

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Jaén*

Extracto:

LA movilidad internacional del factor trabajo no se ha visto acompañada hasta el momento por una adecuada comprensión ni por parte del legislador, ni de buena parte de la doctrina, ni, sobre todo, de los jueces, incluso en aquellos ámbitos que deberían resultar más «familiares» o cómodos para éstos como son los relativos a la ordenación procesal. Se entiende por lo tanto, aunque no se justifique, que el significativo aumento de la litigiosidad en este ámbito, correlativo a la propia expansión transnacional de las empresas –incluido el sector público–, provoque notables desajustes en la aplicación de la normativa vigente. Las autoridades judiciales españolas del orden social, en sus diferentes niveles, incluido el Tribunal Supremo –así como el propio Tribunal Constitucional, aunque no se integren propiamente en tal estructura jurisdiccional– se enfrentan con mayor frecuencia ante demandas en las que existe un elemento relevante de internacionalidad. El correcto enfoque de estas situaciones requiere acudir al sistema español de Derecho Internacional Privado (del Trabajo), en el que se regulan de forma diferenciada las cuestiones relativas a la competencia internacional de las autoridades españolas del orden social, al Derecho aplicable a la relación laboral internacional, así como a la aplicación del Derecho extranjero que, en su caso, sea reclamado por la norma de remisión (norma de conflicto).

Sin embargo, la tradicional relación «conflictiva» entre la materia civil y el ámbito laboral, que la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a remozar, unida al desconocimiento de las especialidades de la reglamentación de las situaciones privadas internacionales, así como los recientes cambios operados en este sistema, son elementos que perjudican la adecuada comprensión y resolución de estas relaciones. Sólo desde un estudio interdisciplinar del Derecho Procesal Laboral Internacional, como el aquí realizado por los autores, se muestra como una vía adecuada para plantear bien los problemas y avistar las soluciones más correctas.

Sumario:

- I. Prenotando.
- II. Necesidad y urgencia del estudio: hacia una reordenación del proceso laboral internacional.
- III. Reglas de competencia judicial internacional de los Tribunales Laborales españoles: fuentes reguladoras y tratamiento procesal.
 1. Las reglas generales de atribución de competencia: el nuevo sistema de fuentes.
 - 1.1. Una primera modificación del sistema de fuentes: del artículo 25 LOPJ al Convenio de Bruselas.
 - 1.2. La segunda modificación de fuentes: del Convenio de Bruselas al Reglamento Comunitario «Bruselas I».
 2. El tratamiento procesal de la competencia judicial internacional.
 - 2.1. El problema del control de oficio.
 - 2.2. El control a instancia de parte.
 3. Reglas especiales: el foro de competencia internacional en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.
- IV. Algunas cuestiones relativas a la determinación de la ley aplicable, en especial en los desplazamientos temporales.
- V. La aplicación del Derecho extranjero por el juez laboral: problemas de prueba y vigencia.
 1. Planteamiento previo: el problema de la (pérdida de) especificidad del proceso laboral respecto del proceso civil.
 2. El artículo 80 LPL y su significado en el proceso laboral con respecto a la aplicación del Derecho extranjero.
 3. Trascendencia de la reforma del artículo 12.6.º del Código Civil en la aplicación procesal del Derecho extranjero.
 4. Alcance del artículo 281 LEC/2000 en el proceso laboral.
 5. Aplicación del Derecho español en caso de falta o insuficiente aplicación del Derecho extranjero: consideraciones críticas.
 6. Aportación y prueba del Derecho extranjero en los procesos laborales, en especial en el caso del despido.
 7. La excepción de orden público laboral, en particular respecto al Derecho extranjero que legitima el «despido libre».
- VI. La oportunidad de una diferenciación del tratamiento procesal del Derecho extranjero: «Ley del lugar habitual de trabajo» y «Ley elegida en el contrato».

I. PRENOTANDO

Uno de los efectos más visibles en el mundo jurídico de la tan traída y llevada «globalización económica» es la multiplicación de las denominadas situaciones jurídico internacionales de intercambio de bienes y servicios, incluido por supuesto el intercambio laboral («contrato internacional de trabajo») –también incide en las relaciones colectivas de trabajo y en las de Seguridad Social–. La proliferación de viejas y nuevas formas de integración y/o cooperación económica internacional no va acompañada, sin embargo, de una integración de los mercados de trabajo ni, en general, de los ordenamientos jurídicos que los ordenan, salvo en determinados contextos regionales, y sólo parcialmente, por lo que, ante tales limitaciones territoriales, los «conflictos de normas» crecen vertiginosamente, también en el ámbito laboral ¹.

La corrección de esta realidad conflictual quedaría confirmada, en primer lugar, por la entrada en vigor de nuevas Leyes con las que se pretende dar solución a estas cuestiones, por lo general en el ámbito de la Unión Europea –ej. Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria; Ley 45/1999, de 30 de noviembre, sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional–. En segundo lugar, por el relativo «aluvión» de decisiones judiciales que, con extremadas incertidumbres y dificultades, se ven obligadas a dar respuestas para las que no siempre están preparados. La intensificación de la actividad legislativa –ej. Reglamento y Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea; Reglamento «Bruselas I»–, y la proliferación de decisiones del TJCE no hacen sino agravar la situación de inseguridad ².

La resolución judicial de una controversia o conflicto internacional puede plantear, a *grosso modo*, los cuatro siguientes problemas, que aparecen de forma sucesiva. En primer lugar, habrá que delimitar la jurisdicción competente (competencia judicial internacional), para lo que deberá recurrirse a los criterios (foros) vigentes en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, el juez español, si resultara competente en atención a los criterios manejados para resolver la cuestión anterior, deberá determinar la normativa o legislación aplicable al caso conforme a las normas de conflicto igualmente vigentes, que aunque pueden coincidir con aquéllos no necesariamente se identifican, sino que incluso admiten interpretaciones diferentes. En tercer lugar, si de esta operación resultara que es aplicable el Derecho extranjero, en cuanto que no rige el principio *iuris novit curia*, deberá probarse suficientemente su contenido para que pueda ser efectivamente aplicado. Finalmente, el Juez español deberá velar, cualquiera que sea el Derecho aplicable, para que siempre se respete el orden público «interno».

Pues bien, por diferentes razones, unas menos comprensibles y/o justificables que otras, los Tribunales Laborales han tenido desde antiguo enormes dificultades para aplicar correctamente este sistema, que podemos denominar Sistema de Derecho Internacional Privado del Trabajo o, según el punto de vista que se adopte, Sistema de Derecho del Trabajo Privado Internacional, hasta el punto de incurrir en errores de bulto en la interpretación y aplicación del Derecho vigente que, de esta manera, resulta inefectivo. Si bien esta deficiente situación ha permanecido sustancialmente inmodificada hasta nuestros días, en fechas muy recientes el Tribunal Supremo, no sin algún tropiezo llamativo, parecía haber encauzado bien la situación, corrigiendo los «fallos» de los Tribunales Laborales en esta materia. La realidad, sin embargo, dista de ser satisfactoria porque el reencuentro entre el Juez Laboral y el Derecho Procesal Privado Internacional no ha sido completo.

En efecto, este proceso progresivo de «normalización» de la aplicación iuslaboral de las normas y técnicas ius-internacionalprivatistas se ha visto mucho más recientemente truncado por una secuencia de decisiones y «contradecisiones» al máximo nivel jurisdiccional (ej. STS, Sala 1.ª, 22-5-2001; STCo. 33/2002, 11-2). Esta nueva divergencia se pone de manifiesto, no en orden al deslinde entre las cuestiones de competencia judicial internacional y las de selección de la norma aplicable, sino en relación a los efectos de la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable, ya sea como consecuencia de los déficit de comprensión jurídica (problema de técnica jurídica) de este alambicado sector del ordenamiento, bien por la resistencia (problema de política judicial del derecho) del orden social para aceptar las interpretaciones que a tal fin se hacen en otros ámbitos jurisdiccionales (a pesar de coincidir sustancialmente los «textos legales» aplicables).

Qué duda cabe que los problemas que esta nueva oleada de procesos de internacionalización/movilidad de los factores productivos, tanto del «capital» como del «trabajo» que suscita al ordenamiento laboral va mucho más allá de las cuestiones, aparentemente técnicas, encerradas en los conflictos de jurisdicciones y leyes de diferentes países. La fuerte tensión entre razones económicas –fomento de la libre prestación de servicios *versus* proteccionismo de mercados nacionales de trabajo– y razones sociales –garantía de un núcleo de condiciones de trabajo indisponibles al trabajador cualquiera que sea el territorio intracomunitario en el que preste sus servicios efectivamente– que esconde la regulación –y jurisprudencia– de los desplazamientos temporales en el mercado comunitario lo ilustra sobradamente. La instrumentalización del sistema de normas de conflicto pre-dispuestas en materia de Seguridad Social al servicio de la libertad de circulación de trabajadores, según una consolidada jurisprudencia del TJCE, confirma análogo planteamiento ³.

Estas razones reguladoras de fondo, que implican o comprometen valores, incluso de dimensión constitucional, como veremos que sucede respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, revelan que no son sólo cuestiones técnicas las que encierra la aplicación del Derecho Internacional Privado del Trabajo, sino que están también presentes importantes cuestiones jurídico-económicas (ej. defensa de las reglas de la competencia leal) y socio-jurídicas. Además, estas situaciones jurídico-internacionales ya no se producen sólo respecto de trabajadores muy cualificados, con gran poder contractual, incluso altos directivos, sujetos a unas reglas muy particulares por relación al núcleo duro de las relaciones sujetas al ordenamiento laboral, sino que se amplía a un número creciente de trabajadores, algunos incluso con una posición extremadamente precaria, por lo que las reglas tradicionales, en gran medida previstas para intercambios netamente «civiles», se revelan cuando menos contradictorias ⁴.

Pues bien, el objeto de este trabajo es tratar de suministrar un conjunto de pautas interpretativas que ayuden a los jueces, ordinarios y constitucionales, a conocer e interpretar con rectitud y eficacia, por tanto, de forma efectiva, el sistema de fuentes aplicable a estas materias. La gestión de las relaciones internacionales de trabajo no sólo ocupa un lugar cada vez mayor en la tarea de los asesores o consultores de las empresas, sino que, en lógica coherencia con la evidenciada internacionalización de los mercados laborales, también los jueces se ven obligados a afrontar la interpretación de estas normas, antaño consideradas como marginales en su quehacer ordinario. La seguridad jurídica se revela nuevamente no sólo como un valor normativo, sino como un valor económico que no puede ser minusvalorado por el intérprete.

Ahora bien, son además otras razones especialmente significativas para la comprensión de aspectos globales del sistema jurídico-procesal laboral las que nos llevan a analizar con algún detenimiento –aunque conscientes de las limitaciones de este espacio para afrontar con la profundidad que merece– lo que creemos honestamente que es una auténtica «asignatura pendiente» de nuestros tribunales: la ordenación del proceso laboral internacional. En realidad, en buena parte de estas materias, y en su tradicional ordenación, nos encontramos una fuerte tensión entre dos concepciones de «lo laboral»: una, paradójicamente la más tradicional en el Derecho Internacional Privado Laboral, que tiende a desconocer o disolver la autonomía de la regulación del contrato de trabajo en este ámbito particular –ej. inexistencia de reglas propias de competencia internacional hasta fechas relativamente recientes; «servidumbre» de la jurisprudencia social respecto de la civil, considerada como fuente originaria que luego es seguida estrictamente por la laboral, invirtiendo las relaciones existentes en la normativa «nacional»...–, otra, más reciente, que tiende a reivindicar, también para este ámbito, un cierto espacio de especificidad o de autonomía para «lo laboral» respecto de «lo civil» –ej. Convenio de Roma en materia de ley aplicable al contrato de trabajo; Reglamento «Bruselas I» (2002); diverso entendimiento de las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero...–.

Aunque trataremos de ofrecer un cuadro global del sistema, nos detendremos especialmente en este trabajo en dos ámbitos normativos y problemáticos especialmente significativos y, sobre todo, particularmente novedosos, que no han sido objeto, hasta el momento, de análisis alguno desde una perspectiva iuslaboral. En ambos casos asistimos a una recentísima regulación legislativa, una de ámbito transnacional –el nuevo Reglamento Comunitario sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones «en materia civil y mercantil», que acaba de entrar en vigor (1-3-2002)–, otra nacional, la derogación del artículo 12.6 del Código Civil y su sustitución por el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. NECESIDAD Y URGENCIA DEL ESTUDIO: HACIA UNA REORDENACIÓN DEL PROCESO LABORAL INTERNACIONAL

No es necesario insistir sobre la actualidad, relevancia práctica y complejidad del sistema de fuentes existentes en relación tanto a las cuestiones de competencia como de determinación de norma aplicable, especialmente cuando se trata de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el

ámbito comunitario. La aprobación de las referidas nuevas regulaciones, comunitarias y nacionales (normas de transposición), en particular la entrada en vigor del Reglamento «Bruselas I» confirma plenamente el interés y la importancia de ampliar los estudios existentes en esta materia, lamentablemente muy escasos en nuestro país, a diferencia de lo que sucede en otros, como Francia, Italia o Alemania.

Sin embargo, sí creemos oportuno insistir en las evidenciadas consecuencias negativas de la incomprensión tradicional por nuestros tribunales, en líneas generales claro está, de este peculiar sistema normativo. La gravedad de la crítica formulada exige algunas precisiones argumentales que evidencien la realidad de esta tremenda inseguridad jurídica hoy reinante sobre muchos aspectos, especialmente, y por citar el último «episodio», por el momento, en relación con los efectos de la falta de prueba del Derecho extranjero eventualmente aplicable para la resolución del conflicto laboral por remisión de las normas de conflicto. Tal es la entidad del problema, que amenaza seriamente la efectividad de un derecho fundamental como el de la tutela judicial efectiva (*vid.* SsTCo. 10/2000, 155/2001, 33/2002). La llamada de atención sobre la inseguridad jurídica generada por la relativa incomprensión del sistema de fuentes se advierte en la propia doctrina constitucional ⁵.

Al mismo tiempo esta deficitaria situación amenaza seriamente con convertirse en un nuevo conflicto de doctrinas judiciales «en la cumbre», la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Aunque esta tensión no alcanza el extremo y la irracionalidad que expresa la «guerra de Tribunales» recientemente desatada de nuevo con la Sala Civil –en su momento lo fue con la Penal–, no deja de ser significativa porque, en realidad, es una ilustrativa confirmación de una divergencia mucho más general entre la Sala Social del Tribunal Supremo, y en general los Tribunales Laborales, y el Tribunal Constitucional, en la comprensión última del significado y alcance de los derechos fundamentales en la ordenación de las relaciones laborales.

A este respecto, un balance general de los múltiples casos resueltos por los Tribunales Laborales en relación a temas de extremada actualidad, como son el uso de Internet para actividades particulares o sindicales (STS, 26-11-2001), el entendimiento de la discriminación por razones de sexo (caso «azafatas del Ave»), el alcance de la libertad de expresión, la delimitación del concepto de acoso sexual..., evidencian por lo general, sin perjuicio de notorias excepciones, una orientación mucho más restrictiva o menos generosa que la del Tribunal Constitucional. Éste, celoso guardián de su primacía en materia de garantías de los derechos fundamentales, se cree en el deber de intervenir siempre y en todo momento, incluso más allá de lo que sería prudente en atención al reparto constitucional de poderes jurisdiccionales, en «auxilio» de quienes no ven reconocida la vigencia del derecho fundamental por un Tribunal «ordinario», aunque sea el mismísimo Tribunal Supremo ⁶.

En este contexto más global de desencuentro jurisprudencial hay que situar con pleno título las Sentencias del Tribunal Constitucional 10/2000, 31 de enero y 33/2002, que llegan a calificar esta interpretación del Tribunal Supremo como «fruto de un mero voluntarismo judicial», o doctrina que hace «que la aplicación de la legalidad (fuera) tan sólo una mera apariencia»... Tan intensa comienza a ser la divergencia interpretativa que ha terminado por quebrar, una vez más, a la propia Sala Social en su doctrina. En la STS 22-5-2001, recurso 2507/2000 –*Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, n.º 225, págs. 232 y sgs.– hemos asistido a una manifestación especialmente grave de lo que algún sector doctrinal ha llamado los

«votos particulares en masa»: nada más y nada menos que ocho magistrados han firmado un voto particular que hace dudar de la firmeza, y en cualquier caso acaba con la fiabilidad, de la opinión mayoritaria, máxime si se tiene en cuenta que el voto particular parece más acorde con la doctrina constitucional, aunque formalmente la mayoría quiera negar la existencia de contradicción alguna.

Sin duda, se augura una nueva Sentencia del Tribunal Constitucional vía recurso de amparo que, con mucha probabilidad, como veremos, anulará una Sentencia del Alto Tribunal. Sin embargo, tampoco el Tribunal Constitucional sale indemne de este conflicto, pues, si bien con menor radicalidad, también él sufre la disidencia de Opiniones en su seno. Así, tal es el alcance de esta «descalificación», que un voto particular muy reciente ha evidenciado que tal situación «resulta difícilmente aceptable», al menos «en los términos en que lo hacemos en nuestra Sentencia»⁷.

Pero tampoco terminan aquí los elementos de disenso o desencuentro en el entendimiento de la ordenación del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado del Trabajo en general, y del proceso laboral internacional en particular. Asimismo, nos encontramos en esta cuestión, como se advertía someramente al comienzo de este trabajo, ante un clarísimo enfrentamiento entre la concepción iuscivilista del sistema, patrón absolutamente dominante tanto en la regulación legislativa, especialmente de origen convencional internacional, cuanto en la interpretación judicial, y la posibilidad de un espacio propio para una concepción iuslaboral significativamente autónoma o diferenciada. A este respecto, lo más sorprendente es comprobar cómo en materia de resolución judicial de conflictos generados por relaciones internacionales de trabajo el propio Tribunal Supremo, en la etapa más reciente, parece haber relegado (o renunciado a) la aplicación de principios básicos del ordenamiento laboral –ej. principio de protección, norma más favorable, vigencia de normas imperativas, orden público laboral–.

Ciertamente, no todos los casos tienen el mismo significado y alcance, pero en algunos recientemente juzgados por los Tribunales la situación de contraste resulta especialmente interesante –lo que por otro lado, bien visto, no haría más que confirmar una evolución de la jurisprudencia social en la dirección marcada por el actual proceso flexibilizador y pro autonomía privada–. Así, no es ya que determinadas decisiones judiciales hagan interpretaciones restrictivas de ciertos conceptos, como el de orden público (ej. STSJ Madrid 30-10-1997), sino que en muchas de ellas ni tan siquiera se hace mínima referencia a él, pese a estar en juego pilares del entero sistema de relaciones laborales (ej. la renunciabilidad de derechos en los fueros de elección, STS 24-4-2000; el eventual carácter *ad nutum* de un despido realizado por una Administración española en California y conforme a este Derecho, STS 22-5-2001). Si antaño frente a estas situaciones se invocaba sin más el orden público social «patrio», ahora ni tan siquiera se argumenta en relación a su concurrencia (o no).

Parece regir, por tanto, una suerte de «ley pendular», de modo que los Jueces Laborales intentarían resolver sus problemas de aplicación de un ordenamiento tan complejo lo más aséptica y literalmente posible, trasladando acríticamente las lecturas realizadas en la doctrina y jurisprudencia iuscivilista. En esta dirección, incluso se acepta en ocasiones por la propia Sala Social del Tribunal Supremo una visión negativa que, sin ser mayoritaria en la Sala Civil hoy, sí cuenta con significados ejemplos. Así, algunas decisiones de la Sala 1.^a, entre una actitud de lamento resignado por la dificultad que entraña *per se* la resolución de un problema de conflicto de normas convencionales y

de sospecha de una cierta «malicia» en quien acude a estas situaciones, enarbolaron el principio de buena fe procesal (*vid.* art. 11 LOPJ; art. 247 LEC/2000) para controlar aquellos litigios en los que «*acudiendo a la legal pero complicada cuestión de los conflictos de leyes... dados los supuestos fácticos que... concurren, ofrece una sospechosa posibilidad de fraude legis procesalis, dada la claridad con que a tales efectos se manifiesta el... artículo 22.1 LOPJ, e incluso los 12.1 y 6.1 CC*» (STS, Sala 1.ª, 13-10-1993).

Pues bien, lo que hace algunos años se hubiese visto como expresión de un irrenunciable principio protector, o de incluso una plausible manifestación en el ámbito internacional del principio norma más favorable, pasando asimismo por una expresión en el ámbito laboral de las denominadas «reglas de economía de opción», típicas del Derecho Internacional Privado (protagonismo de la autonomía privada), hoy se entiende como una «sospechosa posibilidad de fraude» a las normas de conflicto iuslaborales. Cualquier posible lectura en términos garantistas, aun tratándose de asuntos tan relevantes como la eventual aceptación del despido *ad nutum* o «despido libre» o la efectividad de la tutela judicial efectiva, se descarta privilegiando una máxima preocupación por evitar contrariar la aplicación estricta, aunque luego veremos que equivocada, de las normas iuscivilistas de la carga de la prueba, con total marginación de los principios y reglas iuslaborales (*vid.* STS 22-5-2001 y voto particular de la STCo. 33/2002).

Con esta observación crítica entramos en la última consideración que nos interesa traer a colación para evidenciar no sólo la necesidad y urgencia de una revisión de las soluciones dadas hasta el momento a estas cuestiones en el ámbito laboral, sino también y sobre todo la trascendencia del tema de fondo aquí implicado: ¿existe hoy un ámbito de especificidad del proceso laboral respecto del proceso civil internacional? Naturalmente, la respuesta a esta cuestión no puede realizarse al margen de la respuesta que se dé a una de las cuestiones más relevantes del actual debate, con pretensiones incluso de reforma, sobre la actualidad y consistencia de las relaciones entre la regulación procesal civil y la laboral una vez en vigor la nueva LEC, cuya ambición de ley procesal común es ampliamente reseñada, incluso por el propio legislador.

En efecto, son ya numerosos los ámbitos de regulación procesal en los que se propone una pérdida general de especificidad, que se ve concretada doctrinal y judicialmente en casos particulares –ej. presentación de escritos, ejecución provisional, audiencia al demandado rebelde, medidas cautelares...–. A nuestro juicio, y con esto se cierra la parte introductoria de este trabajo, temas como la determinación de las reglas de competencia judicial internacional, la precisión de la ley aplicable a los contratos de trabajo, incluidas las reglas especiales –de foro o competencia y de norma aplicable o *ius*–, sobre desplazamientos transnacionales o, sobre todo, por la radicalidad de los términos en que se ha planteado judicialmente, las reglas de prueba del Derecho extranjero, evidencian la necesidad de seguir manteniendo este ámbito de autonomía. Ahora bien, como veremos, sobre todo respecto a esta última y crucial cuestión, el sentido de esta especificidad no puede entenderse al margen de la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como sin embargo sí ha considerado el Tribunal Supremo, lo que exige una corrección interpretativa inmediata que, de no calar en el Tribunal, se realizará «a golpe de recursos de amparo», con los consiguientes efectos dilatorios e ineficientes.

III. REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES LABORALES ESPAÑOLES: FUENTES REGULADORAS Y TRATAMIENTO PROCESAL

1. Las reglas generales de atribución de competencia: el nuevo sistema de fuentes.

1.1. Una primera modificación del sistema de fuentes: del artículo 25 LOPJ al Convenio de Bruselas.

Aunque la denominada «competencia judicial internacional» se configura como un *presupuesto procesal*, ni la anterior LEC (1881) ni la actual LPL, contienen previsión alguna al respecto, ni para la fijación de reglas en las que se precisen los criterios de atribución a nuestros Tribunales de tal competencia ni, mucho menos, sobre su concreto tratamiento jurídico-procesal. A la primera cuestión, la fijación de reglas de competencia internacional, se daba cumplida respuesta ya en el artículo 25 LOPJ. A la segunda, regulación de su régimen procesal, se ha dado reciente solución en la nueva LEC (2000), que se ha marcado como objetivo expreso poner fin a las lagunas legales que afectaban a la denominada «competencia (o incompetencia) internacional», si bien sólo para el proceso civil, por lo que su proyección en el proceso de trabajo precisa de algunas matizaciones, a pesar de la autoconfesada voluntad del legislador de configurar esta norma con una «aspiración» de ser también la «*ley procesal supletoria y común*». Entre otras consecuencias, esta aspiración incorporaba la pretensión de que también la vigente LOPJ «*circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, al apartado primero del artículo 122 de la Constitución*», desprendiéndose de las normas propiamente procesales.

Por lo que refiere al sistema de fuentes aplicable para determinar la extensión y límites de la jurisdicción de nuestros Tribunales Laborales, resulta especialmente importante comprender bien, lo que no siempre sucede, tanto la jerarquía existente cuanto el ámbito de aplicación de la norma que regula la primaria o preferentemente esta cuestión, la norma internacional. En efecto, hasta hace bien poco tiempo ha existido una clara línea judicial orientada a seguir remitiendo la solución de los problemas al artículo 25 LOPJ. Esta norma, sin embargo, tiene una eficacia meramente subsidiaria y residual, por cuanto la primacía normativa había que reconocérsela, desde 1993 hasta marzo de 2002, a los Convenios Internacionales firmados y ratificados por España, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 Constitución Española (prevalencia de la norma internacional ratificada sobre la norma nacional). La misma delimitación que hace el Tribunal Constitucional del concepto de reglas de competencia judicial internacional deja clara esta posición preferente del Derecho Internacional Privado Convencional⁸.

Básicamente, estos Convenios Internacionales son el de Bruselas (1968), celebrado entre los Estados de la Unión Europea, y el de Lugano (1988), suscrito entre los Estados de la Unión Europea y los de la Asociación Europea de Libre Cambio, relativos ambos tanto a la competencia judicial como a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La principal diferencia entre estos Convenios se agota, a juicio de los expertos, en su ámbito de aplicación territorial, pues tanto sus principios como sus técnicas resultan sustancialmente coincidentes. Una situa-

ción de convergencia que, como veremos, parece romperse en el actual sistema de fuentes, con el cambio experimentado por el Convenio de Bruselas, en los términos que en breve analizaremos.

El artículo 36.1 de la nueva LEC recoge este sistema de fuentes, aplicable no sólo al ámbito civil, único al que refiere formalmente el precepto legislativo, sino también al orden social, no afectado ni directa ni supletoriamente por esta regulación legal. Sin embargo, el precepto legislativo sigue conteniendo una fórmula equívoca, en la medida en que, para delimitar la «*extensión y límites del orden jurisdiccional civil*», remite «*a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y convenios internacionales en los que España sea parte*», cuando debería invertirse la formulación, anteponiéndose éstos a la primera. En todo caso, no tiene más consecuencias que el constatar una deficiencia técnica de redacción sin relieve práctico alguno porque la jerarquía es clara, aunque sorprende que una Ley tan preciosa en lo sustantivo y en lo sistemático haya dejado pasar por alto esta incorrección.

El artículo 25 LOPJ pervive con plenitud de eficacia jurídica para aquellas materias excluidas de los Convenios Internacionales. Estas materias son, para el orden social, por una parte, las controversias sobre relaciones colectivas de trabajo (Derecho Sindical), salvo lo previsto por la regla especial contenida en el artículo 36 de la Ley 10/1997, de transposición de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos (1994). Por otra, las situaciones litigiosas con un elemento de extranjería relativas a la protección social, éstas expresamente excluidas por el artículo 1.4 Convenio Bruselas (*vid. art. 25.3 LOPJ, STS 2-3-2000*).

Algo más complicado es el entendimiento recto del ámbito de aplicación de estos Convenios Internacionales, como prueba la continuidad de algunos fallos clamorosos del propio Tribunal Supremo. Ciertamente, ha quedado ya por fin perfectamente aclarada (ej. STS 7-7-1997), aunque ha costado bastante tiempo (SsTS 24-4-2000, para las relaciones individuales, 2-3-2000, para las relaciones de Seguridad Social), la diferencia entre «competencia judicial internacional» –denominación que parece ya definitivamente arraigada frente a la de «jurisdicción» internacional– y «norma aplicable». Pero no menos cierto es que el propio Tribunal Supremo, sigue evidenciando notables dificultades para delimitar el ámbito de aplicación de las normas internacionales que establecen las reglas reguladoras de aquel presupuesto procesal. Un claro ejemplo lo constituye la importante Sentencia del Tribunal Supremo 29-9-1998, rud n.º 4796/1997, que tras corregir un gravísimo «error de partida» de la doctrina de aplicación casada incurre en otro «error de partida» o previo a la resolución de la litis.

En esta sentencia se expone con meridiana claridad tanto el orden lógico de las cuestiones a plantear [primero, determinar si la jurisdicción española (*forum*) se extiende a conocer de la pretensión ejercitada por una trabajadora argentina que ha prestado sus servicios en la Embajada de España en Buenos Aires; segundo, identificar la norma sustantiva aplicable (*ius*)], cuanto la jerarquía de fuentes, recordando el carácter residual de las normas de Derecho Internacional Privado de origen estatal y la primacía de las normas internacionales (*vid. fj. 3, punto 2; más profundamente en el fj. 4, párrafo segundo*). Ahora bien, con no menos rotundidad, pero también con gran desacierto, entiende que, en el caso examinado, «donde se inmiscuye en la relación laboral *un elemento de extranjería argentina –ajeno al ámbito de aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano–, no existe Tratado, Convenio u otra norma internacional que establezca y reparta la competencia entre los órganos jurisdiccionales de los Estados soberanos. Ello quiere decir que la norma a considerar*

ha de ser la española, y ésta ha de buscarse en el (...) artículo 25, que, con toda claridad, establece la competencia –y, naturalmente, la previa jurisdicción– de los Tribunales españoles en el orden social, atendiendo a un triple criterio...».

Puesto que en este caso el punto de conexión se fija en relación con el Estado de Argentina, el Tribunal Supremo cree no incurrir en el vicio de *«imperialismo jurisdiccional»* que marcara el actuar de los Tribunales españoles antes de la LOPJ, según el mismo Alto Tribunal recuerda, porque ninguna limitación se habría establecido por vía de Derecho Internacional Convencional. Ahora bien, con este razonamiento, el Tribunal Supremo incurre en una mayúscula incoherencia que le lleva al error, pues olvida que el criterio para determinar el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas es el domicilio del demandado en el territorio de la Unión Europea, lo que sucede en este caso. En efecto, habiendo sido demandada la Administración del Estado Español, estamos ante una situación jurídico-internacional relevante para el Convenio de Bruselas, pues la identificación del lugar de trabajo con un país extracomunitario no excluye en absoluto la vinculación comunitaria, cuando el demandado está domiciliado, como el propio Tribunal Supremo reconoce, en un país comunitario.

No enmienda la gravedad del fallo de interpretación el que una y otra vía, la convencional internacional y la unilateral nacional, designen el mismo criterio general –*el lugar del domicilio del demandado*–, y por tanto se admita la competencia del Tribunal español. Que ambas normas ofrezcan el mismo «texto» no quiere decir que expresen la misma «regla», por cuanto ésta nunca se limita al puro enunciado legislativo, sino que es siempre el resultado de un complejo proceso interpretativo, por lo que estando ante normas de origen o procedencia y ámbito muy diferentes, es claro que los criterios interpretativos de una y otra son, o pueden ser, notablemente distintos. La equivocación no tiene, por tanto, un alcance meramente teórico o de rigor técnico sino también práctico, por lo que debería ser subsanado de inmediato ⁹.

Sin embargo, el legislador no parece dispuesto a darle facilidades a los jueces para madurar y perfeccionar las respuestas a las situaciones jurídico-laborales internacionales, en creciente ascenso. Junto al incremento de foros especiales para determinados supuestos transnacionales en el ámbito comunitario, nos encontramos con *un segundo proceso de modificación del sistema de fuentes regulador* de las cuestiones de competencia judicial internacional, en la medida en que el Convenio de Bruselas (CBr) –no así el Convenio de Lugano (CLu)– acaba de ser sustituido por un Reglamento Comunitario. Si puede aceptarse que esta norma propiamente comunitaria –el CBr sólo era Derecho Complementario– mantiene en lo sustancial los criterios o foros atributivos de competencia fijados en el CBr, también debemos ser conscientes de que introduce algunas novedades de interés, no sólo sistemáticas (autonomía de los criterios propios del contrato de trabajo) sino también reguladoras. Veámoslo brevemente.

1.2. La segunda modificación de fuentes: del Convenio de Bruselas al Reglamento Comunitario «Bruselas I».

El DOCE publicaba el 16-1-2001 el *Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, 22-12-2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mer-*

cantil. Este Reglamento, conocido como «Bruselas I», constituye una de las máximas expresiones de la nueva vitalidad que presenta, en el seno de la Unión Europea, la preocupación por reforzar la cooperación judicial en sus distintas manifestaciones, incluida claro está la «materia civil». La base competencial para su elaboración reside, al menos formalmente, en el artículo 65 TCE (libre circulación de personas), tras su revisión por el Tratado de Amsterdam, si bien en materia de conflicto de leyes tal precepto ha sido interpretado como base complementaria del artículo 95 (armonización de legislaciones).

Quizás lo más destacado de esta norma comunitaria es su efecto sustitutivo del CBr a partir de su entrada en vigor (1-3-2002), cuyas sucesivas versiones llevaban décadas de vigencia y habían generado un amplísimo cuerpo doctrinal y judicial, sobre cuya continuidad plena existen notables dudas, rompiendo igualmente el «paralelismo» con el CLu. La conversión de norma convencional en norma institucional, efecto inmediato de la inclusión como competencia comunitaria de la cooperación judicial en materia civil [arts. 61 c), 65 y 67 TCE], deja emerger inmediatamente una doble consecuencia. Por un lado, la pretensión de realizar una efectiva simplificación del modelo precedente, sin duda aquejado de excesiva complejidad y disparidad de criterios (razón de técnica jurídica). Por otro, la búsqueda de una mayor conexión del sistema normativo de resolución de situaciones privadas internacionales con la realización efectiva de las libertades comunitarias (razón de política jurídica).

El texto finalmente resultante deja muchos puntos oscuros que permiten cuestionar la eficacia de estos objetivos. Así, a mero título de ejemplo, cabe destacar que la nueva competencia comunitaria se encuentra limitada por los Protocolos relativos a la aplicación del Tratado en Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, de modo que si el Protocolo n.º 4 ha permitido que estos últimos se incorporen *de ipso* al Reglamento, el n.º 5, relativo a Dinamarca, no contempla tal posibilidad, por lo que para este país pervive el CBr. También se contempla una limitación a la competencia del TJCE, al reservar el planteamiento de cuestiones prejudiciales a los órganos jurisdiccionales que conocen en última instancia (art.68), con el consiguiente efecto dilatorio.

Desde una perspectiva más sustancial, igualmente conviene destacar, para evidenciar estas notables disfuncionalidades de redacción de la reforma, que las modificaciones sustanciales operadas respecto del CBr, aunque no constituyen la pauta general, evidencian un alejamiento de los debates previos suscitados para tratar de resolver las dificultades interpretativas suscitadas por el CBr. En este sentido, incluso la propia pervivencia del criterio de aplicación espacial, el del domicilio del demandado (considerando 11 y art. 2 Reglamento), puede plantear significativas dificultades, no sólo porque no ha sido posible sustituir el concepto formal de «domicilio» por el de «residencia habitual», como se pretendía, sino también porque ahora, ante la más estrecha conexión de esta regulación con las medidas a favor de un «correcto funcionamiento del mercado interior», se hace menos comprensible que extienda su ámbito aplicativo a supuestos que, *ratione loci*, se encuentran excluidos del juego de estas libertades circulatorias que constituyen el mercado (art. 14.2 TCE) ¹⁰.

En esta misma dirección de incoherencias, aunque ahora a partir de una modificación respecto del CBr, podemos citar la relativa al criterio de determinación del domicilio de las sociedades, donde es ilustrativo poner de relieve cómo la búsqueda de una definición autónoma para «incre-

mentar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción» (considerando 11), puede suscitar numerosos problemas al no ofrecer datos significativos en orden al carácter alternativo o subsidiario de los criterios que introduce –sede estatutaria, administración central, centro de la actividad principal–. Si el criterio de la alternatividad es el más coherente con una interpretación sistemática, el de la subsidiaridad es el exigido por una interpretación teleológica, por lo que de seguirse el primero, uno de los objetivos de la reforma peligraría gravísimamente: la multiplicación de los conflictos de jurisdicciones propios de la aplicación de las normas tradicionales de Derecho Internacional Privado ¹¹.

La incertidumbre y la complejidad, sobre fuentes, regímenes, condiciones y procedimientos están servidas, no obstante las pretensiones contrarias buscadas con este proceso de transformación normativa (institucionalización o comunitarización del sistema de ordenación de los conflictos de jurisdicciones). Además, ni se ha acabado con las deficiencias técnicas del CBr, pese a las múltiples propuestas disponibles al respecto, ni se ha conseguido una regulación coherente con los principios de integración jurídico-privada perseguida, dominando más los intereses políticos y sociales. No obstante, la clara consciencia de los objetivos fundamentales perseguidos con este proceso de conversión normativa debe proyectarse en la «fuente interpretativa», que debe apurar todas sus posibilidades para introducir la necesaria racionalización y efectividad, impulsando las lecturas que reafirmen estos objetivos y limitando aquellas que tengan el efecto inverso ¹².

Desentrañar y racionalizar todas estas cuestiones excede con mucho este trabajo. Sin duda requerirá el esfuerzo venidero de múltiples cultivadores del Derecho Internacional Privado. Por eso, aquí tan sólo podemos detenemos mínimamente en destacar el significado y alcance de esta nueva transición para las reglas de competencia en materia de relaciones de trabajo con elementos de extranjería.

A tal fin, lo más reseñable es que por vez primera la determinación de los foros de competencia en el ámbito del contrato individual de trabajo adquieren, al menos en el plano sistemático, una autonomía propia, de la que había carecido por completo en el CBr hasta que fue modificado para recibir una elaborada, aunque contradictoria, jurisprudencia del TJCE (ej. Ss. 26-5-1982, Caso Ivenel; 15-1-1987, Caso Shenavai v. Kreidcher; 15-2-1989, Caso Société Six Constructions). Sin embargo, tampoco después de esta recepción legislativa de una cierta especialidad de la «materia laboral» respecto de la «materia civil» la ordenación podía considerarse satisfactoria, hasta el punto que un autorizado sector doctrinal ilustra esta reforma como un ejemplo emblemático de *«modificación "retrospectiva e individualizada", que en cuanto revela una "escasa reflexión prospectiva" constituye una técnica de reforma "errónea"»* ¹³.

Pues bien, aunque sin pretender en principio una reforma sustancial en sus contenidos, el Reglamento ha introducido una nueva Sección, la 5.^a (arts. 18 a 21), dentro del Capítulo II, que ordena y sistematiza las disposiciones relativas a la competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo, anteriormente dispersas en diversos preceptos del CBr (arts. 5.1.º y 17.VI). Esta configuración autónoma, inmediateamente precedida de los foros especiales en materia de contratos de consumo, parecería respetar mejor el particularismo de la regulación laboral, tanto en el plano conceptual –separación de la regulación laboral sustantiva de la legislación civil en la práctica tota-

lidad de los Derechos de los Estados miembros, con alguna excepción notable, como por ejemplo Italia-, como en el plano de los principios, en la medida en que, como en materia de seguros o de consumo, el principio tuitivo o protector debe jugar un papel especial o singular. Al mismo tiempo, se sigue una opción metodológica y de política legislativa análoga a las contenidas en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980).

La sustancial continuidad reguladora no puede llevar a infravalorar la novedad, bien inmediata bien en vía interpretativa, que acompaña a algunos elementos de esta reordenación. La eficacia de las cláusulas de elección de fuero (art. 21) mantiene los criterios contenidos en el sustituido artículo 17 VI del CBr, autorizando sólo los posteriores al nacimiento del litigio o los que ofrezcan únicamente al trabajador un foro alternativo a los previstos como foros especiales (*vid.* STS 24-4-2000). El Reglamento pretende clarificar las distintas opciones procesales de trabajador y empresario, a través de dos preceptos que persiguen maximizar la protección del trabajador a través de una doble vía ¹⁴:

- a) Activa: ampliación de las posibilidades de demandar al empresario por parte del trabajador, incorporando a los habituales del domicilio (foro general) o especial del lugar habitual de prestación de servicios (*forum loci laboris*), el criterio del último lugar de prestación laboral, así como el criterio del establecimiento que hubiese «empleado» al trabajador, más amplio sin duda que el término «contratado», especialmente en un momento en el que proliferan las relaciones laborales de hecho como consecuencia de fenómenos de triangularización o descentralización (exteriorización u *outsourcing*) (SsTJCE 13-7-1993, Caso Mulox IBC; 9-1-1997, Caso Rutten v. Cross Medical).
- b) Pasiva: evitando la posibilidad que ofrecía el artículo 5.1 CBr en orden a permitir demandas contra él en el lugar habitual del trabajo, obligando a plantearlas en el lugar del domicilio del trabajador, sin perjuicio de su derecho a reconvenir ante el Tribunal en que haya sido demandado (art. 19), por lo que el empresario carecería en realidad de foro especial ¹⁵.

Por su parte, el artículo 18.1 determina la concurrencia de los foros especiales con el foro del artículo 4 (lugar del domicilio del demandado) y con el polémico artículo 5.5 (litigios relativos a la explotación de sucursales, agencia o cualquier otro establecimiento). Este último precepto abre nuevas posibilidades de demanda a las antes referidas, pero sólo es aplicable cuando el empresario se encuentre domiciliado en un Estado miembro, lo que vuelve a intensificar el problema relativo a la identificación del «auténtico empresario». La dimensión tuitiva de esta regulación se evidencia de nuevo en la previsión del artículo 18.2.º, a tenor del cual, para evitar la inaplicación de los supuestos específicos del artículo 5.5.º en los casos en los que un contrato de trabajo se vincule a la explotación de una agencia pero el empresario esté domiciliado fuera de la Comunidad, se considera que el empresario tiene su domicilio en el Estado miembro en el que radica la sucursal, agencia o establecimiento secundario.

El *fuero de elección o sumisión expresa* ha experimentado una modificación significativa en el Reglamento de Bruselas I, mientras que la regulación de la sumisión tácita contenida en el CBr (art. 18) se reproduce en su integridad por el Reglamento (art. 24), haciendo caso omiso a algunas

propuestas de reforma. La principal novedad que presenta el foro de elección radica en su entendimiento como si fuera un «foro exclusivo», con la consiguiente aplicación con independencia del domicilio del demandado –foro general–, tal y como recoge expresamente el artículo 4.1, si bien esto no significa reconocer preeminencia a los acuerdos de elección de fuero (art. 23) sobre los foros exclusivos en sentido estricto (art. 22), que impiden tal posibilidad de elección. La nueva calificación, aunque no exenta de críticas por los riesgos de confusión que genera –ej. entre «foros exclusivos» y «foros únicos»¹⁶–, puede tener efectos prácticos importantes.

Así, durante la vigencia del CBr, la posibilidad de ejercer un control de oficio de la competencia judicial internacional en caso de fueros de sumisión expresa a los Tribunales de otro Estado miembro, localizándose en un Estado miembro sólo el domicilio del demandante –no así cuando el demandado tuviese su domicilio en un Estado miembro y no compareciera (anterior art. 20 CBr, art. 26 Reglamento–, suscitaba múltiples dificultades para su ejercicio en la práctica (arts. 19 y 20). Puesto que en caso de foros exclusivos tal control sí funcionaba, podría entenderse ahora que esta posibilidad se reconoce también para los foros de elección (art. 23). Sin embargo, el artículo 25 del Reglamento reduce tal control a los foros exclusivos en sentido estricto. Las críticas vertidas ante tal deficiencia en el período de vigencia del CBr ahora se radicalizarían, no sólo porque los intereses del comercio internacional afectados son las del propio mercado único, sino porque se ha producido un cambio de configuración del foro, que ahora sería tratado como exclusivo.

Consecuentemente, el cambio es más formal que real. No sólo se trata de una elección derogable por la voluntad de las partes, mediante una posterior sumisión tácita, lo que no cabe con los foros exclusivos *ex* artículo 22, sino que cabe pacto en contrario (art. 23), por lo que se admiten cláusulas de elección facultativas a favor de una o ambas partes –lo que justifica la desaparición del penúltimo párrafo del art. 17 CBr–, que no impide la concurrencia del foro general del domicilio del demandado o de los foros especiales.

Además de la nueva estructuración formal que implica la ubicación de la regla sobre elección de fuero en los contratos individuales de trabajo –que pasa del art. 23 del Reglamento (último párrafo del art. 17 del CBr) a una nueva sección específica (arts. 18-21)–, la nueva regulación introduce una novedad en orden a las condiciones de validez formal del acuerdo de elección de fuero, consistente en considerar cumplido el requisito formal de escrito cuando se realiza una transmisión por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo –expresa la actualidad del comercio electrónico, en línea con el art. 1.10 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales¹⁷–.

Por lo que se refiere a sus relaciones con otros Convenios, hay que tener en cuenta que *no afecta ni a la aplicación del Convenio de Lugano* de 1988 (si bien las diferencias de contenido introducidas en el Reglamento «Bruselas I» implican una desviación del «paralelismo» tradicional, con la consiguiente divergencia negativa en el tratamiento europeo de la competencia judicial internacional más allá de las fronteras comunitarias), *ni a las reglas especiales*. Así, el Reglamento mantiene su compatibilidad, y la consecuente prevalencia, de las normas sobre materias particulares recogidas en otros actos de carácter institucional, en virtud del criterio de especialidad (art. 67 del Reglamento, anterior art. 57.3 CBr).

Un claro ejemplo nos lo suministra la regla especial de competencia judicial internacional contenida en el artículo 6 de la Directiva 96/71 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-12, sobre desplazamientos de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios, que luego veremos. En cualquier caso, es claro que el carácter residual de las reglas de competencia judicial internacional –y de reconocimiento de decisiones– del sistema autónomo, con excepción de las contenidas en actos de transposición de Directivas Comunitarias (art. 67), se mantiene inmodificado (art. 4), por lo que las reglas del Reglamento prevalecen sobre las disposiciones de la LOPJ y la LEC, así como de la Ley programada sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

2. El tratamiento procesal de la competencia judicial internacional.

2.1. El problema del control de oficio.

Ya hemos visto cómo, pese a configurarse como un presupuesto procesal, la anterior LEC no contenía regla alguna al respecto. Esta laguna legal, que en todo caso ha de interpretarse conforme a la regulación internacional hoy vigente, habría intentando cubrirse con la nueva LEC. En este sentido, el artículo 38 establece los supuestos en que los tribunales españoles civiles habrán de apreciar de oficio la falta de competencia internacional, para lo que remite a lo previsto en el artículo 36.2 LEC:

- Sujetos protegidos con inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público (art. 36.2.1.ª LEC, art. 21.2 LOPJ);
- Competencias exclusivas determinadas mediante Convenio Internacional (art. 36.2.1.ª LEC; art. 16 CBr –hoy art. 22 Reglamento Bruselas I–);
- La falta de sumisión tácita por incomparecencia del demandado debidamente emplazado.

A diferencia de lo que afirmamos respecto a las reglas de fijación de la competencia judicial internacional, cabe entender aplicable supletoriamente lo previsto en esta nueva regulación en virtud de la cláusula de supletoriedad, pues la existencia de una laguna en la LPL puede perfectamente cubrirse con esta remisión sin que exista contradicción con los principios del proceso laboral. Cuestión distinta es si, dados los particularismos o existentes notables especialidades en este ámbito procesal respecto al civil, es posible abrir la vía para un control de oficio de otros foros configurados como exclusivos aunque no tratados propiamente como tales, como el de elección de fuero, cuya problemática ya hemos suscitado.

En cambio, por lo que se refiere al momento en el que debe apreciarse de oficio tal incompetencia se ha entendido que no es aplicable el artículo 38 LEC, que obliga a declararla tan pronto como sea advertida, incluso *in limine litis*, salvo en el tercer supuesto, que exige un emplazamiento en forma del demandado. El control de oficio en el proceso laboral internacional deberá hacerse con-

forme a lo previsto en el artículo 5.1 LPL, en virtud del cual la falta de competencia podrá constatare una vez presentada la demanda o, incluso, en el mismo momento de dictar sentencia, siendo éste el único momento válido para apreciar la concurrencia del tercer supuesto que habilita el control de oficio. Aunque no haya previsión legislativa expresa, se ha entendido que la posibilidad de control de oficio se extiende también al trámite de recurso, con la consiguiente nulidad de las actuaciones precedentes (art. 238.1 LOPJ) ¹⁸.

Del mismo modo, y por razones análogas, se descarta la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 38 LEC a favor del régimen recogido en el artículo 5.3 LPL (audiencia a las partes y al MF por plazo común de 3 días). En cambio, sí es aplicable, a falta de regulación expresa, el procedimiento previsto en el artículo 48.3 LEC para la apreciación de oficio de la competencia en trámite de recurso. La forma de resolución en el proceso laboral será, pues, la de Auto o Sentencia, según el momento en que se aprecie –en el proceso civil sólo cabe Auto–. Ni en un ámbito ni en otro cabe determinar por el Juez español que aprecie su incompetencia la determinación del Juez competente (STCo. 61/2000).

2.2. *El control a instancia de parte.*

La nueva LEC da igualmente respuesta a la otra vía de control de la competencia internacional de los Tribunales, la instada de parte, que asimismo carecía de regulación legal expresa en la regulación procesal civil anterior. La vía seleccionada por el artículo 39 LEC es la «excepción declinatoria», cuyo régimen está en los artículos 63-65. Éste es el único instrumento establecido a tal fin, configurándose como una cuestión incidental de previo pronunciamiento, con efectos suspensivos del proceso (art. 64.2 LEC), debiendo ser denunciada por el demandado mediante escrito presentado en los 10 primeros días del plazo para contestar a la demanda.

En el proceso laboral, sin embargo, no se admite tal posibilidad, por lo que la declinatoria no es instrumento adecuado para denunciar la falta de competencia internacional, por lo que la excepción habrá de alegarse en los términos del artículo 85.2 LPL. En este sentido, debe recordarse que la denuncia por el demandado de los presupuestos del proceso relativos al órgano jurisdiccional se realiza verbalmente en el acto del juicio al contestar a la demanda, alegando la correspondiente excepción. El juez resolverá al respecto en su sentencia, si bien de forma previa y sin suspensión del curso de los Autos, según exigencia de los principios propios del proceso laboral (oralidad, intermediación, concentración y celeridad). Demandante y demandado cuentan con una amplia capacidad para la proposición de medios de prueba en orden a cuestionar o mantener la competencia, sin circunscribirse a la prueba documental, como sí sucede en el proceso civil, y teniendo igualmente en cuenta las mayores facultades de intervención en el proceso del juez laboral, lo que es relevante, como veremos, a los efectos de dilucidar el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero, tercera fase, en su caso, del proceso laboral internacional (primero determinación de la competencia, luego selección de la norma aplicable y, finalmente, aplicación del Derecho extranjero si es el ordenamiento aplicable de conformidad con las normas de conflicto –y las normas imperativas del foro, así como eventualmente la excepción de orden público–).

3. Reglas especiales: el foro de competencia internacional en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

Como hemos visto, una regla usual para determinar la competencia internacional en situaciones individuales de trabajo es la que remite a la ley del lugar habitual de trabajo [art. 19.2 a) del Reglamento 44/2001]. Hemos visto igualmente, sin embargo, que el trabajador, a diferencia del empresario, goza de una amplia gama de foros especiales para poder seleccionar el Tribunal que más le convenga. Para determinados supuestos, como sucede en los cada vez más frecuentes desplazamientos temporales transnacionales («movilidad geográfica en el empleo»), su aplicación puede venir fuertemente condicionada por reglas especiales: el foro del lugar de empleo temporal –*lex loci temporalis*– (Directiva 96/71/CE, 16-12, art. 6; art. 16 Ley 45/1999).

No es nuestra pretensión realizar un análisis detenido de los múltiples problemas que esta regulación está suscitando, como prueba entre otros datos la frecuencia de pronunciamientos del TJCE (ej. Sents. 24-1-2002, C-164/1999, Caso Portugaia Construções, 7-2-2002, C-279/00, Asunto Comisión v. Italia). Aquí bastará con recordar, con carácter general, el ambivalente y equívoco alcance que esta regulación tiene, lo que no puede dejar de proyectarse en las diferentes normas que contiene, incluida la regla que fija un «foro especial» de competencia judicial internacional. A nuestro juicio, esta «especialidad» se revela ahora más pretendida que real, pues no se aparta de las posibilidades interpretativas que ofrece el lugar habitual de trabajo. En este sentido, debe recordarse que el TJCE interpretó el «lugar habitual» como el «lugar efectivo» de actividad (Sent. 9-1-1997, *cit.*), por lo que en estos casos de movilidad transnacional bien pudiera pensarse en una identificación del lugar habitual con el lugar al que es desplazado, por lo que ni siquiera sería necesario acudir a las reglas subsidiarias recogidas en el actual artículo 19 del Reglamento Bruselas I (anterior art. 5, par. 1.º CBr)¹⁹.

IV. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE, EN ESPECIAL EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES

Una vez resuelta la cuestión relativa a la competencia judicial internacional, si los Tribunales españoles resultaran competentes, vendrían obligados a determinar, conforme al sistema de fuentes vigente, el Derecho efectivamente aplicable al caso, que puede ser tanto el español (*lex fori*) o un ordenamiento extranjero. Para esta segunda fase del proceso de selección y aplicación de la norma, los Tribunales Laborales están igualmente sujetos a la primacía de las normas internacionales existentes en esta materia.

A este respecto, es sabido que el Convenio de Roma (CR), firmado en 1980, contemplaba desde sus orígenes, a diferencia del CBr, una normativa especial para los contratos de trabajo. Así, y aunque también respecto de esta cuestión ha habido notorias incertidumbres y fuertes resistencias judiciales, se acepta hoy plenamente que el artículo 6 CR, como norma de aplicación general, desplaza para la mayor parte de los supuestos al artículo 10.6 del Código Civil y al artículo 1.4 LET, precepto este que habría nacido, justamente, para desplazar en el ámbito laboral la norma civil. El

artículo 6 CR introducía, pues, una norma especial de conflicto de leyes que, corriendo los efectos perniciosos que pudieran derivarse de la aplicación de la regla liberalizadora del artículo 3 CR (primacía de la ley elegida por las partes), descarta la aplicación de cualquier otra norma correctora de carácter unilateral, como la que representa el artículo 1.4 LET.

Por eso, aunque también se aceptan en este ámbito cláusulas de elección de ley, la vigencia de la regla procedente de la autonomía conflictual está sometida a determinadas condiciones, de carácter eminentemente formal o procedimental (art. 3 CR) y restricciones de carácter material o sustancial: aplicación en todo caso de las normas imperativas del ordenamiento jurídico rector del contrato a falta de elección (*lex loci laboris*), así como del país del foro. Nos encontramos con una típica norma que garantiza un estatuto de «orden público laboral» en sentido lato mínimo o indisponible. Se cerraría, de esta manera, el sistema de reglas del Derecho Internacional Privado del Trabajo orientadas a tutelar al trabajador frente al «credo liberal» de la libre iniciativa de las partes²⁰.

Aunque la regla *lex locis laboris* tiene una vocación de generalidad en el ámbito laboral, a pesar de su configuración formal como subsidiaria, no es la única. Así, junto a la regla de la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador (*lex loci delegationis*), criterio subsidiario y particular (ej. trabajos itinerantes o trabajadores móviles), encontramos también una regla que, formalmente excepcional, ofrece amplias posibilidades para una interpretación flexible y abierta: la Ley del Estado que presenta los «vínculos más estrechos» con el contrato de trabajo. Su aplicación no sólo precisa la falta de elección de ley sino también la imposibilidad de identificar el lugar de prestación habitual de trabajo, o la constatación de un significado secundario en el caso concreto, de modo que son otros lazos o conexiones que las que se muestran más relevantes, de ahí su carácter de «regla de conflicto abierta»²¹.

Dos serían, pues, los supuestos de aplicación de la norma interna fijada en el artículo 1.4 LET: formalmente, en situaciones de derecho transitorio –vg. Contratos firmados antes de 1-9-1993–, materialmente, cuando la ley española sea la que presenta los vínculos más estrechos con el contrato (ej. empleados al servicio de AA.PP. españolas en el extranjero). No obstante, es sabido que la jurisprudencia española ha hecho, por lo general, aunque no de forma lineal, una interpretación extensiva del artículo 1.4, invocándolo incluso preferentemente respecto del artículo 6.2 b) *in fine* CR.

Aunque son muchos los problemas aplicativos que suscita el CR, aquí nos limitaremos a describir la actual dinámica aplicativa de su artículo 6, que expresa un proceso de selección de la norma aplicable determinado por la necesidad de realizar un juicio comparativo entre distintas normas, de eficacia territorial diferente, que permita identificar no sólo las «normas imperativas» sino también la «norma más favorable». En este sentido, debe destacarse, por la importancia que tiene para resolver algunos casos recientes mal planteados y, por tanto, mal resueltos por el Tribunal Supremo (ej. Sent. 22-5-2001), que la determinación del régimen jurídico del contrato de trabajo internacional exige siempre tener en cuenta las normas imperativas, independientemente de cuál sea el ordenamiento aplicable en virtud de la solución dada por la norma de conflicto.

Igualmente conviene evidenciar que hoy el concepto de norma imperativa evoluciona en un sentido restrictivo, en la misma línea relativizadora del concepto funcionalmente próximo pero téc-

nicamente diferente de orden público, de modo que normas antes consideradas como tales ahora no lo son ²². En todo caso, y a diferencia de la solución alcanzada por la jurisprudencia en el ámbito nacional para determinar la norma más favorable entre varias convencionales en juego, se ha aceptado en el ámbito internacional que la búsqueda de los criterios más adecuados podría llevar al fraccionamiento del contrato (art. 3.2 CR), aplicándose la norma elegida en lo que le favorezca y la norma imperativa en lo que tenga de mayor protección (técnica de espiguelo) ²³.

Esta razón protectora estaría en la base de una regla especial por ministerio de la ley, comunitaria primero, estatal de transposición después, como es la que recoge la Ley 45/1999 sobre desplazamientos temporales en el marco de una prestación transnacional de servicios: *lex loci temporalis* (art. 3). No obstante, de nuevo conviene denunciar, como hicimos respecto del foro pretendidamente especial, un error generalizado de comprensión del significado y alcance de esta regla. Pese a la apariencia legalmente creada respecto a la reclamación de la ley del lugar de acogida como presunta excepción a la ley del lugar habitual de trabajo, no estaríamos más que ante una manifestación moderna del juego de la norma más favorable como técnica para determinar la ley efectivamente aplicable.

La libertad de prestación de servicios encuentra así un límite por razones de protección social –además de por razones de protección de los mercados de trabajo nacionales–, de modo que la aplicación del Derecho del país de empleo durante el desplazamiento conlleva un incremento de los costes de la mano de obra para el empresario que ejerce tal libertad, con la consiguiente pérdida de su «ventaja competitiva». Esta pérdida se produce bien porque, tratándose de un país con un nivel de protección socio-laboral superior al país de origen o de establecimiento de la empresa, deberá afrontar unas condiciones superiores a las que rigen en su mercado, bien porque, en caso de concurrir a un mercado con condiciones socio-laborales inferiores, no podrá aprovechar en su beneficio esta diferencia. No obstante su fundamento jurídico, el estímulo de la libre prestación de servicios, su razón de ser es justamente la contraria, limitar el ejercicio de esta libertad, tanto en aras de una mayor protección de los trabajadores provenientes de países con menores garantías (razón social) cuanto en atención a la protección de la capacidad competitiva del mercado nacional (razón económica «nacionalista»).

Precisamente, para intentar llegar a un, difícil, equilibrio entre las exigencias de la ley de destino (protección de orden público) y la ley de origen (fomento de la libertad de prestación de servicios), la Directiva no ha pretendido propiamente a que se «aplique» la ley del Estado de acogida. En realidad, lo que ha hecho es garantizar determinadas condiciones a los trabajadores desplazados. La expresión «garantizar» significa aquí acudir más bien a una técnica de remisión material que a una auténtica remisión conflictual al ordenamiento del lugar en donde temporalmente se realiza la actividad. Tal remisión material consiste en tomar de dicho ordenamiento la regulación de determinadas cuestiones, para, a través de la comparación de las soluciones que otorga el sistema jurídico que rige el contrato, otorgar la respuesta final más favorable para el trabajador.

Nuevamente, evidenciamos el juego correcto de las normas de Derecho Internacional Privado en el ámbito del contrato de trabajo, ahora por imperativo comunitario, para poner de relieve argumentos que nos servirán en la última parte de este trabajo, en la que criticaremos abiertamente otro de los grandes problemas de los Jueces Laborales para hacer una recta aplicación del sistema de fuen-

tes. En este sentido, el Juez Laboral está obligado por la propia dinámica de funcionamiento del sistema normativo a no realizar aplicaciones mecánicas o incondicionadas de las soluciones alcanzadas por vía conflictual, de modo que no debe interpretar aisladamente los preceptos de las normas internacionales sino de forma sistemática y teleológica. El juego a estos efectos de derechos fundamentales, como el artículo 24 Constitución Española, será definitivo para desterrar esa aplicación mecanicista, a pesar de las resistencias de la jurisprudencia laboral (ej. STS 22-5-2001).

V. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR EL JUEZ LABORAL: PROBLEMAS DE PRUEBA Y VIGENCIA

1. Planteamiento previo: el problema de la (pérdida de) especificidad del proceso laboral respecto del proceso civil.

Ciertamente, no es éste el momento ni el lugar para realizar un análisis detenido de las relaciones actualmente existente entre la ordenación del proceso civil y la del proceso laboral, al objeto de analizar la resistencia de los particularismos o especialidades de éste respecto de la nueva vocación expansiva o imperialista del primero, cuya ambición se proclama de forma pomposa en la no poco autocomplaciente EM. Sabido es que han proliferado en este escaso período de vigencia de la LEC los artículos y monografías que tratan de dar cuenta de estos efectos, incluso en la línea de promover una reforma del proceso, pese a lo cual entendemos que es todavía mucho el camino que queda por recorrer. La próxima entrada en vigor de la Ley concursal en la que, si alguien no lo remedia, asistiremos a la eliminación, por lo que parece de algunos elementos específicos del orden laboral (ej. el llamado «privilegio de ejecución separada») evidencia un último paso de lo que quizás cabría catalogar como campaña de «*acoso y derribo*» de la especialidad del proceso laboral, con lo que los iusprocesalistas parecerían haberse tomado cumplida «revancha».

Entrando en algún ejemplo muy conocido –y por supuesto sin detenernos mucho tampoco en esto porque escapa en exceso de nuestro tema–, que traemos a colación a título de *excursus* ilustrativo, puede recordarse la reciente polémica doctrinal y judicial en torno al sistema vigente de presentación de escritos ante los Juzgados y Tribunales, que regula la Ley procesal en su artículo 45 y la LEC en el artículo 135.1. En un reducido período de tiempo hemos asistido a un aluvión de comentarios y decisiones judiciales que han mantenido posiciones diferentes, incluso algunos Tribunales Superiores han rectificado su doctrina, adoptando posiciones muy distintas (ej. SsTTSSJ Cataluña 27-3-2001, recurso 4332/2000, citado en Sala General; Castilla-León/Valladolid, 24-4-2001, rec. 581/2001; Galicia, en Sala General, 19-5-2001, rec.19/2001).

En este sentido, para unos se mantiene la aplicación del artículo 45 LPL y no la del artículo 135.1 LEC; otros niegan la pervivencia del artículo 45, que se aplica lo dispuesto en la LEC, y finalmente, se entiende que ambos sistemas son plenamente compatibles. Ésta es, precisamente, la doctrina «unificada» por el Tribunal Supremo, que parte de que no hay ni derogación expresa ni tácita, pues no

es contrario ni incompatible con lo dispuesto en el artículo 45. Estaríamos, en realidad, ante distintos sistemas de presentación de escritos, no se excluyen ni se enfrentan, sino que conviven, ya que aquel artículo completa lo dispuesto en el artículo 45 en cuanto favorece el principio *pro actione*, inscrito en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución, al establecer un nuevo modo o sistema de presentación de escritos, no previsto en la LPL (*vid.* Auto TS 18-7-2001, ar. 7015; 17-7-2001, ar. 6338).

La diversidad de argumentos y posiciones puede verse cumplidamente en estas resoluciones y en algunos de estos comentarios. No es nuestra intención mediar en esta polémica que, en gran medida, ha quedado ya zanjada desde un punto de vista práctico. Aquí sólo pretendemos poner de relieve, o mejor, evidenciar que esta solución, marcadamente «salomónica», con sus pros y con sus contras, responde más que a una opción técnica suficientemente sólida a la toma de posición respecto de un conflicto latente entre los procesalistas iuscivilistas y los iuslaboralistas. En efecto, creemos que tras este tipo de respuesta se esconde el temor a una influencia extrema de la LEC sobre el ámbito, cada vez más mermado, de especialidad de la LPL, por lo que el Tribunal Supremo, con una posición previa («prejuicio»), se ha visto obligado a hacer «encaje de bolillos» para mantener a toda costa una regulación que, paradójicamente, se considera menos garantista respecto al artículo 24 de la Constitución Española que la nuevamente propuesta. Por lo tanto, aun al precio de elevar la complejidad aplicativa del ordenamiento procesal laboral se ha resistido a una derogación tácita que, por contrapartida, hubiera supuesto una nueva sumisión del proceso laboral al proceso civil.

Con carácter general, antes de la entrada en vigor de la LEC, se venía entendiendo que la reforma procesal operada en 1990 –con las modificaciones de 1995, intrascendentes a estos efectos– significó una notable consolidación de la especificidad del proceso laboral respecto del proceso civil²⁴. Nadie, ni siquiera los procesalistas iuscivilistas, resignados por imperativo legal y práctico a esta pérdida de «territorios», parecía dudar de la continuidad de la idea de un proceso de trabajo «diferenciado y propio», dotado de rasgos específicos que modalizan, atenúan o invierten algunos de los principios y reglas básicos del proceso civil, fundamentalmente el principio dispositivo.

Más aún, la plena recepción de los principios y derechos constitucionales, interpretados con generosidad por el Tribunal Constitucional, ahondaría la brecha de la autonomía desde una relectura del artículo 24 de la Constitución Española –garantía no sólo de tutela judicial sino de su efectividad– a la luz del imperativo del Estado Social de Derecho. Precisamente, una de sus manifestaciones más relevantes, además de la relativa a la concesión por vía legal de diferentes «facilidades» procesales en atención a la desigual posición jurídica del trabajador, sería el reforzamiento de la intervención activa del Juez en todas las fases del proceso (ej. deber del juez de advertir a las partes de eventuales defectos u omisiones; concesión de un amplio poder de utilizar cuantos medios de prueba precise...), revigorizando aquella «idea moderna» del juez dotado de amplios poderes de dirección en busca de la «verdad material», con absoluto repudio a todo lo que pueda sonar a «formalismo innecesario» (EM LBPL)²⁵.

En este contexto normativo y «político-jurídico» que podemos calificar de optimismo «autonomista» la crítica, cierta, a esta regulación por su consabida parquedad y dispersión en la ordenación el régimen de prueba no se planteaba en modo alguno para propiciar una mayor incidencia de

la regulación civil, por vía de supletoriedad. Al contrario, si se reprochaba algo a la LPL/1990 en este punto era precisamente que no hubiese dado «pasos más decisivos a favor de reducir la aplicación supletoria de la LEC (...). En todo caso, las especificidades reguladoras de la LPL, y los principios que la sustentan, hacen que sea en general imposible una aplicación puramente literal de lo previsto en materia de... prueba en la LEC»²⁶.

Muy diferente parece ser la situación tras la promulgación y entrada en vigor de la nueva LEC. Su varias veces referida *vis atractiva* o ambición expansionista («imperialismo normativo») se proyecta igualmente, al sentir mayoritario de los autores, incluidos los iuslaboralistas, que ahora serían los «resignados» en la cuestión probatoria. Así, en un ambiente por lo general –que por supuesto no excluye críticos– favorable a resaltar las bondades de la nueva ley procesal civil, en detrimento de los procesos especiales como el laboral, no sólo se subraya la aplicabilidad de este nuevo régimen jurídico al proceso laboral, sino que incluso se llega a afirmar que las mayores facultades de intervención judicial reconocidas en la LEC, si «inconvenientes y difíciles de instrumentar» en el proceso civil, en el proceso laboral «resultan impracticables»²⁷.

Las debilidades que técnicamente presenta esta interpretación valoradas globalmente se tornan en inconsistencias si se aplican a determinados «casos especiales», como puede ser, aunque no sólo, la prueba del Derecho extranjero en el proceso laboral (al menos en determinados supuestos igualmente específicos, como por ejemplo, aunque tampoco sea el único, la modalidad de despido). Traemos a colación esta modalidad no sólo por su centralidad teórica y normativa, sino porque ha sido la que ha planteado más litigiosidad, aunque los problemas de prueba del Derecho de extranjero se pueden plantear, y de hecho se han planteado, respecto de otras pretensiones, como ya se dijo (ej. STCo. 155/2001, relativa a reclamación de cantidad). Si bien cada una de estas situaciones tiene sus peculiaridades, que podrían exigir matizaciones de las respuestas, algunas de las cuales serán aquí expuestas, las reflexiones que siguen a continuación pueden tener un alcance que va más allá del problema de prueba del Derecho extranjero aplicable a un despido con elemento de extranjería.

Sin perjuicio del análisis más detenido que se realizará al estudiar con cierta profundidad el significado y alcance del nuevo artículo 281.2 LEC, texto base para resolver los problemas del tipo aquí planteados, estamos convencidos, y pretendemos acreditar, que la LEC no sólo no impide una lectura adaptadora o modalizadora de sus principios y reglas cuando se aplique a situaciones especiales, como son las laborales a estos efectos, sino que incluso exige esta recreación. En este sentido, a nuestro juicio, cuando se afirma que las facultades que la LEC concede al juez para acordar de oficio la práctica de pruebas o aportación de documentos adicionales han de utilizarse «con cautela para no romper el principio de aportación de parte y preservar la imparcialidad judicial que puede perturbarse por el protagonismo del juez en la prueba»²⁸, no se está expresando un juicio inexcusablemente deducible de la ley vigente, sino que en realidad se expresa un «prejuicio» que responde a una regulación y práctica tradicionales, pero que ni es la única lectura de la Ley ni es la valoración más adaptada a la LEC, que rechaza expresamente el principio de justicia rogada cuando la Ley y la lógica jurídica así lo exijan (art. 216 *in fine*).

Pero si no fuera suficiente para expresar este relanzamiento de la concepción del juez activo, que tiene múltiples confirmaciones en la LEC y por supuesto en la LPL, debe repararse en la con-

firmación del artículo 217.6 LEC. Aunque no faltan las lecturas neutralizadoras y devaluadoras del significado y alcance corrector o, mejor, reequilibrador de las posiciones probatorias de las partes que asume este precepto, naturalmente en los «casos especiales»²⁹ –no propiamente excepcionales– en los que las concretas circunstancias así lo reclamen, parece difícil no ver en él la fijación legislativa de un criterio alternativo a la regla general, que reduce los excesos formalistas o rigoristas derivados de ella, formulando lo que puede ser considerado a nuestro juicio como un auténtico principio jurídico general de «atenuación» o facilitación de la carga de la prueba, tal y como ya revelan ciertas decisiones judiciales, hasta ahora consideradas aisladamente.

Si estas nuevas reglas legislativas se evidencian con meridiana claridad en el proceso civil, más sometido a los imperativos que derivan de un entendimiento razonable y equilibrado, conforme a las exigencias del artículo 24 de la Constitución Española, aplicable a todos los ámbitos jurisdiccionales sin excepciones, del principio rogatorio, no parece dudoso que estas reglas deban alcanzar su máxima expresión (como tales principios no como puras excepciones) en un proceso asentado normativa y socialmente sobre un acusado protagonismo del Juez. La inmodificación formal de estas cuestiones tal y como se regulan, aunque deficientemente, en el proceso laboral, y el mantenimiento expreso de un instrumento que confirma tal regla del «juez activo» también en materia probatoria, como son las diligencias para mejor proveer, frente a su derogación en la LEC y sustitución por las ciertamente más restrictivas «diligencias finales» (arts. 435-436), no parecen dejar lugar a dudas, sin que pueda enfrentarse a este argumento pretendidas, y en todo caso ambiguas o no lineales, exigencias prácticas. A tenor del artículo 88 LPL el juez tiene plenos poderes para acordar la práctica de cuantas pruebas estima necesarias, para cuyo ejercicio deberá mantenerse en el respeto a la ley y al Derecho, pero no a pretendidas exigencias de interpretación restrictiva.

Pues bien, creemos que esta discusión de fondo es la que está presente en el problema relativo a la aplicación del Derecho de extranjero por los Jueces Laborales españoles, en particular en lo que respecta a dos cuestiones básicas: cuál es su régimen de prueba, hoy recogido en el artículo 281.2 LEC, sin que haya norma expresa a efectos laborales, lo que reclamaría la aplicación supletoria, y por tanto a quién perjudica la falta de acreditación de este Derecho, por un lado y, por otro, qué vías existen en el sistema de fuentes para impedir la aplicación del Derecho extranjero cuando resulta, al menos aparentemente, menos favorable que el Derecho español.

En este sentido, ya hemos indicado cómo la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo evidencia los cuantiosos problemas que están teniendo ambos tribunales para discernir el modo de dar respuesta a estos casos, en los que la solución de la cuestión controvertida habría de darse de conformidad con el contenido de un Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. La variedad y disparidad de soluciones otorgadas a esta cuestión por estos Altos Tribunales evidencia las dudas que en el momento actual suscita esta cuestión (relativa a la aplicación en el proceso del Derecho extranjero). De la lectura de las citadas decisiones puede apreciarse que ante la falta o insuficiente aportación del Derecho extranjero en el proceso las respuestas son radicalmente distintas, pues se manejan, sin justificación suficiente, dos tipos de soluciones: o bien se desestima la demanda o bien se aplica el Derecho español en defecto de aportación del Derecho extranjero por cualquiera de las partes en el litigio. Por su parte, el Tribunal Constitucional está considerando que la desestimación de la demanda por la falta o insuficiente prueba del Derecho extran-

jero por parte del órgano jurisdiccional es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues la decisión judicial carece de la motivación suficiente.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2001 considera que se ha producido una lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (se concede, por tanto, el amparo solicitado), dado que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid adoleció de la motivación suficiente para desestimar la demanda, actuando siguiendo más un criterio meramente voluntarista. No resulta irrazonable exigir un plus de motivación, al haber considerado, a diferencia del Juzgador de Instancia, que la falta de acreditación del Derecho extranjero da lugar a la desestimación de la demanda ³⁰.

En cambio, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2002, el Alto Tribunal considera que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela efectiva, dado que no se le ha dado a la parte posibilidad de que pueda aportar el Derecho extranjero, pero en el voto particular se indica que tanto la demandante como la demandada eran inglesas y el ordenamiento que regulaba su contrato era el inglés. Por tanto, no puede decirse que se produjo indefensión en un caso en el que la aportación del Derecho inglés pudo realizarse sin que ello hubiese dado lugar a mayores problemas de alegación. Por tanto, no pudo apreciarse indefensión.

A nuestro juicio, un buen ejemplo para confirmar la corrección de aquella tesis «autonomista» nos la ofrece el artículo 281.2 LEC, que recoge en lo sustancial, si bien en un parcialmente mutado contexto normativo, el contenido del artículo 12.6 del Código Civil. El análisis del significado y alcance del mismo en su proyección al ámbito laboral no sólo se revela de la máxima importancia teórica, porque puede arrojar una comprensión muy diferente a la tradicional, sino que asume un relieve práctico de primer orden ante el crecimiento de situaciones litigiosas al respecto que, como vimos, está produciendo profundas fracturas en nuestro sistema judicial, entre unas Salas y otras del Tribunal Supremo, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, entre unos magistrados y otros de las respectivas Salas y Tribunales.

Como trataremos de acreditar seguidamente, la búsqueda de la verdad en la identificación del contenido y vigencia del Derecho Extranjero, que ni es un puro hecho (STCo. 10/2000) ni la ley lo trata como si lo fuera (art. 281.2 –prueba de fuentes del derecho «particulares»–), no es en absoluto una tarea ajena ni al juez ni a la parte contraria ni a cualesquiera terceros que puedan contribuir a revelarla. El primero debe mantener una conducta especialmente activa, de modo que a diferencia de lo que se considera en el proceso civil, no es potestativo sino obligatorio para el Juez garantizar un desarrollo correcto y en lo posible eficaz de esta fase crucial del proceso laboral ³¹.

El segundo, la contraparte, asume la carga de cooperar *ex bona fidei* con el demandante para poder acreditar los datos alegados por éste, bien porque obren en su poder bien porque le resulte más fácil su acreditación o tenga una mayor disponibilidad de medios (art. 217.6 en relación al art. 217.1 y 2, así como al art. 216 *in fine* LEC). Los terceros tienen igualmente un deber jurídico expresamente recogido en la LPL de cooperar activamente en esta búsqueda, a través del cumplimiento leal de las instrucciones judiciales dadas para garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes, asegurando la máxima efectividad, en sentido material no puramente formal, de las decisiones judiciales (art. 75.2 LPL).

En definitiva, a nuestro juicio, por las razones esgrimidas en este trabajo, no nos cabe ninguna duda de que, ya con carácter general en el proceso civil, pero con mayor razón y certeza en el proceso social, por sus especificidades inderogables, la prueba del Derecho extranjero sigue un régimen excepcional al derivado del estricto principio de justicia rogada (principio dispositivo). Representa, pues, uno de esos «casos especiales» previstos en el artículo 216 LEC, que permite excepcionar el principio dispositivo «cuando la ley disponga otra cosa» por las singularidades del supuesto. Una interpretación sistemática y teleológica, así como valorativa o en clave de derechos constitucionales, especialmente *ex* artículo 24 Constitución Española, del artículo 281.2 *in fine* LEC y del artículo 217.6 del mismo Cuerpo Legal (régimen alternativo de prueba en atención a la posición de cada una de las partes), aboga por la corrección de esta comprensión jurídica y desplaza, dicho sea con el debido respeto a la interpretación dada hasta ahora por los Tribunales.

2. El artículo 80 LPL y su significado en el proceso laboral con respecto a la aplicación del Derecho extranjero.

Antes de entrar de lleno en el análisis del régimen probatorio del Derecho extranjero conviene reparar brevemente en una particularidad del proceso laboral, respecto al proceso civil, que puede tener importantes consecuencias en el tratamiento procesal del Derecho extranjero y que se refiere a la fundamentación jurídica de la demanda. A diferencia del orden civil, el artículo 80 LPL no exige que la demanda contenga los fundamentos jurídicos en los que el actor fundamenta su *petitum*, sino que sólo es necesaria «*la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas*».

Frente a lo que sucede en la demanda civil, en la que han de exponerse «numerados y separados» los hechos y los fundamentos de derecho (art. 399.1 LEC/2000), la demanda laboral no precisa enunciar los fundamentos de derecho sino tan sólo la «enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión». No obstante, como se ha señalado, tal inexigencia de fundamentación legal no equivale a prohibición, sino que es una más de las facilidades procesales de la que dispone el justiciable y que, en definitiva, se enmarca en la lógica de los principios que hacen del proceso laboral un medio de acceso a la prestación jurisdiccional ágil, rápido y formalista en lo imprescindible³².

Si bien en el procedimiento laboral, al igual que en el civil, rige el principio dispositivo o de justicia rogada, existe una mayor intervención por parte del juez en la indagación o investigación tanto de la verdad material (no sólo la procesal) como del Derecho efectivamente aplicable. Consecuentemente, la vigencia del principio dispositivo no puede desconocer las mayores facultades que tiene el juez de impulsar y desarrollar de oficio el proceso laboral, en particular en la fase ejecutiva –pero no sólo en esa fase–. Por tanto, si en un determinado pleito, por sus características –p. ej. porque el trabajador realiza habitualmente su actividad en el extranjero– tuviese que ser aplicada una legislación extranjera, el juez laboral debería promover –al menos, en determinado tipo de procesos laborales y cuando concurren otras circunstancias– de oficio su aplicación (*vid.* más detenidamente *infra*).

Ahora bien, la exacta y precisa justificación de los hechos puede conllevar la necesaria alegación de un Derecho, en el caso en que aquéllos estén determinados por éste. Ello puede suceder por ejemplo, cuando las circunstancias fácticas significativas para valorar o enjuiciar la causa estén previamente tasadas en el ordenamiento. Éste es el sentido que tiene el pár. 1.º letra c) del citado artículo 80 LPL cuando alude a la legislación sustantiva (se supone que española) al indicar que es necesario que en la demanda se aleguen todos los hechos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas.

Esta regla se modera en las demandas de conflictos colectivos y de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. En aquéllas, el artículo 155.1.º exige que el escrito de iniciación del proceso contenga «una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada»; en estas segundas y en coherencia con el carácter limitado de la cognición de los procesos de amparo ordinario, ha de expresarse «el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos» (art. 181). También se observa una distinción en el caso del proceso de impugnación de convenios colectivos [art. 162, 1.º letra b) LPL].

El artículo 155 LPL española indica que la demanda en materia de conflictos colectivos contendrá «una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada». Ello pone de relieve que, a diferencia de lo que indica con carácter general el artículo 80 de la citada ley, se trata de un rasgo diferencial respecto de otras demandas laborales, que no requieren la fundamentación jurídica en el texto de la demanda. Esta novedad se justifica, probablemente, en la pretensión de que el demandante explicita su reflexión sobre el anclaje jurídico de la demanda, que determinará la modalidad procesal en la que se mantiene fundamentalmente un debate jurídico acerca del alcance o aplicación de una determinada norma ³³.

3. Trascendencia de la reforma del artículo 12.6.º del Código Civil en la aplicación procesal del Derecho extranjero.

La introducción del artículo 12.6.º en el Código Civil por el Decreto de 31 de mayo de 1974 tuvo el principal mérito de indicar que, al igual que las demás normas del ordenamiento español, también la norma de remisión ha de ser aplicada de oficio por las autoridades, esto es, el sistema de Derecho Internacional Privado español no es «facultativo» ³⁴. No obstante, su sentido exacto no quedó claro, dado que su párrafo segundo contradecía al primero, al indicar que «la persona que aporte el Derecho extranjero tendrá que acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por la ley española (...)». Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han realizado interpretaciones de signo muy distinto en torno al carácter del Derecho extranjero de conformidad con esta disposición, al hacer recaer sobre la actividad de parte no sólo la aportación, sino la «acreditación» de su contenido y vigencia.

Las discrepancias y dudas acerca del alcance real del párrafo 1.º del artículo 12.6.º del Código Civil surgieron como consecuencia de la dicción de su apartado segundo, dado que la norma de conflicto puede hacer que resulte de aplicación al caso controvertido un Derecho extranjero que, en todo

caso, hay que aplicar y, previamente, conocer, esto es, averiguar, aportar, probar, etc., pues, de lo contrario, no podrá hacerse efectivo el mandato del artículo 12.6.º apartado 1.º del Código Civil. En todo caso, el artículo 12.6.º del Código Civil (párrs. 1.º y 2.º) era una norma intencionadamente ambigua, que se redactó con la finalidad de permitir una pluralidad de interpretaciones, en atención a las circunstancias más concretas que tuviesen lugar en cada caso.

Frente a la casi absoluta consideración del Derecho extranjero como un «hecho» por parte de nuestra jurisprudencia, la doctrina ha mantenido siempre una posición distinta, alegando que no debe ser tratado como un mero hecho, sino que tiene un carácter peculiar, pues no deja de ser «Derecho», aunque «extranjero» y, por tanto, la autoridad judicial española no tiene la obligación de conocer su contenido. Las cuestiones que se han analizado acerca de la aplicación del Derecho extranjero se refieren, principalmente, a la falta o insuficiente prueba del Derecho extranjero, a la participación de las partes y del juez en su averiguación, a los medios de prueba, etc. También se ha indicado que su aportación y aplicación depende del tipo de proceso de que se trate y del bien jurídico que se proteja a través del mismo, realizando, por tanto, una diferenciación entre proceso inquisitivo y proceso dispositivo³⁵.

La reciente reforma por la LEC de 2000 del artículo 12.6.º del Código Civil no ha cambiado de forma llamativa las cuestiones y dudas que suscitaba la aplicación por parte de la jurisprudencia de esta norma, al menos, en el orden civil. No obstante, no hay que menospreciar tales cambios, que pueden tener un significativo alcance interpretativo. De un lado, la citada disposición omite cualquier referencia al modo o pautas que se han de seguir para aplicar el Derecho extranjero en el proceso. En este sentido, ha perdido el contenido procedimental de su antiguo apartado. De otro lado, tal contenido procesal ahora se encuentra ubicado en el artículo 281 de la LEC/2000.

Estas dos modificaciones indican que el nuevo artículo 12.6.º del Código Civil ha de ser interpretado funcionalmente, pues el tratamiento o caracterización procesal del Derecho extranjero depende del tipo de controversia de que se trate, o más concretamente, del tipo de proceso en el que se ventile. Puede decirse que asistimos a la paulatina especialización de la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero en un proceso, en la que ha influido no sólo la reforma del artículo 12.6.º del Código Civil, sino la evolución de todo el ordenamiento³⁶.

4. Alcance del artículo 281 LEC/2000 en el proceso laboral.

El artículo 281 LEC/2000 reproduce casi de forma literal el enunciado del antiguo artículo 12.6.º, apartado 2.º del Código Civil. Se ha considerado que esta modificación puede haber producido algunos cambios en el proceso civil. La nueva fase de la «audiencia previa» del nuevo juicio ordinario (arts. 414 y ss. LEC) puede haber introducido algunas novedades con respecto al modo y a las consecuencias que conlleva la aportación en el proceso del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. Si la parte interesada no alega el Derecho extranjero en que se fundamenta la pretensión, el juez puede utilizar esta fase para ponerle de relieve que ha de justificar legalmente su petición. En caso de que no lo haga de conformidad con el ordenamiento extranjero aplicable, el juez

podrá dictar una resolución de absolución en la instancia, que puede tener eficacia de cosa juzgada material e impedir la presentación de una nueva demanda con el mismo objeto ³⁷.

Si bien este resultado podría aceptarse cuando se trate del procedimiento civil (aunque no de forma general, sino atendiendo al tipo de proceso civil de que se trata en función de la materia), no puede alegarse cuando se trata del procedimiento laboral, dado que el esclarecimiento de la verdad material ha de tener primacía sobre la cuestión de la carga de la prueba. Por tanto, en el ámbito laboral no sería posible desestimar la demanda en caso de que no se hubiese alegado el Derecho aplicable (extranjero), dado que la autoridad judicial ha de poner los medios necesarios para esclarecer los elementos que le ayuden a enjuiciar la causa.

Si las partes no aportan el Derecho extranjero en el proceso laboral, el papel de la autoridad judicial ha de ser activo, dado que si tal relación se regula por un Derecho extranjero ha de utilizar todos los medios de que disponga para llegar al conocimiento de su contenido. Ahora bien, para ello ha de contar con la cooperación de las partes, de modo que si, como sucedió por ejemplo, en el supuesto que se planteó ante el Tribunal Constitucional en la Sentencia 155/2001, una de las partes (más concretamente, la parte demandada) era un Ministerio español, la carga de tal aportación puede recaer sobre tales personas, en la medida en que disponen de medios para llegar a conocer y probar el citado Derecho.

Si dicha parte no alega ni acredita el Derecho extranjero, el juzgador no puede desestimar la demanda, sino que ha de utilizar todos los medios que tenga a su alcance para aportar dicho Derecho, sin perjuicio de que el coste de tales actuaciones pueda recaer sobre una de las partes, en concepto de costas procesales, en especial, cuando el demandado pierde la causa. Por tanto, siempre que se produzca desestimación de la demanda por la sola razón de que no se alegó el Derecho extranjero aplicable queda abierta la vía del recurso de amparo por vulneración del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española.

5. Aplicación del Derecho español en caso de falta o insuficiente aplicación del Derecho extranjero: consideraciones críticas.

La doctrina así como la jurisprudencia ha considerado tradicionalmente que uno de los principios vigentes en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado es la aplicación residual de la ley española en caso en que no pueda aplicarse la ley extranjera inicialmente reclamada. Sin embargo, la aplicación de este principio debe ponerse en duda cuando la falta de aplicación del Derecho extranjero se ha producido como consecuencia de la falta de alegación o prueba de su contenido. En todo caso, tal aplicación residual debería tener lugar sólo en los supuestos de «imposibilidad material» de aplicación de dicho sistema jurídico.

Por tanto, la justificación que hacen las citadas decisiones de la aplicación de la ley española a título residual está fuera de lugar, dado que en ninguno de los supuestos citados la inaplicación se producía como consecuencia de una imposibilidad de este tipo, sino más sencillamente era el resultado de la falta de acreditación del contenido del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto.

En otras ocasiones, en cambio, el Tribunal Supremo no ha aceptado este criterio o principio, sino que, por el contrario, ha considerado que *«tal falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente... 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 (STS, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 1990)»*. Esta decisión tiene el mérito de resaltar de forma diáfana cuáles son las consecuencias que puede tener el recurso a la ley española como simple vía de salida para resolver los casos en los que ninguna de las partes alegan el contenido del Derecho extranjero.

La búsqueda de la mayor proximidad en defecto de la suficiente prueba del Derecho extranjero elude tener que acudir a otro de los principios que han sido queridos por la doctrina iusinternacionalprivatista española, el de la aplicación residual de la ley del foro, que no puede tener cabida en el orden laboral, porque no responde a ninguno de los principios que inspiran el citado procedimiento ni este sector material.

La proximidad no es un criterio geográfico, sino que responde a la justicia material. Por tanto, la búsqueda de la mayor proximidad puede conducir a la aplicación de un ordenamiento que resulte más favorable para el trabajador, si es que en tal caso, dicho ordenamiento es el que se encuentra más vinculado. Si dicho ordenamiento no resulta más favorable, no podrá aceptarse el test de los vínculos más estrechos para eludir la aportación en el proceso del Derecho extranjero. Por tanto, el criterio de la mayor favorabilidad expresado de este modo puede jugar un significativo papel en lo que respecta al tratamiento en el proceso laboral de un ordenamiento extranjero.

En esta dirección favorable a la aplicación al fondo del asunto de un ordenamiento especialmente vinculado al litigio, aunque no sea el remitido directa o formalmente por la norma de conflicto, pueden jugar diversos principios jurídicos, unos genéricos y otros específicos. Así, coincidimos con el Tribunal Constitucional en que la desestimación de la demanda planteada por un trabajador es contraria al derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución Española, al producirse una denegación de justicia por falta de pronunciamiento de fondo o al imponerse al demandante diligencias irrazonables para actuar judicialmente. Además, tal decisión desestimatoria por falta o insuficiente prueba del Derecho extranjero también es contraria a otros derechos fundamentales del trabajador, los derechos fundamentales socio-laborales (sindicación, huelga, etc.), dado que tales derechos no tienen sólo un contenido sustantivo sino también procedimental.

Por otro lado, una interpretación sustancial del principio de igualdad de partes en el proceso y de tutela judicial efectiva nos lleva al principio de igualdad de oportunidades a la hora de realizar alegaciones lo que, al menos con respecto a relaciones basadas sobre desigualdad de posiciones, exige articular lo que comienza a denominarse ya, el principio de facilitación de la carga de la prueba. Pues bien, este principio tiene una formulación legal expresa en el artículo 217.6 LEC. El extenso voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22-5-2001, utiliza el argumento de que la carga de la prueba del Derecho extranjero en el proceso debe recaer sobre la parte que tiene más medios para averiguar su contenido, en especial, si el demandado es un organismo público español, como sucedía en el caso, en que la decisión de despido había sido adoptada por una Administración española.

La aplicación generalizada de este razonamiento supondría hacer recaer en todo caso sobre los organismos públicos, Administraciones, etc., la prueba del Derecho extranjero. No obstante, tratándose de una afirmación que puede ser aceptada inicialmente en el ámbito del proceso laboral, es preciso tomar en cuenta otros elementos, que también se deducen por vía interpretativa. Puede pensarse que si, por ejemplo, el Derecho extranjero aplicable es el designado en el contrato de trabajo, cualquiera de las partes podría, al menos desde una perspectiva teórica, estar en condiciones de aportar el contenido de dicho Derecho, dado que se supone que la elección de dicho sistema jurídico se justificó por el mayor interés que tenían las previsiones de dicho sistema para el trabajador y/o el empleador. Si bien suele suceder que la elección de ley tiene lugar en los contratos de trabajo de trabajadores de alto nivel, no hay que descartar la posibilidad de que pueda incluirse una elección de ley en cualquier otro tipo de contrato de trabajo.

Qué duda cabe que este principio jurídico procesal entronca con el clásico principio de protección del trabajador. La aplicación de su modalidad en la fase interpretativa, el principio *pro operario*, conduciría igualmente a reforzar el argumento según el cual, en caso de falta de acreditación del Derecho extranjero, habría de aplicarse el ordenamiento español si resultara ser más ventajoso para el trabajador. Esta situación puede plantearse en los supuestos en que deja de aplicarse por falta de prueba un Derecho extranjero, en el que por ejemplo, se admite el despido libre, como veremos al final de este trabajo.

Ciertamente, ni el tradicional ni el actual Derecho del Trabajo han procurado de forma excluyente la protección de los intereses del trabajador, dado que la idea de la protección del mercado y de los intereses de las empresas también ha estado siempre presente. La intensificación del proceso de reformas laborales en una dirección flexibilizadora confirmaría plenamente esta limitación, cuando no quiebra, del principio de favor. Por tanto, la aplicación del Derecho extranjero en el proceso laboral no debe estar presidida por la protección del trabajador como único principio excluyente de los demás, sino que han de valorarse otros elementos y principios, entre los que pueden citarse, principios eminentemente procesales, como la economía procesal y principios inspiradores también de la disciplina sustantiva del Derecho del Trabajo.

En este sentido, debemos ahora traer a colación la advertencia que se hizo al analizar cuestiones de norma aplicable. El sistema de fuentes ordenador del proceso laboral internacional en su dimensión más amplia no desconoce, particularmente a la hora de seleccionar la norma que debe regir el litigio, determinadas técnicas propias del Derecho del Trabajo que tienen por finalidad resolver la eventual concurrencia de diversas normas en la regulación de la controversia, aunque con ámbito territorial diferente. Nos referimos, claro está, al principio de norma más favorable.

En efecto, uno de los criterios más significativos y específicos que rigen el proceso de selección y aplicación de normas –determinación de la norma aplicable– en el ordenamiento laboral es, o cuando menos ha sido, el «principio de norma más favorable», auténtica clave de vuelta de su sistema de fuentes³⁸. Según una formulación ya clásica, tal técnica se concreta en el reconocimiento de una preferencia aplicativa a la norma que, estando vigente y concurriendo con otras u otras, cualquiera que sea su rango, atribuya mayores derechos a los trabajadores, en el ámbito de aplicación concurrido afectado. El fundamento de esta técnica de determinación de la norma aplicable en sistemas particularmente complejos como el laboral, donde concurren normas de diverso origen o procedencia, hete-

rónoma y autónoma, más que en el criterio interpretativo *in dubio pro operario*, residía en el más global principio de favor hacia el trabajador, en su consideración de «contratante débil» de la relación ³⁹.

Como es sobradamente conocido, este criterio aplicativo se concreta hoy en una técnica (norma) de solución del conflicto suscitado por la concurrencia de varias normas en la regulación de una misma cuestión laboral, en virtud de la cual se hace prevalecer (criterio de atribución de poder normativo o de competencia) a aquella que, globalmente considerada (art. 3.3 LET), contenga condiciones más favorables para el trabajador, independientemente del rango o posición que presente en la jerarquía del sistema de fuentes. Aunque desde ciertas posiciones a veces se presenta el criterio de favor como una ruptura o quiebra del principio jerárquico, en realidad, según aceptación hoy igualmente difundida, no representa nada más que una modalización o adaptación del mismo al particularismo del referido sistema de fuentes iuslaboral (ej. SsTS 24-2-1992, ar. 1052; 8-6-1995, ar. 4772).

Al margen de las críticas que, con buenas razones, se han vertido contra el entendimiento tradicional de la misma, por ser un «modelo de insolidez» ⁴⁰, e independientemente del juicio que se tenga sobre la (falta de) salud de este criterio como norma de solución de conflictos de concurrencia entre normas laborales, tanto por razones técnicas cuanto de política jurídica («crisis» del principio de protección del trabajador tanto en la legislación como en la jurisprudencia), lo cierto es que el ámbito de las fuentes que regulan situaciones transnacionales está conociendo plenamente este principio aplicativo. De este modo, si tradicionalmente el juego fundamental de la regla de la favorabilidad se ha desplegado entre fuentes heterónomas (la ley de mínimos o inderogables *in pejus*) y autónomas (los convenios colectivos *in mejus*), así como entre normas autónomas o pactadas, el ámbito aquí referido es el de las relaciones entre órdenes normativos heterónomos con un distinto alcance territorial, uno propio y otro «extraño» al juez que ha de resolver el conflicto (ordenamiento nacional *versus* ordenamiento extranjero) ⁴¹. Pues bien, la jurisprudencia debe también tener en cuenta el juego de este principio en el momento de selección de la norma aplicable, que le obliga a comparar las normas de diferentes ordenamientos, de modo que la aplicación del Derecho extranjero no excluye la aplicación de normas más garantistas del ordenamiento del foro, especialmente cuando se trata de protección frente al despido, cuyas peculiaridades, tanto procesales como sustanciales, son más que evidentes.

6. Aportación y prueba del Derecho extranjero en los procesos laborales, en especial en el caso del despido.

En efecto, la posibilidad de que el despido (sus causas y sus consecuencias) sea regulado por un ordenamiento extranjero plantea la cuestión de la aplicación de dicho Derecho en un proceso. Cabe pensar que su aportación y la acreditación de su contenido tengan ciertas particularidades derivadas de las propias características del proceso por despido en el Derecho procesal español.

Se trata de un proceso especial, que se caracteriza por dos elementos: en primer lugar, el demandante no ha de presentar en la demanda la fundamentación jurídica en la que se apoya, sino que basta con que alegue los hechos que han determinado el despido. Y, en segundo extremo, la parte demandada interviene en primer lugar, esto es, se invierte la actuación probatoria de las partes en el proce-

dimiento por despido (art. 105.1.º LPL). Estos dos elementos son la consecuencia de la especial protección que dispensa al trabajador el Derecho del Trabajo ante la decisión extintiva del empresario o patrono. El demandado tendrá que probar los hechos constitutivos de despido, pero del artículo 105.1.º de la citada LPL no puede deducirse que también le corresponda la aportación del contenido del Derecho extranjero, aunque la decisión de extinción de la relación laboral la base en dicho ordenamiento, que regula el contrato de trabajo según la norma de conflicto española. La citada disposición permite que en la carta de despido sólo se relacionen los hechos en los que se basa tal decisión extintiva, pero no es preciso que el demandado (empresario) aporte el contenido del Derecho extranjero (aunque tal decisión esté justificada en atención a lo que indica un concreto sistema jurídico).

Esta situación plantea un evidente problema de prueba del Derecho extranjero, que no puede resolverse dando lugar a una decisión desestimatoria de la demanda, que lesionaría el derecho a la tutela judicial del trabajador. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en Sentencia 155/2001, de 2 de julio de 2001, «este derecho incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes». Además, si se hace recaer sobre el trabajador la prueba del Derecho extranjero, se le está exigiendo una diligencia irrazonable, contraria también al derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución Española, dado que la LPL no le obliga a presentar tales pruebas para deducir la demanda. No siendo posible, por tanto, desestimar la demanda por despido como consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable, queda aún por resolver la cuestión de a quién incumbe alegar y aportar dicho ordenamiento extranjero ⁴².

Si la autoridad judicial laboral es la encargada de calificar el despido, y ninguna de las partes y, en especial, el demandado, han aportado el Derecho extranjero que resulte de aplicación al proceso, deberá ser el juez quien indague el contenido de dicho Derecho, pues, de lo contrario, no podrá cumplir dicha función calificador. Evidentemente, la procedencia, improcedencia o nulidad del despido depende del Derecho que regule el contrato, pues existen ordenamientos jurídicos en los que la contratación laboral es libre (*hiring at will*), esto es, los contratos no tienen duración determinada y no existen los contratos de duración indefinida (Derecho del Estado de California, EE.UU.).

En cuanto al momento procesal oportuno para alegar y probar el Derecho extranjero, si se tiene en cuenta la inversión de la carga de la prueba que caracteriza al procedimiento de despido, correspondería al demandado, que interviene en primer lugar, alegar el Derecho extranjero que le serviría para «justificar» la decisión de extinción del contrato de trabajo. Por tanto, el momento procesal para aportar el ordenamiento extranjero no sería en la fase de presentación de la demanda por parte del trabajador, sino en la fase de intervención de las partes, más concretamente, cuando actúa el demandado.

7. La excepción de orden público laboral, en particular respecto al Derecho extranjero que legitima el «despido libre».

Cuestión distinta es la de saber si el llamado comúnmente «despido libre» estaría permitido en nuestro sistema jurídico. La contradicción de un ordenamiento extranjero con el orden público

ha de valorarse atendiendo a las consecuencias concretas que se derivarían de la aplicación de dicho sistema jurídico y no sólo de una incompatibilidad genérica entre el Derecho extranjero y los principios básicos de nuestro sistema.

Ha sido doctrina legal tradicional que el orden público del foro ha de ser respetado por los Tribunales españoles cualquiera que sea la norma aplicable. Por lo tanto, la aplicación del Derecho extranjero no se ha presentado nunca como una sumisión absoluta o incondicionada de aquéllos a éste porque así lo establezca una norma de conflicto, aunque ésta sea considerada como una norma estrictamente imperativa. En este sentido, tanto la normativa internacional como la legislación española (art. 12.3 CC), abren la vía a la aplicación de excepciones, como es la observancia de los imperativos derivados del orden público.

Aunque es igualmente conocido el proceso de evolución experimentado por este concepto, en una dirección que tiende a evidenciar su carácter flexible y su contenido variable, en atención a las diferentes circunstancias de lugar y tiempo concurrentes, no menos cierto es que tal relativización o «atenuación» no puede significar su radical vaciamiento de eficacia normativa. A tal fin, no debe olvidarse que está integrado por aquellos principios jurídicos de toda índole, económicos, políticos, éticos, sociales que están en la base de la convivencia de una determinada comunidad, esto es, que constituyen el fundamento de su orden político y de la «paz social» en toda su amplitud (SsTS, Sala 1.ª, 23-11-1995, 22-3-2000, rec.1976/1995).

Un proceso evolutivo análogo ha ido experimentando el concepto de orden público social, tanto en sentido general como en relación a su aplicación al despido (ej. reglas que permiten la disponibilidad convencional de la opción por la readmisión a favor del empresario, considerada antaño normas de orden público económico –STS, Sala Social, 5-10-2001, rec. n.º 3267/2000, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, n.º 225, págs. 254-256, que recoge la doctrina fijada firmemente a partir de SsTS 11-3-1997, 11-5-1999–. Ahora bien, esta dinámica restrictiva de su ámbito de aplicación, a favor de una mayor flexibilidad y protagonismo de la autonomía privada, no puede significar una neutralización completa de su eficacia normativa.

Desde esta perspectiva, cabe entender que una normativa que prescinde por completo de la garantía causal, considerada como expresión no sólo de seguridad y estabilidad en el empleo (derecho al trabajo *ex art. 35.1 CE*), sino garantía de defensa (tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE*), puede chocar con nuestra regulación. Lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que en múltiples ocasiones se trata de empresarios españoles y, además, que revisten el carácter público. Ciertamente, podría pensarse o esgrimirse en contra que de esta manera, además de dotar de un efecto extraterritorial a nuestras normas hoy de difícil sustento, reduciría las opciones de eficiencia de estos empleadores al privarles de acudir a los salarios y demás condiciones de trabajo aplicables bien por decisión contractual bien por aplicación estricta de la norma de conflicto.

Sin embargo, es obvio que pueden existir otras razones de interés general para legitimar una restricción de este tipo y exigir el cumplimiento de este núcleo mínimo o de orden público, tal y como hemos visto al analizar las cuestiones de norma aplicable. No lo ha entendido así, sin embargo, el Tribunal Supremo, en el tan comentado caso resuelto por la STS 22-5-2001 en el que la norma

en litigio remitía a un Código en el que se aceptaba el despido «libre» o sin causa. Quizás algo de historia pueda ayudar a comprender el problema.

Con una tradición que se remonta a finales del siglo XIX, la denominada «regla americana», frente al precedente de la «regla inglesa», que supuso la afirmación como una «regla inflexible» aquella según la cual «una contratación general o indefinida es... terminable a voluntad de ambas partes...»⁴³). El ambiente era especialmente propicio para una regla de este tipo, pues nos encontramos ante una sociedad industrial emergente, que apostaba fuertemente por la libertad de empresa y con una capacidad de creación de empleo extraordinaria («tierra de oportunidades» –y de movilidad sin parangón en Europa–)⁴⁴.

Inicialmente admitida de forma desigual por los Tribunales de los distintos Estados, la regla del *employment at-will* se consolidó jurídicamente al ser aceptada por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (1895). Pero será la aceptación por el Tribunal Federal a principios del siglo XX lo que determinará su rápida expansión por todo el territorio de la Unión, de modo que al día de hoy está vigente prácticamente en todos –salvo Dakota del Sur y Puerto Rico–. Aunque en la mayor parte de estos Estados la recepción de la regla ha sido jurisprudencial, en el Estado de California ha sido codificada por la sección 2922 de su *Labor Code*⁴⁵.

Como es sabido, el Derecho norteamericano concede al empresario una amplia libertad de despedir al trabajador contratado, como lógica consecuencia de su propio modelo de contratación laboral, muy próximo, cuando no idéntico al paradigma civil del «arrendamiento de servicios»: «contratación o empleo a voluntad» (*hiring or employment at-will*). Por tanto, a falta de pacto en contrario –o de protección por convenio colectivo–, las partes podrán resolver en cualquier momento la relación sin precisar causa, aunque se trate de un contrato de duración indefinida (*indefinite duration*)⁴⁶.

Un rígido entendimiento de esta regulación, que articula un sistema basado en un principio constitucional de libertad de despido (*right to discharge*), no puede dejar de generar situaciones de extrema injusticia, por cuanto autoriza decisiones puramente arbitrarias sin contemplar, ni tan siquiera, compensaciones monetarias por tal conducta. De ahí que desde hace largo tiempo haya existido una significativa preocupación por crear instrumentos (*anti-retaliation*) que permitan accionar contra estos despidos «injustos». Se trata de este modo de garantizar la efectividad de un sistema de controles, especialmente el judicial, pero no sólo más allá de los contratos realizados con trabajadores cubiertos sindicalmente, reduciendo no sólo las distancias entre unos trabajadores y otros sino entre la concepción norteamericana del «despido libre» y la concepción europea del «despido causal». Las distancias en la práctica, más allá de la diferencia de presupuestos ideológico-políticos, es menor de lo que se cree habitualmente⁴⁷.

Así, aunque no se ha desacreditado, ni se pretende, la doctrina del contrato «a voluntad», que sigue siendo una regla de Derecho Común particularmente arraigada en un sistema socio-económico dotado de una amplísima flexibilidad –lo que explicaría, por ejemplo, que en una coyuntura de crisis se destruyan centenares de miles de empleos, y en otra de crecimiento se cree un número de puestos análogo (fórmula «emplear y despedir»)–, se reconoce hoy un extenso catálogo de «excepciones», a través de las cuales se solicita la declaración de despido injusto cuando se constate la existencia de una «mala causa». Estas nuevas acciones, precisamente difundidas en Estados como

California, constituyen lo que genéricamente se ha llamado el «*tort*» de *despido injusto* («*tort of wrongful discharge*»), por lo que, a diferencia de los supuestos especialmente protegidos contractual y/o convencionalmente (excepciones basadas en principios de Derecho Contractual), no se fundamentan propiamente en un incumplimiento contractual sino en la responsabilidad extracontractual civil (por daños) del empresario ⁴⁸.

Ciertamente, tampoco aquí la libertad de despedir (*right to discharge*) es plena, pues esta experiencia jurídica no sólo conoce causas o motivos que permiten su calificación como «injusto» (*wrongful*), «desleal» (*unfair*) o antijurídico (*unlawful*), sin catálogo cerrado al respecto, sino que también contempla la existencia de indemnizaciones de daños y perjuicios para despidos sin causa. Consecuentemente, aunque el despido se configura, al menos formalmente, como un auténtico derecho subjetivo del empleador a poner fin a la relación cuando lo considere adecuado para sus intereses económico-empresariales, no faltan reglas que limitan o reducen su ámbito de aplicación, tanto en la dirección de garantizar la racionalidad causal de la decisión –garantía sustancial– cuanto en la de resarcir o compensar al trabajador todos los daños ocasionados (*general and special damages*) por esta ruptura (ej. salarios de tramitación, frustración de expectativas de vida...) –garantía monetaria–.

Estas reglas tutelares del interés del trabajador provienen del entero sistema de fuentes, por tanto sea de las provenientes de la autonomía de la voluntad, individual o colectiva (cláusulas contractuales de *just cause*), cuanto de la legislación ⁴⁹, e incluso del *Common Law*. En relación con esta última, debe recordarse que el Derecho del Trabajo norteamericano es un Derecho de creación judicial (*Law of master and servant*), lo que se proyecta no sólo en la configuración del contrato sino también en la del despido. Por eso, no sorprende en absoluto que la jurisprudencia norteamericana haya desplegado un significativo «activismo» también en este ámbito, hasta el punto que a ella se debe la creación de diversas categorías de despidos injustos (*wrongful*), reconducibles a un supuesto –por cierto muy parecido al despido «en fraude de ley» creado y, poco después, misteriosa e inexplicablemente destruido por la jurisprudencia española–: la quiebra de los principios jurídicos más elementales que rigen toda relación, el respeto al orden público, incluidos los derechos fundamentales (*contrary to public policy*) y a la buena fe (*bad faith or malice*) ⁵⁰.

Aunque las limitaciones por convenio colectivo asumen un mayor relieve –ej. sólo las acciones deducidas por incumplimiento de convenio (*action for the breach of the collective bargaining agreement*) admiten el remedio de la readmisión (*reinstatement*) para el caso de que el despido sea declarado injusto, lo que no sucede cuando se acciona por incumplimiento de contrato, dado su carácter de «acción de derecho común», que no admitiría «acción interdictal» (*injunction*) sino tan sólo «acción de daños»–, hasta el punto de revelarse como una vía no sólo «preferente» sino también «excluyente» respecto del resto, conviene no infravalorar estas otras ⁵¹. No ya sólo porque el recurso a ellas puede ser la única forma de tutela ante la inexistencia de trabajadores sin cobertura convencional, sino porque contemplan múltiples y muy diversas causas que hacen ilícito o desleal el despido. No obstante, ha de tenerse en cuenta lo que es especialmente interesante a nuestros efectos, que exigen una previsión expresa o particular y se formulan siempre como excepciones, siendo difícil tanto la identificación de todas y cada una de ellas cuanto el análisis detenido de su régimen, que no es nada uniforme.

En definitiva, también desde esta consideración detenida del Derecho extranjero, que como hemos señalado debió indagar el Juez Laboral con sus muchos medios a disposición, o advertir a las

partes de que procedieran con mayor diligencia respecto a la prueba del Derecho norteamericano –aplicable formalmente por remisión de la norma conflictual–, se evidencia que la solución no puede ser sencilla e incondicionada. No se identifica Legislación con Derecho extranjero, del mismo modo que no cabe una aplicación automática, insistimos, del Derecho extranjero.

Por lo tanto, si se acepta una interpretación estricta del principio de aportación de parte –que aquí no se comparte por las razones esgrimidas–, lo que no cabe ya en modo alguno es desconocer que el sistema de fuentes impone al Juez la labor de comparar la legislación a aplicar con sus normas imperativas y, en todo caso, con su orden público socio-económico, y es claro que, cualquier legislación que contemple el despido «*ad nutum*» es contraria a normas imperativas del foro y/o a su orden público. No cabe en estos casos relativizar estos conceptos, como ha sucedido respecto a las cláusulas de elección de ley aplicable, en otro tiempo consideradas como contrarias al orden público y hoy plenamente aceptadas (STS 27-11-2001, rud n.º 1051/2001). De ahí nuestra discrepancia radical, también desde este argumento, con la jurisprudencia fijada por la STS 22-5-2001 –aunque confiamos en que en breve será revisada por el Tribunal Constitucional en coherencia con la doctrina afirmada en las Sentencias 10/2000 y 33/2002).

VI. LA OPORTUNIDAD DE UNA DIFERENCIACIÓN DEL TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO: «LEY DEL LUGAR HABITUAL DE TRABAJO» Y «LEY ELEGIDA EN EL CONTRATO»

Por último, la aplicación, invocación, prueba, etc., del Derecho extranjero en el proceso debe también realizarse en atención a los objetivos que persigue la propia norma de conflicto. No sólo ha de ser tomada en cuenta su estructura (un único punto de conexión o varios puntos de conexión; puntos de conexión ordenados de forma alternativa, distributiva o cumulativa, etc.) que es expresiva de la función que el legislador quiere que cumpla la norma, sino el tipo de elemento que es utilizado como punto de conexión.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado del trabajo también han de valorarse ambos elementos, dado que el artículo 6 CR retiene, como se analizó más arriba, la autonomía de la voluntad como punto de conexión de la norma, de un lado, pero, de otro, el contrato prevé un conjunto de criterios que han de ser valorados para determinar el ordenamiento objetivamente aplicable en defecto de elección de ley.

La utilización de la autonomía de la voluntad como elemento determinante de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto (remisión y aplicación del ordenamiento extranjero reclamado) implica una actitud de los particulares que hacen uso de ella muy diferente a la que pueden tener en el caso en que la norma retiene el criterio «lugar habitual de trabajo» para concretar el ordenamiento aplicable al contrato. Esta diferencia es querida por el legislador y ha de tener trascendencia en la dinámica de funcionamiento de la norma de conflicto, más concretamente, en el momento aplicativo de la citada norma. La inactividad de las partes puede revelar, bien el desinterés por la aplicación

del Derecho elegido, bien una actitud entorpecedora, que evidencie una voluntad de fraude del ordenamiento aplicable (porque no le interesan las consecuencias, para dilatar el procedimiento, etc.).

En tales supuestos, la carga de la prueba no debe recaer principalmente sobre el demandado (en especial, en caso de despido), sino también sobre el demandante (el trabajador). Uno de los argumentos que ha valorado el Tribunal Constitucional para determinar si se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ha sido que las partes (tanto el demandado como el demandante) estaban en buenas condiciones para poder alegar el Derecho inglés, que resultaba de aplicación. En este caso, la cuestión se plantea de modo distinto, dado que la aplicación del Derecho extranjero se produjo como consecuencia de que dicho Derecho se había designado en el contrato.

Cuando la aplicación del Derecho extranjero tiene lugar como consecuencia de tal elección, no es lógico pensar que deba dejarse de aplicar dicho Derecho por ningún motivo, de modo que el juez no deberá suplir la actividad probatoria de las partes, pero tampoco podrán producirse situaciones de indefensión para el trabajador. En caso de absoluta falta de aportación del contenido del Derecho extranjero, la única forma correcta de proceder por parte de la autoridad judicial sería la paralización del procedimiento hasta que sea traído al proceso el citado Derecho por cualquiera de las partes, pero no puede dar lugar a una decisión desestimatoria de la pretensión, pues se estaría vulnerando nuevamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuando el Derecho extranjero es el correspondiente al lugar habitual de trabajo y tal ordenamiento no es aportado en el proceso, no podrá desestimarse la demanda en ningún caso y el juez deberá promover de oficio la aplicación de dicho ordenamiento. Ahora bien, si el trabajador y el patrono son de nacionalidad española (lo que sucede con frecuencia cuando se trata de relaciones de trabajo de trabajadores al servicio de Ministerios españoles en el extranjero), puede plantearse la posibilidad de que la falta de acreditación del Derecho extranjero sea suplida por la aplicación del Derecho español, en la medida en que se trata del Derecho más vinculado con dicha relación laboral, a pesar de que se preste habitualmente en el extranjero.

Se trataría de descartar la aplicación de la ley habitual de trabajo en caso de falta de aportación del Derecho extranjero, en favor de la aplicación del Derecho español, al tratarse del ordenamiento que presenta la vinculación más estrecha con la relación.

Por tanto, en caso de insuficiente prueba del Derecho extranjero correspondiente al lugar en el que se presta habitualmente el trabajo, la autoridad del orden laboral no podrá desestimar en ningún caso la demanda por despido, sino que tendrá que adoptar la siguiente actitud: en primer lugar, deberá advertir al demandado que ha de alegar el Derecho extranjero en el proceso y, en caso de que no lo haga de forma suficiente, la autoridad judicial deberá hacer todo lo posible para indagar su contenido. Ahora bien, si no es posible realizar esta tarea, la autoridad española podrá aplicar el ordenamiento español, al tratarse del Derecho más vinculado con el supuesto. Este mismo razonamiento puede seguirse en el caso de que el trabajador no sea de nacionalidad española, dado que el Derecho español sigue siendo el más estrechamente vinculado en los supuestos de trabajo al servicio de las Embajadas españolas en el extranjero, al tratarse de oficinas situadas fuera de nuestras fronteras dependientes de un organismo público español.

La parte demandada no podrá prevalerse de la aplicación del Derecho español en caso de que le resulte más ventajoso, ni tampoco el trabajador, como sucede en los casos en los que en el Derecho extranjero se conoce la institución del «despido libre». Para evitar el abuso o la mala fe procesal que pueda animar cualquiera de estas dos actitudes, el juez de lo social debe utilizar las vías que tenga a su alcance para probar el contenido del Derecho extranjero. Si, realizada esta actividad probatoria, no es posible aportarlo, la imposibilidad de dictar una decisión desestimatoria en cuanto al fondo hace que, en defecto del Derecho extranjero, la autoridad española tenga que calificar el despido de conformidad con el Derecho español.

NOTAS

- ¹ Vid. LYON-CAEN, G. *Les relations de travail internationales*. Liaisons. Paris. 1991.
- ² Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. «Libre circulación de trabajadores y conflicto de competencia ante el TJCE». *A.L.* n.º 40. 1999; ESTEBAN, G.-MOLINA, C. *La movilidad transnacional de trabajadores: normas y prácticas*. Comares. Granada. 2002.
- ³ Ej. STJCE 10-2-2000, Asunto *Fitzwillian*, Empresa de Trabajo Temporal.
- ⁴ Vid. MOREAU, M.A.: «La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire: quelques réflexions à partir d'une analyse comparée». *Travail e Emploi*, 1992, págs. 56 y sgs.
- ⁵ El f.º 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2001 dice: «**En relación con el anterior planteamiento cabe hacer alguna reserva**, dado que, de un lado, podría dudarse de si el artículo 10.6 era o no aplicable, al estar en vigor en nuestro Ordenamiento desde el 1 de septiembre de 1993 el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 19 de junio de 1980 y, por tanto, debió ser aplicado el artículo 6 de este último. De otro, ha de observarse que el artículo 12.6 CC, párrafo segundo, entonces vigente y hoy sustituido por el artículo 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, determinaba que es la persona que invoque el Derecho extranjero quien debe acreditar su contenido y vigencia, y resulta que la invocación del Derecho chino como aplicable al caso fue hecha en instancia por el Abogado del Estado al oponerse a la pretensión de las recurrentes» (en este caso no estamos ante demandas por despido sino ante reclamaciones de cantidad derivadas de la diferencia de salario generada por el cambio, de forma unilateral por el empresario, de la divisa establecida para el pago).
- ⁶ Aunque no siempre es este Alto Tribunal el que sufre la reprobación (*vid.*, para un ejemplo reciente, STCo. 20/2002, 28-1, sobre libertad de expresión de un director de sucursal bancaria en una Asamblea General de Accionistas, respecto de la STSJ Madrid, 21-3-1997 –recurrida en *ud* pero inadmitido el recurso por falta de contradicción–), si son múltiples las ocasiones en que el Tribunal Supremo ve, también en la Sala Social, corregida su doctrina (ej. reciente, en materia de libertad sindical, STCo. 225/2001, 26-11, que reafirma su doctrina contraria a los «acuerdos individuales en masa» –STCo. 208/1993–, incomprensida por la STS 2-7-1997).
- ⁷ *Cf.* voto particular Sr. CONDE MARTÍN DE HIJAS, STCo. 33/2002, f.º 2. En este sentido, nos resulta especialmente acertada la siguiente advertencia: «*Me preocupa que la concepción de la que me distancio, al convertir la que estimo una Sentencia de fondo en una Sentencia de inadmisión por razones procesales, esté abriendo un espacio de penetración de este Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento de la aplicación de la legislación ordinaria, que, a mi juicio, amplía en exceso los márgenes de enjuiciamiento que podían considerarse ya consolidados en nuestra doctrina.*»
- ⁸ Para la STCo. 61/2000, 13-3, estas reglas regulan aquellos «*supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado.*». Se trata de normas con una función claramente ambivalente, porque al tiempo que persiguen reafirmar (norma de poder o de atribución de competencia) aquellos supuestos en los que la presencia de «un elemento extranjero» no excluye el conocimiento de los Tribunales de un Estado, representa igualmente la consciencia de sus límites (prescripciones negativas de competencia) en atención al principio de territorialidad (STS 29-9-1998). Una inadecuada aplicación de estas normas puede conllevar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como estimó la STCo. 61/2000, que reprocha al Tribunal civil la confusión entre este tipo de reglas y las que fijan la competencia funcional, cuando ni las reglas que ordenan esta competencia ni las relativas a la competencia territorial son invocables respecto de la competencia judicial internacional, con reglas y criterios interpretativos diferentes (STSJ Madrid 10-12-1998). También los jueces civiles, pues, parecen tener problemas para comprender correctamente el funcionamiento del sistema cuando aparece este elemento «internacional» o de «extranjería».

- ⁹ Este error ha sido cumplidamente evidenciado por la doctrina iusprivatista e iuslaboralista: G. PALAO. «*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)*». *RL*, Tomo I, 2000, pág. 226, nota 21; G. ESTEBAN-C. MOLINA. «Reglas de competencia judicial internacional en el orden social: recientes problemas aplicativos (I y II)», *La Ley*, 12 y 13 de febrero de 2001. En este último trabajo se realiza un detenido repaso de la jurisprudencia y doctrina que ha analizado las relaciones entre la norma convencional internacional y la norma unilateral estatal, destacando por lo general su convergencia. En el mismo sentido SsTS 17-7-1998 y 20-11-1998.
- ¹⁰ La aceptación de esta dimensión «extracomunitaria» ha sido confirmada por la STJCE 13-7-2000, Caso Group Josi, Asunto C-412/98. Críticamente A. BORRAS. «Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam». *REDI*. Vol. Li, 1999/2, págs. 391-392. Más ampliamente S. LEIBLE-A. STAUDINGER. «Art. 65 EGV im System der EG-Kompetenzen». *The European Legal Forum*, vol. 4, 2000/01; P. TAGARAS. «Guidelines for the Round Table Discussion on the Relationship between the Brussels Conventions and Community Law». *L'espace juridique européen en matière civile et commerciale*. Bruselas. Bruylant, 1999.
- ¹¹ Para la actual situación divergente y conflictiva, a partir de dos sentencias fundamentales del TJCE, pero de no fácil compatibilización, la de 27-9-1988 (Asunto Daily Mail, Asunto 81/87) y 9-3-1999 (Caso Centros, Asunto C-121/97) *vid.* S. SÁNCHEZ. «El Derecho Europeo de sociedades...: la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario». *AEDIPr*. T. 0, 2000, págs. 115 y sgs.
- ¹² En este sentido, la STJCE 5-10-2000, Caso Alemania/Parlamento y Consejo, C-376/1998 da una cierta voz de alerta sobre las desconexiones entre el objetivo del mercado interior y el Derecho Internacional Privado, que en modo alguno pueden darse por supuestas.
- ¹³ *Vid.* M. VIRGOS-GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pág. 79. De «nuevo imperialismo» del Derecho Civil sobre el Derecho del Trabajo lo califican G. ESTEBAN-C. MOLINA. *op.cit.*, 12-2-2001, pág. 4. Véanse las observaciones en torno al error que supuso la inclusión dentro de «lo civil» de las cuestiones relativas «a lo laboral», cuestionando el acierto de lo que hasta ahora viene siendo doctrina mayoritaria. *Ibidem*.
- ¹⁴ Un análisis detenido muy reciente, tanto doctrinal como jurisprudencial, en ESTEBAN, G.-MOLINA, C. *La movilidad...*, *op. cit.*, págs.70 y sgs.
- ¹⁵ Para su comprensión general, fuera del ámbito laboral, por la doctrina del TJCE *vid.* reciente Sentencia 19-2-2002, Asunto C-2560/00, Besix SA)
- ¹⁶ *Vid.* FENTIMAN, R. «Exclusive Jurisdiction and Article 17». *L'espace juridique européen en matière civile et commerciale*. Bruselas. Bruylant. 1999, págs. 127 y sgs.
- ¹⁷ Sobre la formalización de la cláusula atributiva de competencia, si bien sobre el sustituido artículo 17 CBT, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho privado de internet*. Civitas. Madrid. 2001, págs. 416-420; C. GRINGAS. *The Laws of Internet*. Londres. 1997, p. 40; JUNKER, A.: «Internationales Vetragsrecht im Internet». *RfW*. vol. 45, pág. 813.
- ¹⁸ *Vid.* PALOMO BALDA, E.: «Jurisdicción, partes y actos procesales». Aa.Vv. *Incidencia de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Social*. Dossier Práctico Francis Lefebvre. Madrid. 2001. Págs. 21 y sgs.
- ¹⁹ Las dificultades para identificar el criterio del lugar habitual fueron destacadas por el Auto del TSJ de Madrid, 29-3-1999, donde se proponía incluso el planteamiento de una cuestión prejudicial, aunque no prosperase por razones técnicas.
- ²⁰ *Vid.* recientemente ESTEBAN, G.-MOLINA, C., *op. cit.*, pág. 83.
- ²¹ *Cfr.* DEPREZ, J. «Rattachements rigides et pouvoir d'appréciations du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international». *Droit Social*, n.º 4, 1995.
- ²² *Cfr.* GURDANS CAMBO, I. *Contrato internacional, op. cit.*, págs. 402 y sgs.
- ²³ *Cfr.* LYON-CAEN, G.-LYON-CAEN, A. *Droit Social*. Dalloz. 1991. pág. 27. Una síntesis de las excepciones a la autonomía de la voluntad en materia de Ley aplicable en STSJ Madrid 30-10-1997.
- ²⁴ *Vid.* VALDÉS, F.-CRUZ VILLALÓN, J.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*. Madrid. 1991; Aa.Vv. (dir.: E. BORRAJO): *La nueva Ley de Procedimiento Laboral. Comentarios a las Leyes Laborales*. XIII, 1.º, Madrid. 1990.
- ²⁵ El insuprimible principio de igualdad procesal de las partes se traduce constitucional, legal y judicialmente en una constante preocupación por garantizar el «equilibrio procesal» (art. 75.2 LPL), misión inexcusable de los Tribunales (STS 7-4-1992), pero que no se entiende ni aislada ni abstractamente, sino en el contexto de un ordenamiento y una realidad que evidencia la existencia de posiciones dispares, que han de ser corregidas también en vía procesal (STCo. 3/1983). Para esta lectura adaptada tanto a la Constitución Española como a la especificidad del proceso laboral, con especial referencia a las consecuencias del régimen probatorio, por todos GARCÍA-PERROTE, J.I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, Civitas, 1994, págs.115 y sgs.

- ²⁶ Vid. GARCÍA-PERROTE, J.I., *op. cit.*, pág. 118.
- ²⁷ Cfr. A. DESDENTADO. «El proceso declarativo y los recursos». Aa.Vv. *Incidencia...*, *op. cit.* pág. 105. Remata esta opinión, para nosotros sorprendente, no obstante la autoridad de un gran investigador y juez del Tribunal Supremo, su interpretación de la LEC como criterio moderador de la «mayor discrecionalidad» del juez social, puesta en juego por la vigencia para este ámbito de las polémicas «diligencias para mejor proveer» (art. 88 LPL). Más matizadamente MONTERO AROCA, J. «Particularidades de la prueba en el proceso laboral...». Aa.Vv. *La prueba en el proceso laboral*. CGPJ. Madrid. 1998.
- ²⁸ Vid. A. DESDENTADO, *op. cit.* pág. 105. Con carácter general, sigue siendo doctrina –y jurisprudencia– mayoritaria la que cree en un «modelo normativo» asentado sobre la prohibición al Tribunal civil –y por extensión al social– de investigar la verdad de lo afirmado, pues ha de «limitarse a valorar el resultado probatorio». Vid. MARTÍN OSTOS, J., «artículo 281». Aa.Vv. *Comentarios a la nueva LEC*. Lex Nova. 2000, pág. 1.756.
- ²⁹ Esta imagen reductiva es la que retienen, sin embargo, procesalistas como DE LA OLIVA SANTOS, A.–DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. CEURA. Madrid. 2000. pág. 301, que no ven nada más que una expresión redundante. Más confiada es la lectura de otro sector, si bien siempre dentro de la actitud cautelosa y el expediente técnico de la excepción, ej. DAMIÁN MORENO, J. «Comentario al artículo 217», en Aa.Vv. *Comentarios a la nueva LEC*. Lex Nova. 2000, págs. 1.425-1.426.
- ³⁰ Resultaba extraño en este caso que el Ministerio de Comercio y Turismo hubiese reconocido la deuda que tenía con las demandantes desde el primer momento, pero que se desestimara la demanda alegando una supuesta falta de prueba del Derecho extranjero.
- ³¹ Vid. PERROT, R. «Le droit à la preuve». Aa.Vv. *Effektiver Rechtsschutz und Vefassungsmässige Ordnung*. 1983. págs. 91 y sgs., para quien no es aceptable en un Estado de Derecho «justo» que el juez resuelva sabiendo que su decisión se aleja, o puede alejarse de la verdad, tan sólo «porque una parte o un tercero no ha querido (o no ha sabido) proporcionar una prueba esencial». Para la afirmación de un «interés público» ligado a la fase probatoria del proceso que exige la procura de la verdad, *vid.* STCo. 114/1984.
- ³² Cfr., F. VALDÉS DAL-RÉ, «Comentario al artículo 80» en, J.L. MONEREO, M.^a N. MORENO, A. GALLEGU. *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada, Comares, 2001, pág. 526.
- ³³ Cfr., J.L. MONEREO PÉREZ-A. ÁLVAREZ MONTERO: «Comentario al artículo 155» en, J.L. MONEREO, M.^a N. MORENO, A. GALLEGU. *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001, págs. 951-952.
- ³⁴ Cfr. *inter al.*, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Comentario al artículo 12.6.º del CC» en, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, EDESA, 2.^a ed., 1995, págs. 975 y ss.
- ³⁵ Véase, señaladamente, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ. *La aplicación judicial de la norma de conflicto*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ³⁶ Esta especialización no es desconocida, por otro lado, dado que la aplicación del Derecho extranjero por autoridades extrajudiciales no se ha sujetado a los criterios del artículo 12.6.º del Código Civil, sino que se realiza de un modo más flexible (el Notario puede aplicar el Derecho extranjero si lo conoce, puede utilizar cuantos medios de prueba estime convenientes, etc.).
- ³⁷ Cfr., A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Española de Derecho Procesal*, n.º 11, noviembre de 2000, márgs. 1.155 y ss.
- ³⁸ Para una revisión reciente de su significado y alcance *vid.* Y. CHALARON. «L'application de la disposition la plus favorable». En Aa.Vv. *Les transformations du droit du travail*. Études offertes à G. LYON-CAEN. Paris. Dalloz. 1989, pág. 243. En nuestro país J.R. MERCADER. «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable». *REDT*. n.º 109. 2002, págs. 19 y sgs., que concluye, con algún exceso de pesimismo a nuestro juicio, con la constatación de una «lenta llegada del crepúsculo de lo que fue, a lo largo de extensos períodos de nuestra historia, un principio esencial del sistema normativo laboral», pág. 44.
- ³⁹ Desde reflexiones generales *vid.* L.E. DE LA VILLA, M.C. PALOMEQUE. *Introducción a la Economía del Trabajo*. Vol. I. Madrid. Debate. 1978. pág. 755. Monográficamente L.M. CAMPS RUIZ. *Los principios de norma más favorable y condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho del Trabajo español*. MTSS. Madrid. 1976.
- ⁴⁰ Vid. L.E. DE LA VILLA. «El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales». *RMTAS*, n.º 3, 1997, pág. 87; en una dirección análoga M. RODRÍGUEZ-PINERO. «El papel de la ley tras la reforma del Estatuto de los trabajadores». En Aa. Vv. (coord.: J. CRUZ). *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*. CES. Madrid. págs. 19 y sgs., que enfatiza igualmente la idea de representar, en última instancia, un modelo de confucionismo y falta de precisión más que una técnica cierta de solución de conflictos normativos.
- ⁴¹ Los conflictos de normas derivados de la concurrencia, real o aparente, de dos normas convencionales de ámbitos territoriales distintos en la regulación de una misma situación, generada por el desplazamiento de un trabajador a zonas distintas dentro del territorio nacional, cada una de ellas cubierta por un diverso orden normativo convencional, representa un fenó-

- meno típico en el ordenamiento laboral: las situaciones de *conflicto móvil*. No obstante una inicial orientación doctrinal y judicial proclive a aplicar en estos casos el principio de norma más favorable (ej. STCT 3-11-1984, hoy aún recogida por decisiones como STSJ Murcia 9-10-2000), hoy aparece en claro retroceso convencional, judicial y doctrinalmente, recurriéndose a distintos «criterio de atribución de fueros»: sede social de la empresa, lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del mismo o lugar de prestación efectiva de los servicios (*lex loci laboris*), siendo este último el que goza de mayor predicamento. Una breve pero ilustrativa síntesis descriptiva en J. MERCADER, *op. cit.*, págs. 40-43.
- 42 Para un reciente estudio de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso laboral en todos los supuestos en los que el excesivo formalismo impide que sea pronunciada una decisión de fondo (inadmisión de la demanda, desestimación, etc.) véase, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral» en, AA.VV.: *El proceso laboral. Estudios...*, *op. cit.*, págs. 909 y ss.
- 43 Cfr: WOOD, H.G. *A treatise on the Law of Master and Servant*. J.D. PARSONS, Jr., Publishers, Albany-New York, 1877, pág. 272.
- 44 Al margen del trabajo de diversos sociólogos, economistas, politólogos y especialistas en relaciones industriales, que han indagado ampliamente por las razones de la superación del «Derecho Laboral» británico por uno propio, de raíz específicamente norteamericana (vid. CANO, Y. *El despido libre...*, *op. cit.*, págs. 25 y sgs.), los motivos fundamentales de esta regla aparecen en las propias decisiones de los Jueces.
- 45 No obstante, hasta el momento sólo el Estado de Montana, desde 1989, cuenta con una legislación que responde más bien a la doctrina europea del despido causal. Vid., *Wrongful Discharge from Employment Act-Montana Code Annotated. Section 39-2-9012* y sgs.
- 46 No entramos aquí a analizar si realmente esta regla tradicional supone el reconocimiento de la figura del «despido libre» o no, al menos en relación con el entendimiento habitual de esta figura en los ordenamientos continentales en general, y en el español en particular. Aquí bastará con llamar la atención sobre el hecho de que el reconocimiento de una libertad de despido, en un Estado de Derecho, no es incompatible con el reconocimiento de límites frente a su ejercicio antisocial, abusivo o arbitrario. Para posiciones matizadamente diversas vid. MARTÍNEZ GIRON, J. *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*. Civitas. 1988, págs. 127 y sgs.; CANO, Y. *El despido libre...*, *op. cit.*, págs. 23 y sgs.
- 47 A pesar de sus benéficos efectos sobre el empleo es un dato que la aplicación mecánica de la regla *at-will* provoca situaciones injustas o crueles (*the harshness of the rule*). J. MARTÍNEZ GIRON, *op. cit.*, pág. 137.
- 48 Para las críticas y réplicas de esta revisión moderna de la doctrina del *employment at-will*, que tiende a redefinir en profundidad su ámbito de aplicación, vid. CANO, Y. *Op. cit.*, págs. 66 y sgs.
- 49 El proceso de creación del *Law of tort* del despido injusto se inició con la promulgación por el Congreso de determinadas leyes federales, en particular la *National Labor Relations Act* (Ley Wagner) de 1935. Con posterioridad, y una vez afirmada su constitucionalidad, aparecerán múltiples Leyes Federales y Estatales que prohibían el despido de trabajadores en atención a ciertas causas consideradas «ilegales», siendo una de las más destacadas, precisamente, la Sección 695 del Código Electoral de California, que prohibía el despido del trabajador que se ausentase del servicio en cumplimiento de sus deberes públicos. Fuera del Derecho Federal, se ha entendido que el estudio «presenta obstáculos casi insuperables para el investigador individual, que sólo pueden ser efectivamente franqueados mediante los esfuerzos coordinados de muchas personas», cfr: AARON. «The labor injunction reappraised» *UCLA Law Review*, vol. 10, n.º 2, 1963, pág. 293, nota 15. Incluso el Derecho Federal contiene múltiples normas, si bien se han agrupado en cuatro grupos: leyes antidiscriminatorias, leyes protectoras del trabajador «delator» del empresario o frente a los despidos por represalia...
- 50 Frente a los despidos ilegales nos encontramos los denominados «despidos contrarios al orden público», no expresamente prohibidos por ley alguna, lo que impide deducir acción ante los tribunales, pues el empresario puede ser responsable *in tort* cuando despide al trabajador por un motivo que contraviene un claro mandato de orden público. En estos casos, también denominados «despido represalia», no cabe pretender la readmisión, pues no es de derecho común, si bien sí tiene derecho a ser completamente compensado (*compensatory and punitive damages*). Esta doctrina no está vigente en todos los Estados de la Unión. Sin embargo, California fue Estado pionero en la afirmación de esta doctrina. Junto a éstos, nos encontramos igualmente aquellas prohibiciones de despidos que implican un ejercicio abusivo del poder del empresario de despedir. Una nueva modalidad de *tort* es la de los despidos maliciosos o abusivos (*bad faith or malice*). De nuevo en California es Derecho vigente, que está entre los pocos Estados en los que se garantiza la protección al trabajador despedido frente a este ejercicio arbitrario o abusivo, al menos hasta 1985. Vid. J. MARTÍNEZ GIRON. *Ibidem.*, págs. 181-182, nota 203 (quien cita abundantes decisiones judiciales en apoyo de esta afirmación): «existe en todo contrato un pacto implícito de buena fe y trato leal (*implicit covenant of good faith and fair dealing*)».
- 51 Además, como se ha observado recientemente, conviene tener en cuenta que tampoco estos trabajadores cubiertos por la protección especial del convenio tienen una posición cómoda, en realidad igualmente «tienen que hacer frente a un sistema completo para intentar obtener algún tipo de remedio o compensación en supuestos de extinción de la relación laboral». Vid. CANO, Y., *op. cit.*, pág. 233.