2005, págs. 841-867.

¹⁰³⁷ Muestra de ello es la configuración que se hace en la ya citada Directiva 96/71 donde se proclama que “las legislaciones de los Estados miembros deberán ser coordinadas a fin de

las zonas geográficas en que se están produciendo fenómenos de integración, las normas laborales se están mostrando especialmente resistentes a su uniformidad; así para la Unión Europea (...) ¹⁰³⁹ mucho más se trata de la coordinación entre sí de los sistemas nacionales, si acaso de su cohesión y armonización, unidas a (...) la consagración del principio de igualdad de trato del nacional y del extranjero «comunitario», que de la creación de un derecho sustantivo supranacional”¹⁰⁴⁰.

En cualquier caso, consideramos que, si bien la movilidad geográfica internacional de trabajadores presenta una pluralidad y complejidad de manifestaciones que se refleja de manera insoslayable en la tarea de identificación de su naturaleza jurídica, cuando se trata de una manifestación del poder de dirección empresarial la mayoría de supuestos encuentran un mejor acomodo en el régimen jurídico del art. 41 del ET. A pesar de que no se puede rechazar de plano su subsunción en el art. 40 del ET, la aplicación del instituto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo se compadece, por lo general, en mayor grado con las características y condiciones que se dan en los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, puesto que suelen ir más allá de meras alteraciones en la ubicación espacial de la prestación de servicios. La sustancialidad del cambio, desde el punto de vista objetivo o subjetivo y ya sea en calidad o en

establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios; que dicha coordinación sólo podrá llevarse a cabo mediante el Derecho comunitario (considerando 13) y que “las disposiciones imperativas de protección mínima vigentes en el país de acogida no deben impedir la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo que sean más favorables a los trabajadores (considerando 17).

¹⁰³⁸ En ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 544.

¹⁰³⁹ Como para las zonas de Libre Comercio de América del Norte y del MERCOSUR.

¹⁰⁴⁰ “Con la excepción importante de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo, y aun respecto de ellas se han de vencer ocasionalmente las resistencias nacionales a adoptarlas presentando como defensa de la seguridad del trabajador nacional lo que las más de las veces son formas larvadas o patentes de proteccionismo de las mercancías nacionales”.

cantidad de condiciones de trabajo y de vida afectadas, es una realidad patente en muchas de estas experiencias de trabajo transnacional, y como indica, entre otras, la STS (Sala de lo Social) de 10 de octubre de 2005¹⁰⁴¹, “ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental”¹⁰⁴².

3.3. Las cláusulas convencionales y contractuales de reserva de modificación

Los problemas interpretativos y de aplicación en torno a los arts. 40 y 41 del ET no se agotan en los análisis precedentes. Sucede que tanto la autonomía colectiva como la individual son susceptibles de habilitar modificaciones en la prestación de servicios y ello ha de tenerse en cuenta igualmente en este punto¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ Ref. Ar. RJ 2005\7877, F.D. tercero.

¹⁰⁴² La STS (Sala de lo Social) de 22 de septiembre de 2003 (*cit.*), F.D. segundo, indica que “para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados”.

GOERLICH PESET, J. M. “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 1822, entiende que esta jurisprudencia apunta “la posible utilización de tres tipos de criterios: los de orden cuantitativo, vinculados a la «entidad de cambio» (a), los de naturaleza cualitativa, relacionados con el daño que produce en la esfera jurídica del trabajador (b) y, por último, los vinculados al «contexto convencional e individual», de carácter un tanto nebuloso (c)”.

¹⁰⁴³ “La regulación legal deja abiertos espacios también, de forma expresa, (...) a las cláusulas de reserva de modificación contenidas en el contrato de trabajo (art. 22.5 ET) y a las cláusulas establecidas a tal fin en los convenios colectivos (art. 39.5 ET)”, en RIVERO LAMAS, J. “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (en torno al art. 41 ET)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 866.

Respecto de las cláusulas convencionales colectivas de reserva de modificación¹⁰⁴⁴, en primer lugar, hay que partir de la afirmación de su legitimidad en tanto expresión de la libertad negociadora consagrada tanto constitucional como estatutariamente. A través de ella se produce la ampliación del ámbito de actuación del poder de dirección empresarial, pero se trata de una ampliación voluntariamente acordada y pactada entre aquéllos que son llamados a la regulación adaptada de las relaciones laborales¹⁰⁴⁵. En tanto en cuanto los sujetos afectados estén incluidos en la unidad de negociación del convenio, pacto o acuerdo colectivo correspondiente, qué duda cabe que les son de aplicación las cláusulas contenidas en los mismos¹⁰⁴⁶.

No obstante lo dicho, es preciso tener en cuenta los riesgos que se pueden derivar de la configuración de cláusulas convencionales colectivas de reserva de modificación a favor del empresario. En este sentido, a través de la ampliación negociada del poder de dirección se corre el peligro de establecer una indeterminación tal del objeto y de las condiciones del contrato que lo convierta en

¹⁰⁴⁴ No hablamos del tema de la modificación, o del origen de ésta, cuando afecta a condiciones de trabajo establecidas por convenio colectivo de manera específica. A tal efecto, véanse GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 75, 1996, págs. 89-126, y ALFONSO MELLADO, C. L., SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A. “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios estatutarios”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1995, págs. 1395-1408.

¹⁰⁴⁵ GARCÍA-PERROTE, I. “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, *op. cit.*, págs. 320 y ss., analiza la evolución de estas experiencias en la negociación colectiva.

¹⁰⁴⁶ Entre otras, las SSTs (Sala de lo Social) de 5 de junio de 2002 (Ref. Ar. RJ 2002\6922), F.D. segundo; y de 7 de marzo de 2003 (Ref. Ar. RJ 2003\4499), F.D. quinto, admiten la aplicación empresarial de modificaciones previstas tanto en convenios colectivos estatutarios como en pactos de empresa que no reúnen aquella condición legal”.

Por su parte, la STSud (Sala de lo Social) de 16 de septiembre de 2005 (Ref. Ar RJ 2005\8667), F.D. cuarto, exige que las condiciones convencionales se establezcan con claridad, sin que quepa deducirlas de la genéricas remisiones a las potestades organizativas del empresario.

una facultad abusiva¹⁰⁴⁷. Ello es inadmisibles en Derecho en tanto en cuanto “el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada” *ex arts.* 1205, 1273 y 1283 del CC. En suma, hay que tener siempre presente para valorar la admisibilidad de tales prácticas que “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, como dispone el art. 1256 del CC¹⁰⁴⁸.

A la vista de dichos riesgos, es preciso adoptar cautelas que se orienten al establecimiento de condiciones exigentes para aceptar la licitud de tales cláusulas de reserva de modificación. Se trata de una estrategia que va a permitir condicionar dicha validez a que las cláusulas en cuestión recaigan sobre materias concretas y su ejercicio garantice al trabajador un beneficio por encima del nivel legal o convencional mínimo en la materia objeto de modificación¹⁰⁴⁹.

En relación con la posibilidad del establecimiento de cláusulas convencionales colectivas de reserva de modificación de lugar de trabajo hacia un destino internacional, consideramos que se acentúa la necesidad de adoptar tales precauciones. Se trata, como venimos comentando, de un supuesto modificativo que no afecta solamente a la ubicación espacial de la prestación de servicios, sino que las consecuencias de su práctica se reflejan en otras condiciones laborales como el

¹⁰⁴⁷ Así lo pone de manifiesto RIVERO LAMAS, J. “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (en torno al art. 41 ET)”, *op. cit.*, pág. 873.

¹⁰⁴⁸ SASTRE IBARRECHE, R. “Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, pág. 35, sin embargo, sostiene “la validez de este tipo de acuerdos, en general, no puede ponerse en duda ya que como se ha observado, en último término implican un beneficio para ambas partes. Sólo en caso de detectarse la existencia de prácticas fraudulentas o una renuncia encubierta de derechos por parte del trabajador cabría cuestionar dicha validez”.

¹⁰⁴⁹ En SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, pág. 75.

tiempo de trabajo o la retribución y otros devengos económicos, entre otros, por no hablar de las implicaciones que tiene a efectos de Seguridad Social y fiscales¹⁰⁵⁰.

En este orden de cosas, pensamos que sería conveniente emprender un proceso normativo de regulación, aunque fuera de mínimos. En todo caso, apostamos por que, en todo caso, a través de los instrumentos de la concertación se proceda a hacer una llamada expresa a los interlocutores sociales y agentes negociadores para que tomen las cautelas pertinentes en estos supuestos¹⁰⁵¹.

No es incontrovertida, sin embargo, la admisibilidad jurídica de las cláusulas contractuales individuales de reserva de modificación. Las razones principales que se aducen al respecto guardan relación con el riesgo que hay de desequilibrio en las posiciones de las partes, dado que es discutible afirmar que esté asegurada la intangibilidad de la libertad y voluntariedad que debe presidir los pactos en este ámbito de la contratación, sobre todo si es de carácter laboral. El art. 3.1.c) del ET es suficientemente expresivo en este sentido cuando dispone que el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes no puede suponer un perjuicio para el trabajador por establecer condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y los convenios colectivos.

En el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, los pactos individuales de modificación son frecuentes en la práctica. De hecho, se presentan como un cauce preferente a la imposición unilateral de la decisión

¹⁰⁵⁰ Entre otros, se analizan estas dos últimas cuestiones en AA.VV. (Dir. DÍAZ-GÁLVEZ, J., ÁLVAREZ NOVOA, M. y PÉREZ FONTES, C.) *El desplazamiento de trabajadores al extranjero. Su régimen jurídico, laboral y fiscal*, op. cit., págs. 135 y ss.

¹⁰⁵¹ En general, sobre las modificaciones sustanciales decididas por la empresa, tanto individuales como condicionadas a la consulta con los representantes, véase ROMÁN DE LA TORRE, M. D. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., págs. 133 y ss.

empresarial por tratarse de supuestos modificativos que tienen consecuencias significativas en el contenido de la relación de prestación de servicios¹⁰⁵². El problema es que, de nuevo, se echa en falta una mayor delimitación tanto normativa como convencional de los requisitos y condiciones de su ejercicio.

En relación con ello, una estrategia empresarial extendida es la de incentivar la aceptación de destinos internacionales a través del ofrecimiento de condiciones de trabajo más ventajosas que las que se disfrutaban en territorio nacional, sobre todo de carácter económico¹⁰⁵³. Sin embargo, por otro lado, también hay empleadores que se prevalecen de determinadas maniobras –que van desde la toma en consideración de su situación personal o familiar hasta el conocimiento de sus aspiraciones promocionales- a la hora de decidir su destacamento en el extranjero, lo cual suele ir en detrimento del respeto a unas condiciones de trabajo adecuadas y adaptadas a la nueva situación.

En supuestos de movilidad geográfica internacional pactados directa y separadamente entre el trabajador afectado y su empleador –insistimos- hay que tomar especiales cautelas en orden a velar por el máximo equilibrio real entre la situación de partida y el resultado final de la negociación. Es más, entendemos que se hace preciso extrapolar dichas cautelas al nivel colectivo, a pesar de que cada caso de trabajo temporal en el extranjero es susceptible de plantear una problemática específica, casi única. A este respecto, no somos contrarios a que distintos supuestos de trabajo temporal en el extranjero tengan una configuración y un desarrollo distintos por efecto del juego de la autonomía de la voluntad, pero consideramos que la diferenciación debe estar basada en elementos objetivos –tales como el lugar de

¹⁰⁵² Véase, de nuevo, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 71.

¹⁰⁵³ Véase *infra* Capítulo Tercero, punto 4.

destino, su duración o la categoría profesional del trabajador afectado- y no en elementos subjetivos o circunstanciales como los descritos anteriormente.

4. La movilidad geográfica internacional de trabajadores como supuesto de novación del contrato de trabajo: la novación extintiva, la novación suspensiva y la novación subjetiva

Hasta el momento, el análisis de la caracterización técnico-jurídica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores conduce a entender que los fenómenos de trabajo temporal en el extranjero son, por lo general, supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, a excepción de aquéllos que pueden ser considerados como casos de movilidad geográfica por su escasa importancia objetiva, sobre todo desde el punto de su duración y de las condiciones de vida y de trabajo afectadas.

Ello no obstante, aún resta otras posibilidades de análisis en este ámbito¹⁰⁵⁴, siendo la primera de ellas la que consiste en considerarla como un supuesto de novación objetiva propia o extintiva del contrato de trabajo¹⁰⁵⁵. Se trata de estudiar aquí, pues, si cabe considerar el fenómeno de la movilidad geográfica internacional de trabajadores como un caso en el que se extingue un contrato de trabajo y al mismo tiempo nace uno nuevo.

En concreto, la doctrina científica admite la operatividad de la novación extintiva del contrato de trabajo cuando los cambios locativos se producen en el

¹⁰⁵⁴ Ya contempladas en su momento, de manera genérica, por CAMPS RUIZ, L. M. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, op. cit., págs. 67 y ss.

¹⁰⁵⁵ En la terminología que utiliza RIVERO LAMAS, J. *La novación del contrato de trabajo*, op. cit., pág. 153.

seno de grupos de empresas¹⁰⁵⁶. Se defiende, por tanto, que cabe la extinción del contrato inicial y la celebración de otro contrato con una nueva empresa perteneciente al grupo¹⁰⁵⁷. En este sentido, cabe justificar la decisión extintiva bien en el mutuo acuerdo de las partes del art. 49.1.a) del ET¹⁰⁵⁸, bien en la existencia de causas consignadas válidamente en el contrato *ex art.* 49.1.b) del ET, bien en la mediación de causas objetivas legalmente procedentes de acuerdo con los arts. 49.1.1), 52 y 53 del ET¹⁰⁵⁹. Una vez perfeccionada la extinción contractual, resta entonces suscribir un nuevo contrato de trabajo con la empresa de destino.

¹⁰⁵⁶ Entre otros, CAMPS RUIZ, L. M. “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos”, en AA.VV. (Ed. BAYLOS GRAU, A. y COLLADO GARCÍA, L.) *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, págs. 107 y ss.; JUÁREZ PÉREZ, P. *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Comares, Granada, 2000, págs. 92 y ss; y PALAO MORENO, G. *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo individual, op. cit.*, págs. 188 y ss.

¹⁰⁵⁷ Nótese que el considerando 36 del RRI dispone que “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”.

¹⁰⁵⁸ La STS (Sala de lo Social) de 26 de noviembre de 1990 (*cit.*) refleja, en su F.D. segundo, que “es cierto que, salvo previsión en contrario en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, la misión dentro del grupo es de voluntaria aceptación para el trabajador. Pero el hecho de que en el presente caso no se haya contado con su consentimiento, aunque podría fundamentar una acción dirigida a poner fin a la comisión, no justifica la resolución del contrato de trabajo de conformidad con el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”.

Véase también, en sentido similar, la STS (Sala de lo Social) de 3 de mayo de 1990 (Ref. Ar. RJ 1990\3946), F.D. segundo.

¹⁰⁵⁹ No cabe, sin embargo, basar la extinción en la voluntad unilateral del empleador para JUÁREZ PÉREZ, P. *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades, op. cit.*, pág. 99: “En caso de extinción del contrato previo, ésta deberá producirse por mutuo acuerdo, *ex art.* 49.1 ET, o por anticipado, según lo dispuesto en el apartado 2 del mismo precepto”. Por su parte, ARCE ORTIZ, E. G. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, op. cit.*, pág. 97, no es tan tajante pues opina que “la vía idónea para extinguir la primera relación no puede ser otra que la del mutuo acuerdo del artículo 49.1.a) ET”.

En efecto, la novación extintiva puede utilizarse como instrumento para cambiar el lugar de ejecución de la prestación de servicios de un trabajador en un momento dado. La cuestión, con todo, no estriba en valorar la corrección que tiene esta fórmula desde el punto de vista de la legalidad vigente, sino en analizar la aplicabilidad que tiene la novación extintiva en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores.

Nuestra opinión es que no cabe mantener tal consideración. Creemos que es incompatible hablar de esta movilidad cuando su articulación se produce a través de la extinción del contrato de trabajo y el nacimiento de uno nuevo. En todo caso se puede afirmar que existe movilidad física del trabajador porque la ejecución del segundo contrato se hace en un lugar diferente al del primero, pero no cabe calificar esta práctica como de movilidad en sentido jurídico-laboral¹⁰⁶⁰. Ésta supone no sólo un cambio locativo de la persona del trabajador sino también –lo más importante– de la prestación de servicios que es objeto del contrato de trabajo¹⁰⁶¹. En suma, entendemos que la prestación temporal de servicios en el extranjero no puede ser más que un fenómeno de “flexibilidad interna”, es decir, “de adaptación de condiciones de trabajo”¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J. “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *Temas Laborales*, núm. 38, 1996, pág. 63, afirma que “este procedimiento, a la postre, supone una negación de la movilidad intragrupal”.

¹⁰⁶¹ Como afirman GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. y MADAMÉ MARTÍN, A. “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 28, “cuando la opción es la continuación del contrato de trabajo de origen y no la vinculación laboral con el empresario radicado en el país de destino, la decisión ulterior congruente es afirmar formalmente la temporalidad del desplazamiento”.

¹⁰⁶² Por oposición a los supuestos de “flexibilidad externa”, “adaptación de la plantilla” o “pérdida del empleo”, de acuerdo con GOERLICH PESET, J. M. “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, págs. 1817 y ss.

Por efecto de la movilidad, por tanto, el contrato de trabajo no puede sufrir más alteraciones, dado el caso, que las que lleve aparejadas la adaptación de las condiciones de trabajo a la nueva situación del trabajador y de la prestación de servicios¹⁰⁶³. Si la circulación de trabajadores en el seno de grupos de empresas se hace a través de procedimientos de novación extintiva, se desbordan los límites de la movilidad geográfica y se producen auténticas migraciones. Es por ello que la mayoría de autores optan por emplear términos distintos, tales como “movilidad intragrupal”, “movilidad profesional”, “transferencia de trabajadores”¹⁰⁶⁴ o “circulación de trabajadores”¹⁰⁶⁵, para hacer referencia a estas prácticas.

A más, las posibilidades de que un supuesto de trabajo temporal en el extranjero se articule a través de la novación extintiva se encuentran minoradas. Así se constata en el F.D. tercero de la STSud (Sala de lo Social) de 18 de enero de 2007¹⁰⁶⁶, que concluye que sólo se puede hablar de novación extintiva, sobre la base del art. 1204 del CC¹⁰⁶⁷, cuando se haya declarado de forma terminante que se haya extinguido la anterior relación jurídica existente entre las partes y haya nacido entre

¹⁰⁶³ Para no exceder los límites del concepto y contenido de la movilidad geográfica, la relación laboral ha de persistir, al menos, “respecto de los deberes no conectados directamente con la propia prestación laboral y, particularmente, los derivados de la buena fe contractual”, de acuerdo con JUÁREZ PÉREZ, P. *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, op. cit., pág. 99.

¹⁰⁶⁴ De acuerdo con JUÁREZ PÉREZ, P. *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, op. cit., pág. 90, “la expresión «movilidad profesional» engloba aquí cualquier fenómeno susceptible de generar la circulación de los trabajadores en el seno de los grupos de empresas” mientras que denomina los casos de novación extintiva como de “transferencia de trabajadores” (pág. 92).

¹⁰⁶⁵ Es precisamente el título del trabajo de ARCE ORTIZ, E. G. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, op. cit.

¹⁰⁶⁶ Ref. Ar. RJ 2007\508.

¹⁰⁶⁷ Este precepto dispone que “para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”.

ellas un vínculo jurídico totalmente distinto de aquella, o que entre ambas situaciones exista una incompatibilidad completa¹⁰⁶⁸. De ello se infiere que la ruptura del vínculo contractual debe ser el último de los recursos para llevar a cabo la movilización de un trabajador.

Otra de las posibilidades que cabría plantear en este punto sería considerar la movilidad geográfica internacional de trabajadores como una novación suspensiva. En virtud de esta interpretación, similar a la anterior, lo que sucedería es que el contrato con la primera empresa quedaría suspendido y se celebraría una nueva contratación con otra empresa que, en nuestro caso, tendría que radicar en territorio extranjero. Dicha suspensión podría justificarse igualmente aquí en el mutuo acuerdo de las partes, en la existencia de causas consignadas válidamente en el contrato o en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en virtud, respectivamente, de los apartados a), b) y j) del art. 45.1 del ET.

Se trata de un supuesto que no es desconocido en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁶⁹. En efecto, se hace referencia al mismo –bajo la rúbrica “promoción interna”– en el art. 9 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección¹⁰⁷⁰. Este precepto exige la forma escrita del contrato cuando “un trabajador vinculado a una Empresa por una relación laboral común promocionase el ejercicio de actividades de alta dirección en ese misma Empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de

¹⁰⁶⁸ La misma resolución ratifica esta conclusión citando una extensa jurisprudencia de la misma Sala. Véase, asimismo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2007 (Ref. Ar. AS 2007\3186), F.D. cuarto.

¹⁰⁶⁹ Además de ser una de las fórmulas más empleada en la práctica como pone de manifiesto, entre otros, AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.) *Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 258.

¹⁰⁷⁰ BOE de 12 de agosto de 1985, núm. 192.

grupo u otra forma asociativa similar”. En caso de que se den tales circunstancias, el mismo art. 9 indica –en su punto 2- que la primera relación laboral queda suspendida a salvo de previsión expresa en contrario que determine que el contrato original resulta sustituido por el segundo¹⁰⁷¹.

Respecto de este supuesto, nuestro análisis debe observar más matices que en el caso de la novación extintiva. Es cierto que en ambos casos se produce la suscripción de un nuevo contrato de trabajo, lo cual no se compadece con la concepción jurídico-laboral de movilidad. La diferencia está en que en este segundo caso el contrato de trabajo original se mantiene, aunque en suspenso, hasta el momento de retorno del trabajador que será cuando quede extinguido el segundo contrato, seguramente fundado en una condición resolutoria, la llegada del término o la realización de la obra o servicio objeto del mismo. En consecuencia, entendemos que la práctica de la movilidad geográfica internacional de trabajadores a través del recurso a la novación extintiva podría ser admisible, siempre y cuando se establezcan con las suficientes garantías las condiciones de trabajo en el lugar de destino y de reincorporación al de origen¹⁰⁷².

Por último, también se puede plantear la articulación de la prestación temporal de servicios en el extranjero a través, en esta ocasión, de un acuerdo

¹⁰⁷¹ Este supuesto se analiza de manera monográfica en DE VAL TENA, A. L. “Promoción de un trabajador de la plantilla a un cargo de dirección: problemática de la «movilidad» entre sociedades del mismo grupo empresarial”, *Aranzadi Social*, vol. I, 1999, págs. 2702-2710.

¹⁰⁷² Respecto de los casos de circulación de trabajadores en grupos de empresas, MORENO GENÉ, J. “La cesión definitiva de trabajadores en el marco de un grupo de empresas: novación modificativa *versus* novación extintiva del contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 43, sostiene que “ante la falta de previsión legal de estas prácticas, resulta conveniente que en el acuerdo entre trabajador y la primera empresa se establezca de forma expresa el derecho del empleado a la reincorporación a la misma cuando finalice su relación laboral con la nueva empresa, así como las condiciones de la misma y, también, que en el acuerdo entre el trabajador y la nueva empresa se prevea de forma expresa el reconocimiento al empleado de los derechos que venía disfrutando en la anterior empresa”.

novatorio de carácter subjetivo cuyo contenido consista en el cambio de persona del empleador a modo de pacto de cesión de contrato¹⁰⁷³.

A nuestro parecer, éste es el planteamiento que puede resultar más plausible de las tres opciones presentadas en este apartado. En primer lugar, está en la línea de las soluciones que hemos aportado en líneas anteriores a favor de la consideración de la movilidad geográfica internacional de trabajadores como un supuesto de novación modificativa del contrato de trabajo, frente a aquéllas que se postulan a favor de su consideración como supuestos de novación extintiva o suspensiva de la prestación de servicios. En segundo lugar, garantiza la continuidad de la relación laboral en tanto en cuanto implica el mantenimiento del vínculo contractual, dato que es, en nuestra opinión, un elemento fundamental para poder hablar de movilidad geográfica internacional de trabajadores frente a otros fenómenos de movilidad transnacional como los movimientos migratorios.

¹⁰⁷³ Es la opción por la que se inclina CRUZ VILLALÓN, J. “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *op. cit.*, pág. 66: “Se trataría de la de la fórmula que mejor puede reflejar la realidad de fondo que subyace tras esta movilidad intragrupal de los empleados, elevando a la categoría de lo jurídico formal, lo que constituye la sustancia del cambio producido: mantenimiento inalterable del vínculo, con la única variante de la sustitución de la persona del empleador”.

CAPÍTULO TERCERO

ÁMBITO DE LA PRESTACIÓN TEMPORAL DE SERVICIOS EN EL EXTRANJERO Y CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO

1. **Ámbito subjetivo: la identificación de las partes en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores**

Para la determinación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero se hace necesario abordar, en primer lugar, el análisis de los requisitos y condiciones que ha de reunir la empresa en cuyo seno se desenvuelve la experiencia de movilidad geográfica internacional.

En principio, no ha lugar para considerar, a estos efectos, que hayamos de apartarnos de la definición que el art. 1.2 del ET hace sobre la figura del empresario¹⁰⁷⁴. Ahora bien, no puede ignorarse que se trata de un concepto válido en el ámbito del ET o, como dispone dicho precepto, “a los efectos de esta Ley”¹⁰⁷⁵. En

¹⁰⁷⁴ La mayoría de autores, así como la jurisprudencia, no se detienen en estudiar cuál es el concepto de empresa que se maneja en este ámbito y deciden centrar sus reflexiones en las cuestiones de nacionalidad. En referencia al art. 1.4 del ET, sostiene GALIANA MORENO, J. M. “Notas para el estudio del artículo 1.4 del ET”, *op. cit.*, pág. 2176, que “pese a la imprecisión que siempre encierra el concepto de *empresa*, no parece dudoso el sentido de la expresión utilizada por la Ley cuando se refiere a «*empresas españolas en el extranjero*»”.

¹⁰⁷⁵ El concepto estatutario de empresario ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina de tribunales. Entre otras, la STS (Sala de lo Social) de 18 de marzo de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\2548), F.D. tercero, señala que “de lo que expresan los números 1 y 2 del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, se desprende que (...) es empresario toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma”. La STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 27 de diciembre de 1993 (Ref. Ar. AS 1993\5390), F.D. tercero, indica que “el concepto de empresario es un concepto meramente traslativo o reflejo del concepto de trabajador (...) El acto decisivo para ostentar la condición de empresario es pues ser sujeto receptor de una prestación laboral”. Por su parte, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de

otras palabras, como indican DEL REY GUANTER y MARTÍNEZ FONS, “frente al concepto económico (de empresario), el ordenamiento jurídico adopta un concepto propio y distinto del económico (...) De conformidad con el ET, es empresario, toda persona física o jurídica o comunidad de bienes dentro de cuyo ámbito se prestan servicios retribuidos de trabajadores por cuenta de aquella y bajo la dirección de la misma”¹⁰⁷⁶.

Ahora bien, a pesar de la presunta claridad de la expresión estatutaria, en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores existen supuestos controvertidos. Al margen de la problemática particular planteada por los grupos de empresas, las empresas de trabajo temporal que operan a nivel supranacional, y otras manifestaciones de organización empresarial flexible¹⁰⁷⁷, interesa en este punto reflexionar sobre las reservas que plantea la consideración de las AA.PP. como empresas. Se trata de una cuestión que no es baladí, pues las distintas AA.PP. españolas, especialmente la Administración General del Estado, poseen oficinas de representación por todo el mundo en las que temporalmente prestan servicios trabajadores contratados en España. De hecho, en gran parte de los litigios que se plantean en el entorno de esta figura están involucrados trabajadores contratados por la Administración, y la determinación del régimen jurídico aplicable a su relación de trabajo en el exterior depende, en gran medida, de la inclusión de las AA.PP. en el concepto de empresa.

4 de julio de 1995 (Ref. Ar. AS 1995\3055), F.D. tercero, confirma que “no es empresario la persona en calidad de propietario que toma las decisiones sino la persona física o jurídica o comunidad de bienes que recibe la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena”.

¹⁰⁷⁶ Por su parte, “la característica esencial de la definición para el ordenamiento mercantil es el ánimo de lucro”, añaden DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D. “Art. 1. Ámbito de aplicación”, *op. cit.*, pág. 38. En consecuencia, como se indica en AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.) *Estatuto de los trabajadores comentado, op. cit.*, pág. 41, “el empresario desde la perspectiva laboral se nos presenta como un personaje de rostro sin facciones”.

¹⁰⁷⁷ Véase *supra* Parte I, punto 3.

Se trata, por tanto, de dilucidar si el concepto de empresa en el ámbito de la movilidad geográfica internacional de trabajadores agrupa sólo a sujetos privados o si, por el contrario, comprende a cualquier tipo de empleador¹⁰⁷⁸.

A favor de la primera postura –aquella que niega a las AA.PP. su condición de empresas- cabría alegar que la configuración normativa de la movilidad geográfica internacional de trabajadores sólo se refiere a las relaciones laborales en el sector privado. Es representativo en este sentido, en referencia al art. 1.4 del ET, el pronunciamiento que recoge la citada STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 27 de enero de 1998¹⁰⁷⁹.

Ahora bien, desde una perspectiva más amplia –que supone tomar en consideración toda la normativa sobre Derecho aplicable en situaciones de trabajo temporal en el extranjero, más allá del art. 1.4 del ET- el resultado parece ser el opuesto. Recuérdese que tanto el Convenio de Roma como el Reglamento “Roma I” tienen un ámbito de aplicación extensivo, universal¹⁰⁸⁰, y, en ausencia de referencias

¹⁰⁷⁸ Nótese que la legislación de Seguridad Social evita en gran medida este debate al establecer una definición amplia. Así, el art. 99.3 de la LGSS dispone que “a los efectos de la presente Ley se considerará empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a *toda persona natural o jurídica, pública o privada*, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 97” (las cursivas son propias).

En términos casi idénticos se expresa, por su parte, el art. 10 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero de 1996, núm. 50): “A efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a *toda persona física o jurídica, pública o privada*, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social” (las cursivas son propias).

¹⁰⁷⁹ Literalmente, en su F.D. único se concluye que “tal precepto está obviamente concedido para relaciones laborales establecidas con empresas mercantiles y no con empleadores públicos”.

¹⁰⁸⁰ Sobre este particular, véase *supra* Parte III, Capítulo Segundo, punto 3.2.

al concepto de empresa, podría afirmarse su aplicación con independencia del carácter público o privado del empleador¹⁰⁸¹.

A nuestro entender, es ésta la interpretación que debe prevalecer. Desde una perspectiva general, como expresa MONTROYA MELGAR, “aunque la ley no lo diga, empresarios pueden serlo tanto entes privados como públicos”¹⁰⁸². En el ámbito concreto de la movilidad geográfica internacional, consideramos que la conclusión debe ser la misma. Así se pone de manifiesto cuando se analizan textos normativos como el Estatuto de los Cooperantes, que se aplica con independencia de la naturaleza pública o privada del empresario de origen¹⁰⁸³. Igualmente concluyente es la citada STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1991 cuando declara, en su F.D. segundo, que “resulta inviable el negar la condición de empresa al Ministerio demandado”¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ En referencia al Convenio de Roma, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 448, concluyen que resulta aplicable “cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica”.

¹⁰⁸² En MONTROYA MELGAR, A. “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁰⁸³ Concretamente, el art. 2 del Estatuto de los Cooperantes dispone: “2. A los efectos de este estatuto, se consideran personas o entidades promotoras de la cooperación internacional para el desarrollo o la acción humanitaria todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que organicen, impulsen, desarrollen o ejecuten acciones de cooperación para el desarrollo o humanitarias en países o territorios de los contemplados en el apartado 4 de este artículo, con independencia de la financiación, pública o privada, de esos proyectos. 3. A los efectos del apartado anterior, las personas físicas o jurídicas de carácter privado serán consideradas entidades promotoras de la cooperación para el desarrollo o la acción humanitaria cuando cumplan los requisitos contemplados en el artículo 32 de la Ley 23/1998, de 7 de julio de Cooperación Internacional para el Desarrollo, y estén debidamente inscritas en el correspondiente registro de la Agencia Española de Cooperación Internacional, regulado mediante el Real Decreto 993/1999, de 11 de junio”.

¹⁰⁸⁴ Véase, en los mismos términos, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de septiembre de 1994 (*cit.*), F.D. único.

Por otra parte, por lo que se refiere al concepto de trabajador, entendemos que debe corresponder con el que se dispone en el art. 1.1 del ET¹⁰⁸⁵. Ahora bien, conviene advertir que, dado que se trata de un concepto interno o nacional, su identificación en supuestos de relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional puede plantear dificultades¹⁰⁸⁶. Ante esta eventualidad, consideramos que los elementos que definen dicho concepto deben flexibilizarse cuando convenga para extender el régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero a toda situación objetiva que deba quedar incluida en su ámbito.

2. Ámbito geográfico: el lugar de contratación y del lugar de prestación de servicios

La determinación del lugar de la contratación no resulta siempre una cuestión pacífica, tampoco en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Los problemas a los que nos vamos a referir se resumen en la precisión del concepto y extensión del territorio nacional, prestando especial atención a las oficinas de AA.PP. sitas en el extranjero, por una parte, y los conflictos específicos que se presentan cuando se trata de determinar los lugares de la oferta y de la

¹⁰⁸⁵ Así lo entiende CASAS BAAMONDE, M. E. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en la era global: objetivos y significación de la Ley”, *op. cit.*, en referencia al art. 2.2 de la Directiva 96/71, siempre y cuando el país de destino sea España, pues este precepto dispone que “el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado”.

¹⁰⁸⁶ En el Libro Verde, de 22 de noviembre de 2006, intitulado “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” [COM (2006) 708 final] (no publicado en el DOUE), se observa que “la aplicación coherente del Derecho laboral de la UE puede verse amenazada, especialmente en el contexto de las actividades de las empresas y del suministro de servicios transnacionales, debido a la variedad de definiciones de trabajador que ofrecen las distintas directivas”.

Interesa destacar en este punto el estudio de AA.VV. (Coord. SCIARRA, S.) *Evolución de la legislación laboral (1992-2003)*, Paralelo Edición, Madrid, 2006, que sirve como base para la elaboración de este Libro Verde.

aceptación –particularmente cuando se produce una contratación entre ausentes- y la determinación del momento y lugar de perfeccionamiento del contrato.

Lo primero que hay que identificar es la extensión que tiene el territorio nacional a los efectos de determinar hasta dónde alcanza nuestra institución. Según DÍEZ DE VELASCO, “el territorio se nos presenta como la base física o espacial en la que ejerce su autoridad y por tanto sus poderes y competencias, un Estado determinado”, comprendiendo “no sólo el territorio terrestre propiamente dicho, las aguas que en él se encuentran (...) y el subsuelo correspondiente, sino también ciertos espacios marítimos adyacentes a sus costas (...) así como el espacio aéreo suprayacente al territorio terrestre y los espacios marítimos referidos”¹⁰⁸⁷.

A pesar de la considerable extensión del territorio, existen situaciones de difícil identificación. Por lo que a nuestro estudio interesa, una de las dudas que se deben despejar es la relativa a los medios de transporte colectivo. En este caso, la cuestión no plantea problemas, en tanto en cuanto sobre todo lo relacionado con ellos pesa el principio de extraterritorialidad¹⁰⁸⁸. En consecuencia, lo determinante será conocer el lugar de abanderamiento, matrícula o registro –para el caso de buques, aeronaves y ferrocarril- o el lugar donde se hallen –para el supuesto de transportes por carretera-¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ En DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, págs. 341 y ss.

¹⁰⁸⁸ En concreto, el art. 10.2 del CC dispone que “los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen”.

¹⁰⁸⁹ Ante un supuesto de trabajadores españoles al servicio de un buque mercante con bandera de Liberia, la STS (Sala de lo Social) de 19 de febrero de 1990 (*cit.*), F.D. segundo, declara que los “servicios han de entenderse prestados en compañía y lugar extranjeros, en virtud del principio de extraterritorialidad aplicado a los buques mercantes”.

En cuanto a la cuestión relativa a la consideración que reciben las oficinas de las AA.PP. sitas en el extranjero, el resultado también es claro: el territorio que ocupan no es territorio nacional¹⁰⁹⁰. En consecuencia, el contrato debe haberse suscrito en el país de origen y no en la sede extranjera que tenga el organismo correspondiente. En cualquier caso, volveremos sobre este asunto más adelante, al hilo del estudio del momento de perfeccionamiento contractual.

En otro orden de cosas, dentro del tema que nos ocupa adquiere una especial relevancia el acontecimiento de la contratación entre ausentes. En efecto, bastantes supuestos litigiosos traen su causa en relaciones de trabajo acordadas entre trabajadores y empresas sitos en lugares distintos en el momento de la perfección del contrato. Esta eventualidad también dificulta la determinación de lugar de la contratación y su resultado condiciona la identificación del supuesto de hecho. Por supuesto, como es sabido, el contrato es válido aunque sea hecho verbalmente, siempre y cuando concurren las condiciones esenciales para su validez, como dispone el art. 1278 del CC.

En tal caso, el párrafo segundo del art. 1262 del CC prevé las reglas que disciplinan el contrato entre ausentes¹⁰⁹¹. En particular, este precepto establece una presunción de celebración del contrato en el lugar donde se hizo la oferta. Pero esta

Para un análisis específico del concepto de lugar de trabajo en el contexto de los contratos de embarque, véase FOTINOPOULOU BASURKO, O. “La determinación del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de un litigio derivado de la existencia de un contrato de embarque”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 17, 2008, págs. 18 y ss.

¹⁰⁹⁰ Entre otras muchas, véanse las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 13 de julio de 1992 (*cit.*), F.D. único; y de 8 de octubre de 1992 (Ref. Ar. AS 1992\4888), F.D. único.

¹⁰⁹¹ En los mismos términos, véase el art. 54 del Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885 (Gaceta de 24 de noviembre de 1885).

presunción –que es *iuris tantum*- deja de existir si el hecho que la genera no está completamente acreditado, en virtud de lo dispuesto por el art. 1249 del CC¹⁰⁹².

Ello no obstante, existen situaciones en las que es el lugar de la oferta el que presenta dificultades de determinación. Así acontece en aquellos casos en los que el hecho de la contratación consta de varios actos y, en ocasiones, cuenta además con la intervención de varias personas en el lado de la oferta. En estos momentos, la clave está en precisar el acto y la persona concretos que integran la oferta a los efectos de la contratación entre ausentes¹⁰⁹³.

Para el supuesto de contrataciones realizadas por las AA.PP., pueden barajarse varias hipótesis. Por un lado, puede ocurrir que la oferta se proponga desde un país pero sea transmitida a la otra parte contratante a través de un agente en el extranjero, por lo que la cuestión estriba en precisar quién es el verdadero oferente. En el sector público, los agentes y, en general, todo el personal a su servicio, dependen de las decisiones tomadas por aquellas personas y organismos a las que pertenecen. En consecuencia, el papel que desempeñan en los procesos de contratación en los que la oferta proviene del país de origen es la de “meros instrumentos transmisores” de la misma¹⁰⁹⁴. Todo ello se ve confirmado, además,

¹⁰⁹² Literalmente, “las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado”. En relación con ello, por su parte, el art. 1253 del CC establece que “para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

¹⁰⁹³ En virtud del citado art. 1262 del CC, “la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

¹⁰⁹⁴ En este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia, representada, entre otras, por las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de septiembre de 1994 (*cit.*), F.D. único, y de 30 de octubre de 1995 (*cit.*), F.D. segundo, en las que se concluye, con expresión similar, que “aún cuando en los hechos probados no se recoge expresamente el lugar de contratación, ha de entenderse que la oferta

cuando el art. 11.3 del CC dispone que “será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero”¹⁰⁹⁵.

Pero el tema no queda resuelto en este punto, pues aún se puede plantear otra dificultad en la contratación hecha por las AA.PP. La cuestión es que el acto de la contratación en el ámbito de la función pública se completa cuando el trabajador es nombrado por el respectivo Departamento. En ese caso, el nombramiento se ha de celebrar necesariamente en territorio nacional, que es donde dicho Departamento tiene su domicilio¹⁰⁹⁶.

En ocasiones, sin embargo, se ha negado esta posibilidad alegando que actos como el de la firma del contrato solamente tienen naturaleza administrativa, por lo que no pueden actuar como indicador¹⁰⁹⁷. Este argumento, además, se ha visto apoyado por la afirmación de que los agentes representantes de las AA.PP. en el extranjero no sólo actúan como intermediarios o mensajeros, sino que tienen

se realizó a las actoras en España, habida cuenta de que los directores de los centros culturales en el extranjero se convierten en meros instrumentos transmisores del Ministerio a los que pertenecen”.

¹⁰⁹⁵ Las mismas resoluciones citadas en la nota anterior así lo confirman al entender la oferta realizada siempre en España “desde el momento en que la oferta de un contrato de trabajo en la Administración General del Estado sólo se puede realizar por el Órgano del departamento Ministerial correspondiente”.

¹⁰⁹⁶ Así lo resuelven la STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1991 (*cit.*) F.D. segundo: “el actor fue nombrado para el cargo en Madrid por el Ministerio de Asuntos Exteriores, folios 28 a 32, lo que hace aplicable la legislación española”; y la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 1994 (Ref. Ar. AS 1994\4584) F.D. único: “teniendo en cuenta que el nombramiento de los actores se ha extendido por el Ministerio demandado en Madrid, en esta ciudad se ha celebrado el contrato”.

¹⁰⁹⁷ Es el caso de la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 13 de septiembre de 1996 (Ref. Ar. AS 1996\3527), F.D. segundo, que no reconoce que el contrato de trabajo se firmara en Madrid, en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores, argumentando para ello que “tales documentos fueron redactados a efectos administrativos para su inclusión en el registro de personal y su inclusión en la nómina”.

capacidad contractual¹⁰⁹⁸. En consecuencia, si tanto la propuesta como el consentimiento se expresan en el extranjero, el perfeccionamiento del contrato en el país de origen no serviría por sí sólo para habilitar nuestro planteamiento. En definitiva, la cuestión radica en identificar el momento en el que se produce la perfección del contrato que dispone el art. 1258 del CC¹⁰⁹⁹.

Desde este punto de vista, lo que habría que discernir es el papel que corresponde al acto de conclusión del contrato cuando un trabajador presta servicios para una Administración Pública en el extranjero. En este sentido, si se le concede valor obligacional, el lugar donde se produzca será el lugar de la contratación, mientras que si su valor es meramente administrativo, el lugar en el que se haya perfeccionado el contrato será dicho lugar de contratación.

Parecería que estamos ante un supuesto de movilidad geográfica internacional cuando el trabajador es contratado al servicio de una Administración Pública en el extranjero. Si bien es cierto, por una parte, que el argumento de la oferta puede verse truncado desde el momento en que ésta no se lleve a cabo en origen, no hay posibilidad de evitar dicha conclusión cuando media contratación directa por parte del Departamento nacional responsable de la oficina sita en el extranjero¹¹⁰⁰. En definitiva, y como señala reiteradamente la jurisprudencia, si la

¹⁰⁹⁸ Es la tesis que sostiene la STSud (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1996 (*cit.*), F.D. segundo.

¹⁰⁹⁹ Recordemos que este precepto dispone que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

¹¹⁰⁰ A igual conclusión llega la STSud (Sala de lo Social) de 18 de mayo de 1999 (*cit.*), F.D. tercero, cuando, ante una contratación previamente convocada y propuesta por el Cónsul General de España en Tánger, determina la aplicación de la legislación española en virtud del art. 1.4 del ET porque “siendo la empresa y el trabajador españoles –es incontestable que el Ministerio de Asuntos Exteriores, actúa en el presente caso como patrono- y habiéndose celebrado el contrato en Madrid, y

contratación en sí misma considerada se produce en la sede del organismo público, nos encontramos ante un supuesto de prestación temporal de servicios en el extranjero¹¹⁰¹.

3. Forma, documentación e información en la relación de trabajo temporal en el extranjero

3.1. Marco normativo general

Como es sabido, los contratos de trabajo sujetos al ordenamiento jurídico español están presididos por el principio de libertad de forma, consagrado por el art. 8.1 del ET cuando dispone que “el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra”¹¹⁰². En consecuencia, no es preciso que haya constancia escrita de una determinada relación laboral para que exista contrato de trabajo, toda vez juega la

nombrado el actor para el cargo también en Madrid, por el Ministerio de Asuntos Exteriores, es claro que la legislación aplicable a la cuestión litigiosa es la española”.

En el mismo sentido se pronuncia, entre otras, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de junio de 2000 (*cit.*) F.D. cuarto, para el caso de una trabajadora contratada por el Ministerio de Asuntos Exteriores previa propuesta del Consulado General de España en Hannover.

¹¹⁰¹ Además de las resoluciones citadas en la nota anterior, véanse las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de febrero de 2001 (*cit.*), F.D. primero; de 8 de marzo de 2001 (*cit.*), F.D. tercero; de 4 de abril de 2001 (*cit.*), F.D. segundo; de 28 de mayo de 2001 (*cit.*), F.D. tercero; de 10 de octubre de 2001 (*cit.*), F.D. segundo; de 10 de octubre de 2001 (*cit.*), F.D. segundo; de 31 de octubre de 2001 (*cit.*), F.D. segundo; de 21 de noviembre de 2002 (*cit.*), F.D. primero; y de 30 de noviembre de 2003 (Ref. Ar. AS 2003\1658), F.D. primero del voto particular formulado por la Ilma. Sra. Magistrada doña Begoña Hernani Fernández.

¹¹⁰² En consonancia con los arts. 1258 del CC, que establece que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, y 1278 del CC, que dispone que “los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

presunción *iuris tantum* del mismo siempre que concurran en la situación los elementos que configuran su carácter laboral¹¹⁰³.

Sin embargo, seguidamente el art. 8 del ET, en su punto 2, impone ciertas limitaciones a este principio de libertad de forma, exigiendo que determinados contratos consten por escrito y sancionando su incumplimiento con el efecto de que los contratos se presuman *iuris tantum* celebrados a jornada completa y por tiempo indefinido¹¹⁰⁴. Se trata de una previsión que no entra en contradicción con la regla general, sino que la matiza, por cuanto el incumplimiento de la solemnidad no afecta a la existencia del contrato sino a ciertos caracteres del mismo¹¹⁰⁵.

Conocido es también que los supuestos en los que opera dicha exigencia de forma escrita son aquéllos que se determinen en una disposición legal y, en todo caso, los que se incluyen en el catálogo que enumera el propio art. 8.2 del ET, entre los que se citan “los de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”. Pero antes de ocuparnos del análisis particular de las formalidades que se requieren en los episodios de movilidad geográfica internacional de trabajadores, es preciso reflexionar sobre la influencia que tienen ciertas normas de Derecho Internacional Privado en esta regulación.

¹¹⁰³ En concreto, según el art. 8.1 *in fine* del ET, “se presumirá existente (el contrato de trabajo) entre todo el que preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél”.

Entiende, sin embargo, MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 8. Forma del contrato de trabajo”, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, pág. 61, que “lo que el ET configura, aun queriendo ser una presunción, no es más que una definición”.

¹¹⁰⁴ “Salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”, como concluye el art. 8.2 del ET.

¹¹⁰⁵ Asimismo lo entiende LÁZARO SÁNCHEZ, J. L. “Art. 8. Forma del contrato”, en AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *Estatuto de los trabajadores (comentado y con jurisprudencia)*, *op. cit.*, págs. 148 y ss.

Sucede que también la aplicación del art. 8.2 del ET puede verse afectada o, incluso, desplazada como consecuencia de su concurrencia con otras normas en el tiempo y en el espacio¹¹⁰⁶. Ciertamente, la presencia de elementos de extranjería durante la ejecución de la relación de trabajo en otro país también es susceptible de afectar al régimen jurídico particular de la forma del contrato de trabajo. La situación jurídica se conecta con varios ordenamientos jurídicos y, por consiguiente, hay que analizar el concreto Derecho aplicable a la misma¹¹⁰⁷.

A este respecto, es necesario volver a acudir al articulado del Convenio de Roma, y también del Reglamento “Roma I”, en tanto que referentes normativos del régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en el sistema español. En particular, los arts. 9 del CR y 11 del RRI regulan las condiciones en las que ha de formalizarse un contrato de trabajo, en función de los elementos de extranjería que concurran en el mismo. De su contenido se deducen diferentes reglas que determinan la ley aplicable a la forma del contrato de trabajo dependiendo del lugar en el que se encuentren los contratantes en el momento de su celebración y de quiénes intervengan en tal acto¹¹⁰⁸. Nótese que, en la regulación de la forma en el Convenio de Roma y en el Reglamento “Roma I”, estas normas de validez de la contratación no se configuran en torno a la nacionalidad de las partes, sino que se toma como referencia un elemento de territorialidad, cual es el lugar en el que se hallen en el momento de la celebración del contrato.

¹¹⁰⁶ Esta problemática no nos es extraña, pues se reproduce respecto de otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico interno –léanse, arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET-. Sobre este particular, véase *supra* Parte III, Capítulo Segundo, punto 3.3.

¹¹⁰⁷ A propósito de las reglas generales sobre ley aplicable a la forma de los contratos, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 254 y ss.

¹¹⁰⁸ En este punto, el concepto de parte contratante incluye tanto al empleador y al trabajador como a sus representantes.

Por lo que se refiere a los contratos celebrados por personas que se encuentren en un mismo país –que es, por lo general, el supuesto natural en el caso de las relaciones de trabajo en las que la actividad se desarrolla temporalmente fuera del territorio nacional- la regla establecida por el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I” no altera lo visto hasta el momento. En efecto, la validez de este tipo de contratación en dichas condiciones se cumple si se reúnen las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo o de la ley del país en el que se haya celebrado. Idéntica regla es la que opera en supuestos de contratos celebrados entre personas que se encuentren en países diferentes¹¹⁰⁹.

3.2. Requisitos de forma

El estudio del tema de la forma del contrato de trabajo en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores pasa necesariamente por hacer un análisis del posible encuadramiento que tiene este supuesto especial de prestación de servicios en las disposiciones aplicables a la forma de los contratos de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico¹¹¹⁰.

El punto de partida debe situarse en la identificación del alcance que tienen las excepciones al principio de libertad de forma contenidas en el art. 8.2 del ET y su hipotética extensión a nuestro caso. Así, si el fenómeno que nos ocupa acaba por

¹¹⁰⁹ Así lo confirma el art. 9.2 del CR: “Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en países diferentes será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley de uno de estos países”. Por su parte, el art. 11.2 del RRI dispone que “un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento”.

¹¹¹⁰ Véase, *in extenso*, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. *La forma en el contrato de trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

resultar incluido dentro de alguno de tales supuestos, no será de aplicación el principio de libertad de forma que se consagra en el art. 8.1 del ET y, por consiguiente, se podrá apelar, en su caso, a la aplicación de la presunción *iuris tantum* del art. 8.2 *in fine* del ET.

La primera tentativa es nula. En efecto, no existe ninguna disposición legal vigente que exija de forma precisa e indubitada la suscripción por escrito del contrato de trabajo en los supuestos en los que el trabajador pase a desempeñar su actividad laboral durante un periodo de tiempo en otro Estado. De hecho, no hay la menor posibilidad de entender que existe una obligación similar a la vista del elenco de supuestos en los que una ley o un reglamento, que no el propio ET, han ordenado el requisito *ad solemnitatem*¹¹¹¹.

Por nuestra parte, nos parece un planteamiento del todo acorde con la caracterización técnico-jurídica de los distintos fenómenos de trabajo temporal en el extranjero. En primer lugar, la relación laboral en régimen de movilidad geográfica internacional no es una modalidad de contrato de trabajo, sino un supuesto de modificación obligacional, por lo que no cabe hablar de forma del contrato de trabajo en este ámbito, excepto si con ello se está haciendo referencia al contrato original que vincula a trabajador y empleador. En segundo lugar, tampoco puede ser calificada como relación laboral especial¹¹¹². Recordemos que, en uso de la habilitación que hace el art. 8.2 del ET, existen disposiciones normativas –tanto

¹¹¹¹ Las normas que así lo hacen se refieren a modalidades de contrato de trabajo o a relaciones laborales especiales.

¹¹¹² Como observa LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones laborales especiales*, Bomarzo, Albacete, 2008, págs. 7 y 8, “la creación de una relación laboral especial es una vía que ha utilizado el legislador para extender el Derecho del Trabajo” sobre la base de “la propia inadecuación de la regulación común del contrato de trabajo a estas realidades y colectivos”.

legales como reglamentarias- que requieren forma escrita para determinados contratos sobre relaciones especiales de trabajo¹¹¹³.

No obstante lo dicho, ya hemos recordado que el art. 8.2 del ET no se limita a ordenar la constancia por escrito de los contratos de trabajo “cuando así lo exija una disposición legal” sino que también dispone un listado de supuestos en los que es preciso el requisito *ad solemnitatem* “en todo caso”. Al margen de que el contrato del trabajador que es destacado al extranjero adopte una de las modalidades que recoge el precepto¹¹¹⁴, el art. 8.2 del ET manda que consten por escrito los contratos “de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”.

Recordemos en este punto la particular y limitada regulación que hace el ET de los supuestos de contratación con elementos de extranjería. Tanto el propio art. 8.2 del ET como, por su parte, el art. 1.4 del ET, coinciden en el supuesto de hecho, toda vez ambos se aplican al “trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”, con la

¹¹¹³ Es el caso del art. 4 del RD 1382/1985 para el personal de alta dirección; así como del art. 3 del RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (BOE de 27 de junio de 1985, núm. 153); del art. 5 del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo (BOE de 8 de agosto de 1985, núm. 190); del art. 3 del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (BOE de 14 de agosto de 1985, núm. 194); del art. 2 del RD 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas (BOE de 15 de agosto de 1985, núm. 195); y del art. 15 del RDL 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques (BOE de 27 de mayo de 1986, núm. 126).

¹¹¹⁴ Expresamente, “los de prácticas y para la formación, los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, los contratos de trabajo a domicilio (y) los contratos para la realización de una obra o servicio determinado”.

única diferencia de que en el art. 8.2 del ET no se especifica que haya de tratarse de trabajadores de nacionalidad española.

Las causas por las que no coinciden los textos de ambas disposiciones no están claras. Las dos disposiciones, a pesar de ser coetáneas, no se expresan igual en su literalidad. Es conocido que el art. 8 del ET ha sufrido varias modificaciones desde su redacción inicial¹¹¹⁵. Por lo que respecta a nuestro tema, es llamativo que la primitiva versión –la de 1980- no coincida con el texto vigente en la actualidad, máxime cuando las modificaciones normativas han afectado a otros aspectos de la norma no vinculados con nuestro tema de estudio. En el texto que se presentó como Proyecto de ET –amén de que se correspondía con el art. 7- la expresión utilizada era exactamente la misma que la del art. 1.4 del ET –“trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”-. Sin embargo, tras los debates y votaciones en las respectivas Comisiones y Plenos del Congreso y del Senado, el texto definitivo, ya bajo el enunciado de art. 8, se refería a los contratos de los “españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”¹¹¹⁶.

Lo cierto es que la diferencia entre ambos textos históricos no tiene consecuencias más allá de lo meramente gramatical. Como se puede apreciar, frente a la redacción proyectada del ET, la versión definitiva suprime la palabra “trabajadores” y se refiere directamente a los “españoles”. El problema surge cuando, tras la refundición del texto del ET en 1995, el apartado 2 del art. 8 del ET

¹¹¹⁵ Operadas, sucesivamente, por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida (BOE de 30 de diciembre de 1997, núm. 312); la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 30 de diciembre de 2000, núm. 313); y por la citada Ley 43/2006.

¹¹¹⁶ Los detalles sobre estos debates pueden consultarse en BRIONES FABREGA, A. y AYUSO CANALS, I. *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores (La relación individual de trabajo)*, *op. cit.*, págs. 159 y ss.

ya no habla de “españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”, sino de “trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”.

Como se puede apreciar, aunque el art. 1.4 y el 8.2 del ET parecen ser de aplicación a la misma relación laboral, el primero especifica la nacionalidad de dichos trabajadores –la española- mientras que el segundo no lo hace. Esta discordancia no tiene consecuencias para nuestro análisis de la forma del contrato de trabajo cuando el trabajador pasa a prestar servicios en otro país, ya que, efectivamente, el art. 8.2 del ET es de aplicación al mismo. Ahora bien, llama la atención que la redacción no sea coincidente a pesar de los antecedentes de ambos preceptos, por lo que convendría, como mínimo, proceder a su revisión¹¹¹⁷.

Llegados a este punto, la cuestión estriba en identificar si el destacamento de trabajadores al extranjero desde España es la relación laboral a la que hace referencia el art. 8.2 del ET cuando detalla los contratos que deben constar por escrito, so pena de presumirse *iuris tantum* su celebración por tiempo indefinido y a jornada completa. En otras palabras, hay que analizar si nuestro objeto de estudio tiene cabida en el supuesto de los trabajadores contratados en España que prestan servicios temporalmente en el extranjero.

En nuestra opinión, no cabe hacer dicha interpretación si se toma el mandato del art. 8.2 del ET en el sentido de que exige que la relación laboral de los trabajadores incursos en un episodio de movilidad geográfica internacional debe revestir la forma de contrato. Por el contrario, consideramos que es plausible exigir el requisito *ad solemnitatem* del art. 8.2 del ET si predicamos dicha exigencia de forma escrita respecto del pacto o acuerdo en virtud del cual se produce la

¹¹¹⁷ Aunque, más bien, habría que revisar por completo su vigencia y aplicabilidad desde la perspectiva de la normativa internacional y comunitaria.

movilidad. Se propone, por tanto, que si existe una previsión contractual referente a la eventual, potencial o, incluso, real movilidad geográfica de la prestación de servicios del trabajador al extranjero, se requiera su formalización por escrito. La legislación laboral española no se opone a este planteamiento desde el momento en que se prevé esta posibilidad no sólo con carácter general y respecto de todo el contrato, sino también respecto de ciertos pactos adicionales contenidos en el mismo¹¹¹⁸. En consecuencia, sería conveniente extender expresamente el requisito de la forma escrita a los pactos sobre movilidad geográfica internacional de trabajadores ya que, en nuestra opinión, el supuesto al que hace referencia el art. 8.2 del ET no se corresponde con este fenómeno.

3.3. Obligaciones documentales

En referencia a la documentación, interesa especialmente indagar acerca de las implicaciones que tiene la nacionalidad del trabajador en el desarrollo de la prestación temporal de servicios en el extranjero. En concreto, se trata de analizar en qué medida afectan a la movilidad geográfica internacional las disposiciones del país huésped relativas a las condiciones para la entrada, la residencia y el acceso al empleo de trabajadores nacionales de países terceros.

Conviene advertir a este respecto que el principio de soberanía nacional tiene una fuerte presencia en el ámbito del Derecho de Extranjería¹¹¹⁹. No en vano, la propia Directiva 96/71, en su considerando 20, se previene de no afectar a las

¹¹¹⁸ Es el caso de los pactos sobre horas complementarias (art. 12.5.a) del ET), periodo de prueba (art. 14.1 del ET), permanencia en la empresa (art. 21.4 del ET), que no son contratos, sino cláusulas o estipulaciones contractuales, pero que tienen que pactarse por escrito.

¹¹¹⁹ Es más, este principio se refuerza ante la política de inmigración, la cual “ha venido considerándose tradicionalmente como competencia exclusiva y unilateral, por no afirmar que presidida por la discrecionalidad, de los Estados”, según RUIZ CASTILLO, M. M. “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003, pág. 33.

leyes de los Estados miembros relativas al acceso a su territorio de prestadores de servicios extracomunitarios, tampoco a los convenios celebrados por la Comunidad con países terceros¹¹²⁰. Por su parte, la disp. adic. quinta de la Ley 45/1999 establece que lo dispuesto en esta Ley “se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la normativa sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España”¹¹²¹. Nótese, además, que estas cuestiones no han quedado afectadas por la Directiva 2006/123¹¹²².

El análisis de estas disposiciones permite inferir que no cabe condicionar el desarrollo de la relación de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional a la existencia de autorizaciones o controles adicionales a los que se establecen en el país de origen¹¹²³. Así lo confirma el TJCE cuando concluye que la

¹¹²⁰ Permítasenos recomendar en este punto la lectura de MOLINA MARTÍN, A. M. “La política comunitaria de inmigración económica”, en AA.VV. (Coord. MOLINA NAVARRETE, C., PÉREZ SOLA, N. y ESTEBAN DE LA ROSA, G.) *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, págs. 179-247.

¹¹²¹ Para un estudio del régimen que se establece en nuestro ordenamiento jurídico sobre el particular, véase, entre otros, GURYANOVA, K. y DE JUAN JUAN, A. “Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de Extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados). Comentario a algunos aspectos del Real Decreto 2393/2004”, *op. cit.*

¹¹²² En efecto, el art. 17.9 de la “Directiva de servicios” establece la no aplicación del art. 16 –intitulado “libre prestación de servicios”– “en relación con los nacionales de terceros países que se desplazan a otro Estado miembro en el contexto de la prestación de un servicio, a la posibilidad de los Estados miembros de imponer la obligación de visado o de permiso de residencia a los nacionales de terceros países que no disfruten del régimen de equivalencia mutua previsto en el artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DOUE de 22 de septiembre de 2000, núm. L 239), o a la de imponer a los nacionales de terceros países la obligación de presentarse a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio en el momento de su entrada o posteriormente”.

¹¹²³ La Instrucción DGI/SGRJ/08/2008, relativa al régimen jurídico aplicable a los trabajadores no comunitarios desplazados a España en el marco de prestaciones transnacionales de servicios por empresas establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (versión electrónica disponible en

normativa nacional que supedita el ejercicio de estas prestaciones de servicios en su territorio a la concesión de una autorización administrativa¹¹²⁴ o a la acreditación de la existencia de una determinada relación laboral¹¹²⁵ constituye una restricción a la libre prestación de servicios¹¹²⁶.

Ahora bien, debe plantearse si esta interpretación es igualmente aplicable a los supuestos de trabajo temporal en el extranjero que tienen como destino un país no perteneciente ni a la UE ni al EEE. Entendemos que sí, aunque no por idénticos motivos. Resulta obvio que fuera del espacio comunitario no ha lugar a invocar las libertades de circulación, por lo que nuestra afirmación debe fundamentarse en otras razones. En nuestra opinión, es suficiente que el trabajador cuente con las preceptivas autorizaciones para estar o residir y prestar servicios en el país de origen para que desarrolle temporalmente su actividad en un tercer Estado, toda vez la movilidad geográfica internacional no comporta la incorporación del trabajador al mercado de trabajo del país huésped. Cuestión distinta es la relativa a los derechos de información, que se analizan a continuación.

http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/INSTRUCCION_08-2008trabajadores_transnacionales_en_la_ue.pdf indica que “estos trabajadores no necesitan autorización para trabajar en España, siempre que la prestación de trabajo se efectúe en su condición de trabajador desplazado, tal y como se define en la Ley 45/1999” aunque “sí deben estar autorizados a trabajar en el Estado miembro de establecimiento, en el que ejerzan su actividad principal, de cuyo mercado laboral forman parte y el que retornan una vez finalizada la prestación de servicios en el Estado miembro de destino”.

¹¹²⁴ Véanse, entre otras, la STJCE (Pleno) de 9 de agosto de 1994, asunto C-43/93 “Vander Elst” (Ref. Ar. TJCE 1994\143), aptdo. 15; así como el asunto “Comisión/Luxemburgo” de 2004, aptdo. 24.

¹¹²⁵ Véase el asunto “Comisión/Alemania” de 2006, aptdo. 64.

¹¹²⁶ Véase PÉREZ CAMPOS, A. I. “Jurisprudencia Comunitaria de 2006 (enero-junio). Discriminación por exigencias específicas para el desplazamiento transnacional de trabajadores”, *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2008, págs. 155-156.

3.4. Derechos de información

El estudio de los elementos formales relacionados con la prestación temporal de servicios en el extranjero ha de completarse con el examen de la normativa reglamentaria de desarrollo del art. 8 del ET, copada por el RD 1659/1998¹¹²⁷. En efecto, es preciso analizarla pues resulta que, como sucede con el art. 8.2 del ET, hay referencias expresas a derechos de información que asisten al trabajador en situaciones de trabajo en el extranjero¹¹²⁸.

El texto de referencia, como decimos, es el RD 1659/1998 que –recuérdese– desarrolla, en relación con los requisitos formales del contrato de trabajo, el contenido del art. 8.5 del ET en cuanto al deber empresarial de “informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”¹¹²⁹.

Concretamente, en el RD 1659/1998 cabe identificar dos tipos de referencias –una, general; otra, expresa y específica– al trabajo que se desarrolla en el extranjero. Por una parte, el RD 1659/1998 establece el deber empresarial de información cuando, independientemente de los elementos y características de la

¹¹²⁷ RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE de 12 de agosto de 1998, núm. 192) (en adelante, RD 1659/1998).

¹¹²⁸ En relación con las obligaciones de información y comunicación de los empresarios implicados en desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, dispuestas en la Ley 45/1999, véase *supra* Capítulo Primero, punto 4.2.2.

¹¹²⁹ Los orígenes de esta norma se encuentran, en general, en la Ley 11/1994 y, más en particular, en la transposición a nuestro país de la Directiva 1991/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre, sobre obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DOUE de 18 de octubre de 1991, núm. L 288) (en adelante, Directiva 1991/533).

relación laboral, ésta tiene una duración superior a cuatro semanas. Por otra parte, también dispone un deber de “información adicional en los supuestos de prestación de servicios en el extranjero”, entendida esta situación como aquella en la que “un trabajador tenga que prestar normalmente sus servicios en el extranjero”.

La primera referencia a la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el RD 1659/1998 –la que hemos calificado como general-, se encuentra en su art. 1.2. Este precepto dispone el ámbito de aplicación de la norma, el cual abarca “a las relaciones laborales reguladas por la Ley del Estatuto de los Trabajadores cuya duración sea superior a cuatro semanas, con la exclusión de las relaciones laborales especiales del servicio del hogar familiar, y de los penados en las instituciones penitenciarias”. A este respecto, los fenómenos que estudiamos no se ven afectados más que cualquier otro por las limitaciones que se hacen en esta disposición, aunque hay que recordar aquí que una parte de los casos de movilidad geográfica internacional practicados por las empresas afectan a relaciones excluidas del ámbito del ET¹¹³⁰, lo cual desplaza la aplicación de esta normativa. Sea como fuere, estas prácticas proliferan –como hemos visto, y cada vez más- en otros muchos ámbitos y niveles que sí se incluyen en el ET.

Cuando la prestación de servicios en cuestión se subsume en el ámbito descrito, el art. 2 del RD 1659/1998 exige un contenido mínimo formal en la celebración de los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación. En este punto, sólo recordar que esta información general debe cubrir los siguientes extremos: “a) la identidad de las partes del contrato de trabajo; b) la fecha de comienzo de la relación laboral y, en caso de que se trate de una relación laboral temporal, la duración previsible de la misma; c) el domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador

¹¹³⁰ El supuesto tradicional es el de los consejeros o miembros de órganos de administración en sociedades del art. 1.3.c) del ET.

preste sus servicios habitualmente (y) cuando el trabajador preste sus servicios de forma habitual en diferentes centros de trabajo o en centros de trabajo móviles o itinerantes se harán constar estas circunstancias; d) la categoría o el grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo; e) la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como la periodicidad de su pago; f) la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo; g) la duración de las vacaciones y, en su caso, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones; h) los plazos de preaviso que, en su caso, estén obligados a respetar el empresario y el trabajador en el supuesto de extinción del contrato o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso; i) el convenio colectivo aplicable a la relación laboral, precisando los datos concretos que permitan su identificación”.

En cuanto a la segunda de las referencias –la que hemos calificado de expresa y específica, y que se localiza en el art. 3- sólo resulta de aplicación cuando la prestación de servicios se lleva a cabo “normalmente” en el extranjero¹¹³¹. Una vez más aquí, el legislador establece la regulación de un determinado elemento de la relación laboral en base a la configuración amplia del supuesto de hecho que, sin embargo, se antoja imprecisa y controvertida cuando se analiza su aplicación a un caso concreto. Esta circunstancia deriva de la problemática que suscita la interpretación del término “normalmente” y de cuya resolución va a depender una cuestión de tal importancia como es la obligación que pesa sobre el empresario de

¹¹³¹ Nótese que, frente a la concreción y delimitación de los supuestos contemplados por los arts. 1.4 y 8.2 del ET, se puede advertir cómo el art. 3 del RD 1659/1998 deja más despejado su campo de aplicación. En efecto, mientras que las disposiciones estatutarias exigen para su aplicación elementos tales como la nacionalidad de las partes y el lugar de la contratación, el precepto reglamentario no hace mención alguna de estos extremos, ya que, por un lado, no concreta la nacionalidad del trabajador y, por otro, no hace siquiera referencia a la nacionalidad de la empresa ni al lugar de la contratación.

proporcionar al trabajador una información adicional en los supuestos de prestación de servicios en el extranjero. En suma, se trata de una matización que no deja de traer consecuencias en nuestra investigación puesto que puede marginar la aplicación de estas especiales cautelas en los supuestos en los que la relación laboral se desenvuelve habitualmente en territorio español pero es ejecutada temporalmente en el extranjero.

A primera vista, el término “normalmente” que se utiliza en el art. 3 del RD 1659/1998 se identifica con el concepto de habitualidad¹¹³². En consecuencia, cuando este precepto exige que se dé una información adicional en el caso de que el trabajador tenga que prestar normalmente servicios en el extranjero se está pensando en aquellas situaciones en las que el lugar de prestación habitual del trabajo no es España. Esto implica que haya que contemplar la posibilidad de que en este punto del clausulado del RD 1659/1998 no se dé cabida a los supuestos de movilidad en el trabajo como los venimos entendiendo, sino tan sólo a los casos en los que la prestación se ejecuta de manera íntegra fuera de nuestras fronteras o, a lo sumo, a aquéllos en los que la actividad laboral es puntualmente desarrollada en España o en cualquier otro país pero sin repercutir en el hecho de que el trabajo se suele realizar dentro de un mismo y único territorio¹¹³³.

¹¹³² Así lo hacen, entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Derechos comunitarios e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo. Comentarios a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral”, *Temas Laborales*, núm. 24, 1992, pág. 28: “el artículo 4 está pensando exclusivamente en trabajadores contratados específicamente para trabajar en el extranjero”; y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE de 4 de diciembre 1997 y el RD 1659/1998, de 24 julio”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, pág. 681: “La habitualidad exigida por la norma –o normalidad, según la terminología utilizada por el legislador comunitario- determina que no estamos ante la prestación meramente ocasional o excepcional del trabajo en el extranjero”.

¹¹³³ Por su parte, GARCÍA-PERROTE, I. “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 316, entiende, en referencia a este precepto, que “no parece estar pensándose

Ahora bien, esta acotación tiene que ser puesta en duda a la vista de la dicción del punto 3 y que reza que “lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación en caso de que la duración del trabajo en el extranjero no rebase las cuatro semanas”. Una segunda interpretación que cabe hacer, entonces, sobre el supuesto de hecho al que afecta la regulación de dicho art. 3 nos lleva a abandonar la identificación de la expresión “normalmente” con la de “habitualmente”. En este caso, se puede afirmar, pues, que el ámbito de aplicación del art. 3 del RD 1659/1998 abarca cualquier situación de prestación de servicios en el extranjero siempre que tenga una duración superior a cuatro semanas, lo cual permite en consecuencia que los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores tengan cabida en el dictado de este precepto.

Ante este conflicto interpretativo, el recurso a la Directiva 1991/533 en tanto origen de esta regulación, sin embargo, no resulta clarificador¹¹³⁴. A pesar de que su dicción es más completa y detallada que la de su norma de transposición, plantea las mismas interrogantes que el RD 1659/1998. En esta ocasión, es el art. 4 el que se ocupa de regular los derechos de información adicional bajo la rúbrica de “trabajador expatriado”, con las dificultades que tiene la concreción del alcance y significado de tal expresión¹¹³⁵. La Directiva 1991/533 dispone que dicha información adicional ha de suministrarse en caso de que el trabajador tenga que ejercer –de nuevo– normalmente su trabajo en uno o varios países distintos del Estado –miembro– a cuya legislación o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral y siempre y cuando la duración del trabajo fuera del país a cuya

en centros de trabajo en los que *sucesivamente* se presten servicios, sino, más bien, en los que se presten *simultáneamente*”.

¹¹³⁴ Ampliamente al respecto, GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C. *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 13 y ss.

¹¹³⁵ Al margen del estudio hecho *supra* (Primera Parte, punto 5.3), véase a este respecto MARTÍN VALVERDE, A. “La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 12, vol. 1, 1992, pág. 188.

legislación y/o práctica estén sujetos el contrato de trabajo o la relación laboral no rebase un mes.

Por tanto, tampoco de la regulación de la Directiva 1991/533 se puede deducir de manera indubitada que pese o no sobre el empresario la obligación de proveer de una información adicional al trabajador que es destacado temporalmente en el extranjero. Ello no obstante, el hecho de que su art. 4 aparezca bajo el epígrafe de “trabajador expatriado” creemos que es indicativo de la extensión de su ámbito de aplicación ya que, en muchas ocasiones, esta denominación se emplea para hacer referencia a supuestos de “movilidad con vocación definitiva o de larga duración”¹¹³⁶. Sin embargo, dado que no existe en la práctica un entendimiento común y unánime de la figura de la expatriación de trabajadores, la utilización de la expresión “trabajador expatriado” en la rúbrica del precepto, en nuestra opinión, no deja de ser un argumento insuficiente para confirmar rotundamente la aplicación de este régimen y, en definitiva, de lo dispuesto por el art. 3 del RD 1659/1998 a los casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores¹¹³⁷.

Es preciso traer a colación, pues, las principales motivaciones y líneas maestras que inspiran el contenido de la normativa que nos ocupa y que entendemos ofrecen fundadas posibilidades de apoyar nuestro argumento a favor de la aplicación

¹¹³⁶ Es la definición por la que se inclinan, de acuerdo con la denominación más usual en el marco de las disciplinas de gestión de recursos humanos, MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, *op. cit.*, pág. 205.

¹¹³⁷ Es una alternativa que deja apuntada SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE de 4 de diciembre 1997 y el RD 1659/1998, de 24 julio”, *op. cit.*, pág. 683: “cabe imaginar también el supuesto en el que esa inicial intención no existe, pero en el que el trabajador resulta finalmente trasladado fuera del territorio del Estado”. Entiende esta autora que “si el traslado tiene lugar pasados más de dos meses desde el comienzo de la prestación de servicios, el trabajador dispondrá ya de la información contemplada en el art. 2.2 de la norma comunitaria, debiéndosele suministrar la adicional prevista en el art. 4.1 de la norma antes de su partida”.

de las cautelas adicionales sobre información de los trabajadores cuando se produce un episodio de movilidad geográfica internacional.

En primer lugar, las disposiciones en materia de información no sólo se deben aplicar en la fase inicial de constitución de la relación jurídica de prestación de servicios sino que han de observarse durante todo el transcurso de la relación laboral¹¹³⁸.

En segundo lugar, aunque los deberes de información que pesan sobre el empresario no se extienden a todos los elementos, derechos y obligaciones que caracterizan la actividad, sí alcanzan a los elementos esenciales del contrato y a las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral¹¹³⁹, elementos y condiciones que son indefectiblemente afectados –salvo excepciones puntuales– cuando el trabajador pasa a prestar servicios en el territorio de otro Estado donde lo más probable es que las relaciones laborales se vean afectadas por normas de contenido diferente a las españolas¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ Véanse, sobre todo, los arts. 1.1, 2.1 y 4 del RD 1659/1998, así como el mismo título de la Directiva 1991/533.

¹¹³⁹ Es la expresión literal que se emplea, entre otros, en los arts. 1.1 y 2.1 del RD 1659/1998.

¹¹⁴⁰ Incluso si dichos movimientos se producen en un ámbito como el comunitario que tiende, sin haberlo conseguido aún, a la armonización de las legislaciones sociales nacionales. Valgan, como botón de muestra, las apreciables diferencias en materia de tiempo de trabajo entre España, Portugal, Alemania y Francia que comenta MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, *op. cit.*, págs. 171 y ss., amén del estudio, quizás desfasado pero siempre valioso, de RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. C. *La regulación legal del contrato de trabajo en los países de la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, Madrid, 1989.

Como es previsible, las diferencias se intensifican cuando el destino se encuentra en un país extracomunitarios. Pueden encontrarse ejemplos elocuentes en MZID, N. *Estudio comparado sobre la legislación laboral en los países Árabes socios Euromediterráneos*, Foro Social Euromed, Madrid, 2004.

En relación con esto último, en tercer lugar, los elementos y condiciones sobre los que tiene la obligación de informar el empresario¹¹⁴¹ resultan, a nuestro parecer, insuficientes cuando nos encontramos en el ámbito de la movilidad geográfica internacional; si bien es cierto que se trata de una cláusula con naturaleza de norma mínima, de derecho necesario relativo¹¹⁴² y, por tanto, susceptible de ser mejorada en beneficio del trabajador¹¹⁴³.

Las alteraciones que sufre cualquier prestación de servicios que se ejecuta temporalmente en país distinto al de su origen aconsejan, en nuestra opinión, aplicar reglas más exigentes y garantistas. En consecuencia, consideramos que ha de entenderse incluido este fenómeno en el supuesto de hecho del art. 3 del RD 1659/1998¹¹⁴⁴ logrando así que el empresario implicado en el episodio de movilidad geográfica internacional aparezca obligado a suministrar información adicional sobre la duración del trabajo que vaya a prestarse en el extranjero, la moneda en que se pagará el salario, las retribuciones en dinero o en especie y las ventajas

¹¹⁴¹ Nos referimos a los enumerados en el art. 2.2 del RD 1659/1998.

¹¹⁴² La cuestión, como observa MARTÍN VALVERDE, A. “La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, *op. cit.*, pág. 185, es que las Directivas comunitarias en materia laboral “se proponen una «armonización de mínimos», en la que no se busca la imposición de un nivel mínimo de un nivel uniforme de condiciones de trabajo sino de un «umbral» o «tope» que impide el descenso pero no la elevación de las mismas”.

¹¹⁴³ A este respecto, recordamos la especial configuración que tiene el contenido del acuerdo complementario de destino en el Estatuto de los Cooperantes (véase *supra* Capítulo Primero, punto 4.3.3).

¹¹⁴⁴ Por su parte, GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C. *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, pág. 65, entienden que este precepto debe ser aplicado, aparte de a las prestaciones de servicios que se desenvuelven normalmente en el extranjero, a los desplazamientos reiterados o rotaciones del trabajador de un país a otro, independientemente de su duración.

vinculadas a la circunstancia de la prestación de servicios en el extranjero, y, en su caso, las condiciones de regreso a España tras la movilidad del trabajador¹¹⁴⁵.

Esta circunstancia no supone poner obstáculos al ejercicio de la movilidad ni, en última instancia, a la buena marcha de la empresa sino que, más bien, es una garantía adicional para favorecer el éxito del proceso y la disminución de la conflictividad laboral. Late aquí, como en otros aspectos ya advertidos, un planteamiento básico cual es el de que la normativa laboral ha de estar orientada a cumplir su finalidad fundamental de garantía de la posición de los trabajadores en la relación laboral¹¹⁴⁶, aunque sin dejar de proporcionar a las empresas instrumentos para una gestión de los recursos humanos que incida favorablemente en su buena marcha¹¹⁴⁷.

3.5. Forma, documentación e información de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en la negociación colectiva

En relación con el tema que nos ocupa, hay que dejar constancia separada de las previsiones específicas que se hacen en la negociación colectiva que reconoce este tipo de relación laboral. Es importante proceder a examinarlas porque son una fuente más de información, y destacada en casos de movilidad geográfica externa, y así es puesto de manifiesto en varios pasajes del RD 1659/1998¹¹⁴⁸. En particular,

¹¹⁴⁵ De acuerdo con el listado que detalla el art. 3.1 del RD 1659/1998.

¹¹⁴⁶ Sobre este particular, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Derechos comunitarios e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo. Comentarios a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral”, *op. cit.*, pág. 27.

¹¹⁴⁷ Esta misma reflexión es la que acompaña la reforma operada en nuestro ordenamiento jurídico-laboral *ex* Ley 11/1994, y así se encuentra recogida en el punto 1 de su Exposición de Motivos.

¹¹⁴⁸ En concreto, se permite que la información sobre determinados elementos del contrato o condiciones de la prestación de servicios se derive “a una referencia a las disposiciones legales o

las referencias convencionales más destacadas giran en torno a las siguientes cuestiones.

En primer lugar, hay que recordar que la caracterización técnico-jurídica de los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores es compleja y plural y que este carácter repercute en la determinación de los elementos formales. Así se pone de manifiesto en sede de negociación colectiva, que no sigue un modelo común sino diferentes sistemas al respecto. En este sentido, existen convenios colectivos que omiten toda referencia a los requisitos de forma y derechos de información en el ámbito de la movilidad geográfica internacional. Ello es debido a que la configuran como una manifestación más del poder de dirección empresarial ordinario y, en consecuencia, no se contempla la intervención o la participación de los trabajadores afectados o de sus representantes¹¹⁴⁹.

Por el contrario, también detectamos experiencias negociales que sí establecen condiciones respecto de las formalidades en este ámbito. En este caso, el motivo es que conciben la movilidad geográfica internacional como un instrumento modificadorio convencional que es resultado del acuerdo de voluntades entre ambas partes de la relación laboral. En estos casos en los que esta movilidad se configura, prácticamente, como un derecho del trabajador frente a las facultades de dirección del empresario, los convenios colectivos aplicables disponen requisitos diversos en materia de forma. Los hay que establecen dicha forma subsidiaria y exigen la apertura previa de un proceso de consultas entre los trabajadores que, en opinión de la empresa, sean más adecuados para llevar a cabo la actividad en el destino

reglamentarias o a los convenios colectivos de aplicación que regulen dichos extremos” (arts. 2.3 y 3.2).

¹¹⁴⁹ En el art. 14 del II CoCo Iberdrola, así como en el art. 44 de la Resolución de 26 de marzo de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas Bureau Veritas (BOE de 12 de abril de 2007, núm. 88) (en adelante, I CoCo Bureau Veritas).

internacional, con la finalidad de evitar acudir al sistema de asignación forzosa¹¹⁵⁰. Por otro lado, hay convenios colectivos que no ofrecen tal posibilidad, sino que someten la prestación temporal de servicios en el extranjero a la expresión de conformidad por parte del trabajador en un documento suscrito al efecto¹¹⁵¹ e incluso la intervención de una comisión mixta para analizar la situación y tratar de buscar conjuntamente las posibles vías de solución¹¹⁵². Además, también existen experiencias negociales que establecen una regulación alternativa de la movilidad geográfica como derecho del trabajador y facultad empresarial¹¹⁵³.

En segundo lugar, determinados convenios colectivos establecen condiciones adicionales en esta materia para los casos de prestación temporal de servicios en el extranjero por parte de trabajadores contratados en España. Dichas condiciones implican, por lo general, la suscripción de un acuerdo específico sobre los extremos particulares de desarrollo de la actividad en otro Estado, tales como los elementos locativos, temporales y funcionales¹¹⁵⁴. Es decir, a la hora de realizar el trabajo descrito, el trabajador sujeto al convenio colectivo de turno debe conocer con antelación el centro de trabajo de destino, las funciones que se le asignan y el tiempo

¹¹⁵⁰ Tal es el caso del art. 17 de la Resolución de 2 de noviembre de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IV Acuerdo marco del Grupo Repsol YFP (BOE de 17 de noviembre de 2006, núm. 275) (en adelante, IV Acuerdo marco Repsol YPF), reproducido literalmente en el art. 12.2 de la Resolución de 19 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Repsol YPF, S.A. (BOE de 6 de marzo de 2007, núm. 56) (en adelante, II CoCo Repsol YPF).

¹¹⁵¹ Ejemplos de ello se encuentran en el art. 2 del XXI CoCo Banca y en el art. 68 del III CoCo marco Grupo Endesa.

¹¹⁵² En el art. 10 del VI CoCo Amper Soluciones dicha comisión está formada por la Dirección y dos miembros del Comité de Empresa del centro del trabajador afectado.

¹¹⁵³ Véanse el art. 49 del CoCo Agencia EFE y la Sección II, punto 2, del Capítulo XIV del XVIII CoCo IBERIA.

¹¹⁵⁴ También hay convenios colectivos que determinan la jurisdicción y legislación a las que se debe quedar sometida la relación de trabajo. A este respecto, véase *supra* Parte III, Capítulo Segundo, punto 4.1.

de permanencia¹¹⁵⁵. Lo que sucede es que no en todos los casos este documento tiene carácter negociado o pactado, sino que hay convenios colectivos que le confieren tan sólo naturaleza informativa¹¹⁵⁶.

4. Elementos económico-retributivos de la relación de trabajo sujeta a movilidad geográfica internacional

4.1. La especificidad de los devengos económicos y su relevante papel en el régimen jurídico de la movilidad geográfica internacional de trabajadores

La revisión y mejora de los conceptos retributivos es una operación prácticamente inevitable cuando se procede a ejecutar una experiencia de movilidad geográfica internacional de trabajadores. De hecho, la expectativa de incremento del poder adquisitivo es un aliciente para el trabajador a la hora de decidirse por aceptar un destino internacional; y es que el interés económico figura dentro de las principales motivaciones de los profesionales a la hora de aceptar la oferta de trabajo transnacional, junto con otros elementos de índole distinta más vinculados con la promoción en el trabajo y el desarrollo profesional¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁵ Éstas son las previsiones específicas que dispone el art. 54 del CoCo Agencia EFE y que deben constar, como mínimo, en un acuerdo escrito, complementario a su contrato laboral y previo a su incorporación al país de destino. En sentido similar se pronuncia el art. 18 de la Resolución de 22 de noviembre de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del I Convenio Colectivo de los Servicios Generales de Tierra de Spanair, S. A. (BOE de 11 de enero de 2007, núm. 10) (en adelante, I CoCo Spanair).

¹¹⁵⁶ Así sucede en el art. 29 de la Resolución de 23 de enero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del III Convenio colectivo de Telefónica Servicios Audiovisuales, S.A.U. (BOE de 3 de febrero de 2007, núm. 30) (en adelante, III CoCo Telefónica Servicios Audiovisuales).

¹¹⁵⁷ Así lo pone de manifiesto GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, op. cit., pág. 27. Este estudio destaca

A este respecto, la práctica revela que el coste real que implican tales prácticas de movilidad transnacional es elevado. Frente a las ventajas que aporta la ejecución de destacamentos al extranjero de cara a la instalación y expansión del negocio, a través de la transmisión de los conocimientos y de la cultura empresarial, con el consiguiente desarrollo profesional del personal afectado¹¹⁵⁸, las empresas implicadas en un proceso de esta índole tienen que afrontar, a cambio, el incremento de los gastos inherente a tales prácticas. De hecho, algunos estudios han llegado a cifrar esta diferencia hasta en un cincuenta por ciento en referencia a determinadas empresas multinacionales españolas “sofisticadas y unificadas y semejantes al modelo norteamericano”¹¹⁵⁹, mientras que otros análisis arrojan resultados incluso más elevados al sentenciar que todo trabajador que sufre una movilidad internacional “viene a costar entre 2,3 y 2,8 veces más que un empleado local comparable”¹¹⁶⁰.

Las empresas que llevan a cabo experiencias de este tipo, en efecto, tienen que asumir normalmente una elevación en los costes¹¹⁶¹. El necesario

el protagonismo del interés profesional y de aprendizaje dentro de las motivaciones de los trabajadores destacados al extranjero, mientras que “el aspecto económico es complementario, pero no decisivo, a la hora de tomar la decisión”.

¹¹⁵⁸ Recuérdense las distintas motivaciones empresariales para hacer circular internacionalmente a los trabajadores que también se han expuesto *supra* (Parte I, punto 4).

¹¹⁵⁹ Así lo refleja el estudio de ERNEST & YOUNG citado en <http://www.elmundo.es/suplementos/nuevaeconomia/2006/250/1165705204.html>.

¹¹⁶⁰ Estos datos figuran en AA.VV. *Estudio sobre prácticas, políticas y retribución de los empleados expatriados*, elaborado por la consultora Mercer Human Resource Consulting entre empresas españolas pertenecientes, entre otros, a los sectores de automoción, farmacia, banca, energía y petróleo, que, en la mayor parte de los casos, envían a sus trabajadores a la UE y Latinoamérica.

¹¹⁶¹ Véase, citando a BLACK y GREGERSEN, GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, *op. cit.*, pág. 25: “los expatriados suponen para las compañías un gasto dos o tres veces superior en comparación con un puesto equivalente en el país de origen”.

mantenimiento del estatus laboral del trabajador durante la movilidad geográfica externa, que confiere continuidad jurídica a la relación, suele, de hecho, articularse a través del reconocimiento de ventajas de carácter económico. Así, la mayoría de trabajadores que prestan temporalmente servicios en el extranjero perciben salarios más altos que los que se pagan a trabajadores comparables dentro de la misma organización productiva en el origen, además de otros importes o servicios que no forman parte del salario *sensu estricto*¹¹⁶². Ello pone de relieve el destacado papel que adquiere la teoría de los derechos adquiridos en el régimen jurídico-laboral que resulta de la determinación del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores¹¹⁶³.

El panorama que dibuja la prestación temporal de servicios en el extranjero en relación con los elementos económicos de la relación laboral se puede resumir, por tanto, en lo siguiente. Por una parte, el personal afectado por un episodio de movilidad geográfica internacional ve compensados los inconvenientes que se derivan, sobre todo, en el ámbito personal y familiar –tales como el cambio de residencia o la integración en la sociedad de acogida- gracias, sobre todo, a la mejora en las condiciones económicas de su relación de trabajo, amén de las ya

¹¹⁶² De acuerdo con los estudios estadísticos realizados por ERNEST & YOUNG, el trabajo de los españoles destinados al extranjero por sus empresas se puede resumir en las siguientes cifras generales, derivadas del cálculo de las condiciones de la movilidad transnacional. En primer lugar, el salario anual base de referencia se fija en 80.000,00 euros (en adelante se utiliza el símbolo €), siendo el salario neto de 49.118,60 €. No obstante, el añadido de otras cantidades a este salario base, tales como el incentivo por expatriación, el plus por distancia y dureza o la prima por diferencial en el coste de vida –que se analizan más adelante- y que alcanzan de promedio 9.823,72 €, 4.911,86 € y 13.665,00 € respectivamente, llegan a elevar la retribución fija neta hasta 77.519,18 € anuales. Además, la retribución variable también sume un destacado papel en la remuneración de la expatriación, alcanzando la cantidad máxima de 15.360,00 €, lo cual arroja una cantidad definitiva de retribución neta total máxima de 92.879,18 € por año.

Los datos estadísticos pormenorizados pueden consultarse en <http://www.elmundo.es/nuevaeconomia/2006/350/pdf/pag42.pdf>.

¹¹⁶³ A este respecto, nos remitimos a lo expuesto *supra* Parte III, Capítulo Tercero, punto 3.2.

mencionadas ventajas formativas que adquiere en el destino. Por otra parte, las empresas tienen que soportar el incremento de costes consustancial a la nueva situación para, a cambio, conseguir la mayor ventaja competitiva del negocio que ha provocado dicho episodio, así como el desarrollo profesional del personal implicado.

Nótese que la intervención de la negociación colectiva en la determinación del contenido de la prestación de servicios que se ejecuta temporalmente en el extranjero es, incluso, más determinante aquí que en relación con otros elementos¹¹⁶⁴. De hecho, frente a la regulación de otros elementos –léanse, los aspectos formales o de los vinculados con el tiempo de trabajo- la materia económico-retributiva, es uno de los contenidos –si no el principal- que copan la regulación convencional por su flexibilidad y adaptabilidad¹¹⁶⁵.

Aún así, la determinación de las condiciones de trabajo en este ámbito muestra una acusada individualización e informalidad. Ello se debe, por una parte, a que van en aumento los procesos de movilidad geográfica internacional que son regulados directamente por parte de los agentes implicados, es decir, el trabajador afectado y el empleador de origen. Por otra parte, también proliferan los casos en los que las condiciones bajo las que se prestan servicios en el extranjero se disciplinan

¹¹⁶⁴ “Ciertamente, el ejercicio de la autonomía colectiva y su formalización en convenios colectivos ha supuesto históricamente el instrumento más adecuado de fijación de salarios, estableciendo una regulación adaptada a cada sector o empresa y, además, revisable periódicamente”, en MERCADER UGUINA, J. R. “Salario y negociación colectiva. Premisas de la investigación”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, op. cit., pág. 349.

¹¹⁶⁵ En este ámbito se intensifica el papel predominante de la negociación colectiva en la regulación del contenido económico de la relación laboral. “La movilidad transnacional queda limitada, por lo general, al típico tratamiento monetario, pese a que existe un importante número de empresas con una dimensión transnacional que exigiría un tratamiento a tal nivel de tales cuestiones”, en GARCÍA MURCIA, J. y ESTRADA ALONSO, O. *La movilidad geográfica en la negociación colectiva*, op. cit., pág. 92.

en pactos o compromisos anexos al contrato de trabajo original –los llamados “acuerdos complementarios”¹¹⁶⁶, “cartas de asignación”¹¹⁶⁷ o simplemente “contratos”¹¹⁶⁸–.

La consecuencia de todo ello es insoslayable. A través de la informalización y de la individualización de la regulación de las prestaciones de servicios, en el caso particular de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, la negociación colectiva queda casi postergada al ámbito meramente nacional de relaciones laborales, a pesar de su papel preeminente en la regulación de las condiciones de trabajo. A todo ello hay que sumar la problemática –ya comentada- acerca de las limitaciones que sufre el ámbito de aplicación de la mayoría de convenios colectivos¹¹⁶⁹. Estas circunstancias, a su vez, dificultan de manera significativa el estudio, el análisis y la crítica científicos, a la vez que sientan las bases para que cada supuesto sea único y segregado del resto, poniendo en riesgo el respeto a la igualdad y no discriminación de los trabajadores¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁶ Es la denominación que adopta –recuérdese- Estatuto de los Cooperantes. Asimismo, véase el art. 57 del CoCo Agencia EFE.

¹¹⁶⁷ De acuerdo con el estudio de FIGUEIREDO, E. “Marco legal que afecta a los procesos de movilidad internacional entre España y América”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, pág. 48.

¹¹⁶⁸ En el art. 45 del I CoCo Bureau Veritas se dispone que “si excepcionalmente el traslado se realizase al extranjero, las correspondientes compensaciones serán pactadas de forma individualizada en función del país de destino”.

¹¹⁶⁹ Véase *supra* Parte III, Capítulo Tercero, punto 2.

¹¹⁷⁰ Interesa mencionar aquí el caso de los expertos nacionales en la Comisión Europea, regulado en la disp. adic. decimocuarta del II CoCo Único, que “continuarán percibiendo las retribuciones vinculadas a su grupo profesional, las de su puesto de trabajo y, en su caso, las de carácter personal que pudieran tener reconocidas, sin alteración de su situación de seguridad social. A todos los demás efectos se regirán por la normativa comunitaria reguladora del régimen aplicable a los expertos nacionales en comisión de servicios”. Sin embargo –añade- “no podrá percibir gratificaciones extraordinarias, ni dietas o indemnizaciones de ninguna clase de la Administración Española”.

Todo ello tiene por efecto que las fórmulas a través de las cuales cabe articular estos ajustes de naturaleza económica sean variadas y heterogéneas, y a ello contribuye también la amplia configuración jurídica de los derechos económicos. Por tanto, la introducción de mejoras en este ámbito se puede producir a través de la modificación tanto de las percepciones salariales como de las extrasalariales, en dinero o en especie, fijas o variables, generales o específicas.

Antes de analizarlas pormenorizadamente, sin embargo, tenemos que hacer referencia al instrumento principal que se utiliza para el cálculo de la retribución en los casos que nos ocupan y que se conoce como “sistema de transferencia equivalente” u “hoja de balance”.

4.2. El “sistema de transferencia equivalente” u “hoja de balance” como instrumento de cálculo de la retribución

El cálculo de la retribución en los casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores depende, en la mayoría de los supuestos, de la confección de una “hoja de balance” o “sistema de transferencia equivalente”¹¹⁷¹. Se trata de un modelo de compensación a través del cual las empresas –normalmente gracias al asesoramiento de compañías especializadas en la gestión de recursos humanos a nivel internacional- calculan la estructura retributiva y, sobre todo, el montante que han de alcanzar las diferentes partidas que la componen con el objetivo de equilibrar el diferencial entre el poder adquisitivo del trabajador en el

¹¹⁷¹ Según J. M. LEIS, “el 60% de las compañías españolas con gran volumen de expatriados utiliza la hoja de balance (...) como sistema de cálculo de las condiciones de expatriación” (véase <http://www.elmundo.es/suplementos/nuevaeconomia/2006/250/1165705204.html>). Por su parte, de acuerdo con AA.VV. *Informe mundial de políticas y prácticas retributivas*, elaborado por ORC (Organization Resources Counselors), el 81% de las compañías multinacionales se valen de este instrumento.

país de origen y el país de destino¹¹⁷². De esta forma, el trabajador afectado no aprecia repercusión negativa alguna provocada por la movilidad geográfica internacional, al menos en lo que al ámbito retributivo se refiere, mas puede que, en bastantes ocasiones, un incremento –en mayor o menor grado- de las rentas derivadas del trabajo¹¹⁷³.

En el esquema de la “hoja de balance” se tienen en cuenta cuatro categorías principales de gastos como son los impuestos, los gastos de vivienda, el consumo de bienes y servicios, y la reserva –en tanto cantidades que se destinan a ahorros, inversiones, imprevistos, etc.-. De esta forma, se puede disponer de un panorama general acerca de todas las variables que pueden afectar al nivel de vida del trabajador desde cualquier punto de vista, tanto en el plano profesional como en el personal, y así conseguir, al final, que la experiencia de movilidad geográfica internacional sea un éxito para ambas partes.

En concreto, la mecánica que se utiliza a este respecto se puede resumir en dos pasos¹¹⁷⁴. En primer lugar, hay que calcular una cantidad inicial que va a servir como punto de partida. Ésta es el resultado de considerar conjuntamente el salario – en sentido amplio- del trabajador movilizado, así como el tamaño de su unidad de

¹¹⁷² En otras palabras, “para garantizarles el mantenimiento de un poder adquisitivo más o menos comparable el que tendrían en el país de origen con un salario equivalente y una familia del mismo tamaño”, según HAYNES, N. “Panorama de políticas retributivas para expatriados en América”, *op. cit.*, pág. 36.

¹¹⁷³ En efecto, y como se ve más adelante, lo habitual es pagarles “de acuerdo con el mismo sistema salarial que sus contrapartidas en España, excepto lo que se refiere a ciertos ajustes realizados para evitar problemas relativos a la doble imposición o a otros diferenciales tendentes a cubrir las diferencias en el coste de vida entre España y el país de destino”, así expresado por MALLO, C., BONACHE, J. y CERVIÑO, J. “La determinación de los costes salariales de los directivos en las empresas internacionales”, *op. cit.*, pág. K.

¹¹⁷⁴ Véase DE JUAN JUAN, A. “Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España”, *op. cit.*, pág. 172.

convivencia y el nivel medio de gastos corrientes –también conocido como *spendable income*- que se estima existen en dicho grupo familiar y que va a hacer referencia a las cantidades destinadas a vivienda, vestido, alimentación, ocio o imprevistos, entre otros. En segundo lugar, se procede a aplicar un coeficiente predeterminado en función de parámetros externos al resultado de la anterior operación y que va a concretar el diferencial de coste de vida –*cost of living allowance*- entre el país de origen y el país de destino, aunque no es infrecuente que esta circunstancia se valore también separadamente por medio del reconocimiento de determinados complementos salariales.

Así pues, una vez confeccionada la “hoja de balance”, el paso siguiente ha de ser la adaptación de los parámetros que se indiquen en la misma al caso concreto de la asignación internacional, *ergo*, a las características del trabajador y a las características de la nueva situación, y no sólo desde el punto de vista puramente laboral.

A continuación se comentan, pues, las distintas manifestaciones que este sistema puede tener en la retribución en los casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, tanto en el ámbito de las percepciones salariales como en el de las de naturaleza extrasalarial, ya que las modificaciones sobre la retribución del trabajador se reproducen en toda la estructura retributiva, y tanto en las cantidades como en los conceptos.

4.3. Percepciones salariales específicas de los trabajadores en régimen de movilidad geográfica internacional: la retribución por vía de complementos salariales

La introducción de modificaciones en la estructura salarial, tanto cuantitativas como cualitativas, es una fórmula válida –aunque creemos que no suficiente- para adaptar las condiciones laborales del trabajador inmerso en un episodio de movilidad geográfica internacional. Su instrumentación, entendemos, debe hacerse a través de la articulación de soluciones específicas que tomen en

consideración las especiales implicaciones que acompañan al hecho de prestar servicios en el extranjero tanto a nivel laboral como personal o familiar.

Nada impide, por lo tanto, que las eventuales alteraciones derivadas de la situación de movilidad geográfica externa se vean compensadas, alternativa o acumulativamente, a través de percepciones extrasalariales. Es más, la afectación de otras condiciones de trabajo –significativamente, en materia de tiempo de trabajo- y de vida como consecuencia de la asignación internacional no debe monetizarse en todo caso e indiscriminadamente. Como se observará más adelante, no es conveniente, a nuestro parecer, que la adaptación de la situación de origen del trabajador a las nuevas circunstancias concurrentes en el país de destino se limiten a la mera revisión de las condiciones económico-retributivas.

Las posibilidades que ofrecen los complementos salariales los convierten en un recurso adecuado a tal fin. En particular, las fórmulas de complementos de puesto y de calidad y cantidad resultan especialmente idóneas por sus caracteres diferenciales.

Respecto de los complementos de puesto de trabajo, se trata de percepciones salariales ocasionales, de carácter variable y no consolidables¹¹⁷⁵, que el trabajador percibe en razón a las características –singularidad, peculiaridad o circunstancias- del puesto de trabajo o a la forma de realizar la actividad profesional. Así pues, se establece atendiendo a las circunstancias particulares del concreto puesto o categoría a que se adscribe el trabajador, por lo que depende de la prestación efectiva de trabajo.

¹¹⁷⁵ Si bien el art. 26.3 *in fine* admite pacto en contrario sobre este particular, la jurisprudencia avala el carácter no consolidable de los complementos de puesto de trabajo. A este respecto, véase, entre otras, las SSTSud (Sala de lo Social) de 7 de julio de 1993 (Ref. Ar. RJ 1993\5986), F.D. segundo; y de 20 de diciembre de 1994 (Ref. Ar. RJ 1995\677), F.D. tercero.

Entendemos que también caben los denominados complementos de cantidad y calidad del trabajo, que se añaden a la “rígida y tradicional clasificación de complementos salariales en base a circunstancias personales del trabajador, trabajo realizado y situación/resultados de la empresa”¹¹⁷⁶. En concreto, la retribución de la movilidad geográfica internacional por vía de complementos salariales se realiza, básicamente, a través del reconocimiento del complemento de destino en el extranjero y de la prima de país, además de otros devengos económicos concebidos como compensación de las diferencias en el coste de vida¹¹⁷⁷.

4.3.1. El complemento de destino en el extranjero

El de destino en el extranjero –también denominado “plus de asignación internacional”¹¹⁷⁸, “plus de expatriación”¹¹⁷⁹ o “prima por expatriación”¹¹⁸⁰ - es el complemento salarial más característico dentro de los distintos conceptos retributivos que perciben los trabajadores contratados en España que prestan

¹¹⁷⁶ De tal forma, “se enriquece en la práctica negocial en base a la flexibilidad organizativa del empresario y a las necesidades de disponibilidad de mano de obra”, añade ALAMEDA CASTILLO, M. T. “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios del trabajador”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, op. cit, pág. 425.

¹¹⁷⁷ Al margen de éstos, interesa mencionar el denominado “complemento singular de puesto” que se reconoce en la disp. adic. decimotercera del II CoCo Único al personal laboral que presta servicios en el exterior que, en virtud de sentencia judicial firme, hayan visto declarado el derecho a que les sea de aplicación el Convenio único, y que es incompatible con el resto de complementos salariales establecidos en este convenio.

¹¹⁷⁸ Es la denominación que se emplea en los arts. 33, 34 y 35 del II CoCo Iberdrola.

¹¹⁷⁹ Véase STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de marzo de 1997 (Ref. Ar. AS 1997\692), F.D. segundo, en relación con la concesión de plus de expatriación por parte de la empresa “Huarte, S.A.” a favor de un trabajador que prestaba servicios en Indonesia.

¹¹⁸⁰ En AA.VV. *Estudio sobre prácticas, políticas y retribución de los empleados expatriados*, op. cit.

servicios para su empresa temporalmente en el extranjero¹¹⁸¹. Ello no significa que el salario de todos los afectados comprenda este específico plus, pero se trata de uno de los complementos que se contempla mayormente en las experiencias de asignación internacional de trabajadores.

A través del complemento de destino en el extranjero se premia de una forma diferenciada y específica la prestación temporal de servicios en el extranjero¹¹⁸². El reconocimiento del plus dentro de la estructura retributiva sirve como incentivo para la aceptación del destino internacional, toda vez compensa el desarraigo que ello suele implicar a todos los niveles –personal, familiar, afectivo, cultural, etc.-, aparte las previsibles repercusiones positivas en el ámbito profesional¹¹⁸³.

El complemento de destino en el extranjero parece formar parte del tipo de complementos que están asociados al trabajo realizado. Se trata, *a priori*, de una modalidad de complemento de puesto de trabajo¹¹⁸⁴, pues reúne los requisitos y

¹¹⁸¹ De hecho, también tiene carta de naturaleza en el ámbito de las retribuciones de los funcionarios en régimen de movilidad geográfica internacional. Por ejemplo, aquéllos que prestan temporalmente servicios en el Eurojust tienen reconocido el derecho a mantener el régimen retributivo de sus cuerpos de origen, a cuyo efecto el Consejo de Ministros fija las cuantías de las retribuciones complementarias, incluida la indemnización por destino en el extranjero [disp. adic. tercera de la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea (BOE de 27 de mayo de 2006, núm. 126)]. Para 2009, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de septiembre de 2008 cifra este complemento en 18.093,84 € anuales para miembros nacionales y en 9.397,20 para asistentes.

¹¹⁸² Sirva como ejemplo el montante que se establece en el art. 63.1.b) del CoCo Agencia EFE, que asciende a “9.250 € anuales, abonables en 15 pagas”.

¹¹⁸³ Véase COLOMER BLASCO, T. “La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, pág. 42: “En BBVA tenemos en cuenta factores como: complemento de expatriación, que debe incentivar la aceptación de un destino internacional, fuera del entorno familiar, de las relaciones personales...”.

¹¹⁸⁴ Así se ubica sistemáticamente en el art. 67.2.b) del CoCo Agencia EFE.

elementos definitorios de este género de complementos salariales¹¹⁸⁵. En efecto, se establece en base a la singularidad de la forma de realizar la actividad profesional, su percepción es ocasional, y tiene carácter variable y, por lo general, no consolidable¹¹⁸⁶.

Ahora bien, este complemento guarda ciertos vínculos con los complementos de calidad y cantidad. En efecto, cabe interpretar que el complemento de destino en el extranjero premia la disponibilidad y flexibilidad del trabajador en relación con una mayor productividad y rendimiento.

Lo cierto es que la delimitación de los complementos de puesto y de los de cantidad y calidad presenta unos contornos difusos. Como advierte ALAMEDA CASTILLO, existe una zona gris entre ambos que bien puede ocupar el complemento de destino en el extranjero, pues hay “primas de cantidad y calidad que compensan el esfuerzo ligado a determinadas características y puestos de trabajo (complementos que admitirían, sin dificultad, su ubicación sistemática entre los complementos de puesto)”¹¹⁸⁷.

En nuestra opinión, el complemento de destino en el extranjero tiene un mejor acomodo entre estos últimos, sobre todo cuando lo comparamos con los tipos de complementos que propiamente integran el grupo de calidad y cantidad de trabajo

¹¹⁸⁵ Para un estudio del tratamiento de los complementos de puesto de trabajo en la negociación colectiva española, permítasenos recomendar la lectura de MOLINA MARTÍN, A. M. “Los complementos de puesto de trabajo”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, *op. cit.*, págs. 413-423.

¹¹⁸⁶ Este carácter no consolidable del complemento de destino en el extranjero es igualmente entendido por FIGUEIREDO, E. “Marco legal que afecta a los procesos de movilidad internacional entre España y América”, *op. cit.*, pág. 48.

¹¹⁸⁷ En ALAMEDA CASTILLO, M. T. “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios del trabajador”, *op. cit.*, pág. 427.

–léanse, entre otros, destajos, pluses por multicompetencia o pluricompetencia, pluses de actividad o asistencia, complementos de asiduidad, incentivos a la productividad o primas por rendimiento o méritos del trabajador-.

Sea como fuere, qué duda cabe que se trata de un complemento que sólo se concede en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero y esta precisa circunstancia trae consigo repercusiones respecto de otros pluses, tanto de puesto de trabajo como vinculados a circunstancias personales del trabajador o a la situación y resultados de la empresa, y que son aplicables al resto de la plantilla de la empresa cuando concurren los requisitos pertinentes.

A más, existen experiencias empresariales consolidadas que establecen un elenco particular de complementos salariales vinculados con la prestación de servicios en régimen de movilidad geográfica internacional¹¹⁸⁸ que no se reproduce en los casos de movilidad geográfica interna¹¹⁸⁹. Ello suele ir acompañado de la exclusión de los trabajadores afectados del disfrute de otros pluses¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁸ Destacamos los arts. 32, 33 y 34 del II CoCo Iberdrola, que reconoce los pluses de asignación internacional y de trabajo realizado, así como el art. 63.1 del CoCo Agencia EFE, que concede un complemento de destino en el extranjero junto con un complemento por carestía.

Para un análisis particular de este último supuesto, véase COLOMER BLASCO, T. “La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA”, *op. cit.*, págs. 42 y 43.

¹¹⁸⁹ El CoCo Agencia EFE lo establece en el Capítulo IX, separado y diferenciado del conjunto de complementos que se conceden cuando la movilidad geográfica es interna (arts. 49 y ss.). Literalmente, en su art. 50.1 se expresa que “la permanencia en el extranjero, dada su naturaleza, tendrá un tratamiento específico”.

¹¹⁹⁰ Recuérdese que en los arts. 32, 33 y 34 del II CoCo Iberdrola se niega al personal expatriado, respectivamente, la percepción de los pluses de obra, de puesta en marcha/recarga y nuclear, alegando que ya perciben otros complementos específicos cuales son los pluses de asignación internacional y de trabajo realizado.

Consideramos que esta manera de proceder puede poner en riesgo un valor superior de la dinámica de las relaciones laborales, cual es el respeto a la igualdad y la interdicción de discriminación. Se trataría de defender la igualación de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores de una misma organización productiva cuando se vieran afectados por procesos de movilidad geográfica, independientemente del ámbito o extensión de la misma. De tal manera, se podría unificar el tratamiento dispensado a los trabajadores afectados por una alteración locativa de su prestación de servicios con el objetivo último, por fin, de evitar la creación de dos grupos de empleados: los que se enriquecen por trabajar en el extranjero y los que, simplemente, trabajan en España.

En relación con ello, opinamos que la regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores no puede hacer abstracción de las reglas aplicables a otras experiencias de alteración locativa de la prestación de servicios. En consecuencia, creemos que deberían unificarse todas las manifestaciones de la movilidad geográfica en los distintos ámbitos de tratamiento de la misma –desde el régimen jurídico que se establece en el ET, así como en la normativa específica de desarrollo, hasta la regulación que se contiene en la negociación colectiva, pasando por los distintos sistemas que se establecen en los códigos de conducta, pactos, contratos y demás referencias de la práctica empresarial-. Todos estos referentes deberían, por tanto, contener un apartado específico único sobre movilidad geográfica en el que se distinguieran los distintos supuestos de prestación deslocalizada de servicios, pero bajo unas mismas reglas básicas de procedimiento y de contenido que –por supuesto- respeten la legislación vigente y que, sobre todo, den la dimensión adecuada a cada una de las diferentes manifestaciones de la movilidad geográfica de trabajadores¹¹⁹¹.

¹¹⁹¹ Como muestra de todo lo dicho, queremos destacar de forma expresa la regulación que se contiene, en materia de desplazamientos, en el art. 29 del IV CoCo Derivados del cemento, donde se incluye una mención expresa a “los trabajadores que sean desplazados fuera del territorio nacional”. A propósito de ello, en lugar de derivar su régimen jurídico a lo establecido en un

4.3.2. La prima de país

La estructura de la retribución de los trabajadores movilizados internacionalmente no sólo puede contener partidas económicas que se destinan a premiar directamente el hecho de encontrarse en tal situación, como lo es el complemento de destino en el extranjero. En efecto, existen otras fórmulas para compensar a los trabajadores afectados cuya percepción y cuantificación se hacen depender de las características del país de destino. En concreto, nos estamos refiriendo a las cantidades que se destinan a compensar las diferencias en las condiciones de vida, especialmente en lo referido a su coste, provocadas por la asignación internacional.

La conveniencia o no de las condiciones en el país de destino, su mayor o menor similitud con las existentes en España, en definitiva, el grado de semejanza que tengan las mismas en comparación con las nuestras traspasa el ámbito que se refiere meramente a los aspectos retributivos. Cuando se hace mención a la conveniencia de compensar al trabajador por motivo de la movilidad geográfica en un particular Estado y no en otro, no se debe caer en el error de reducirlo todo al punto de vista económico, sino que es preciso ampliar las miras.

En efecto, los elementos que deben tomarse en consideración a la hora de examinar la aplicabilidad de los concretos complementos salariales que proceden

apartado separado del mismo texto o, incluso, a otro documento ajeno al propio convenio colectivo, se arbitran las mismas condiciones y derechos en todos los casos de desplazamiento geográfico del trabajador, independientemente del lugar de destino, con una única pero justificada diferencia desde el punto de vista cuantitativo. En concreto, “a los trabajadores que sean desplazados fuera del territorio nacional, se les abonarán todos los gastos, tales como viajes, alojamiento y manutención” de igual forma que se hace para el resto de casos. Sin embargo, además “se les abonará el 25% del valor de la dieta fijada en el convenio colectivo provincial correspondiente”, y “estos trabajadores tendrán derecho, asimismo, a un viaje a su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, cuyos gastos correrán a cargo del empresario”.

son, además del diferente coste de vida propiamente dicho, también la peligrosidad del Estado de destino, la distancia con el país de origen, o el idioma oficial¹¹⁹².

Una de las fórmulas que ha sido elegida para premiar aquellas expatriaciones que tienen como destino Estados en los que resulta poco recomendable –o, al menos, no en el mismo grado que en España- acudir a prestar servicios, aunque sea de forma temporal, se ha venido generalmente a denominar prima de país¹¹⁹³. No obstante, se emplean otras fórmulas de naturaleza distinta a la hora de paliar las desventajas que conllevan determinados episodios de movilidad geográfica internacional. Tal es el caso de la retribución en especie a través de la prestación de servicios de seguridad.

En cuanto a la prima de país, de nuevo aquí entendemos que se trata de un supuesto de complemento salarial vinculado con el puesto de trabajo en el sentido del art. 26.3 del ET¹¹⁹⁴. A través del mismo se pretende, al mismo tiempo que incentivar al trabajador para que acepte la movilidad geográfica internacional y compensarle económicamente las previsibles incomodidades o dificultades que caracterizan la vida en muchos países en comparación con la calidad de vida y el estado de bienestar que se disfruta en España.

A diferencia del complemento de destino en el extranjero, la configuración de la prima de país se hace desde la toma en consideración de variables distintas y específicas que se presentan en el concreto país de destino de la relación de trabajo.

¹¹⁹² Son elementos que también se tienen en cuenta en el estudio de COLOMER BLASCO, T. “La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA”, *op. cit.*, pág. 42.

¹¹⁹³ Así ocurre, por ejemplo, en el caso de BBVA que analiza COLOMER BLASCO, T. “La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA”, *op. cit.*, pág. 42.

¹¹⁹⁴ Los argumentos que avalan esta interpretación coinciden con los esgrimidos *supra* respecto del complemento de destino en el extranjero (punto A).

Ello la convierte en una fórmula retributiva idónea en supuestos de movilidad geográfica internacional, pues se adapta a las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, puede servir de complemento, o incluso de sustitutivo, del más genérico complemento de destino en el extranjero.

4.3.3. La compensación de las diferencias en el coste de vida

Al margen de la prima de país, existen otras fórmulas para la compensación del diferencial del coste de vida –o *cost living allowance*– en casos de asignación internacional¹¹⁹⁵. Concretamente, los instrumentos que se configuran para compensar al trabajador afectado el contraste entre el poder adquisitivo que se disfrutaba en el país de origen y el que se tiene en el de destino son el complemento por carestía¹¹⁹⁶, del plus por diferencial de coste de vida¹¹⁹⁷ o de la prima de adaptación del índice del coste de vida¹¹⁹⁸.

Se opte por una denominación u otra, este tipo de pluses comparte las mismas características que tienen el complemento de destino en el extranjero y la prima de país. Se trata también de percepciones de naturaleza salarial dentro del

¹¹⁹⁵ Ejemplos ilustrativos de ello se contienen, entre otros, por un lado, en el art. 29.2.c).2 y d).2 del III CoCo Telefónica Servicios Audiovisuales, donde queda dicho que, para desplazamientos a terceros Estados, ya sean dentro o fuera de la UE, “la determinación de las condiciones de alojamiento, dietas y otras compensaciones se establecerán de manera específica en función del país de destino. Se comunicarán de modo previo, por escrito e individualmente al trabajador afectado”. Por otro lado, también se apela a la autonomía de la voluntad en el art. 34.b) del V CoCo BP Oil, cuando se determina que el régimen de los supuestos de traslados al extranjero estará sujeto “a lo convenido entre las partes”.

¹¹⁹⁶ Así denominado en el art. 63.1.c) del CoCo Agencia EFE.

¹¹⁹⁷ En la experiencia empresarial de BBVA que presenta COLOMER BLASCO, T. “La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA”, *op. cit.*, pág. 42.

¹¹⁹⁸ Véase GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, *op. cit.*, pág. 35.

esquema retributivo del trabajador afectado y, concretamente, de complementos de puesto de trabajo. Ahora bien, a diferencia de los anteriores y sobre todo del complemento de destino en el extranjero, la cuantificación de este tipo de pluses resulta de la comparación exhaustiva de todos los extremos que resultan afectados, a todos los niveles, por la movilidad geográfica internacional.

De hecho, la determinación de su cuantía es el tema que ofrece más interés de cara a su estudio. Se plantean, a este respecto, dos cuestiones principales. Por un lado, hay que clarificar cuáles son los elementos que han de valorarse a la hora de cuantificar el montante del complemento por diferencial de coste de vida. Por otro lado, hay que reflexionar sobre la gran variabilidad o mutabilidad que presenta un plus de estas características por el hecho de estar vinculado con elementos muy particulares como son las diferencias entre dos concretos países en relación con la específica prestación de servicios de un determinado trabajador.

En primer lugar, en cuanto a los elementos que han de valorarse a la hora de cuantificar el montante del complemento por diferencial de coste de vida¹¹⁹⁹, se deben tomar en consideración los elementos principales que repercuten en el nivel de vida y en el poder adquisitivo del trabajador afectado desde el punto de vista de

¹¹⁹⁹ Es una práctica consolidada en el seno de las empresas que llevan a cabo estas prácticas el hecho de acudir a otras empresas, organizaciones o instituciones especializadas en la gestión de recursos humanos. Así lo pone de relieve COLOMER BLASCO, T. “La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA”, *op. cit.*, pág. 42: “(...) se utilizan las referencias aportadas por consultoras internacionales, que actualizan periódicamente los elementos básicos que afectan a la vida de los expatriados”.

Dicha práctica se contempla expresamente, por su parte, en el art. 63.1.b) del CoCo Agencia EFE: “Una cantidad determinada sobre la base de índices fiables, realizados por empresas o instituciones de probada solvencia (a los efectos de este Convenio la referencia será la establecida por la empresa O.R.C.) que garantice una correcta y plena compensación por mayor carestía del país de destino”.

las condiciones externas que se dan en el país de destino¹²⁰⁰. En detalle, los extremos que han de ser examinados son, principalmente, el coste directo –en cuanto al precio- e indirecto –en relación con los impuestos- de consumo de bienes y servicios necesarios o habituales en el estándar de vida en España, por una parte¹²⁰¹, y, por otra parte, la parte de los ingresos que el expatriado puede destinar al ahorro, a la inversión o a otro tipo de consumo.

Sin embargo, consideramos que, en este orden de cosas, habrá que estar al alcance de la concesión de ayudas asistenciales –que son tratadas a continuación- para modular la cantidad en que se cifra finalmente este complemento. Entendemos, por tanto, que a la hora de precisar tal cuantía hay que contemplar la existencia de otros conceptos susceptibles de aplicación, sobre todo de cara a la reducción de costes por parte de la empresa. A título de ejemplo, podemos encontrar el caso de que se tome el gasto de vivienda como elemento para valorar la prima por el diferencial del coste de vida cuando, por otra parte, la empresa se compromete a asumir los gastos derivados de su adquisición o disfrute.

¹²⁰⁰ Como consultoras especializadas en materia de gestión de recursos humanos en episodios de movilidad geográfica internacional destacan la recién mencionada ORC, así como ECA Intl. (Employment Conditions Abroad Internacional) y PWC (Price Waterhouse Coopers).

¹²⁰¹ La conocida como “cesta de la compra” suele estar compuesta, entre otros elementos, de comida, cuidado personal, complementos del hogar, ropa, salud, ocio, transporte, servicio doméstico o restaurantes. Véase, en este sentido, GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, op. cit., pág. 35.

4.4. Beneficios asistenciales ligados a la prestación temporal de servicios en el extranjero. Especial referencia a su relación con la seguridad y salud de los trabajadores movilizados

La modificación obligacional que acompaña, de manera prácticamente consustancial, a las experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores no puede suponer una minoración en las condiciones laborales del trabajador afectado. Una forma de asegurar, como mínimo, el mantenimiento de su estatus puede consistir en la concesión de beneficios asistenciales¹²⁰².

En particular, pueden identificarse dos grupos de conceptos en función de la forma de prestación: aquéllos que consistirían en la entrega de una cantidad de dinero –fija o variable- y aquéllos que se prestarían en especie. A su vez, podría distinguirse un conjunto de beneficios asistenciales diseñados a cubrir situaciones derivadas de la propia prestación de servicios, mientras que otros se destinarían a cubrir o sufragar otras necesidades ajenas a la actividad laboral. Además, cabría identificar ayudas asistenciales cuyos beneficiarios serían sólo los trabajadores directamente afectados por el episodio de movilidad geográfica internacional, y ayudas que atendieran igualmente a sus familiares o personas relacionadas con el mismo¹²⁰³.

¹²⁰² Interesa destacar en este punto la exhaustiva regulación contenida en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio (BOE de 30 de mayo de 2002, núm. 129). Véanse, concretamente, los arts. 24 y 26 –gastos de viaje, manutención y mudanza- y 25 –gastos de instalación del personal destinado en el extranjero-.

¹²⁰³ Existen otras opciones de clasificación, como la que presenta VAQUER CABALLERÍA, M. *La Acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 179 y ss. Propone hacer una primera distinción entre prestaciones dinerarias y prestaciones de servicios, quedando dentro de las primeras, en un segundo nivel, las periódicas y las ocasionales, y dentro de las segundas, la asistencia domiciliaria, los servicios residenciales y semi-residenciales, los servicios de información, orientación y asesoramiento, los servicios socio-educativos, los servicios educacionales y de ocio, los servicios de rehabilitación y los servicios de asistencia.

En el supuesto concreto de las ayudas de acción social, entendemos que los trabajadores que son desplazados temporalmente por sus empresas al extranjero deben gozar de un régimen especial y privilegiado con respecto al resto de empleados, lo cual no deja de tener justificación a la vista de las previsibles alteraciones que la prestación temporal de servicios en el extranjero puede tener en la vida del trabajador y de su familia a todos los niveles. La sustancialidad, por lo general, de los cambios provocados por la movilidad geográfica internacional debe ser tomada en especial consideración para evitar que la compensación se reduzca a la fórmula –casi estandarizada- de “compensación por gastos” que dispone el art. 40 del ET para traslados y desplazamientos de larga duración.

Las soluciones concretas presentan una acusada variabilidad. De entrada, pueden consistir en la concesión de días adicionales de descanso en función de la duración del desplazamiento en orden a facilitar el “viaje de visita” del trabajador a su lugar habitual de residencia en España¹²⁰⁴. Se trata de un beneficio en especie que se acompaña normalmente de una prestación dineraria que consiste en sufragar total o parcialmente los gastos de dicho viaje¹²⁰⁵. Además, de este modo y desde la perspectiva empresarial, al facilitar al trabajador la vuelta temporal a nuestro país

¹²⁰⁴ De acuerdo con el art. 44.4 del CoCo Unisys, en los casos de desplazamientos temporales por un tiempo superior a tres meses, sin alcanzar los cinco meses, el trabajador tiene derecho “a partir del tercer mes del desplazamiento, por una sola vez, a cinco días de estancia, incluidos en éstos los de viaje, en su domicilio de origen” o bien, “por cada mes de desplazamiento, un día libre en su domicilio de origen, excepto en aquel mes en el que tome los cinco días ya mencionados”. Por su parte, en los casos de desplazamientos temporales que alcancen cinco meses de duración, el trabajador afectado puede disfrutar de estas dos posibilidades cumulativamente u optar por disfrutar de “dos períodos de 5 días libres, incluidos en éstos los de viaje, a disfrutar a partir del tercer mes de desplazamiento” *ex* art. 44.5.

Por su parte, el art. 20.2.c) del CoCo Fujitsu establece que “en los desplazamientos dentro de Europa el trabajador tendrá derecho a un viaje de fin de semana por cada cuatro semanas de actividad”.

¹²⁰⁵ El art. 29.2.c).2 y d).2 del III CoCo Telefónica Servicios Audiovisuales dispone que “el trabajador tendrá derecho a retornar a su residencia hasta tres veces en el periodo de un año, con el gasto de viaje a cargo de la empresa en clase turista”.

durante algunos días cada cierto periodo de tiempo se puede, a la vez, desincentivar el desplazamiento al extranjero del trabajador con su familia, con el consiguiente ahorro de costes si hay previstos –como, de hecho, puede haberlos- otros tipos de ayudas bajo esas circunstancias.

Por otra parte, también cabe articular ayudas que faciliten el acompañamiento de los familiares del trabajador en el desplazamiento temporal, así como los viajes de ida y vuelta a España bajo ciertas condiciones¹²⁰⁶. Las medidas al respecto suelen tener naturaleza dineraria, de tal forma que la empresa se responsabiliza del abono de los gastos de ida y vuelta del cónyuge –y cada vez más también de la pareja de hecho¹²⁰⁷- y de los hijos. Eso sí, no es común la concesión de ambos tipos de beneficios¹²⁰⁸, sino que se suele dejar a la elección del trabajador –bien se conceden días para que se desplace a España, bien se sufragan los gastos de viaje de su familia-¹²⁰⁹.

El primer viaje y desplazamiento que sirve de instalación física del trabajador en el país de destino también está, por lo normal, sufragado por el centro de trabajo o empresa de origen. Las fórmulas de abono presentan cierta casuística, pues van desde el establecimiento de las cuantías de las dietas en función del país de

¹²⁰⁶ El art. 58 del CoCo Agencia EFE declara que “la empresa proporcionará pasajes aéreos en clase turista para que el trabajador y familiares directos a su cargo que residan con él en el extranjero puedan disfrutar cada dos años sus vacaciones en España”.

¹²⁰⁷ Se cita expresamente esta circunstancia en el art. 12.2.3 del II CoCo Repsol YPF, en concordancia con lo establecido en el art. 6 del IV Acuerdo marco Repsol YPF.

¹²⁰⁸ La excepción la encontramos en el régimen privilegiado –en comparación con el resto de convenios colectivos consultados- del CoCo Agencia EFE. En virtud de su art. 58, “los gastos de viaje, ida, retorno y cambio de destino del trabajador y familiares directos a su cargo correrán a cargo de la empresa”.

¹²⁰⁹ Así se hace en el art. 50 del III CoCo Air Europa y en el art. 45.1 del CoCo Unisys.

destino¹²¹⁰ - hasta la entrega de una cantidad fija¹²¹¹ o la contratación directa de los servicios que sean precisos al efecto por parte de la misma empresa de origen¹²¹².

En relación con el cambio de residencia, el proceso de instalación en el país de destino puede estar gestionado por la empresa –total o parcialmente- o puede dejarse desde el primer momento solamente en manos del trabajador. Esta última alternativa, como parece lógico, es la menos utilizada –de hecho, no hemos encontrado referencias en este sentido- en la negociación colectiva.

En las medidas de acción social que sirven para facilitar al trabajador residencia e instalación en el país de destino, se siguen dos sistemas diferenciados. Por una parte, hay casos en los que la intervención de la empresa se limita a facilitar al trabajador los medios para conseguir un primer alojamiento –por ejemplo, a través de la concesión de créditos en condiciones ventajosas¹²¹³-, ya a través de la contratación directa de un hospedaje¹²¹⁴, ya con la dación de una cantidad de dinero

¹²¹⁰ En el art. 16.2 del CoCo Unisys se dispone que “la Empresa comunicará al Comité Intercentros la cuantía de la dieta establecida para cada país de destino, quienes podrán insertar la información en los tabloneros de anuncios”. Por su parte, en el art. 39.6 del CoCo Agencia EFE se establece que “de las normas internas que se puedan establecer en materia de viajes se dará información razonada a la Comisión Mixta-Paritaria”.

¹²¹¹ En el art. 17.3 del IV Acuerdo marco Repsol YPF, así como en el art. 12.2.3 del II CoCo Repsol YPF se dan las siguientes cantidades a fondo perdido: 8.716,33 € a favor del trabajador, 2.614,91 € por el cónyuge o pareja de hecho y 1.307,45 € por cada hijo, con un máximo de dos.

¹²¹² En el art. 39.3 del CoCo Agencia EFE se declara que “el alojamiento será contratado por la empresa en hoteles de categoría de tres estrellas o de servicios equivalentes en cada ciudad o país de destino, e incluirá los gastos de desayuno”.

¹²¹³ Los arts. 17.3 del IV Acuerdo marco Repsol YPF y 12.2.3 del II CoCo Repsol YPF reconocen el derecho de acceso a un crédito puente sin interés cuya cuantía máxima “será el 70% del valor de tasación de la vivienda, sin que pueda exceder de 43.431,28 euros”.

¹²¹⁴ De acuerdo con el art. 58 del CoCo Agencia EFE “la empresa pagará el alojamiento provisional del trabajador y familiares directos a su cargo, previo a su incorporación a su nuevo puesto de trabajo, durante el tiempo necesario para su instalación en el punto de destino, con un máximo de

que ha de ser destinada a lo propio¹²¹⁵, ya con el abono de los gastos pertinentes por vía de dietas¹²¹⁶. Por otra parte, hay empresas que se obligan a respaldar económica y/o materialmente al trabajador durante toda la duración del desplazamiento en este capítulo de la residencia. Además, en la mayor parte de las ocasiones, las ayudas de tipo económico también se acompañan de otras facilidades de índole material, como es el caso de la concesión de plazos de licencia en orden a favorecer la mudanza¹²¹⁷.

Por otra parte, el elenco de beneficios asistenciales que se reconocen en situaciones de trabajo temporal en el extranjero contiene referencias menos generalizadas que las anteriores pero igualmente interesantes. Se trata de beneficios asistenciales de naturaleza puramente dineraria, lo cual parece además lo más conveniente a la vista de las circunstancias con las que se hacen corresponder. Hablamos de las coberturas complementarias que se conceden en caso de

quince días, período que será de licencia retribuida”. En sentido similar, art. 45.1.2 del II CoCo Sogecable.

¹²¹⁵ Además de la concesión de un crédito puente que ya hemos comentado, los arts. 17.3 del IV Acuerdo marco Repsol YPF y 12.2.3 del II CoCo Repsol YPF ofrecen al trabajador la posibilidad de elegir entre una ayuda a fondo perdido de 20.914,99 euros para la compra de vivienda o una ayuda de alquiler de 348,66 euros mensuales.

¹²¹⁶ Como complemento al derecho del trabajador de disfrutar de un alojamiento provisional a cargo de la empresa, el mismo art. 58 del CoCo Agencia EFE dispone que “el trabajador tendrá derecho a una mudanza por cuenta de la Empresa, con un máximo de 25 metros cúbicos más un metro cúbico adicional por cada año trabajado en el extranjero. El trabajador tendrá opción a percibir una compensación económica que se calculará a razón de 0,50 euros/km. aéreo entre origen y destino, con un mínimo de 1.673,67 y un máximo de 3.347,34 euros”.

¹²¹⁷ En los arts. 17.3 del IV Acuerdo marco Repsol YPF y 12.2.3 del II CoCo Repsol YPF “se establece una licencia retribuida de un máximo de 10 días naturales ininterrumpidos o 7 laborales fraccionados, a opción del trabajador, en un máximo de dos periodos, determinándose en cada caso su duración en base a las necesidades concretas para efectuar el cambio de residencia”.

fallecimiento del trabajador, de sus hijos –bajo ciertos condicionantes- o de su cónyuge –con la extensión a las parejas de hecho cuando así proceda-¹²¹⁸.

Concretamente, si el óbito se produce en territorio nacional, aparte de la concesión de los días de permiso por fallecimiento de cónyuge o hijo que estén establecidos, es habitual el abono del trayecto de ida y vuelta que haya realizado el trabajador a tal efecto. Asimismo, si la muerte sobreviene cuando se está en el país de destino, la empresa también suele hacerse cargo del traslado del cadáver y de los billetes de los familiares que lo acompañen, en el supuesto de que se encuentren conviviendo con el trabajador en el extranjero¹²¹⁹.

Por último, interesa especialmente mencionar las ayudas que están destinadas a la prevención y protección frente a riesgos diversos que pueden acontecer durante la asignación internacional. Nótese que, en contraste con el resto de elementos analizados hasta el momento, estas cuestiones no tienen el tratamiento expreso, diferenciado y específico que merecerían¹²²⁰. Ello no obstante, la empresa

¹²¹⁸ Se establece expresamente la equiparación “entre cónyuge y persona en convivencia de hecho” a estos efectos, entre otros, en el art. 6 del IV Acuerdo marco Repsol YPF y a lo largo del art. 12 del II CoCo Repsol YPF.

¹²¹⁹ Es el diseño que hace el art. 62.2 del CoCo Agencia EFE.

¹²²⁰ Es por ello que recomendamos la lectura de PLUNKETT, P. “Políticas empresariales de seguridad cuando se envían empleados a Sudamérica o Centroamérica”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, págs. 49 y ss.

de origen está compelida, si no por textos normativos¹²²¹ sí por sus propios intereses de gestión, a atender estas cuestiones¹²²².

El éxito del proceso de movilidad geográfica internacional del trabajador va a depender de que la empresa informe previamente y con suficiencia de las condiciones de vida en el país de destino¹²²³. La combinación de recursos internos, medios de comunicación, sitios *webs* intergubernamentales y contratistas privados es la clave para llevar a cabo una óptima evaluación de los riesgos de los que deberá ser informado el empleado afectado¹²²⁴. Esta circunstancia, además, puede servir como paso previo a la hora de seleccionar al trabajador que va a someterse a dicho episodio. En suma, las prácticas de movilidad geográfica internacional de trabajadores propios también tienen que acompañarse de medidas de diversa índole

¹²²¹ CAMAS RODA, F. y MARTÍNEZ ASO, M. “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, pág. 111, destacan la dificultad de identificar “el bloque normativo de prevención de riesgos laborales que debe observar la empresa de envío respecto de los trabajadores desplazados”.

¹²²² Aunque no es una práctica generalizada, algunas experiencias o prácticas empresariales que conceden prestaciones asistenciales, además, facilitan una serie de avisos reunidos en un folleto en el que se detallan diversas normas de seguridad para que los empleados destinados al extranjero las tengan en cuenta en su quehacer diario. En detalle, se recogen aspectos como “normas de seguridad para la protección de oficinas, instalaciones, terrenos y áreas de almacenamiento; normas para la seguridad en los viajes; seguridad de la información; seguridad personal; gestión de las crisis en las empresas; o repatriación en caso de agitación política extrema o desastres naturales”.

Para más información, nos remitimos de nuevo a PLUNKETT, P. “Políticas empresariales de seguridad cuando se envían empleados a Sudamérica o Centroamérica”, *op. cit.*, pág. 52.

¹²²³ Tanto es así que en el art. 20.3 del CoCo Fujitsu dispone que “en el supuesto de traslados o desplazamientos a países en los que existan niveles de riesgo para la integridad del trabajador, superiores a los normales, se requerirá la aceptación del trabajador afectado por dicha medida de cambio”.

¹²²⁴ Ésta es la recomendación que hace PLUNKETT, P. “Políticas empresariales de seguridad cuando se envían empleados a Sudamérica o Centroamérica”, *op. cit.*, pág. 51.

para afrontar los posibles problemas de seguridad y salud que se desprendan de los análisis a los que nos acabamos de referir.

A este respecto, es aconsejable que se mantenga o, en su caso, se incluya en el ámbito de cobertura de ciertos seguros a los trabajadores afectados por un desplazamiento temporal al extranjero por parte de su empresa. En este sentido, las modalidades típicas vienen referidas a pólizas de seguros de vida, de accidentes y de salud, de forma que se ofrezca al trabajador destinado en el extranjero una suficiente cobertura equiparable a la que tendría de prestar servicios en nuestro país¹²²⁵, con independencia de que contrate otros servicios adicionales que se oferten en el país de destino.

La existencia de Convenios bilaterales o multilaterales de colaboración suscritos entre España y otro u otros Estados facilita, *a priori*, esta operación de contratación a las empresas nacionales que practican la movilidad geográfica internacional. Sin embargo, ello no garantiza necesariamente que se cumpla con el principio –mínimo- de igualdad de cobertura y tratamiento durante todo el devenir de la prestación de servicios, así en España como en el extranjero. Es preciso, por tanto, establecer previsiones y cautelas concretas en orden a garantizar al trabajador un umbral mínimo de asistencia y cobertura, y que se debe identificar con el ofrecido por el Sistema de Seguridad Social. En definitiva, y con independencia de lo que se establezca en el Convenio de colaboración aplicable, han de compararse

¹²²⁵ Sirva como ejemplo lo establecido en el art. 30 del III CoCo Telefónica Servicios Audiovisuales: “el trabajador desplazado al extranjero será cubierto con cargo a la Empresa por un seguro de asistencia en viaje, que incluirá, entre otras prestaciones, la asistencia médica en caso de enfermedad o accidente”.

las diferentes alternativas de coberturas y prestaciones en el país de origen y en el destino, tanto cualitativa como cuantitativamente¹²²⁶.

En relación con ello, la normativa comunitaria aplicable a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional convoca a los Estados miembros a velar, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, por que las empresas desplazantes garanticen, entre otras condiciones de trabajo y empleo, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, incluida la protección de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes¹²²⁷. Desde la óptica de nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que el contenido de la prevención y protección debe ser maximizado, toda vez el art. 4.7º de la LPRL¹²²⁸ dispone que “se entenderá como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”¹²²⁹.

¹²²⁶ De nuevo, el CoCo Agencia EFE es referente sobre el particular. En concreto, en su art. 62.1 indica que la protección de la salud del trabajador destinado temporalmente en el extranjero tiene que hacerse en condiciones adecuadas. Es por ello que dispone que la empresa “establecerá acuerdos con empresas aseguradoras en el ámbito de la asistencia sanitaria para cubrir estos servicios en aquellos países en los que o bien no existe Convenio de colaboración con el Estado español en la materia, o bien, existiendo dicho Convenio, éste no garantiza ni en cantidad ni en calidad un nivel de asistencia sanitaria similar al prestado por la Seguridad Social española”.

¹²²⁷ Art. 3.1.e) y f) de la Directiva 96/71.

¹²²⁸ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995, núm. 269).

¹²²⁹ Sobre este particular, véase el análisis del “cumplimiento por las empresas de envío de la normativa de prevención de riesgos laborales en el marco de procesos de subcontratación en el sector de la construcción” de CAMAS RODA, F. y MARTÍNEZ ASO, M. “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *op. cit.*, págs. 118 y ss.

5. El tiempo de trabajo durante la movilidad geográfica internacional

5.1. La adaptación de las condiciones sobre tiempo de trabajo en supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero

La modificación locativa temporal de la prestación de servicios es susceptible de provocar la alteración del régimen jurídico del tiempo de trabajo. Esta circunstancia, más que una posibilidad, es prácticamente una certeza, en tanto en cuanto su regulación tiene un marcado carácter nacional o territorial¹²³⁰. En consecuencia, cuando se produce una movilidad geográfica internacional, es previsible que el régimen jurídico del tiempo de trabajo sufra modificaciones¹²³¹ que, claro está, afectan al desarrollo de la prestación de servicios, pero también a la situación personal y familiar del trabajador afectado.

Los Derechos internos disfrutan de un amplio margen de actuación para articular la ordenación de las cuestiones relativas al tiempo de trabajo, si bien están sujetos a la observancia de ciertos estándares mínimos en la materia que emanan de

¹²³⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E. *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, pág. 43, destaca que “el tiempo de trabajo constituye, posiblemente, el exponente más privilegiado” del “rotundo repliegue estatal en la regulación de importantes extremos de los derechos individuales del trabajador”.

¹²³¹ El art. 18 del IV CoCo Grupo Generali, en referencia a la movilidad geográfica entre empresas del grupo o entre centros de trabajo de la misma empresa, dispone que el trabajador afectado tiene la obligación de adaptarse a la jornada y a la distribución horaria que tenga el puesto de trabajo, el centro o la empresa de destino.

Por su parte, el art. 30 del IV CoCo Derivados del cemento establece que el trabajador afectado por la movilidad “quedará vinculado a la jornada, horario de trabajo y calendario vigente en el centro de trabajo de llegada”.

En términos parecidos, aunque más limitados, se pronuncia el art. 85 del XVIII CoCo IBERIA cuando declara que “el personal (...) que cambie de centro de trabajo tendrá la modalidad de jornada diaria del Departamento o Unidad a la que se incorpore”.

obligaciones asumidas a nivel internacional¹²³². Ello se manifiesta especialmente en espacios jurídicos integrados como la UE, donde la competencia sobre tiempo de trabajo es compartida entre la Unión y los Estados miembros¹²³³.

Además, la regulación general que se hace del tiempo de trabajo en la legislación vigente está proyectada para ser aplicada y adaptada a las relaciones laborales que se desarrollan en una determinada empresa o centro de trabajo. En efecto, el principal referente que se toma para establecer la ordenación del tiempo de trabajo es la idiosincrasia de la organización productiva y, en menor medida, la de las distintas condiciones y situaciones de los trabajadores¹²³⁴. Se trata de una materia que, si bien no se encuentra desregulada, sí se configura de una manera abierta y

¹²³² La actividad normativa de la OIT es significativa a este respecto. Véanse, entre otros, los Convenios OIT núm. 1, de 28 de noviembre de 1919, por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales (ratificado por España el 22 de febrero de 1929); núm. 14, de 17 de noviembre de 1921, relativo a la aplicación del descanso semanal en las empresas industriales (ratificado por España el 20 de junio de 1924); núm. 30, de 28 de junio de 1930, relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas (ratificado por España el 29 de agosto de 1932); núm. 106, de 26 de junio de 1957, relativo al descanso semanal en el comercio y las oficinas (ratificado por España el 5 de junio de 1971); núm. 109, de 14 de mayo de 1958, relativo a salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado) (ratificado por España el 14 de julio de 1971); núm. 132, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (ratificado por España el 30 de junio de 1972) y núm. 153, de 27 de junio de 1979, sobre duración del trabajo y períodos de descanso en los transportes por carretera (ratificado por España el 17 de febrero de 1985).

¹²³³ Véase MONREAL BRINGSVAERD, E. *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, op. cit., págs. 43 y ss.

¹²³⁴ Es el caso de las limitaciones y adaptaciones en el tiempo de trabajo por causa de la edad o de la situación personal o familiar de determinados trabajadores. Ello no obstante, la tónica general es que “los contenidos de los convenios colectivos tiene que ver mayoritariamente con los intereses y necesidades productivas y hay una ausencia notable de derechos de los trabajadores respecto al tiempo y su organización en función de intereses particulares”, de acuerdo con MORÓN PRIETO, R., HUERTAS BARTOLOMÉ, T., LÓPEZ AHUMADA, J. E. y MORILLO, L. “Estudio sobre las formas y principales tendencias de ordenación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *Observatorio de la negociación colectiva*, Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de CC.OO., Madrid, 2002, pág. 113.

elástica que le confiere un alto grado de flexibilidad¹²³⁵, lo cual, sin embargo, no juega a favor del trabajador, sobre todo, cuando se ve inmerso en un caso de movilidad geográfica internacional.

Se hace preciso, por tanto, articular soluciones a la eventual alteración de las condiciones de tiempo de trabajo durante un episodio de movilidad geográfica internacional en orden a garantizar que dichas mutaciones no comporten consecuencias negativas en el régimen jurídico de la prestación de servicios. Esta operación supone llevar a cabo un ejercicio de comparación y articulación entre las condiciones de origen y las de destino, respetando las leyes de policía, evitando así efectos perniciosos para el trabajador afectado sin afectar el principio de libertad de empresa¹²³⁶.

En contraste con las cuestiones de índole económico-retributiva, la articulación de soluciones al desajuste de las condiciones de tiempo de trabajo en supuestos de trabajo temporal en el extranjero es una operación compleja. Esta complejidad deriva de la eventual afectación que puede tener la reconfiguración de las cuestiones relativas al tiempo de trabajo en la organización productiva del lugar de destino de la movilidad geográfica internacional. Desde esta perspectiva, entendemos que dichas soluciones pueden tener una doble dirección: modificativa o compensatoria.

¹²³⁵ La instalación de este elemento de la flexibilidad se llega a calificar, incluso, como componente estructural del sistema de fuentes, con el correspondiente “retroceso de las normas estatales «imperativas» en beneficio de otro tipo de normas que ya no acreditan las características de aquéllas, es decir, su aplicación uniforme, generalizada y estandarizada en los distintos escenarios productivos” según MONREAL BRINGSVAERD, E. *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, *op. cit.*, págs. 19 y ss.

¹²³⁶ A este respecto, nos remitimos al estudio de la intervención de los principios laborales de interpretación y aplicación de las normas en la determinación del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores (véase *supra* Parte III, Capítulo III, punto 3).

La solución modificativa radicaría en conservar en el destino el mismo régimen jurídico del tiempo de trabajo que se estuviera disfrutando en España. Se trata, en nuestra opinión, de una posibilidad que meramente teórica en la mayoría de los casos, pues no es probable que exista un acomodo ideal entre ambas situaciones. Es, por tanto, bastante previsible que se produzcan modificaciones adaptativas en materia de tiempo de trabajo cuando se prestan temporalmente servicios en el extranjero.

La solución compensatoria, por su parte, consistiría en aplicar directa e invariadamente las condiciones de tiempo de trabajo del centro de trabajo de destino, total o parcialmente, desagraviando al trabajador por los efectos negativos resultantes a través de la concesión de beneficios adicionales en dinero o en especie. En consecuencia, el trabajador tendría que someterse a un nuevo régimen jurídico en materia de jornada, horarios, descansos, vacaciones, etc., distinto del que venía disfrutando, que vería compensado con el disfrute de otras ventajas.

La articulación concreta de estas compensaciones podría tomar, en efecto, varias formas. Por un lado, cabría establecer indemnizaciones a tanto alzado o complementos salariales específicos que premiaran la flexibilidad y disponibilidad. Por otro lado, sería viable reconocer descansos compensatorios por el exceso de tiempo de trabajo en contraste con la situación de origen¹²³⁷. Además, podrían

¹²³⁷ El art. 39.1 del CoCo Agencia EFE “reserva” el disfrute de los días o periodos de descanso y festivos para el momento de regreso del trabajador, aunque si la prestación de servicios se dilata en el tiempo se conceden entre uno y dos días de descanso adicionales.

Por su parte, el art. 19 del VI CoCo Amper Soluciones, una vez dispone que “los trabajadores que se encuentren desplazados disfrutarán las fiestas del lugar donde presten en cada momento sus servicios”, establece que si disfrutan de “menos fiestas que las celebradas en este mismo período en su centro de trabajo, el número de días no disfrutados se acumularán a las vacaciones o a las fiestas de semana santa o navidad o a las licencias retribuidas o, alternativamente, por días de libre disposición siempre que no generen coste añadido para la compañía”.

arbitrarse fórmulas mixtas que combinaran las compensaciones en dinero y en especie.

De hecho, consideramos que es conveniente que las fórmulas de compensación ante los cambios en materia de tiempo de trabajo no se reduzcan a medidas económicas. La opción por la monetarización de las condiciones de la prestación de servicios no debe ser la única solución para desagraviar al trabajador en estos supuestos, no sólo por su inadecuación, sino por los riesgos que comporta para los trabajadores¹²³⁸. Es preferible que los cambios o excesos que pueda acarrear la movilidad geográfica internacional en el régimen jurídico del tiempo de trabajo se compensen también, o incluso solamente, a través de la concesión de descansos, licencias o permisos adicionales¹²³⁹.

Sea como fuere, en ningún caso estas situaciones podrían provocar que el trabajador tuviera que someterse a un tiempo de trabajo que conculcara los mínimos de Derecho necesario que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico, que deben seguir integrando el régimen jurídico de su relación laboral aunque se encuentre prestando servicios temporalmente en el extranjero¹²⁴⁰. Ciertamente, existe un

¹²³⁸ LOZANO LARES, F. “Conclusiones intersectoriales”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica, op. cit.*, pág. 608, habla exactamente de “monetarización de la seguridad y salud laboral a través de la concesión de pluses”.

¹²³⁹ El art. 39.1 del CoCo Agencia EFE establece ajustes en el tiempo de trabajo respecto de los descansos y festivos en supuestos de viajes por razón de trabajo, tanto en territorio nacional como al extranjero, pero sin llegar a delimitar con exactitud el significado y alcance de dichos viajes. No constan datos concretos sobre el objeto de los mismos o sobre su duración, aunque se dispone que serán siempre temporales –pueden superar los doce días pero no hay límite máximo- y que no supondrán cambio de adscripción del empleado a otro centro de trabajo distinto al que pertenezca, lo cual parece habilitar su aplicación a los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

¹²⁴⁰ El art. 17 del IV Acuerdo marco Repsol YPF dispone que “serán de aplicación las condiciones de la empresa de destino” si bien tendrá que respetarse su jornada anual si en la empresa de origen

estándar de derechos mínimos que debe ser observado con independencia del lugar en el que preste servicios el trabajador por tratarse de elementos con carácter de orden público e irrenunciables en el ámbito de las relaciones laborales. Estamos haciendo referencia a la duración máxima de la jornada diaria y anual, a los periodos mínimos de descanso durante y entre jornadas y semanal, también las vacaciones, y al límite anual de realización de horas extraordinarias¹²⁴¹.

Por otra parte, conviene también reflexionar a propósito de los derechos de antigüedad en el contexto de las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional. Sobre este particular, entendemos que debe computarse la totalidad del tiempo trabajado, con independencia del lugar de prestación de servicios, toda vez el vínculo contractual permanece en estos supuestos¹²⁴². Se trata de una cuestión que se plantea especialmente en el ámbito de la circulación de trabajadores entre empresas de un mismo grupo, donde se coincide en conservar los derechos de antigüedad¹²⁴³ siempre y cuando exista “unidad de contratación”¹²⁴⁴.

ésta es inferior. Esta previsión se reproduce literalmente en el, al igual que el art. 12.2.2 del II CoCo Repsol YPF.

¹²⁴¹ Véase el Título I, Capítulo II, Sección 5ª del ET (arts. 34-37).

¹²⁴² Como observa CAMPS RUIZ, L. M. “Antigüedad”, en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. V, EDERSA, Madrid, 1985, pág. 366, “la triple alternativa entre antigüedad en la profesión, antigüedad en el puesto de trabajo y antigüedad en la empresa ha sido resuelta a favor de la tercera”, aunque exista movilidad.

¹²⁴³ MORENO GENÉ, J. “La cesión definitiva de trabajadores en el marco de un grupo de empresas: novación modificativa *versus* novación extintiva del contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 43, considera que un eventual acuerdo entre trabajador y la primera empresa debe prever “de forma expresa” el reconocimiento al empleado de los derechos que venía disfrutando “especialmente en materia de antigüedad”.

¹²⁴⁴ En MARTÍNEZ MORENO, C. “La circulación de trabajadores entre las empresas de un mismo grupo y los derechos de antigüedad”, *op. cit.*, págs. 83 y ss.

Recapitulando, la reconfiguración que experimentan las cuestiones relativas al tiempo de trabajo con ocasión de una movilidad geográfica internacional debería, en nuestra opinión, plantearse en los siguientes términos. Habrían de conocerse las condiciones sobre tiempo de trabajo que se dan en el centro de trabajo de destino. Asimismo, habría que identificar el conjunto de normas imperativas que son aplicables a la relación jurídico-laboral. Seguidamente, procedería fijar las condiciones específicas que en materia de tiempo de trabajo van a darse durante la ejecución de la prestación de servicios en el extranjero, contemplando las oportunas compensaciones a que tendría derecho el trabajador afectado en caso de constituir una modificación *in peius* de sus condiciones de trabajo. En todo caso, los derechos derivados de la antigüedad del trabajador habrían de quedar preservados.

A este respecto, entendemos que las fuentes positivas heterónomas de ordenación y aplicación general no son instrumentos adecuados para disponer soluciones específicas. La intensa casuística que caracteriza las situaciones de trabajo temporal en el extranjero, más que desaconsejarlo, impide que sea así. Ahora bien, resulta conveniente que se establezcan previsiones generales al respecto a la manera que se hace en el Estatuto de los Cooperantes. Recuérdese que en su art. 5, en referencia al contenido mínimo del acuerdo complementario de destino, se exige que se contemplen, entre otros extremos, el régimen de horarios, vacaciones, viajes al exterior y permisos aplicables, así como el procedimiento a seguir para su aplicación.

En consecuencia, apostamos por que sea la negociación colectiva la que habilite soluciones adaptativas que impidan el deterioro del estatus jurídico de origen del trabajador movilizado¹²⁴⁵. Por su parte, la autonomía individual también

¹²⁴⁵ Si bien “hay que destacar la pobreza de contenidos en materia de tiempo de trabajo en un gran número de convenios colectivos”, de acuerdo con MORÓN PRIETO, R., HUERTAS BARTOLOMÉ, T., LÓPEZ AHUMADA, J. E. y MORILLO, L. “Estudio sobre las formas y

sería un instrumento válido siempre y cuando se observaran ciertas cautelas, si bien insistimos en el papel preeminente de la negociación colectiva en tanto herramienta idónea o, en palabras de HUERTAS BARTOLOMÉ, “como instrumento estratégico de ajuste a las necesidades de las empresas”¹²⁴⁶ –o, quizás mejor, de las relaciones laborales-.

5.2. La problemática particular del reconocimiento y retribución de las horas extraordinarias

El debate en torno al régimen jurídico de las horas extraordinarias en situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero movilidad geográfica se sitúa a medio camino entre el análisis de los elementos económico-retributivos y del tiempo de trabajo.

Es de sobra conocido que el art. 35.1 del ET establece, en su calidad de norma de derecho necesario relativo, las reglas aplicables a la retribución de tales horas, en dinero –con el límite mínimo del valor de las horas ordinarias- o en especie –a través de tiempos equivalentes de descanso retribuido-, mejorables por lo que determine la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual de trabajo. Ahora bien, es preciso indagar su aplicabilidad en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

La cuestión es que el concepto mismo de horas extraordinarias puede quedar afectado por la incorporación de la relación de trabajo a una nueva organización productiva dentro de un distinto sistema jurídico. Se debe dilucidar, por tanto, si es

principales tendencias de ordenación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pág. 113.

¹²⁴⁶ En HUERTAS BARTOLOMÉ, T. “Tiempo de trabajo, hacia un instrumento de flexibilidad de dos direcciones”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 471.

admisibles la aplicación de disposiciones en la materia, en el caso de que existan, de la legislación del país de acogida que contravengan la norma de derecho necesario relativo que consagra el art. 35.1 del ET.

A este respecto, la jurisprudencia ha sido contundente al afirmar la legalidad de esta práctica justificada por medio del recurso a la “teoría de la compensación”¹²⁴⁷. En virtud de esta interpretación, se admite la supresión de la aplicación de las normas que retribuyen la realización de las horas extraordinarias en base a que los trabajadores incurso en un episodio de movilidad geográfica internacional disfrutan en exclusiva de otros tipos de percepciones salariales que compensan dicha falta¹²⁴⁸.

De entrada, entendemos que si el reconocimiento de ventajas económicas es una medida casi consustancial en procesos de movilidad geográfica internacional para favorecer su aceptación y desenvolvimiento efectivo, parece contradictorio que existan conceptos retributivos cuya aplicación queda vedada con el argumento de que las percepciones que corresponden en casos de movilidad geográfica internacional compensan la carencia de otras que les serían aplicables de no estar en dicha situación. El recurso a la “teoría de la compensación” no puede provocar, en nuestra opinión, que se prive a los trabajadores destacados en el extranjero de los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español, al

¹²⁴⁷ Véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de marzo de 1997 (*cit.*), F.D. segundo: “en su contrato de trabajo se hizo constar que los horarios, turnos, régimen de descanso y calendario será el que prevean las normas del lugar de prestación de servicios (Indonesia), y en previsión de la existencia de jornadas diferentes, se estableció un denominado «plus de expatriación» que sobradamente compensa cualquier diferencia de jornada que pudiera existir. Tampoco pues se infringe el art. 35 del ET al considerar como horas extraordinarias el exceso de jornada, pues no es menos cierto que han sido con creces abonados al percibir el plus de expatriación”.

¹²⁴⁸ Tales como el complemento de destino en el extranjero o la prima de país, entre otros pluses que compensan las diferencias en el coste de vida (véase *supra* punto 4.3.1).

menos en lo que determinan las normas de *ius cogens* que se establecen en la legislación laboral española.

En este sentido, la existencia de conceptos retributivos específicos para trabajadores en situación de movilidad geográfica internacional no puede suponer la privación de otros derechos económicos que se entienden sustituidos por los primeros y que, al fin y al cabo, sólo tienen como objetivo abaratar los costes de la relación laboral. Así, si se quiere premiar la prestación de servicios en el extranjero pero no se quiere incrementar el gasto que supone la prestación de servicios en régimen de expatriación, lo que debería hacerse sería moderar el montante de los pluses o gratificaciones que correspondan por dicho motivo. De lo contrario, se estaría monetarizando a toda costa el contenido de la relación laboral y desprotegiendo al trabajador.

6. Condiciones de trabajo y empleo tras el regreso al país de origen

El examen de los elementos conflictivos que aparecen en el régimen jurídico de la relación de trabajo en supuestos de movilidad geográfica internacional no debe ceñirse al periodo de tiempo en el que la prestación de servicios se ejecuta en el extranjero. Es preciso también analizar las repercusiones que tiene en el mismo el retorno del trabajador al lugar de origen.

Nótese, antes de continuar, que se prefiere calificar esta situación como de regreso o de retorno¹²⁴⁹, y no de repatriación¹²⁵⁰. Entendemos que esta última

¹²⁴⁹ El art. 42 del CE se inclina por el término “retorno”, mientras que en el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior y el Estatuto de los Cooperantes se utilizan ambos indistintamente.

¹²⁵⁰ SERRANO OLIVARES, R. *La movilidad geográfica transnacional*, *op. cit.*, págs. 188 y ss., entiende que, en estas situaciones, pesa sobre el empresario un “deber de repatriación”.

denominación es impropia para definirla como lo es expatriación para hacer referencia a la situación de movilidad geográfica internacional de trabajadores, sobre todo por las connotaciones que adquiere en el ámbito del Derecho de Extranjería¹²⁵¹.

Dicho esto, el retorno a España del trabajador destinado temporalmente en el extranjero plantea una problemática nueva con respecto al momento de la asignación internacional. Se trata, de hecho, de la situación contraria pues, mientras que por efecto de dicha movilidad geográfica la relación de trabajo se conecta con otro ordenamiento jurídico, cuando dicha situación llega a término y el trabajador regresa hay un solo Derecho aplicable. Sin embargo, no se puede ignorar que la situación jurídico-laboral –junto con la personal y familiar- del trabajador afectado puede no ser ya la misma –seguramente no lo será- que existía antes de dicha movilidad.

Desde esta perspectiva, consideramos que el retorno del trabajador no puede suponer la restauración de su relación jurídica al momento inmediatamente anterior al cambio locativo. En este sentido, es aconsejable que se produzca una transición o adaptación temporal de su régimen jurídico que, al igual que durante la movilidad, garantice la continuidad jurídica de la relación laboral.

¹²⁵¹ En el RDLOE, la repatriación es la expulsión o devolución del extranjero que cometa una falta grave o muy grave de acuerdo con sus arts. 138-143 (Título XI, Capítulo III, Sección 1ª). Dicho término se emplea especialmente en referencia a los menores extranjeros no acompañados (art. 92).

También en el art. 15 del RD 470/2004, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007, núm. 51) se utiliza el término repatriación para hacer referencia a la expulsión o devolución del territorio español de ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el AEEE, o de miembros de su familia, cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

La articulación de estos ajustes podría consistir en el mantenimiento de ciertas condiciones laborales que el trabajador hubiera disfrutado durante su destino en el extranjero y que, de lo contrario, desaparecerían como consecuencia de su conclusión. El mantenimiento, en todo o en parte, de las condiciones salariales podría ser una opción válida en estos casos, aunque también podría arbitrarse la concesión de ayudas de naturaleza extrasalarial¹²⁵².

Sin embargo, las referencias a estas cuestiones en el Derecho aplicable a las situaciones de movilidad geográfica internacional son inexistentes. De hecho, en materia de retorno de trabajadores que han prestado servicios en el extranjero, la normativa vigente se limita –aunque la actividad legislativa es profusa– al tratamiento de las cuestiones de protección social, a pesar de que el Estatuto de la Ciudadanía en el Exterior proclama, en el párrafo II.4 de su Exposición de Motivos, que hay que garantizar “el regreso a España en las condiciones más favorables”¹²⁵³. Queda al margen el caso del Estatuto de los Cooperantes, que en su art. 7.1 dispone que “los cooperantes tendrán derecho a reincorporarse, a su regreso de la misión de cooperación internacional o ayuda humanitaria, al mismo puesto de trabajo que tuvieran antes de ser enviados para realizar las tareas de cooperación, cuando los

¹²⁵² De nuevo, el CoCo Agencia EFE es referente al respecto. En concreto, su art. 57 dispone que “concluido su destino en el extranjero, el trabajador tendrá derecho a: una licencia retribuida de quince días; a mantener durante los tres meses siguientes su salario en el exterior y a una compensación para ayuda de vivienda, estimada en función del lugar de retorno, durante tres meses”.

¹²⁵³ Las referencias al retorno de los españoles son abundantes en el articulado del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, pero todas ellas son declaraciones programáticas que inciden en el objetivo de facilitar su integración social, cultural y laboral [arts. 1.3 y 3.g) e i)] y garantizar el asociacionismo (art. 15) en el marco de una “política integral en materia de retorno” que se fomenta en el Título II (arts. 26-28). Nótese que también en esta norma muestra una especial preocupación por la regulación de las cuestiones de protección social en el Capítulo II de su Título I (arts. 17-22).

trabajos de cooperación internacional se hayan realizado para la misma entidad para la que prestaban sus servicios en España”¹²⁵⁴.

¹²⁵⁴ Además, se les reconoce el derecho a una “revisión médico-sanitaria específica a su regreso a España” (art. 10.1.e) *in fine*).

CONCLUSIONES

- I.- La configuración jurídica clásica de las relaciones laborales se encuentra en crisis. Se trata de una realidad que no escapa a los análisis críticos de las características actuales de los mercados de trabajo nacionales. Por efecto de la expansión de la globalización como planteamiento económico predominante, la dinámica de las relaciones laborales incorpora nuevos elementos de flexibilización que alteran sus paradigmas originarios. La actividad de las empresas se extiende más allá de las fronteras estatales, por medio de deslocalizaciones o relocalizaciones, difuminándolas y creando un solo mercado de trabajo: el internacional. Se rehace, por tanto, el diseño típico de las relaciones de trabajo para adaptarlas a las nuevas necesidades que exigen una actividad y organización productivas transnacionales.

La estrategia de gestión de recursos humanos que adopte la empresa, ante este nuevo escenario de relaciones socio-económicas supranacionales, puede tomar dos direcciones opuestas aunque compatibles entre sí. En efecto, la empresa puede decidir llevar a cabo la expansión de su actividad a nivel externo desde un planteamiento policéntrico, es decir, acudiendo a la contratación de trabajadores en el país de destino. También, o en su lugar, la estrategia de internacionalización es susceptible de adoptar una orientación etnocéntrica, *ergo*, de implementarse a través de la “exportación” de trabajadores de plantilla del país de origen.

No ha lugar a dudas de que la confluencia de los factores recién destacados desemboca en el desarrollo creciente y diversificado de experiencias de movilidad transnacional del empleo, entendidas ampliamente como modificaciones locativas de la fuerza de trabajo. Ahora bien, entendemos que se trata de factores especialmente propicios para la multiplicación de relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional, sobre todo en espacios de integración. Resulta especialmente

interesante en este sentido incorporar transversalmente al análisis de su régimen jurídico-laboral las especialidades que se plantean en el ámbito comunitario, tanto entre los Estados miembros de la UE como entre los signatarios del AEEE.

- II.- La movilidad geográfica internacional de trabajadores presenta, sin embargo, contornos difusos que dificultan su delimitación conceptual. Tanto es así que, desde la óptica de nuestro ordenamiento jurídico, su identificación con las formas tradicionales de movilidad geográfica provoca una significativa escasez de reflexiones al respecto, condenándola a no ser más que una manifestación indiferenciada del *ius variandi* empresarial. Sin embargo, cuando un trabajador desarrolla su actividad temporalmente en el extranjero la relación de trabajo, más allá de experimentar una mera alteración locativa, está expuesta a modificaciones materiales que exigen llevar a cabo un análisis sistemático de su régimen jurídico-laboral.

La movilidad geográfica internacional de trabajadores, en efecto, no es un supuesto más de movilidad geográfica o, al menos, no lo es en todo caso. La incorporación de elementos de extranjería a la relación de trabajo preexistente y en ejecución la sitúan en el ámbito del contrato internacional de trabajo, y es de la combinación de ambas instituciones –movilidad geográfica y contrato internacional de trabajo– de donde resulta su delimitación conceptual. Se trata de una institución que –entendemos– aglutina de forma idónea las diferentes formas de trabajo temporal en el extranjero, entendidos como aquellos supuestos de modificación obligacional en los que el lugar de prestación de servicios se emplaza temporalmente en el extranjero, afectando generalmente al contenido de la relación laboral pero no a la permanencia del vínculo contractual.

- III.- Conforman el catálogo de relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, la expatriación de

trabajadores, la circulación de trabajadores en el seno de los grupos de empresas, la cesión de trabajadores por parte de ETTs que operan a nivel supranacional, y la ejecución de contrata y subcontratas con trabajadores propios. Deben quedar, por tanto, al margen de nuestro estudio, por no tratarse de supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero sino de otras situaciones de movilidad transnacional, las de los trabajadores móviles o itinerantes a nivel externo, los contratados para prestar servicios en el extranjero, los que prestan servicios para empresas fronterizas, y los trabajadores transfronterizos.

- IV.- La delimitación conceptual del fenómeno, sin embargo, no es más que el primer estadio en la investigación del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero. Ahora bien, aporta un primer elemento determinante para su articulación cual es la exigencia de que la relación de trabajo no vea comprometida su continuidad jurídica por efecto de la traslación temporal de la actividad laboral fuera del país de origen.
- V.- Desde esta perspectiva, interesa destacar que toda prestación temporal de servicios en el extranjero es, por definición, un supuesto de situación privada internacional. En efecto, se trata de una relación contractual que incorpora elementos de extranjería durante su ejecución y que, en consecuencia, plantea dificultades de articulación de su régimen jurídico en el contexto de, al menos, dos sistemas normativos nacionales: el del país de origen y el del país de destino.
- VI.- En efecto, las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional presentan una problemática jurídica fundamental que se refiere a la determinación del Derecho aplicable. Ello exige, desde un punto de vista jurídico-técnico, que se haya de tomar en especial consideración el sistema de normas privadas internacionales para la solución de los conflictos normativos aplicables a las obligaciones contractuales.

Ahora bien, se trata de un ámbito en el que coexisten disposiciones de origen interno –en nuestro caso, los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET- y supranacional –concretamente, el Convenio de Roma, próximamente sustituido por el Reglamento “Roma I”-. Se hace preciso, por tanto, identificar previamente la norma de referencia para resolver el conflicto de Derecho aplicable.

VII.- Debe partirse de la base de que, al margen de la normativa supranacional, tanto el art. 10.6 del CC como el art. 1.4 de ET son aplicables a situaciones de movilidad geográfica internacional. En particular, el art. 1.4 del ET determina la aplicación, aunque modulada, de la legislación laboral española al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Así pues, las soluciones que dispone el art. 10.6 del CC resuelven el conflicto de Derecho aplicable que aflora en el resto de situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero que no reúnen los elementos del supuesto de hecho del art. 1.4 del ET.

Ello no obstante, entendemos que a partir de la entrada en vigor del Convenio de Roma en nuestro país no cabe más que la aplicación del sistema conflictual que en él se establece. No en vano, la configuración extensiva de su ámbito de aplicación lo convierte en el régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en nuestro sistema jurídico. En consecuencia, no ha lugar al reenvío, es decir, a aplicar las reglas que se establecen sobre el particular en las normas privadas internacionales de origen interno, aunque en ocasiones determinen la misma solución al conflicto de Derecho aplicable que la dispuesta por el Convenio de Roma.

En situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores que tienen conexiones jurídicamente relevantes con nuestro sistema normativo, como son aquéllas que tienen su origen o su destino en

territorio español, la aplicación del Derecho nacional debe quedar limitada a sus disposiciones materiales, excluidas las normas privadas internacionales. En definitiva, la solución al conflicto de Derecho aplicable articulada de acuerdo con las disposiciones del Convenio de Roma no puede verse alterada por lo dispuesto a nivel interno.

VIII.- El Reglamento “Roma I”, lejos de ser un mero instrumento de comunitarización del Convenio de Roma, introduce significativas modificaciones en el sistema de ordenación de los conflictos de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales. Ahora bien, interesa destacar que, a pesar de configurar ampliamente su ámbito de aplicación, habilita expresamente su desplazamiento a favor de otros convenios internacionales en la materia, presentes o futuros, de ámbito extracomunitario. La aplicación del Reglamento “Roma I”, así pues, se encuentra condicionada al respeto de los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros; compromisos que, en materia de Derecho aplicable a supuestos de trabajo temporal en el extranjero, no existen en la actualidad pero que son susceptibles de ser suscritos en lo venidero y, por ende, diversificar el sistema de reglas de solución al conflicto móvil en tales casos.

IX.- Sea como fuere, en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, la solución al conflicto de Derecho aplicable, tanto en el Convenio de Roma como en el Reglamento “Roma I”, determina la selección del ordenamiento jurídico del país de origen. Ya como ley objetivamente aplicable, ya como instrumento corrector de la ley elegida por las partes si es que existe efectivamente pacto de *electio iuris*, el Derecho del país de origen ejerce una clara fuerza centrípeta sobre dichos supuestos.

Se trata ésta, sin embargo, de una solución primera o provisional. Luego, la articulación última del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero se hace depender de la aplicación de determinadas disposiciones de otros ordenamientos jurídicos.

- X.- Por un lado, es preceptiva la aplicación de las leyes de policía del país del foro, que actúa como parámetro de legalidad del Derecho aplicable, de ahí la importancia de determinar la competencia judicial internacional en estos casos. Ahora bien, es previsible que el Derecho aplicable sea, precisamente, el *ius forum*, toda vez la competencia suele recaer en la jurisdicción del país de origen, que ejerce una fuerte *vis attractiva* en supuestos de trabajo temporal en el extranjero, por lo que no ha lugar a su aplicación adicional como instrumento de corrección de la ley objetivamente aplicable.
- XI.- El sistema corrector del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales convoca también a otros ordenamientos jurídicos. Cuando se trata de relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional, es fundamental determinar el grado de intervención que presenta el Derecho del país de destino, que, como se confirma en el Reglamento “Roma I”, es la ley con la que la situación presenta vínculos estrechos, al margen del Derecho del país de origen. En esta ocasión, sin embargo, las normas de determinación del Derecho aplicable condicionan la intervención de ese otro Derecho al examen de su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

En estas circunstancias, los distintos conflictos normativos que pueden producirse entre el Derecho del país de origen y el del país de destino de las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional deben resolverse, a nuestro entender, de acuerdo con los principios de aplicación e interpretación de las normas de naturaleza laboral. Ello supone, a la postre, incorporar los valores y lógicas del Derecho del Trabajo a las normas privadas internacionales que regulan el Derecho aplicable en situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero, al tiempo que se reformulan los principios ordenadores de las relaciones de trabajo mediante la adopción de la perspectiva internacional. Entendemos que sólo por medio de estas operaciones es posible satisfacer las exigencias

de justicia material y equidad entre las condiciones de trabajo del país de origen y del huésped.

- XII.- En supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, la relación de trabajo se encuentra previamente constituida y en desarrollo en el país de origen, sometida a un concreto régimen jurídico-laboral que se articula de acuerdo con el sistema interno de fuentes positivas y de producción de carácter heterónomo y también autónomo. Con la modificación temporal del lugar de prestación de servicios, se pueden producir tanto situaciones de concurrencia como de sucesión de normas en función de la extensión que alcance el ámbito de aplicación de cada una de las disposiciones que, tanto en el origen como en el destino, son susceptibles de ser aplicadas.

En efecto, como consecuencia de la asignación internacional del trabajador, puede suceder, por una parte, que la relación de trabajo se encuentre regulada simultáneamente por el Derecho del país de origen y por el del país de destino, en cuyo caso entendemos que el conflicto normativo debe ser resuelto en atención al principio de norma más favorable. Por otra parte, si la movilidad geográfica internacional provoca la desvinculación de la relación de trabajo del régimen jurídico de origen, principalmente por efecto de la no aplicación extraterritorial del convenio colectivo, consideramos que procede la aplicación del principio de condición más beneficiosa.

- XIII.- La Directiva 96/71, que en el ámbito comunitario desarrolla el sistema corrector del Derecho aplicable establecido por el Convenio de Roma, y sobre todo la interpretación que de la misma viene haciendo el TJCE, constriñen considerablemente la aplicación del principio de mayor favor a los distintos supuestos de conflicto normativo que pueden presentarse en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores en dicho ámbito. Sucede que esta Directiva, en lugar de servir a la armonización de

las condiciones de trabajo y empleo de los –así llamados- trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, se interpreta como norma para el establecimiento de mínimos que deben ser respetados, pero que no pueden verse mejorados, en el Estado miembro huésped de la prestación temporal de servicios.

En el entendido de que cualquier medida de protección de los trabajadores por encima de tales mínimos se enfrenta al respeto a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, el TJCE impide la intervención del principio del *favor laboratoris* impidiendo la aplicación de disposiciones que, sin embargo, son objetivamente aplicables. Con este planteamiento, en nuestra opinión, se alienta el desarrollo de prácticas de *ius shopping* por parte de las empresas en este ámbito, impidiendo la consolidación de un régimen de relaciones laborales que permita afirmar la igualdad sustancial mínima y la equidad frente a la diversificación de regulaciones.

- XIV.- En cualquier caso, el régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero queda determinado por las disposiciones materiales del Derecho aplicable, una vez resuelto el conflicto de leyes en atención a normas privadas internacionales. En efecto, la operación de determinación del Derecho aplicable en situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores, aunque imprescindible, resulta claramente insuficiente a la hora de determinar con precisión las condiciones de trabajo y empleo en el país de destino de la prestación temporal de servicios, así como su caracterización técnico-jurídica. Sucede, así, que existe una ausencia generalizada de soluciones específicas a los problemas de concurrencia o transición normativa que se plantean en este ámbito, lo cual impide conocer las alteraciones que son susceptibles de producirse en su régimen jurídico-laboral.

XV.- La sistematización del marco normativo de referencia en la materia en nuestro ordenamiento jurídico evidencia, sin embargo, que no existe un tratamiento diferenciado adaptado a la particular idiosincrasia que presentan estos supuestos de movilidad transnacional “en el empleo”. Se trata, en efecto, de una regulación incompleta, fragmentada e inespecífica que no permite articular un estatuto jurídico-laboral de las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional. Bien parece que nuestro sistema normativo no conoce más que dos supuestos de movilidad del empleo: los movimientos migratorios o de movilidad transnacional “para el empleo”, a los que dota progresivamente de un completo y complejo sistema de normas jurídicas, más allá de los aspectos relacionados con la ordenación del trabajo; y los desplazamientos y traslados del art. 40 del ET, que pretenden ser aplicados también a los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Se ignoran, o quizás se relativizan, los elementos sustantivos y materiales que distinguen estas situaciones, dejando un evidente vacío normativo que expone a los trabajadores que prestan temporalmente servicios en el extranjero a un alto grado de inseguridad jurídica.

De hecho, no existen más que dos textos normativos de referencia en la materia, cuales son la Ley 45/1999 y el Estatuto de los Cooperantes, que, sin embargo, no admiten ser considerados como referentes generales en la materia dada la configuración limitada de sus respectivos ámbitos de aplicación. Ahora bien, entendemos que el recientemente aprobado Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior puede de servir de base para la configuración de un régimen jurídico propio aplicable en estas situaciones que empieza a ser necesario, al menos en forma de regulación de mínimos. En su defecto, es la negociación colectiva, tanto nacional como supranacional, la que está asumiendo el papel de regular las condiciones de trabajo y empleo en supuestos de movilidad geográfica internacional.

XVI.- Resulta fundamental advertir que las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional tienen una caracterización técnico-jurídica múltiple o plural. Debe rechazarse, por tanto, su consideración automática como supuestos de movilidad geográfica en el sentido del art. 40 del ET. A pesar de compartir *nomen iuris*, las situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero presentan una amplia casuística que puede llevar a calificarlas, llegado el caso, como desplazamientos o traslados, pero también como movilidad geográfica “débil” o, en la mayoría de los casos, como modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sea como fuere, entendemos que sólo puede tratarse de supuestos de novación objetiva de carácter modificativo, a lo sumo suspensiva o subjetiva, pero que, por definición, no admiten ser considerados como de novación extintiva.

Es un hecho que la prestación temporal de servicios en el extranjero provoca, en la mayoría de los casos, modificaciones obligacionales que van más allá del mero elemento locativo. El trabajador no sólo se incorpora a otro lugar de trabajo que además se encuentra en un tercer país, sino que también se introduce en un sistema normativo ajeno, en una nueva organización productiva, en una filosofía empresarial distinta, con una ordenación diferente de las condiciones de trabajo y empleo. Es más, también el trabajador puede ver afectadas su situación personal y familiar. La relación de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional está llamada, por tanto, a adaptarse a un nuevo contexto; una adaptación que, sin embargo, no puede provocar, a nuestro entender, modificaciones *in peius* de las condiciones preexistentes, sino que deben ser resarcidas oportunamente por el empresario. En este sentido, el recurso a la compensación de gastos que establece el art. 40 del ET respecto de los traslados y de los desplazamientos de larga duración resulta una solución insuficiente que, por lo general, no se debe extrapolar invariadamente a la toda situación de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

XVII.- La adaptación del régimen jurídico de la relación de trabajo en estos supuestos, donde se hace preciso conjugar el mantenimiento de las condiciones disfrutadas en el origen y el respeto a las estipulaciones del lugar de destino, debe atender a varios elementos. En este sentido, es fundamental la articulación de condiciones económico-retributivas específicas que, al tiempo, se ajusten a los nuevos contornos de la prestación de servicios y eviten la pérdida de poder adquisitivo y calidad de vida del trabajador afectado por la movilidad geográfica internacional.

Además, conviene prever soluciones ajustadas a las múltiples y variables alteraciones que se pueden producir en materia de tiempo de trabajo, en el entendido de que es preferible que se trate de medidas en especie, y no de naturaleza pecuniaria, para evitar el efecto indeseable de la monetarización del riesgo. En todo caso, al trabajador le asiste un derecho de información privilegiado sobre las condiciones de ejecución de su prestación de servicios temporalmente en el extranjero, que exige la observancia de formalidades y procedimientos específicos, y que se encuentra garantizado por los controles y tutelas que ejercen las AA.PP. competentes tanto en el origen como en el destino, así como sus representantes.

XVIII.- El estudio del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero evidencia, en definitiva, la necesidad de que el legislador asuma la ordenación material, siquiera de mínimos, de estos fenómenos. Las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional no sólo existen, sino que se multiplican y diversifican a todos los niveles, y el sistema normativo debe establecer soluciones adaptadas a la especial idiosincrasia que presentan estos fenómenos.

Es necesario, por tanto, que la legislación laboral incorpore la perspectiva transnacional, consustancial a la dinámica actual del mercado de trabajo, avanzando en la creación de una suerte de estatuto jurídico de la

movilidad geográfica internacional de trabajadores más allá de los compromisos adquiridos a nivel supranacional, sobre todo en el ámbito comunitario. En su defecto, es la negociación colectiva la que se postula como principal fuente de regulación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Anuario de Migraciones 2002*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

AA.VV. “Détachement”, *Dictionnaire Permanent Social*, vol. 2, págs. 2077-2082.

AA.VV. “Détachés et expatriés”, *Dictionnaire Permanent Social*, vol. 2, págs. 2095-2122.

AA.VV. *La Subcontratación Industrial en España y sus repercusiones en el empleo y en la creación de empresas*, Ikei, Pamplona, 2003 (versión electrónica disponible en

<http://www.iberpymeonline.org/Taller160305/SubcontratacionEspa%C3%B1a.pdf#search=%22subcontrataci%C3%B3n%20en%20espa%C3%B1a%22>).

AA.VV. *Ejemplar monográfico sobre Seguridad Social europea*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, 2006.

AA.VV. (Comp. CASTILLO, J. J.) *Las nuevas formas de organización del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

AA.VV. (Coord. ESPLUGUES MOTA, C.) *Contratación internacional*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

AA.VV. (Coord. LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.) *Derecho Comunitario Material*, McGraw Hill, Madrid, 2000.

AA.VV. (Coord. PRADOS DE REYES, F. J. y SÁEZ LARA, C.) “Los derechos fundamentales laborales en el Proyecto de Constitución Europea”, en AA.VV.

(Coord. QUESADA SEGURA, R.) *La Constitución Europea y las relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, págs. 177-201.

AA.VV. (Coord. SCIARRA, S.) *Evolución de la legislación laboral (1992-2003)*, Paralelo Edición, Madrid, 2006.

AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.) *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.

AA.VV. (Dir. DE LA VILLEGUÉRIN, Y.) *Dictionnaire RF 2005 Social*, 24^a ed., Groupe Revue Fiduciaire, Paris (Francia), 2005.

AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

AA.VV. (Dir. DÍAZ-GÁLVEZ, J., ÁLVAREZ NOVOA, M. y PÉREZ FONTES, C.) *El desplazamiento de trabajadores al extranjero. Su régimen jurídico, laboral y fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

AA.VV. (Dir. DURAS, S. y SANGUINEAU, M.) *Mémo social 2005*, Liaisons, Paris (Francia), 2005.

AA.VV. (Dir. PIN, J. R.) *Libro blanco sobre las mejores prácticas en movilidad geográfica nacional e internacional de trabajadores*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2006 (versión electrónica disponible en <http://www.equiposytalento.com/contenido/download/estudios/libroblanco.pdf>).

AA.VV. (Ed. SÁNCHEZ LORENZO, S. y MOYA ESCUDERO, M.) *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dickynson, Madrid, 2003.

AA.VV. *Estudio sobre prácticas, políticas y retribución de los empleados expatriados* (versión electrónica disponible en <http://www.mercer.es>).

AA.VV. (Ed. COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS) *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

AA.VV. *Memento Práctico Social 2007*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

AA.VV. *Trabajadores en el extranjero: desplazados y expatriados: aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2002.

ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M. “Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2001”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 119, 2003, págs. 717-737.

- “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, págs. 119-130.

ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. *Libre circulación de trabajadores, política social y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E.*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

AGÍS DASILVA, M. *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

AGUILERA IZQUIERDO, R. “Bibliografía”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004.

ALAMEDA CASTILLO, M. T. “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios del trabajador”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 425-436.

ALEMÁN PÁEZ, F. *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001.

ALONSO GARCÍA, E. “Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla (Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 29, 1987, págs. 129-140.

ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2002.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

ALFONSO MELLADO, C. L., SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A. “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios estatutarios”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1995, págs. 1395-1408.

ALGAR JIMÉNEZ, C. *El Derecho Laboral antes el reto de las nuevas tecnologías*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

ARCE ORTIZ, E. G. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, Mergablum, Sevilla, 2003.

ARGÜELLES BLANCO, A. R. “Integración regional y mercado de trabajo en la Unión Europea: análisis desde el Derecho español”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, vol. 1, 2000, págs. 1-11.

AUBY, J. B. “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001.

BALLESTER LAGUNA, F. *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001.

- “Condición más beneficiosa y principios de igualdad y no discriminación”, *Aranzadi Social*, vol. I, 2002, págs. 3142-3147.
- “Sobre la disponibilidad vía convenio colectivo de la condición más beneficiosa”, *Aranzadi Social*, vol. I, 2006, págs. 3248-3253.

BARREIRO GONZÁLEZ, G. “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 94, 1999.

BARTLETT, C. A. y GHOSHAL, S. *La empresa sin fronteras. La solución transnacional*, McGraw Hill, Madrid, 1991.

BAYLOS GRAU, A. “Trabajo temporal y no discriminación”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1987, págs. 429-439.

- “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 17-61.
- “La responsabilidad legal de las empresas transnacionales”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, núm. 1, 2006, págs. 69-99.

BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1978.

BAZ RODRÍGUEZ, J. *Las relaciones de trabajo en las empresas de grupo*, Comares, Granada, 2002.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A. *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Bosch, Barcelona, 2001.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “La aplicación del Derecho del Trabajo en el espacio internacional”, *Actualidad Laboral*, núm. 39, vol. 3, 2003, págs. 669-697.

BELTRÁN MIRALLES, S. “Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *Actualidad Laboral*, núm. 19, vol. 2, 2000, págs. 319-333.

BERROCAL, L. “Movilidad y flexibilidad del mercado de trabajo en Europa. Elementos introductorios para la problemática de la adaptación”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1986, págs. 1281-1309.

BLAT GIMENO, F. *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*, Tesis Doctoral inédita, Valencia, 1989.

BONACHE, J. “La gestión de expatriados”, en AA.VV. (Dir. BONACHE, J. y CABRERA, A.) *Dirección estratégica de personas. Evidencias y perspectiva para el siglo XXI*, Financial Times-Prentice Hall, Madrid, 2002, págs. 379-398.

BONACHE, J. y CERVIÑO, J. “Global integration without expatriates”, *Human Resource Management Journal*, núm. 3, vol. 7, 1997, págs. 89-100.

BORRAJO DACRUZ, E. “Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral”, *Actualidad Laboral*, núm. 28, vol. 2, 1987, págs. 1573-1574.

- “Modulación contractual de las mejoras salariales”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, vol. 1, 1991, págs. 105-119.

- *Introducción al Derecho de Trabajo*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. “Competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 al Convenio de Lugano de 1988”, *Noticias CEE*, núm. 50, 1989, págs. 93-104.

BOYER, R. “Flexibilidades del trabajo: Formas contrastadas, efectos mal conocidos”, *Trabajo y Sociedad*, núm. 1, vol. 12, 1987.

BRIONES FABREGA, A. y AYUSO CANALS, I. *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores (La relación individual de trabajo)*, t. I, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Zaragoza, 1981.

BRUNET IGART, I. y BELZUNEGUI ERASO, A. “En torno a las redes de empresa y el territorio”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 95, 2001, págs. 69-98.

CABEZA PEREIRO, J. “Sobre la triple clasificación de la condición más beneficiosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992, págs. 899-904.

- “La constitución del comité de empresa europeo en una empresa o un grupo con dirección central en España”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1997, págs. 515-543.

CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F. “Principios de aplicación de las normas laborales”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 121-142.

CALLIGARO, B. “Le contrat international de travail, compétence législative”, en AA.VV. (Dir. KAUFMANN, O., KESSLER, F. y BARON VON MAYDELL, B.) *Arbeits- und Sozialrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten/Droit Social et situations transfrontalières*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Alemania), 1998, págs. 141-167.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, *Diario La Ley*, núm. 6178, 2005.

- “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (En torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *Diario La Ley*, núm. 6238, 2005.

CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, L. *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997.

CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID “El Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá: un avance significativo en la cooperación europea con los países de Centroamérica”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 12, 1999, págs. 25-30.

CAMAS RODA, F. y MARTÍNEZ ASO, M. “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una

prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, págs. 105-132.

CAMPS RUIZ, L. M. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976.

- CAMPS RUIZ, L. M. “Antigüedad”, en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. V, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 355-384.
- *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.
- “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos”, en AA.VV. (Ed. BAYLOS GRAU, A. y COLLADO GARCÍA, L.) *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, págs. 87-116.

CANTARD, A. A. “Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros”, *Documentación Laboral*, núm. 80, vol. II, 2007, págs. 129-143.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Comentario al artículo 10.6 del Código Civil”, en AA.VV. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M.) *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, t. I, Comares, Granada, 2000, págs. 269-283.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1993, págs. 382-407.

CARRIL VÁZQUEZ, X. M. “La protección del trabajador individual frente a las decisiones «nulas» o «injustificadas» del empresario en materia de novación objetiva del contrato de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 181, 2006, págs. 34-38.

CARRILLO POZO, L. F. “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la ley extranjera. A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 22 de febrero”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2003, págs. 949-980.

- “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, págs. 13-57.

CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.

CARUSO, B. “La integración de los derechos sociales en el espacio supranacional: primeras reflexiones sobre los casos *Laval* y *Viking*”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, págs. 29-55.

CASAS, J. M. “Planteamiento general. Los movimientos migratorios en la historia y en la actualidad mundial”, en AA.VV. *Los problemas de la migración española*, Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales, Madrid, 1959, págs. 23-40.

CASAS BAAMONDE, M. E. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001.

- “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en la era global: objetivos y significación de la Ley”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 1-40.

- “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en AA.VV. *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991.
- “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 117, 2003, págs. 355-423.
- “«Doble» principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1993, págs. 44-58.

CASES, J. L. “Protección de los emigrantes”, en AA.VV. (Dir ALZAGA VILLAAMIL, Ó.) *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. IV, EDERSA, Madrid, 1984, págs. 109-146.

CATALA, N. y BONNET, R. *Droit social européen*, Litec, Paris (Francia), 1991.

CEINOS SUÁREZ, A. y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. “Globalización del trabajo y códigos de conducta de empresas multinacionales del sector textil”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, págs. 466-488.

CHALARON, Y. “L’application de la disposition la plus favorable”, en AA.VV. *Les transformations du Droit du Travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris (Francia) 1989.

COLOMER BLASCO, T. “La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, págs. 40-43.

CORRIAS, M. “El ejercicio del poder directivo en los grupos de empresas: el *distacco* del trabajador”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2005, págs. 295-322.

CORTE HEREDERO, N. *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1995.

- “La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica”, *Aranzadi Social*, vol. III, 1996, págs. 2467-2488.

COURSIER, P. *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Etude en Droit International Privé français*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris (Francia), 1993.

CRUZ VILLALÓN, J. “La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal”, *Revista de Política Social*, núm. 125, 1980, págs. 81-123.

- *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.
- “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. (Coord. VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.) *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994, págs. 116-166.
- “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *Temas Laborales*, núm. 38, 1996, págs. 31-73.
- “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV. (Coord. MARTÍNEZ

ABASCAL, V.) *La modificación del contrato de trabajo*, Ibidem, Madrid, 1997.

- “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en AA.VV. (Coord. CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2000, págs. 13-30.

CUENCA ALARCÓN, M. “En torno al concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo (comentario a la STS 4ª de 16 de septiembre de 2005)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2006, págs. 509-513.

DANTI-JUAN, M. “Le détachement d’un travailleur auprès d’une entreprise”, *Droit Social*, núm. 12, 1985, págs. 834-841.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

DE JUAN JUAN, A. “Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, págs. 167-176.

- “Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 4, 2003.

DEL PESO Y CALVO, C. “Periodo de prueba. Traslados”, en AA.VV. *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, Madrid, 1977.

DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L. “Ámbito aplicativo de la Ley”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 41-57.

DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D. “Art. 1. Ámbito de aplicación”, en AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *Estatuto de los trabajadores (comentado y con jurisprudencia)*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 31-65.

DEL REY GUANTER, S. y SERRANO OLIVARES, R. “Art. 3. Fuentes de la relación laboral”, en AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *Estatuto de los trabajadores (comentado y con jurisprudencia)*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 77-103.

DE NIEVES NIETO, N. *La relación laboral de cooperación internacional*, Civitas, Madrid, 2008.

DESANTES REAL, M. “Celebración de los convenios de Lugano (16 de septiembre de 1988) y San Sebastián (26 de mayo de 1988) sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. XLI, 1989, págs. 664-667.

DESBARATS, I. *L'entreprise à établissements multiples en Droit du Travail*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris (Francia), 1996.

DESDENTADO BONETE, A. “¿Otro cierre en falso? La prueba del Derecho extranjero”, *Diario La Ley*, núm. 6188, 2005.

- “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 19-39.

DESSI, O. “Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2005, págs. 271-294.

DE VAL TENA, A. L. “Promoción de un trabajador de la plantilla a un cargo de dirección: problemática de la «movilidad» entre sociedades del mismo grupo empresarial”, *Aranzadi Social*, vol. I, 1999, págs. 2702-2710.

DE VALENTÍN-GAMAZO Y ALCALÁ, I. “Confusión *forum-ius* en la relación de trabajo del contrato internacional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 95, 1999, págs. 453-460.

DE VICENTE PACHÉS, F. “El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Tribuna Social*, núm. 110, 2000.

DÍAZ AZNARTE, M. T. *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Bosch, Barcelona, 2001.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. “Artículo 10.6”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.) *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 92.

DICEY, A. V., MORRIS, J. H. C. y COLLINS, L. *The conflict of laws*, 11ª ed., vol. 2, Stevens, London, 1987.

DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

DOMBOIS, R. “¿La pérdida de la época dorada? La terciarización y el trabajo en las sociedades postindustriales”, *Sociología del Trabajo*, núm. 46, 2002, págs. 45-70.

DURÁN LÓPEZ, F. *Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley, Madrid, 1986.

- “Globalización y relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1998.
- “Globalización y relaciones de trabajo”, en AA.VV. (Coord. GARCÍA MURCIA, J.) *Las relaciones laborales en un mundo en transformación*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2001.

DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C. *El papel de la participación en las relaciones laborales*, Civitas, Madrid, 1997.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. “La cooperación internacional al desarrollo como prestación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 133, 2007, págs. 117-149.

ESLAVA RODRÍGUEZ, M. “Contrato internacional de trabajo. Excepción de incompetencia de jurisdicción”, *Aranzadi Social*, vol. IV, 2002, págs. 3293-3296.

Eurobarometer 64.1 on geographical and labour market mobility: “Europeans and mobility: first results os an EU-wide survey”, TNS Opinion & Social, 2005 (versiones electrónicas reducida y extendida disponibles, respectivamente, en http://ec.europa.eu/employment_social/workersmobility_2006/uploaded_files/documents/FIRST%20RESULTS_Web%20version_06.02.06.pdf y en http://www.pro-qualifizierung.de/data/dublin_f_ef0659en.pdf).

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. “El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente”, en AA.VV. (Coord. GARCÍA MURCIA, J.) *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, págs. 39-63.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. “La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1988, págs. 389-407.

- “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2009, págs. 13-40.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. *La forma en el contrato de trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

- *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. L. *Ley de Relaciones Laborales. Análisis y comentario*, Deusto, Bilbao, 1976.

FIGUEIREDO, E. “Marco legal que afecta a los procesos de movilidad internacional entre España y América”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, págs. 46-48.

FOTINOPOULOU BASURKO, O. “La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 8, 1999, págs. 151-161.

- “Mecanismos de tutela judicial”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 221-258.

- “Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, págs. 49-59.
- *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, Pamplona, 2006.
- *El contrato de trabajo de la gente del mar. El problema de la determinación de la ley rectora del contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Comares, Granada, 2008.
- “La determinación del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de un litigio derivado de la existencia de un contrato de embarque”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 17, 2008, págs. 1-57.

FREEMAN. C., SOETE, L. y EFENDIOGLU, U. “El auge de la tecnología de la comunicación y sus efectos en el empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 4-5, vol. 114, 1995, págs. 657-675.

GALA DURÁN, C. “Actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 281-324.

GALIANA MORENO, J. M. *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, Instituto Español de Emigración, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975.

- “Notas para el estudio del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 39, vol. 2, 1987, págs. 2169-2183.

- “Emigración”, en AA.VV. (Dir. MONTOYA MELGAR, A.) *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.

- “Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo (en torno al artículo 1.4)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 109-123.

GÁLVEZ MONTES, F. J. “Artículo 42”, en AA.VV. (Dir. GARRIDO FALLA, F.) *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 871-877.

GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L. “La Directiva 2002/14/CE, 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, vol. 1, 2003, págs. 59-71.

GARCÍA MURCIA, J. *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

- “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 13-38.

GARCÍA MURCIA, J. y ESTRADA ALONSO, O. *La movilidad geográfica en la negociación colectiva*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C. *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “La nueva regulación de la competencia judicial en materia contractual en el ámbito comunitario”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, págs. 695-703.

GARCÍA NINET, J. I. “La movilidad de los trabajadores: consideraciones en torno al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T. et al.) *Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de Alicante y Caja de Ahorros Provincial de Alicante, Alicante, 1982, págs. 97-140.

GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A. “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, págs. 13-42.

GARCÍA-PERROTE, I. “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008, págs. 313-324.

GARCÍA VALCÁRCEL, J. “Causas de la emigración española, interior y exterior”, en AA.VV. *Los problemas de la migración española*, Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales, Madrid, 1959, págs. 89-112.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “Nota a la STS 17 de diciembre de 1991”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, vol. XLIV, 1992, págs. 239-243.

- *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Beramar, Madrid, 1993.
- *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

- “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, 2008, págs. 1-10.

GARRIDO PÉREZ, E. “La Sociedad Europea: un nuevo impulso para la participación de los trabajadores en las empresas”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 233-270.

GAUDU, F. “L’ordre public en Droit de Travail”, en AA.VV. (Dir. GOUBEAUX, G., GUYON, Y., JAMIN, C., LAGARDE, P., VINEY, G. y WALINE, J.) *Le contrat au début du XXIe siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris (Francia), 2001, págs. 363-377.

GLADSTONE, A. “Reflections on globalization, decentralization and industrial relations”, en AA.VV. (Ed. ENGELS, C. y WEISS, M.) *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century. Liber amicorum in honour of Roger Blanpain*, Kulwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, págs. 163-177.

GOERLICH PESET, J. M. “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2007, págs. 1815-1835.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. y MADAMÉ MARTÍN, A. “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia Laboral*, núm. 32, 2007, págs. 13-58.

GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2005 (versión electrónica disponible en http://www.iese.edu/es/files_html/5_16929.pdf).

GÓMEZ GORDILLO, R. *El comité de empresa europeo: un estudio jurídico*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.

- “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español”, *Temas Laborales*, núm. 90, 2007, págs. 27-76.

GÓMEZ GORDILLO, R., GORELLI HERNÁNDEZ, J y VALVERDE ASENCIO, A. *Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2002.

GÓMEZ MUÑOZ, J. M. *Derecho del trabajo, libre competencia y ayudas del Estado*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007.

GÓMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. T. “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en AA.VV. (Coord. CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2000, págs. 31-56.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 75, 1996, págs. 89-126.

GONZÁLEZ RENDÓN, M., CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “La nueva inmigración: desplazamientos transnacionales de trabajadores por empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (Dir. ABAD MONTES, F. y DELGADO PADIAL, A.) *Inmigración y relaciones laborales*, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Granada, 2001, págs. 291-316.

GONZÁLEZ SOLÍS, S. “Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre”, *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000, págs. 23-40.

GOÑI URRIZA, N. “La Ley rectora del contrato de trabajo internacional”, *Aranzadi Social*, vol. II, 1999, págs. 2597-2601.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Artículo 1. Ámbito de aplicación: 4.”, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, págs. 56-58.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ GORDILLO, R. “Grupo de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, vol. 1, 1999, págs. 147-168.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, págs. 57-81.

- “Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso Rüffert”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2008, págs. 47-59.

GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992.

GURYANOVA, K. y DE JUAN JUAN, A. “Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de Extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados). Comentario a algunos aspectos del Real Decreto 2393/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 13, 2007.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. *El desplazamiento temporal de los trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

- “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, vol. 1, 2000, págs. 13-37.

HAYNES, N. “Panorama de políticas retributivas para expatriados en América”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, págs. 36-38.

HENDRY, C. *Human resource strategies for international growth*, Routledge, London (Reino Unido), 1994.

HERRÁIZ MARTÍN, M. S. “Manifestaciones del poder de dirección en materia de movilidad geográfica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006”, *Tribuna Social*, núm. 206, 2008, págs. 59-67.

HOFFMAN, B. y ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A. “El nuevo sistema español de Derecho Internacional Privado (conflictos de leyes)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXX, 1977, págs. 57-98.

HUERTAS BARTOLOMÉ, T. “Tiempo de trabajo, hacia un instrumento de flexibilidad de dos direcciones”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 471-473.

IRIARTE ÁNGEL, J. L. *El contrato de embarque internacional*, Beramar, Madrid, 1993.

- “Comentarios al art. 10.6 CC”, en AA.VV. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.) *Comentarios del Código Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 477-481.

JACQUET, J-M. *Le contrat international*, 2ª ed., Dalloz, Paris (Francia), 1998.

JONIN, D. y KESSLER, F. “Le détachement à l'étranger et le droit de la protection sociale”, *Semaine Sociale Lamy*, núm. 1207, 2005, págs. 5-9.

JUÁREZ PÉREZ, P. “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1999, págs. 1260-1283.

- *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Comares, Granada, 2000.
- *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002.

LAGARDE, P. “Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée”, en AA.VV. *Les transformations du Droit du Travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris (Francia), 1989, págs. 83-96.

LANDA ZAPIRAIN, J. P. y MORENO MARCOS, M. “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2008, págs. 13-38.

LASIERRA ESTEBAN, J. M. “La dimensión económica de la descentralización productiva”, en AA.VV. (Dir. RIVERO LAMAS, J.) *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 63-80.

LÁZARO SÁNCHEZ, J. L. “Art. 8. Forma del contrato”, en AA.VV. (Dir. DEL REY GUANTER, S.) *Estatuto de los trabajadores (comentado y con jurisprudencia)*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 147-158.

LEE, E. “Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 2, vol. 116, 1997, págs. 189-206.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C. “La propuesta comunitaria de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Una primera aproximación”, en AA.VV. (Coord. CANEDO ARRILLAGA, M. P.) *Diversas implicaciones del Derecho Transnacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 331-365.

LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones laborales especiales*, Bomarzo, Albacete, 2008.

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A. M. “The Rome convention of 1980 and its revision at the crossroads of the European Contract Law Project”, *European Review of Private Law*, núm. 2, 2004, págs. 167-191.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C. “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, vol. 1, 2007, págs. 812-829.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Jornada laboral,*

movilidad y modificación de condiciones de trabajo), t. I, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1994, págs. 311-354.

LOZANO LARES, F. “Conclusiones intersectoriales”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 603-611.

LUIJÁN ALCARAZ, J. “La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, págs. 21-29.

- “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2009, págs. 11-25.

LYON-CAEN, A. “La mise à disposition internationale de salarié”, *Droit Social*, núm. 12, 1981, págs. 747-753.

- “De la mobilité des salariés à l’intérieur de la Communauté européenne”, *Droit Social*, núm. 6, 1989, págs. 467-473.

LYON-CAEN, G. *Les relations de travail internationales*, Liaisons, Paris (Francia), 1991.

- “Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux”, *Droit Social*, núm. 5, 1995, págs. 489-494.

LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A. *Droit social international et européen*, 8^a ed., Dalloz, Paris (Francia), 1993.

MALLO, C., BONACHE, J. y CERVIÑO, J. “La determinación de los costes salariales de los directivos en las empresas internacionales” (versión electrónica disponible en <http://libdigi.unicamp.br/document/?view=86>).

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., McGraw Hill, Madrid, 2002.

MANJÓN MANJÓN, J. R., NÚÑEZ GONZÁLEZ, M y SANDOVAL AGUILAR, P. *Código de migraciones. Nacionales en el exterior y extranjeros en España (Textos internacionales, Acuerdos bilaterales, Derecho social comunitario y legislación interna)*, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

MARCHAL ESCALONA, N. “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. LIV, 2002, págs. 811-823.

MARINA, M. “Emigración temporal”, en AA.VV. *Los problemas de la migración española*, Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales, Madrid, 1959, págs. 349-356.

MARIS NADAL, S. *La empresa transnacional en el marco laboral*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1983.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R. “Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62, 1993, págs. 915-952.

MARTÍNEZ BOTELLO, P. “El contrato por obra o servicio determinado de cooperantes y el encadenamiento de contratos de trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 736, 2007, págs. 8-10.

MARTÍNEZ FONS, D. “Contratas transnacionales y límites en la aplicación de las normas del Estado de ejecución: la penetración de la libre prestación de servicios en el Derecho Social (Pereira Félix). Comentario a la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-60/03)”, *Iuslabor*, núm. 2, 2005.

MARTÍNEZ GARRIDO, L. R. “Descentralización productiva: *outsourcing*”, en AA.VV. (Dir. GIL SUÁREZ, L.) *Descentralización productiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 31-89.

MARTÍNEZ MORENO, C. “La circulación de trabajadores entre las empresas de un mismo grupo y los derechos de antigüedad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 51, 1992, págs. 71-90.

- “La movilidad geográfica en la negociación colectiva. La situación familiar del trabajador como límite del poder empresarial”, en AA.VV. (Dir. RIVERO LAMAS, J.) *La flexibilidad laboral en España*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993, págs. 293-311.

MARTÍN SEGURA, J. A. “La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007, págs. 177-192.

MARTÍN VALVERDE, A. “La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 12, vol. 1, 1992, págs. 181-196.

MASEDA RODRÍGUEZ, J. “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LECiv y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, núm. 1, vol. I, 2002, págs. 413-446.

MATA SIERRA, M. T. *El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española*, Tecnos, Madrid, 1994.

MELLA MENÉNDEZ, L. “Libre circulación de trabajadores: principio de igualdad de trato (A propósito de la STJCE de 26 de junio de 2001, asunto C-212/99), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 112, 2002, págs. 599-612.

MENDOZA NAVAS, N. “La construcción de instrumentos de representación en el nivel transnacional: el Comité de Empresa Europea y la experiencia española”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 131-152.

MENÉNDEZ CALVO, R. “Las estructuras empresariales complejas: los grupos de empresas”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 119-150.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MERCADER UGUINA, J. R. “Derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (La Ley 10/1997, de 24 de abril, de transposición de la Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo)”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1997, págs. 1023-1044.

- “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, págs. 19-44.
- “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización”, en AA.VV. (Ed. SANGUINETI RAYMOND, W. y GARCÍA LASO, A.) *Globalización económica y relaciones laborales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.

- “La nueva noción de cesión de trabajadores prohibida”, en AA.VV. (Coord. CRUZ VILLALÓN, J.) *La reforma laboral de 2006: Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de Junio*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 155-175.
- “Las medidas para mejorar la contratación laboral”, en PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RÉ, F. *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 85-102.
- “Salario y negociación colectiva. Premisas de la investigación”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 349-350.

MEYER, F. “La libre circulation des travailleurs et libre prestation de services. A propos de la directive «détachement de travailleurs»”, en AA.VV. (Dir. KAUFMANN, O., KESSLER, F. y BARON VON MAYDELL, B.) *Arbeits- und Sozialrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten/Droit Social et situations transfrontalières*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Alemania), 1998, págs. 37-52.

MIÑARRO YANINI, M. “La movilidad geográfica en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo”, *Tribuna Social*, núm. 160, 2004, págs. 31-39.

MIRANDA BOTO, J. M. “El papel de la autonomía colectiva en la transposición de directivas”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, págs. 1179-1189.

MOLERO MANGLANO, C. “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, vol. 2, 2006, págs. 2546-2558.

MOLERO MARAÑÓN, M. L. “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2008, págs. 475-512.

MOLINA MARTÍN, A. M. “Los complementos de puesto de trabajo”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 413-423.

- “La política comunitaria de inmigración económica”, en AA.VV. (Coord. MOLINA NAVARRETE, C., PÉREZ SOLA, N. y ESTEBAN DE LA ROSA, G.) *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, págs. 179-247.

MOLINA NAVARRETE, C. *Conciliación de la vida laboral y familiar*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia (Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios)”, *Centro de Estudios Financieros*, núm. 205, 2000, págs. 3-56.

- *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “Los hechos probados de las sentencias sociales y el Derecho extranjero, consuetudinario y colectivo”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2004, págs. 1009-1119.

MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

- “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2001, págs. 197-254.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N. “Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 39-65.

MONREAL BRINGSVAERD, E. *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

MONTOYA MELGAR, A. “Poder del empresario y movilidad laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 38, 1989, págs. 165-189.

- “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial”, *Aranzadi Social*, vol. I, 1996, págs. 2669-2680.
- “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 25-37.
- “Artículo 3. Fuentes de la relación laboral”, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 41-45.
- “Artículo 8. Forma del contrato de trabajo”, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS

SALMERÓN, B. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 60-65.

- “Sobre globalización, “flexiguridad” y estabilidad en el empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2008, págs. 75-93.

MORCOS, J-L. y DE CROMBRUGGHE, A. *Subcontratación internacional frente a deslocalización. Examen de los estudios disponibles y de ejemplos obtenidos de la red de BSA/SPX*, ONUDI, Viena, 2004 (versión electrónica en http://www.unido.org/file-storage/download/?file_id=24252).

MOREAU, M-A. “L’évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l’expatriation des salariés”, *Droit Social*, núm. 1, 1986, págs. 23-35.

MORENO GENÉ, J. “La cesión definitiva de trabajadores en el marco de un grupo de empresas: novación modificativa versus novación extintiva del contrato de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2008, págs. 37-47.

MORGENSTERN, F. *Les conflits de lois en Droit du Travail*, Bureau International de Travail, Genève (Suiza), 1986.

- *Conflictos internacionales de Derecho Laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

MORÓN PRIETO, R., HUERTAS BARTOLOMÉ, T., LÓPEZ AHUMADA, J. E. y MORILLO, L. “Estudio sobre las formas y principales tendencias de ordenación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *Observatorio de la negociación colectiva*, Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de CC.OO., Madrid, 2002, págs. 71-114.

MOYA ESCUDERO, M. “Reflexiones en torno al párrafo 4º del artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, vol. VIII-IX, 1979-1980, págs. 349-362.

MULAS GARCÍA, A. “La dimensión social del mercado interior CEE”, *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988, págs. 131-154.

MUÑOZ DE BUSTILLO, R. y BONETE PERALES, R. *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la economía*, 3ª ed., Alianza, Madrid, 2002.

MZID, N. *Estudio comparado sobre la legislación laboral en los países Árabes socios Euromediterráneos*, Foro Social Euromed, Madrid, 2004.

OIT. *Informe final de la Comisión Mundial “Por una globalización justa – Crear oportunidades para todos”*, Ginebra (Suiza), 2004 (versión electrónica disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/index.htm>).

OJEDA AVILÉS, A. “El principio de condición más beneficiosa”, *Revista de Política Social*, núm. 134, 1982, págs. 7-48.

- “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho social comunitario”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1994, págs. 1377-1393.
- “Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1997, págs. 49-53.
- “Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?”, *Tribuna Social*, núm. 217, 2009, págs. 14-26.

OLMO GASCÓN, A. M. “El proyecto de Ley español para la transposición de la Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1997, págs. 55-74.

ORC. *Informe mundial de políticas y prácticas retributivas* (versión electrónica disponible en <http://www.orcworldwide.com>).

ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A. “Artículo 10.6”, en AA.VV. (Coord.) *Comentarios a las reformas del Código Civil: el nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 529-534.

ORTIZ LALLANA, M. C. “Libertad de establecimiento y empresas multinacionales (I)”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, vol. 1, 1990, págs. 129-140.

- *La movilidad geográfica en la empresa. El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.

OZAKI, M. “Relaciones laborales y globalización”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1999, págs. 180-186.

PALAO MORENO, G. “Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, vol. XLIX, 1997, págs. 377-380.

- *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo individual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- “Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del

personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2000, págs. 219-256.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. “Estado autonómico y Constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social”, en AA.VV. (Coord. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1957-1976.

PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T y VALDÉS DAL-RÉ, F. *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

PÉREZ AMORÓS, F. “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, págs. 45-79.

PÉREZ CAMPOS, A. I. “Jurisprudencia Comunitaria de 2006 (enero-junio). Discriminación por exigencias específicas para el desplazamiento transnacional de trabajadores”, *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2008, págs. 155-156.

PÉREZ CORRALES, M. A. “La movilidad laboral desde una perspectiva empresarial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 41, 2003, págs. 55-67.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeas: el caso español”, *Documentación Laboral*, núm. 33, 1991, págs. 37-53.

- “Sobre la movilidad de los trabajadores en los grupos de empresas (a propósito de la STS de 26-XI-90), *Tribuna Social*, núm. 11, 1991, págs. 23-26.

- “El «desvelo» de los grupos de empresa, *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, págs. 447-460.
- “Sobre la «Globalización» y el futuro del Derecho del Trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 60, 1999.
- “Movilidad geográfica del trabajador (en torno al artículo 40)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 851-863.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “Contratos y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006”, *Temas Laborales*, núm. 85, 2006, 103-140.

PÉREZ VOITURIEZ, A. *Las Sociedades multinacionales y los Sindicatos mundiales ante el Derecho Internacional*, Akal, Madrid, 1981.

PLUNKETT, P. “Políticas empresariales de seguridad cuando se envían empleados a Sudamérica o Centroamérica”, *Capital Humano*, núm. 146, 2001, págs. 49-52.

PONT VIDAL, J. e INIESTA DE MANRESA, R. *La utopía obrera. Historia del movimiento de los trabajadores españoles*, Flor del Viento, Barcelona, 2002.

PRADOS DE REYES, F. J. y OLARTE ENCABO, S. “Constitución y políticas migratorias: ¿una Constitución de emigrantes para inmigrantes?”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 1397-1426.

PRATS ALBENTOSA, L. “El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario La Ley*, núm. 6978, 2008, págs. 11-12.

PURCALLA BONILLA, M. A. “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, págs. 311-346.

- “La armonización del Derecho del Trabajo en los espacios de integración supranacional: el caso comunitario europeo”, en AA.VV. (Coord. COLLANTES GONZÁLEZ, J. L.) *Temas actuales de Derecho Laboral*, Normas Legales, Trujillo (Perú), 2005, págs. 841-867.

- “Deslocalización de empresas: problemática y alternativas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007, págs. 101-113.

QUESADA SEGURA, R. “Artículo 40. Movilidad geográfica”, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, págs. 489-501.

QUINTANILLA, J. y BONACHE, J. “El sistema de recursos humanos en las multinacionales”, en AA.VV. (Dir. BONACHE, J. y CABRERA, A.) *Dirección estratégica de personas. Evidencias y perspectiva para el siglo XXI*, Financial Times-Prentice Hall, Madrid, 2002, págs. 349-377.

QUINTANILLA NAVARRO, B. *Dimensión de la empresa y órganos de representación. El cómputo de los trabajadores temporales en el ordenamiento español y en el de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Concepto de «vínculo estrecho» en las Directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (as. 70/03, Comisión c. España) en las leyes nacionales y en la Propuesta de Reglamento «Roma I» (2005)”, en AA.VV. (Dir.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.) *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, págs. 465-479.

- “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *InDret*, núm. 3, 2006, págs. 1-22.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. “Libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la Comunidad Económica Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 33, vol. 3, 1989, págs. 431-446.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

RAMOS QUINTANA, M. I. “Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo”, *Justicia Laboral*, núm. 10, 2002.

RECIO ANDREU, A. *Capitalismo y formas de contratación laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

REMIRO BROTONS, A. “Comentario al art. 10.6 del Código Civil”, en AA.VV. (Dir. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. I, EDERSA, Madrid, 1978, págs. 140-152.

RENTERO JOVER, J. *La modificación sustancial del lugar de trabajo o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, *Ibidem*, Madrid, 1995.

- “Y ahora, Rüffert”, *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, págs. 117-123.

RIVAS VALLEJO, P. “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, vol. 1, 2007, págs. 557-583.

RIVAS VALLEJO, M. P. y MARTÍN ALBÁ, S. “Los desplazamientos temporales de trabajadores españoles al extranjero. Efectos laborales y tributarios”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, págs. 43-63.

RIVERO LAMAS, J. *La novación del contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1963.

- “Normas estatales y convenios colectivos”, *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, núm. 78, 1979.
- “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (en torno al art. 41 ET)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 865-888.
- “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (Dir. RIVERO LAMAS, J.) *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 23-62.

RODIÈRE, P. *La convention collective de travail en Droit International: contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Université de Bourgogne, Bourgogne (Francia), 1987.

RODRÍGUEZ BENOT, A. “Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho Español y Convenios de Bruselas y Lugano”, *La Ley-Comunidades Europeas*, núm. 69, 1991.

- “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, en AA.VV. (Dir. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.) *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, págs. 497-534.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “Condiciones laborales de trabajadores desplazados: garantía de mínimos legales, que no convencionales”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2008, págs. 701-714.

- “Mercado empresarial europeo y Derecho Laboral: algunas pistas a partir de la jurisprudencia comunitaria”, *Tribuna Social*, núm. 219, 2009, págs. 43-54.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “La situación de los trabajadores en empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la «crisis» del trabajo subordinado”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2001, págs. 511-532.

RODRÍGUEZ PASTOR, G. *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *La regulación legal del contrato de trabajo en los países de la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, Madrid, 1989.

- *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- “Derechos comunitarios e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo. Comentarios a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral”, *Temas Laborales*, núm. 24, 1992, págs. 3-34.

- “A modo de conclusión: la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 351-376.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999, págs. 78-85.

- “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2000, págs. 107-117.
- “El caso *Riiffert*: ¿una constitucionalización del *dumping* social?”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, págs. 83-113.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. “Nota al Convenio entre España y Rumanía sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho *ad referendum* en Bucarest el 17 de noviembre de 1997”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, vol. LII, 2000, págs. 280-282.

ROJAS RIVERO, G. *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

ROJO TORRECILLA, E. “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, en AA.VV. (Coord. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1525-1551.

ROMAGNOLI, U. “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999.

ROMÁN DE LA TORRE, M. D. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Comares, Granada, 2000.

RON LATAS, R. P. “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2007, págs. 943-963.

RUBERY, J., TARLIN, R. y WILKINSON, F. “Flexibilidad, comercialización y organización de la producción”, *Trabajo y Sociedad*, núm. 1, vol. 12, 1987.

RUIZ CASTILLO, M. M. “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003, págs. 29-48.

SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales tras la STJCE 22 mayo 2008”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2008, págs. 59-83.

SALA FRANCO, T. *La movilidad del personal dentro de la empresa*, Tecnos, Madrid, 1973.

- “El principio de condición más beneficiosa”, *Revista de Política Social*, núm. 114, 1977, págs. 37-66.

- “Artículo 40”, en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1988, págs. 59-124.

- “Movilidad geográfica”, en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo)*, t. I, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1994, págs. 269-310.

- “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, vol. 1, 2005, págs. 1016-1042.

- “La movilidad geográfica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, págs. 99-112.

SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. *Introducción al Derecho social comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1986.

SALINAS MOLINA, F. “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, págs. 201-227.

SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L. “Reglas determinantes de la competencia judicial internacional en materia laboral en el Derecho comunitario”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002, págs. 29-70.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. “El contrato individual de trabajo en el espacio internacional”, *Aranzadi Social*, vol. III, 2004, págs. 2810-2820.

SANGUINETI RAYMOND, W. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV.

(Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, págs. 443-466.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE de 4 de diciembre 1997 y el RD 1659/1998, de 24 julio”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, págs. 667-690.

- *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Madrid, 1999.

SASTRE IBARRECHE, R. “Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, págs. 11-44.

SCIARRA, S. “*Viking y Laval*: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, págs. 7-28.

SEGALÉS, J. y VALDÉS ALONSO, A. “Mecanismos de tutela administrativa”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 185-220.

SELVA SEVILLA, C. *El capital humano y su contribución al crecimiento económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A. V. “La movilidad geográfica de los trabajadores en los convenios recientes”, en AA.VV. (Dir. RIVERO LAMAS, J.) *La flexibilidad laboral en España*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993, págs. 267-291.

- “Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTs y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 123-186.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARETA MARTÍNEZ, M. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresa: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 97-133.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J. “El ajuste de la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo tras la reforma laboral”, *Aranzadi Social*, vol. I, 1996, págs. 2586-2592.

- “Límites de la autonomía colectiva en la definición del ámbito y contenido del convenio colectivo (Comentario a las SSTSJ País Vasco 22 julio 1996 y Baleares 5 julio 1996)”, *Aranzadi Social*, vol. III, 1996, págs. 2406-2411.

SERRANO CARVAJAL, J. *La emigración española y su régimen jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

SERRANO GARCÍA, J. M. “La negociación colectiva europea y los acuerdos “libres”: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 95-118.

- “La competencia judicial internacional en los conflictos colectivos sobre cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2008, págs. 73-87.

- “La individualización del foro en los litigios que afectan a los contratos de trabajo internacionales”, *Documentación Laboral*, núm. 83, 2008, págs. 159-207.

SERRANO OLIVARES, R. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

- *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley, Madrid, 2000.
- “El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2000, págs. 315-336.
- “Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores. Prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”, en AA.VV. (Dir. CASAS BAAMONDE, M. E. y DEL REY GUANTER, S.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 59-100.

STOLOVICH, L. *La tercerización. ¿Con qué se come?*, Centro Latinoamericano de Ciencias Sociales, Uruguay (versión electrónica disponible en <http://www.clacso.edu.ar/local/libros/uruguay/ciendur/stolovich.rtf>).

SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 15, vol. 1, 2003, págs. 261-276.

- “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (Coord. GARCÍA MURCIA, J.) *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, págs. 19-37.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. “La doctrina del TJCE sobre el «derecho horizontal de información» en el caso de un grupo de empresas cuya dirección central no está situada en un Estado miembro”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2003, págs. 513-520.

TEYSSIÉ, B. “Les salariés détachés à l'étranger et expatriés: quelques mots en guise d'introduction”, *Droit Social*, núm. 11, 1991, págs. 824-826.

- *Droit européen du travail*, 2ª ed., Litec, Paris (Francia), 2003.

THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, 2ª ed., Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

TOMÉ, M., BAUDET, V. y MONVILLE, J. “Salariés français à l'étranger”, *Liaisons Sociales*, núm. especial, noviembre, 1997.

TORRENT, R. “La OMC dentro del orden económico internacional”, en AA.VV. (Dir. TORRENT, R.) *Observatorio de la globalización. Serie sobre el marco regulador de la globalización*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2000 (versión electrónica disponible en <http://www.ub.es/obsglob/Omc.html>).

VALDÉS DAL-RÉ, F. “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2001, págs. 79-88.

- “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2001, págs. 59-66.
- “Una mirada laboral al estatuto jurídico del cooperante”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2006, págs. 29-42.

- “El debate europeo sobre movilidad (I)”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2006, págs. 85-96.
- “El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2009, págs. 1-11.

VAQUER CABALLERÍA, M. *La Acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

VÁZQUEZ MATEO, F. “Grupo de empresas y derecho individual de trabajo (Introducción al “Derecho de Trabajo de la concentración””, *Documentación Laboral*, núm. 16, 1985, págs. 117-158.

VIRGÓS SORIANO, M. “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y MUÑOZ MACHADO, S.) *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. III, Civitas, Madrid, 1986, págs. 753-825.

- “Comentario al artículo 10.6 del Código Civil”, en AA.VV. (Dir. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1995.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “Estado de origen vs. estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, núm. 4, 2004, págs. 1-20.

VOLKER, E. y SONNENSCHNEIN, J. *Konzernrecht*, Broschert, Munich (Alemania), 1989.

WINDBICHLER, C. *Arbeitsrecht im Konzern (Labor and Employment Law in Corporate Groups)*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich (Alemania), 1989.

YUSTE MORENO, J. M. “Las normas laborales en el tiempo y en el espacio” (versión electrónica disponible en <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910846&s=8&p=2.&Z=4&O=1§or=>).

ZÁBALO ESCUDERO, M. E. “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. XXXVIII, 1986, págs. 613-630.

ZAMORA CABOT, F. J. “A propósito del orden público en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 79, 1995, págs. 1123-1135.

ZUFIAUR NARVAIZA, J. M. “La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado europeo de trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2006, págs. 1225-1252.

- “El modelo social europeo en la cuneta”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2008, págs. 17-38.