De la protección del personal laboral al servicio de las embajadas españolas

The protection of the workers at the service of Spanish embassies

NURIA MARCHAL ESCALONA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Granada

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2017.005

Bitácora Millennium, Nº 6 (julio-diciembre 2017)

Zaragoza, diciembre 2017

Editorial tirant lo blanch

Abstract

El presente estudio pretende analizar hasta qué punto el personal laboral de nacionalidad española que presta sus servicios en las embajadas españolas en el extranjero puede disfrutar o no de la protección que les confiere el Derecho español.

The present study aims to analyse to what extent the Spanish workers serving in the Spanish embassies abroad can enjoy or not the protection that Spanish law confers them.

Palabras clave: Convenio de Roma 1980, Reglamento Roma I, extinción del contrato de trabajo internacional, autonomía de la voluntad, normas materiales imperativas, orden público

Key words: *Rome Convention 1980, Rome Regulation I, Extinction of International Employment Contract, Party Autonomy, Overriding Mandatory Provisions, Public Order*

Sumario

I. Introducción

II. De la competencia judicial internacional

III. El Derecho aplicable y la (des) protección del personal laboral al servicio de la Administración española en el exterior

IV. La extinción del contrato del personal laboral al servicio de embajadas españolas

1. Introducción

2. Del despido: de su posible calificación como norma imperativa y de su aplicación en DIPr.

V. Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción

Los textos legislativos más recientes han venido a introducir la exigencia de un requisito que no figuraba en la normativa anterior para el acceso al Registro de documentos públicos extranjeros. Se trata de la necesidad de que la autoridad extranjera *haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades* ¿Puede un trabajador de nacionalidad española al servicio del Ministerio de Asuntos Exteriores destinado en la Embajada de Doha, Qatar, ser despedido con arreglo a la legislación qatarí[1] –elegida por las partes en el contrato–, si dicha ley no exige la alegación de causa justificativa para la rescisión del mismo, sino únicamente el abono de la correspondiente indemnización? O, ¿debe ser aplicado el Derecho español? Y, de ser así, ¿cuál sería la vía o el cauce legal para ello? Estas son las cuestiones que suscita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección nº 02) de lo Social (en adelante TSJ), dictada el 9 de noviembre de 2016[2].

El litigio que se halla en el origen de dicha Sentencia se fundamenta en los siguientes hechos: En 2004, un ciudadano de nacionalidad española concluye un contrato con el embajador español en Doha, que actuaba en representación del Estado Español, para ocupar un puesto en dicha Embajada desarrollando funciones administrativas. Dicho contrato se regulaba por la Legislación del Estado de Qatar y estaba sometido a la jurisdicción de los Tribunales civiles de dicho Estado (Cláusula núm. 1). Como consecuencia de un accidente laboral, este permaneció en situación de incapacidad temporal en distintos periodos de tiempo durante la vigencia de su relación laboral, y motivó la presentación de un escrito ante la Inspección de trabajo, solicitando la imposición de un recargo en las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad en el trabajo. El 2 de julio de 2015, en la sede de la Embajada de España en Doha, se entregó a dicho ciudadano un escrito en el que se le notificaba la rescisión unilateral de su contrato de trabajo, en virtud de lo dispuesto en la Ley Laboral Qatarí, cuyo contenido fue incorporado al contrato a través de la

Fecha de recepción del original: 4 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 4 de octubre de 2017.

[1] Y, en concreto, según lo establecido en el art. 49 de la Ley Laboral del Estado de Qatar que establece que: "*Cualquiera de las partes podrá finalizar unilateralmente el contrato, siendo el periodo de preaviso de 2 meses, pudiéndose sustituir el preaviso por la cantidad equivalente al salario correspondiente al preaviso no respetado".* Por su parte, el art. 54 de la misma establece que "*en caso de resolución del contrato por el empleador, para un trabajador con antigüedad superior al año, deberá abonarse al trabajador una cantidad no inferior a 3 semanas de salario por año de trabajo*".

[2] *Diario La Ley*, Nº 8859, Sección Jurisprudencia, 9 de Noviembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

correspondiente cláusula contractual (núm. 10), lo que motivó que el trabajador presentase la correspondiente demanda por despido ante los tribunales españoles por violación del "derecho fundamental a la indemnidad"[3]. Dicha pretensión fue desestimada en Primera Instancia por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, dictada el 29 de diciembre de 2015. Contra dicha resolución se presentó el correspondiente recurso de suplicación ante Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia estimatoria.

A nuestro juicio, tanto el fallo como los argumentos que utiliza el Tribunal madrileño en el presente caso resultan criticables. Se puede decir que los argumentos se amontonan, más que se articulan. De hecho, el TSJ de Madrid se limita sólo a reproducir el tenor literal de lo establecido en los arts. 8, 9 y 21 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I)[4], para, posteriormente, considerar que la no valoración del derecho fundamental a la indemnidad del actor –que es consecuencia del Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva– es manifiestamente incompatible con nuestra legislación constitucional. Concluyendo, finalmente, que en aplicación de la ley española el Juzgado de Primera Instancia se debió de pronunciar sobre la causa de nulidad del despido del actor, aunque dicho derecho no exista en la legislación laboral qatarí.

El razonamiento del TSJ de Madrid no sólo es extraordinariamente escueto, sino también erróneo. Y ello por tres razones. En primer lugar, porque yerra a la hora de identificar el régimen jurídico aplicable. Este lo hace según el art. 8 del Reglamento Roma I, cuando, en verdad, este era el art. 6 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (en adelante Convenio de Roma)[5], dado que en la fecha en la que se celebró el contrato de

[3] En virtud de esta garantía se protege al trabajador que ha ejercitado los derechos laborales (ejercicio de acciones judiciales, derecho de huelga o reclamaciones de cualquier otro tipo) mediante la declaración de nulidad de las sanciones (incluida la de despido) que la empresa pueda imponer a dicho trabajador como represalia por el ejercicio de tales derechos. Dicha garantía constituye una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional [STC 76/2010, de 19 de octubre de 2010 (*TOL* 5.897.517)], aunque también encuentra apoyo en la normativa internacional, en concreto, en la Recomendación de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) núm. 119 de 1963, sobre la terminación de la relación de trabajo y en el art. 5 c) del Convenio OIT núm. 158, de 1982, ratificado por España, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (*BOE* núm. 155, de 29 de junio de 1985). Sobre este principio *vid.* GIL Y GIL J.L. "Despido por represalia y garantía de indemnidad del trabajador", *Relaciones Laborales. Capital humano*, núm. 189, junio, 2005, pp. 120-121.

[4] *DOCE* núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

[5] *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993. Sobre las concomitancias y diferencias entre lo establecido en el art. 6 del Convenio de Roma y el art. 8 del Reglamento Roma I *vid*. MAUER R. Y SADTLER, S.

trabajo[6] no estaba en vigor dicho Reglamento[7]. En segundo lugar, por cuanto confunde dos conceptos básicos en Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) las "normas materiales imperativas" (art. 7 Convenio de Roma/art. 9 Reglamento Roma I) y el "orden público" (art. 16 Convenio de Roma/art. 21 Reglamento Roma I), a los que dicho Tribunal recurre de forma conjunta e indiscriminada. Y, en tercer lugar, porque el argumento que sustenta su pronunciamiento es de naturaleza procesal (principio de indemnidad/tutela judicial efectiva) de difícil encaje en la normativa alegada por dicho Tribunal para resolver la cuestión.

En defensa de este Tribunal, no obstante, diremos que, al menos en su argumentación y en su fundamentación esgrimió conceptos y normas de DIPr. Pero, con carácter general, cabe calificar de lamentable la actuación de los tribunales españoles que ni en primera instancia ni en segunda instancia se plantearon cuál era la ley aplicable al contrato de trabajo. Ninguna de las dos instancias judiciales entraron a valorar los niveles de protección ofrecidos por el Derecho Qatarí elegido por las partes, lo cual, es comprensible, dado que el trabajador prestaba servicios en Qatar, y, por tanto, existía coincidencia entre la ley elegida y la ley aplicable en defecto de pacto de elección de ley (*lex loci laboris*).Tampoco se cuestionaron si una posible coincidencia de las nacionalidades de trabajador y Estado-empleador, como así sucede en el presente caso, podría constituir elemento suficiente a la hora de desviar la remisión del art. 6.1º del Convenio de Roma (art. 8.1º Reglamento Roma I) desde la ley elegida/*locus laboris* hasta la ley española como ley más estrechamente vinculada (art. 6.2º *in fine* Convenio de Roma, art. 8.4º Reglamento Roma I).

"Die Vereinheitlichung des internationalen Arbeitsrechts durch die EG-Verordnung Rom I", *RIW*, 2008, pp. 545-548; LEIBLE S. Y LEHMANN M. "Die Rom I-Verordnung", *RIW*, 2008, pp. 528-544 en esp. p. 540.

[6] Dicho contrato fue celebrado el 7 de octubre de 2004 y, aunque, dicho trabajador causó baja el 31 de marzo de 2005, suscribió un nuevo contrato el 15 de maro de 2005.

[7] Según el art. 28 del Reglamento Roma I, dicho Reglamento se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009. En la reciente sentencia del TJ de 18 de octubre de 2016 (C-135/15: As. *Republik Griechenland/Nikiforidis*) se ha cuestionado si dicho precepto resulta aplicable únicamente a las relaciones laborales establecidas sobre la base de un contrato celebrado después de dicha fecha o se aplican igualmente a las relaciones laborales constituidas a más tardar en esa fecha y que las partes hayan decidido, después de dicha fecha, proseguir, con o sin modificación. A esta cuestión respondió el TJ señalando que dependía de la envergadura de las eventuales modificaciones. Sobre la dificultad que puede entrañar dicha operación *vid*. CARRILLO POZO L.F. "Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)", *Bitácora Millenium*, núm 5, 2017, pp. 1-20.

Dicho lo anterior, resulta evidente que el producto final no puede ser aceptable. En cualquier caso, sirve para evidenciar tres aspectos. El primero es determinar si la inclusión en este tipo de contratos de la correspondiente cláusula contractual de sumisión a la jurisdicción de los tribunales del Estado donde el trabajador presta su servicio sirve para debilitar, más que para asegurar una adecuada protección del mismo. El segundo es desmitificar la idea de que tanto el art. 6 Convenio de Roma como el 8 Reglamento Roma I permiten aplicar la ley más protectora al trabajador. A nuestro juicio, ello sólo es factible en casos en los que hay una elección de ley, y siempre que esta no coincida con la ley del lugar donde habitualmente el trabajador desempeña su trabajo, como sucede en el presente caso. Y, el tercer y último aspecto, es evidenciar el problema de calificación que existe en el ámbito laboral y, en concreto, en relación con la extinción del contrato de trabajo. Lo que se trata es de saber hasta qué punto la normativa que disciplina el despido en España merece ser calificada como norma material imperativa (*ius cogens*) y, por tanto, de aplicación con independencia de la Ley que regula el contrato (art. 7 Convenio de Roma/art. 9 del Reglamento Roma I), como una norma relativamente imperativa. O bien, se trata de una cuestión de orden público internacional (art. 16 Convenio de Roma I/art. 21 Reglamente Roma I), lo que llevará a la exclusión de la ley aplicable al contrato –elegida o designada– de resultar contraria a nuestros principios y valores fundamentales. O, simplemente, es una cuestión meramente contractual sobre la que las partes pueden disponer libremente. Aspectos que trataremos a continuación. Pero antes, nos ocuparemos de analizar si y en qué medida los tribunales españoles tenían competencia judicial internacional para conocer de la pretensión suscitada, teniendo en cuenta que existía una cláusula de sumisión a los tribunales de Qatar.

II. De la competencia judicial internacional

En los litigios contra las Embajadas españolas y otros organismos de la Administración española en el extranjero, nuestra Administración prefiere que el proceso se inicie ante tribunales extranjeros[8]. De hecho, en este tipo de contratos es frecuente la existencia de cláusulas de sumisión a la jurisdicción de Tribunales extranjeros. El interés que puede tener la Administración en no ser llevada ante la jurisdicción social española podría residir en hacer más difícil la reclamación del trabajador. No obstante, la práctica revela que en un alto porcentaje de litigios contra la Administración española en el exterior, las demandas se interponen ante Tribunales españoles[9], como así ha sucedido en el presente caso. Por lo que,

[8] GARDEÑES SANTIAGO M. "Nota a la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Secc. 2ª), de 16 de marzo de 2000", *REDI,* vol. LIII, 2001 (1 y 2), p. 551.

[9] GUZMÁN ZAPATER M. "Los contratos de personal laboral por embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE", en AA VV *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, (J. Forner Delaygua/C.

hubiera resultado preciso determinar hasta qué punto tal pacto era válido y, por tanto, si los tribunales españoles tendrían que derogar o no su competencia en favor de lo estipulado en este punto por las partes en el contrato.

Es sabido que en el ámbito de la Unión Europea existen normas que limitan la validez de los pactos de elección de foro [art. 21 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Bruselas I)[10] y art. 23 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Bruselas I *bis*[11])][12]. Si existe un acuerdo atributivo de jurisdicción en favor de unos tribunales estatales, los trabajadores pueden demandar a los empresarios ante los tribunales elegidos por ambos, siempre que este sea posterior al nacimiento de la controversia o permita al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la norma (arts. 18 y 19 Reglamento Bruselas I/arts. 20 y 21 Reglamento Bruselas I *bis*)[13]. La cuestión radica en saber si, en el presente supuesto, tales normas serían o no aplicables, dado que la sumisión se produce a tribunales no pertenecientes a la Unión Europea. Cabría preguntarse si la existencia y validez de una cláusula de este tipo desactivaría la competencia de los tribunales nacionales. Dicha cuestión fue planteada y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJ) en la Sent. dictada el 19 de julio de 2012 (As. C-154/11: *Mahamdia*[14]), donde el propio TJ admitió que, en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, una vez planteada la demanda y la materia objeto de *litis*, el tribunal no tiene por qué declinar su competencia[15]. Según el TJ, el

González Beilfuss/R. Viñas Farré, Coords.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paolo, 2013, pp. 503-523 en esp. p. 507.

[10] *DOCE* núm. L 12, de 16 de enero de 2001.

[11] *DOUE* núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

[12] No existe problema alguno a la hora de aplicar las normas de competencia de los Reglamentos comunitarios, aun cuando el litigio afecte a un organismo público, como en este caso, la embajada española en Doha. En este sentido, *vid.* la Sent. TSJ de Cataluña, 25 de junio de 2014 (*TOL* 4.507.332).

[13] Sobre las opciones procesales del trabajador *vid*. CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GÓNZALEZ, J. *Derecho internacional privado*, Vol. II., 16ª ed., Comares, Granadas, 2016, pp. 1448-1152.

[14] *ECLI*:EU:C:2012:491.

[15] MARTINY D. "Deustcher Kündigungsschutz für das Personal ausländiser Botschaften?", *IPRax*, 2013, pp. 536-544; GULOTTA C.M. "L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro

hecho de que exista una cláusula a favor tribunal de un tercer país no excluye la posibilidad de activar los foros previstos en dicho Reglamento[16], ya que el objetivo de proteger al trabajador como parte contratante más débil, no se conseguiría si los foros previstos en los artículos 18 y 19 Reglamento Bruselas I[17] (arts. 20 y 21 Reglamento Bruselas I *bis*) pudieran ser excluidos mediante una cláusula de sumisión procesal estipulada antes del nacimiento de la controversia[18].Por ello, cabe concluir que la existencia de una cláusula de sumisión en favor de los tribunales de Qatar no podría impedir que el trabajador presentara la demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles[19]. De hecho, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles vendría determinada por ser el lugar donde está domiciliado el demandado/empresario[20].

III. El Derecho aplicable y la (des) protección del personal laboral al servicio de la Administración española en el exterior

Siendo competentes los tribunales españoles, la cuestión que debieron plantearse y sobre la que debieron pronunciarse las autoridades españolas en ambas instancias fue la de determinar cuál era el derecho aplicable a la rescisión del contrato, a saber: el español o el qatarí. Y en el caso, de que fuera aplicable el derecho qatarí, analizar si podría resultar de aplicación el derecho español –ley en la que se basa la pretensión del trabajador y, por tanto, más favorable a juicio de este–.

---

domiciliati all'estero: il caso Mahamdia e il nuovo régimen del Regolamento Bruselles I-bis", *Riv.dir.int.pr.proc*., 2013, pp. 619-644.

[16] Dicho pronunciamiento es coherente con la posición expresada por el TJ en el Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006 (párrafos 144, 148, 151 y 160) http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=85621&doclang=ES.

[17]Sobre la competencia judicial internacional de los tribunales en el ámbito laboral *vid*. ESPLUGES MOTA C.A. Y PALAO MORENO G. "Arts. 18-21", en AA VV *Brussels I Regulation* (U. Magnus/P. Mankowski), 2ª ed., Selliers European Law Publisher, Munich, 2012, pp. 397-412; *id.*, "Arts. 20-23", en AAVV *Commentary Brussels I bis Regulation* (P. Mankowski/U. Magnus),*European Commentaries on Private International Law*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2015, pp. 534-558**.**

[18] Fundamento 64.

[19] Dicha cláusula no se consideraría nula, sino simplemente inaplicable cuando no fuera el trabajador quien pretendiera valerse de ella (RODIÈRE P. *Droit Social de l'Union Européenne*, LGDJ, París, 2002, p. 522).

[20] PALAO MORENO G. "Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles en el extranjero)", *Relaciones laborales*, núm. 3, febrero de 2000, pp. 219-251 en esp. p. 225.

Lamentablemente, no sucedió así. Una respuesta ortodoxa exigía determinar dicha Ley según lo establecido en el art. 6 del Convenio de Roma, norma que, según hemos visto, debió ser la aplicada en lugar del art. 8 Reglamento Roma I[21]. Sin embargo, ello no sucedió así. Y es que el Juzgado de Primera aplicó el derecho elegido por las partes en el contrato, esto es, el Derecho qatarí, y ello, sin cuestionarlo y sin ofrecer argumento jurídico alguno. Mientras el TSJ de Madrid, que consideró que el Derecho aplicable era el español, esgrimió en sus fundamentaciones razonamientos pocos afortunados.

A tenor de lo establecido en la normativa aplicable, no hay duda alguna de que, en el caso presente, la ley aplicable era la qatarí, derecho elegido por las partes y donde el trabajador realizaba habitualmente su trabajo (art. 6 Convenio de Roma). No obstante, también es cierto que las partes pueden pactar en el contrato una cláusula específica y concreta sobre la extinción del mismo, como así sucedió en el presente caso (Cláusula 10). En la práctica, nada impide que prospere un pacto de elección de ley combinado con pactos o cláusulas específicas del contrato (autonomía conflictual y material), siempre que trabajador y empleador consientan en ello y que el ejercicio de la autonomía material se lleve a cabo en el marco de un ordenamiento nacional previamente determinado que será el que establezca el alcance del pacto, así como los límites dentro de los cuales las partes pueden autorregular ciertos aspectos de su contrato[22]. Pues bien, dicha cláusula contemplaba la posibilidad de rescisión unilateral del contrato del empleador sin motivo alguno, lo que, habilitaba dicha posibilidad a tenor de lo pactado y admitido en la Ley reguladora del contrato de trabajo –la elegida por las partes–. Una ley que, como hemos apuntado, coincidía con la del lugar de prestación habitual de trabajo, y, por ende, hacía innecesario realizar comparación alguna, a efectos de aplicar la Ley más beneficiosa para el trabajador.

Y es que, tal y como se advierte, las normas de conflicto formuladas tanto en el art. 6 del Convenio de Roma como el art. 8 Reglamento Roma I, no permiten aplicar una ley más beneficiosa al trabajador, salvo en aquellos supuestos en los que exista una cláusula de elección de ley, y siempre que esta no coincida con la ley del lugar

[21] SABIRAU-PEREZ M.A. "Changes of the Law Applicable to an International Contract of Employment", *International Labor Review*, 2000, p. 336; SEATZU F. "La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I", en AA VV., *La Nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai* contratti (Roma I), N. Boschiero, ed., Giappichelli, Torino, 2009, p. 339.

[22] MASEDA RODRÍGUEZ J. "Nota a Sent. del TSJ Madrid núm. 109/2006 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 de febrero", *REDI*, vol. LVIII, 2006, 2, pp. 995-997.

donde el trabajador desempeña habitualmente su trabajo [23]. Fuera de estos supuestos, sólo se asegura la aplicación de la ley más previsible, la más próxima[24].

Llegados a este punto, cabría cuestionarse si una posible coincidencia de las nacionalidades del trabajador y la del Estado-empleador podría constituir un elemento suficiente para escapar de la aplicación de la ley qatarí (ley elegida=*lex loci laboris)* en favor de la ley española, en tanto ley más estrechamente vinculada al supuesto (art. 6.2º Convenio de Roma/art. 8.4º Reglamento Roma I). Es decir, habría que valorar qué criterios hay que tener presentes a la hora de realizar este proceso valorativo, y si en el mismo puede tenerse en cuenta o no consideraciones de naturaleza material. Ni el Convenio ni el Reglamento estipulan nada al respecto. Por tanto, deberá ser el tribunal competente el que decida sobre dicho aspecto, teniendo en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciando los elementos que, a su juicio, son más significativos. Una operación en la que podría ser de utilidad la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sent. dictada el 12 de septiembre de 2013 en el As. C-64-12: *Schlecker vs. Boedeker*, en relación con la aplicación de la cláusula de escape recogida en el art. 6 del Convenio de Roma[25]. Y, en concreto, sobre la posibilidad de esgrimir o no consideraciones de tipo material en el proceso valorativo, así como para determinar qué factores relevantes se pueden tener presentes a la hora de concretar si existen o no vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico. Según el TJ, en tales casos no es preciso que los vínculos sean manifiestamente más estrechos o que se derivan claramente del supuesto, sino que simplemente existan. Incluso, en el caso de que el trabajador realice su trabajo de forma habitual en otro Estado, cabe descartar esta conexión si el contrato está más estrechamente vinculado con otro ordenamiento jurídico. Para dicho Tribunal ha de aplicarse la ley del país más vinculado con la situación, y no la ley más favorable al trabajador, ni, necesariamente la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. De esta forma adopta una orientación conflictual y no material sobre la aplicación de esta

[23] De hecho, la jurisprudencia francesa suele acudir a otros mecanismos, en concreto, a la elección tácita de ley para aplicar la ley más beneficiosa al trabajador. Al respecto *vid*. NORD N. "La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international", *Rev.crit.dr.int.pr*., abril-juin, 2016, pp. 312-314 y jurisprudencia *ibid.* citada.

[24] McPARLAND M. *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, University Press, Oxford, 2015, p. 650.

[25] El Tribunal de Justicia se pronunció en la Sentencia ICF de 6 de octubre de 2009 (As. C-133/08) sobre las condiciones de aplicación de la cláusula de excepción de alcance general, prevista en el artículo 4.5º del Convenio de Roma. Sobre la misma *vid.* RE J. "La Corte di giustizia e l'art. 4 della Convenzione di Roma: il caso ICF", *Riv.dir.int.pr.proc.*, vol. 46, núm. 2, 2010, pp. 407-436.

cláusula[26]. De igual manera, el TJ procede a enumerar una serie de elementos útiles y significativos a tener presente a la hora de valorar si hay otra ley más estrechamente vinculada. Así, por ejemplo, si se trata del país donde el trabajador está afiliado a la Seguridad Social, regímenes de jubilación, etc. Se trata de elementos que están directamente relacionados con la relación laboral, y que pueden conducir a limitar el juego que de forma recurrente ha venido dando la jurisprudencia española a la nacionalidad de las partes para determinar la existencia de un vínculo más estrecho con el ordenamiento jurídico español[27], criterio cuya compatibilidad con el Derecho europeo ha sido cuestionado[28].

A la luz de lo establecido en dicha Sentencia, cabe cuestionarse si el Derecho español hubiera podido ser aplicado al presente supuesto al ser el ordenamiento jurídico más vinculado. Es cierto que no son muchos los datos de los que disponemos para proceder a realizar dicha valoración. No obstante, son hechos probados que las partes implicadas ostentaban la misma la nacionalidad (empleado y trabajador), que se trata de un supuesto no vinculado con la Unión Europea –por lo que el temor que se produzca una situación no compatible con el Tratado de la Unión Europea desaparece–, que el trabajador disfruta de la asistencia social y cobertura médica establecidas por la legislación española en materia de Seguridad Social (Cláusula 9), así como del sistema de vacaciones y permisos establecido también en la normativa española y, en concreto, en la Orden AEX/2003 para el personal del Ministerio de Asuntos Exteriores destinado en el extranjero

[26] PARADELA AREÁN P. "Nota a la Sent. 12 de septiembre de 2013 As. C-64-12: *Schlecker vs. Boedeker", REDI*, vol. LXVI, 2014-1, pp. 269-270. No obstante, sobre la aplicación de la cláusula en un sentido proteccionista *vid.* NORD N. "La nécessaire…", *loc.cit.,* pp. 316-318 y la jurisprudencia francesa *ibid* citada.

[27] Esta opción está igualmente presente en el art. 1.4º del Estatuto de los Trabajadores [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (*BOE* núm. 255, de 24 de octubre de 2015), en adelante ET], donde se proclama la aplicación de la ley española al contrato de trabajo concluido entre un trabajador español y empleador español, que presta sus servicios en el extranjero. La aplicación de este precepto ha sido desplazado tras la entrada en vigor del Convenio de Roma (art. 6) y del Reglamento Roma I (art. 8).

[28] GARDEÑES SANTIAGO M. "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 3 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)", *RIE*, núm. 3, sep.-dic, 1996, pp. 869-877). De hecho, en la medida en que dicha conexión resulta contraria al Derecho europeo, se ha defendido al menos en los contratos de trabajo vinculados espacialmente a la libre circulación de trabajadores que no se puede tener en cuenta como conexiones estrechas elementos subjetivos que impliquen una discriminación directa o encubierta por razón de la nacionalidad especialmente la del empleador y trabajador [FERNÁNDEZ ROZAS J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO S.A. *Derecho Internacional Privado*, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson/Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 617].

establecido [29]. Pues bien, la concurrencia de tales circunstancias podría ser considerada como suficiente para considerar que el ordenamiento jurídico español constituye el más vinculado al supuesto. Y, por ende, este podría haber resultado aplicable, siempre que el Derecho español resultase ser más beneficioso para el trabajador que la ley elegida por las partes en el contrato. Pues, aunque, si bien es cierto que la Ley más vinculada no debe suponer aplicar la Ley más beneficiosa, no hay que olvidar que las partes han elegido el Derecho qatarí como ley aplicable al contrato de trabajo, y que tanto el Convenio de Roma como el Reglamento Roma I permiten, en tales casos, la aplicación de la ley más favorable al trabajador al admitir la aplicación de las normas imperativas de la ley que presente los vínculos más estrechos con el supuesto (art. 6 1º *in fine* Convenio de Roma/art. 8 Reglamento Roma I)[30]. Esto es, la ley más estrechamente vinculada cumple una doble función. Excepciona la ley designada por la norma de conflicto e indirectamente determina el marco mínimo de protección del que puede disfrutar el trabajador que no puede ser derogado por la normativa de la Ley elegida.

En conclusión, cabe mantener que aplicar la ley más beneficiosa para el trabajador que presta sus servicios para la Administración española en el extranjero no siempre es posible a la luz de lo establecido en el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I; máxime a tenor de lo establecido por el TJ en la Sent. dictada en el As. *Schlecker*[31]. De hecho, en presente caso para que resultara aplicable el Derecho español –más favorable a juicio del trabajador– no sólo sería necesario considerarlo como el Derecho más estrechamente vinculado al supuesto, sino también como aquél que favorece más al trabajador (*favor laboris*), lo que implica, a su vez, la necesidad de comparar los ordenamientos jurídicos en presencia. Un proceso valorativo que plantea en esencia tres problemas, a saber: el posible fraccionamiento del régimen jurídico del contrato, las dificultades de llevar a cabo la comparación y el aumento de los costes de información, en la medida en que sea necesario tener en cuenta lo establecido en el Derecho extranjero[32]. En relación con la cuestión de saber cómo ha de realizarse la comparación entre la ley elegida por las partes y la

[29] *BOE* núm. 164, 10 de julio de 2003.

[30] Sobre la polémica existente en torno a la relación existente entre la cláusula de excepción y el resto de los criterios de conexión *vid.* DE GÖTZEN E. "Contratto di lavoro,criteri di collegamento e legge applicabile:luci e ombre del Regolamento (CE) n. 593/2008", *Riv.dir.int.pr.proc*., 2014, vol. 3, pp. 540-544.

[31] De hecho, para N. Nord, es preciso rediseñar las reglas de conflicto aplicables al contrato individual de trabajo, para aplicar siempre la ley más favorable al trabajador (*id*. "La nécessarie…", *loc.cit*., p. 330).

[32] GARDEÑES SANTIAGO M. "La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida", *AEDIPr*., 2008, vol. VIII, pp. 404-407.

rectora del contrato, en el presente supuesto, la más vinculada, a efectos de concluir cuál sería la más favorable para el trabajador, hay que decir que ni el Convenio de Roma ni en el Reglamento Roma I estipulan cómo debe realizarse dicha comparación. Por lo que, dicha cuestión dependerá de lo establecido en cada Estado miembro. Práctica que se compadece mal con la vocación uniformadora del Convenio y del Reglamento, y sobre la que la doctrina no se muestra unánime, aunque, lo cierto es que frente a aquellos autores que considera que dicha comparación debe procederse de manera global, gana más adeptos aquella considera que debe de hacerse de forma analítica, tomando como referencia únicamente la cuestión o problema jurídico que en cada caso sea objeto de litigio[33]. Lo que, en el presente supuesto, implicaría analizar cómo se regula esta institución en los dos ordenamientos jurídicos en presencia (Qatarí/español) y aplicar el más favorable al trabajador. Una tarea que, afortunadamente, no nos compete.

IV. La extinción del contrato del personal laboral al servicio de embajadas españolas

1. Introducción

Como hemos señalado, la ley española –de aplicación según lo mantenido por el TSJ de Madrid–, podría ser aplicable al presente supuesto sólo en el caso de que fuera considerada como la más vinculada al supuesto y, además, la más favorable para el trabajador. De no suceder así, la ley rectora del contrato sería la Ley elegida por las partes (ley qatarí) que coincide, además, con la Ley del lugar donde el trabajador desempeña su trabajo, lo que supondría la legitimidad del despido pronunciado sin causa justificada. Ello sería así, salvo que el operador jurídico considerase *in casu* que procede limitar la aplicación y/o alcance de la *lex causae*, en este caso, de la ley qatarí –ley reguladora del despido– a partir de la aplicación bien de la excepción de orden público, bien de las normas materiales imperativas; argumentos en los que de forma errónea, como hemos manifestado, se basa el TSJ de Madrid para fundamentar la aplicación del Derecho español, y que actúan como límite, aunque de forma distinta, a la aplicación de las normas de conflicto.

Como bien es sabido, si una vez evaluada la *lex causae* extranjera, el operador jurídico considera que su aplicación *in concreto* puede provocar un efecto contrario a los principios y valores propios del ordenamiento jurídico del foro (art. 16 Convenio de Roma/art. 21 Reglamento Roma I), esta dejaría de aplicarse a favor de lo dispuesto en la *lex fori*, en este caso, el Derecho español. Ciertamente, esta cláusula

[33] FOTINOPOULOU BASURKO O. *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, pp. 104-105.

es uno de los motivos que el propio TSJ de Madrid invoca en sus fundamentos jurídicos para propiciar la aplicación del Derecho español, si bien es cierto que, como hemos manifestado, la invoca de forma errónea, dado que esta cláusula no es el cauce adecuado para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva que la parte demandante reclama. No obstante, el recurso a dicha cláusula hace que nos plantemos si sería factible o no su aplicación, con las consecuencias legales que ello implica, para el presente supuesto. Es sabido que dicha cláusula tiene una aplicación excepcional. Esto es, no procede invocar la cláusula de orden público por el simple hecho de que la *lex fori* sea más favorable para el trabajador que la ley elegida por las partes o que la ley del país en cuyo territorio se prestan servicios, ni cuando dicho ordenamiento regule las cuestiones laborales de manera distinta a como lo hace la legislación española. Ahora bien, lo que ya no es tan evidente saber es en qué casos procede aplicar dicha cláusula y, en concreto, si esta puede ser aplicada en aquellos casos en los que la ley aplicable al contrato admite un despido libre totalmente injustificado, sin indemnización alguna, y sin control alguno de la regularidad de despido. La jurisprudencia española y comparada no es unánime al respecto. Así, mientras algunos pronunciamientos judiciales consideran que en tales casos se vulnera el orden público internacional (*ad ex*. Sent. de la *Corte di Cassazione* Italiana de 21 de enero de 2013[34]); para otros no (*ad ex.* Sent. TSJ Madrid de 17 de septiembre de 2008[35]).

A nuestro juicio, dicha cláusula no podría ser operativa ni aplicada en el presente supuesto, dado que, aunque el Derecho qatarí admita el despido sin causa justificativa alguna, también es cierto que exige que se pague indemnización al trabajador por ello. Por lo que, resulta preciso analizar si el Derecho español podría ser aplicable por otra vía o cauce, como parece sostener el TSJ de Madrid, aunque no de forma nítida. Para dicho Tribunal, resultaría aplicable la ley española recurriendo, como hemos visto, de forma errónea, a lo establecido en el art. 9 del Reglamento Roma I relativo a la aplicación de las "normas materiales imperativas". Sin embargo, el recurso que este Tribunal hace a dicho precepto es erróneo por dos razones. En primer lugar, puesto que, como hemos evidenciado, la norma aplicable sería, en todo caso, el art. 7 del Convenio de Roma, no el art. 9 Reglamento Roma I [36] . La segunda, porque la observancia del principio de tutela judicial

[34] *Riv.dr.int.pr.proc*., 2013, pp. 472-481.

[35] *TOL* 413226.

[36] Una cuestión nada baladí, dada la existencia de ciertas diferencias entre ambos preceptos. En concreto, fue en el art. 9.3º del Reglamento Roma I donde se introdujeron importantes modificaciones con respecto al art. 7.1º Convenio de Roma, de modo que resultara aceptable para algunos Estados, especialmente el Reino Unido. En concreto, en el Reglamento sólo se contempla la posibilidad de dar efecto a las leyes del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas (y no de cualquier país con el que la situación tenga una conexión), siempre que tales leyes hagan que la ejecución del contrato sea ilegal. Si bien es cierto que, la Sent. del TJ en el

efectiva/principio de indemnidad alegado por el demandante, y en el que el TSJ de Madrid argumenta su postura para aplicar la ley española, no puede garantizarse a través de esta vía.

En cualquier caso, el hecho de que el juzgador *a quo* haya recurrido a este tipo de normas para justificar la aplicación de la ley española hace plantearnos dos cuestiones. La primera, saber si las normas que regulan el despido en Derecho español pueden ser calificadas de "normas materiales imperativas". Una cuestión que no es baladí, dado que su aplicación y proyección podrá diferir dependiendo de cómo dicha normativa sea calificada. Y es que no hay que olvidar que la protección del trabajador ha sido prevista por el legislador europeo (Convenio de Roma/Reglamento Roma I) no sólo en distintos preceptos, sino de formas diferentes. Y la segunda cuestión, a la que procede contestar sólo en el caso de que la normativa que regula el despido fuera calificada de norma materialmente imperativa, es saber si dicha normativa podría ser o no aplicada al supuesto planteado. Aspectos que abordaremos a continuación.

2. Del despido: de su posible calificación como norma imperativa y de su aplicación en DIPr.

Entre las normas que disciplinan las relaciones laborales existen algunas que presentan carácter imperativo. La mayor parte de ellas no son normas internacionalmente imperativas, sino que sólo son normas no derogables por voluntad de las partes (normas imperativas internas)[37]. La diferencia no es baladí, dado que mientras que las primeras son normas dotadas de un plus de imperatividad que deben ser aplicadas de forma directa e inmediata a todas aquellas situaciones internacionales que queden enmarcadas dentro de su ámbito de aplicación, al representar valores básicos de organización social, política y económica de un Estado[38]; las segundas serían aquellas a las que necesariamente las partes deben

---

As. *Nikiforidis* limita el alcance de dicho precepto al admitir que: "*el art. 9.3º no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato lo prevea"* (Apartado 51).

[37] GUARDANS CAMBÓ I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*. *De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 402-403.

[38] Son normas imperativas que no admiten modificación por las partes en ningún sentido, ni favorable ni peyorativo, al considerarse como estructuras base del Derecho del Trabajo, como así sucede con lo dispuesto en el art. 6 ET sobre la prohibición de trabajo a los menores de 16 años, la cuantía del salario mínimo interprofesional, etc.

ajustar su comportamiento en el ámbito doméstico y que son propias de su orden público interno. Tales normas tienen por objeto limitar la autonomía conflictual de las partes en aras a la protección que cabe dispensar al contratante débil en la relación de trabajo[39]. Es sabido que la distinción entre unas y otras, si bien a primera vista pudiera parecer sencilla, lo cierto es que presenta cierta complejidad derivada de las dificultades que plantea acotar su contenido y alcance[40]. A tales efectos, el art. 9.1º Reglamento Roma I –a diferencia de su precedesor–, ha ofrecido una definición concreta de lo que debe entenderse por leyes de policía, que ha sido tomada de la Sent. del TJ dictada el 23 de noviembre de 1999 (As. C-369/96 y 374/96: *Arblade*[41]). A tenor de esta Sentencia y de dicho precepto, sólo pueden calificarse como normas de policía "*aquellas disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus interés públicos, tales como la organización política, social o económica*", hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación sea cual sea la *lex contratus*[42]. Por su parte, la Sentencia dictada por el TJ el 17 de octubre de 2013 [As. C-184/12: *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV y Navigation Maritime Bulgare*[43]], ha venido a

[39] Son las normas mínimas que pueden ser desarrolladas o mejoradas, como así sucede, por ejemplos, con el salario, la duración de las vacaciones (art. 38.1º ET), la duración de la jornada ordinaria de trabajo (art. 34.1º ET), la duración del descanso mínimo semanal (art. 37.1º ET), la retribución de las horas extraordinarias (art. 35.1º ET), etc.

[40] Al respecto *vid.* DE MIGUEL ASENSIO P. "Derecho imperativo y relaciones privadas imperativas", en AA VV *Homenaje a D. Hernández Gil*, t. III, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882 en esp. p. 2863.

[41] Sobre la misma *vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ A. "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del Asunto Arblade al Portugaia)", *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 12, p. 435.

[42] Para el TJ, las normas imperativas en materia laboral, en la medida que supongan una restricción a una libertad de la Unión, deben cumplir, además, con una serie de requisitos. Estas deben estar justificadas por imperiosas razones de interés general (*ad ex.* la protección de los trabajadores) y deben aplicarse de manera no discriminatoria (ni directa ni indirecta). Además, la aplicación debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Al respecto *vid.* MARCHAL ESCALONA, N. *El régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios y trabajadores desplazados*, inédito, 2005, pp. 280-290.

[43] En este caso se discutía si la determinación de la ley aplicable a un contrato con un agente, cuyo establecimiento principal está en Bélgica, había de realizarse conforme a las normas de conflicto reguladas en el Convenio de Roma o bien conforme al expuesto en la normativa belga, a través de su consideración de ley de policía, por el art. 7.2º de dicho Convenio. Para comentario crítico de la misma *vid.* ALVARÉZ GÓNZALEZ, S. *REDI*, 2014, vol. LXVI, pp. 271 274.

confirmar que esa definición resulta también operativa en el marco del artículo 7 Convenio de Roma[44].

Con todo, y a pesar de ello, no es tarea sencilla calificar una norma de norma material imperativa. Una labor que debe ser realizada por el operador jurídico en el caso en concreto. No obstante, en dicho proceso valorativo pueden ser de utilidad las indicaciones dadas por el Tribunal de Justicia en el caso *Unamar*, a efectos de determinar si una concreta norma puede calificarse o no como norma material imperativa. A tal fin, dicho Tribunal consideró que los tribunales nacionales han de "*tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate*"[45]. Además, el TJ destaca la necesidad de tener en cuenta al realizar esa valoración "*la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas*".

No es, por tanto, tarea fácil determinar si el despido constituye o no una norma material imperativa a la que hacen referencia el art. 7.2º Convenio de Roma/art.9.2º Reglamento Roma I (normas imperativas de la *lex fori*). De hecho, ni la jurisprudencia comparada ni la española es unánime a la hora de calificar las normas que disciplinan el despido[46]. Así, mientras que en algunos casos son calificadas de normas materiales imperativas[47], en otros no[48]. Y es que, como ha señalado A. Bonomi, siempre existe la posibilidad de mantener que todas las disposiciones laborales y, entre estas, la normativa reguladora del despido protegen intereses públicos[49]. Si bien es cierto que, la jurisprudencia española, como así ha apuntado

[44] Apartados 47 y 48.

[45] Apartado 50.

[46] De ahí la importancia, como así subraya DE MIGUEL ASENSIO, P., de la existencia de una previsión expresa del legislador en tal sentido, incluso en el preámbulo del texto legal (*id.* http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/11/limites-la-aplicacion-de-normas.html).

[47] *Vid*. Sent. TS de 10 de diciembre de 1990 (*RAJ* 9762); Sent. de la *Cour de Cassation* de 30 de noviembre de 2007 *cit.* en CARRILLO POZO L.F. "Tratamiento de las leyes…", *loc.cit.*, p. 9.

[48] Sent. TSJ de Madrid de 30 de octubre de 1997 anulada por la Sent. TC 33/2002, de 11 de febrero de 2002 (*TOL* 80.789).

[49] *Id*., "Le régime des règles impératives et des lois de pólice dans le Réglement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats", Ritaine/Bonomi, *Le nouveau réglement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Ginebra, 2008, p. 230.

F.F. Garau Sobrino, se ha inclinado por una interpretación restrictiva [50]. Así, considera solamente normas imperativas las disposiciones legales de derecho necesario, esto es, los derechos irrenunciables de acuerdo con el art. 3.5º ET. Dentro de esta categoría se pueden incluir las normas que establecen la remuneración suficiente para satisfacción de las necesidades, el derecho a vacaciones retribuidas, el derecho a la seguridad en el trabajo y limitación de jornada, el derecho a un sistema de prestaciones para casos de necesidad, derecho a la actividad sindical, derecho a la seguridad contra los accidentes de trabajo y la salud, las normas sobre jornada laboral (horas de trabajo) y descanso (descanso semanal, fiestas laborales), las que protegen grupos vulnerables de trabajadores, así como la norma que prohíbe el trabajo a los menores de 16 años. Sin embargo, a nuestro juicio, también pueden ser de aplicación imperativa aquellas disposiciones legales que versan sobre cuestiones de carácter más contractual, como las relativas a salarios, vacaciones pagadas y despido[51]. Y es que, como así ha apuntado M. Gardeñes Santiago, hay normas laborales que regulan aspectos esenciales que poseen una doble naturaleza, es decir, pueden desempeñar una función ordenadora del mercado, amén, de cumplir con una finalidad protectora del trabajador[52].

Con todo, a esta dificultad, cabe añadir que ambas categorías normativas (normas materiales internas y materiales internacionales) están reguladas y son contempladas en distintos preceptos tanto del Convenio como del Reglamento Roma I. Así, mientras que las normas simplemente imperativas aparecen en el art. 6 Convenio de Roma/ art. 8 Reglamento; las leyes de policía se circunscriben al art. 7 Convenio de Roma/ art. 9 Reglamento Roma I. Cuestión esta que complica sobremanera la identificación del tipo de normas a las que hace referencia el art. 7 Convenio de Roma/ art. 9 Reglamento Roma I [53], y sobre la que la doctrina iusprivatista está dividida. En concreto, se trata de saber si al amparo de estos preceptos se puede invocar cualquier norma imperativa, o sólo las normas ordo-políticas o de dirección, cuyo objeto es la tutela de interés públicos o supra-individuales, lo que excluye, en principio, aquellas normas destinadas a la tutela individual de una parte débil, cuya aplicación queda garantizada a través del art. 6

[50] *Vid*. GARAU SOBRINO, F.F en https://docs.google.com/document/d/1kUQ9Yiw-ZKSDiZOF0vPR9y4pzdidFC7M9KROGL3Dsf8/pub#h.dypigcv3ff0t. Agradecemos al autor el acceso a dicha página.

[51] MARCHAL ESCALONA, N. *El régimen jurídico*…, *op.cit., 324.*

[52] *Id.,* "La regulación conflictual… ", *loc.cit.*, p. 402, en esp. nota núm. 54.

[53] MANKOWSKI P. "Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation", en AA VV *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* (F. Ferrari/ S. Leible, eds.), Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 204-207.

Convenio de Roma/art. 8 Reglamento Roma I[54]. O lo que es lo mismo, las normas que podrían aplicarse a través del art. 7 Convenio de Roma/9 Reglamento Roma I serían las que se ocupan de proteger intereses colectivos y generales; mientras que la protección al trabajador en singular tendría lugar a través de lo previsto art. 6 Convenio de Roma/art. 8 Reglamento Roma I.

El TJ parece haber zanjado dicha polémica al adoptar una concepción amplia de ley de policía en el Asunto *Unamar*. Para este, para que una norma puede ser calificada de policía, no importa que esta proteja intereses privados siempre que, al mismo tiempo, proteja intereses públicos[55]. De forma que una norma que proteja a ciertos sujetos o colectivos (*ad ex.* trabajador) podría ser considerada como ley de policía, siempre que se demuestre que esa protección es esencial para la organización política, social o económica del Estado que la emitió[56]. Lo anterior conlleva, como así parece haber admitido también el TJ en la Sent. de 18 de octubre de 2016 (As.C-135/15: *Nikoforidis*[57]), que la tutela del contratante reputado débil por el operador jurídico, como es el caso de los trabajadores, queda encomendada como regla general a la ley reclamada por el art. 6 Convenio de Roma/ art. 8 Reglamento Roma I, pero no de forma exclusiva. Parece ser que nada impide, siempre que se protejan intereses públicos, acudir a otras fuentes de protección (art. 7 Convenio de Roma/ art. 9 Reglamento Roma I).

Con todo, incluso, aun cuando se verifique la existencia de un interés público que posibilite calificar las normas que disciplinan el despido como normas materiales imperativas del foro, restaría, por otro parte, comprobar si dicha norma exige ser aplicada con independencia de cuál sea la ley aplicable a la relación laboral contractual. Y es que para poder aplicar una Ley de policía, la situación debe estar comprendida dentro de su ámbito de aplicación. Es decir, la ley de policía debe exigir

[54] GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 353; "The Roma I Regulation: Much do about nothing?", *The European Legal Forum*, 2008-2, pp. 1-77; BEULKER, J. *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren: Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, MPI,Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 296; FREITAG R. "Zwingende Bestimmungen, Berücksichtigung ausländischer Devisenvorschriften, Formvorshcriften", en C. Reithmann y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldvertäge*, 6ª ed, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, pp. 361-470.

[55] LÜTTRINGHAUS, J.D. "EINGRIFFSNORMEN im internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: Von Ingmar zu Unamar (EuGH, S. 174)", *IPrax*, 2014, vol II, pp. 146-152**;** CEBRIAN SALVAT, M.A. "Agencia comercial, leyes de policía y Derecho internacional privado europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2014, vol. 6, nº 1, pp. 357-366.

[56] Apartado 52.

[57] Apartado 48.

su aplicación al caso y al contrato en cuestión. No cabe extender la aplicación de las leyes de policía más allá de su ámbito de aplicación espacial. Pues bien, es sabido que, en defecto de indicador espacial expreso –como así sucede con el art. 3 Ley 45/1999 sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios [58] –, el ámbito espacial de aplicación de las normas materiales imperativas o leyes de policía en el ámbito laboral es el del lugar de realización del trabajo[59]. Por lo que, las normas materiales imperativas existentes en el Derecho español en este ámbito resultaran aplicables sólo en la medida en que el trabajo se desempeña en territorio español. Pues bien, como en el caso analizado, el trabajo se desarrollaba en el extranjero, las disposiciones españolas que regulan el despido, aun cuando pudieran ser calificadas de normas materiales imperativas, no tendrían vocación de ser aplicadas a título de leyes de policía, dado que la relación escaparía de su ámbito de aplicación espacial.

No obstante, no es menos cierto, que existe un sector en la doctrina española que considera que el art. 1.4º ET señala a qué casos internacionales puede aplicarse la normativa imperativa española[60]. A tenor de lo establecido en dicho precepto, las normas materiales imperativas podrían ser aplicables no sólo al trabajo desarrollado en España, sino al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Ahora bien, para que las disposiciones imperativas españolas fueran aplicables en virtud de lo establecido en el art. 1.4º ET, sería preciso que el contrato se hubiese celebrado en España. En los hechos probados, consta que el trabajador fue contratado *in situ* en Qatar, con arreglo a la legislación local y, por consiguiente, ni siquiera por esta vía podrían darse aplicación a las normas imperativas españolas. Ello, salvo que se pueda poner en tela de juicio el lugar de celebración del contrato. Y es que, como ha señalado M. Gardeñes Santiago, en supuestos como el analizado esta cuestión puede ofrecer dudas, dado que puede que exista algún tipo de intervención de las autoridades del Ministerio correspondiente [61] . Por lo que, de la naturaleza y del grado de la intervención de la autoridad ministerial dependerá que el contrato pudiera o no considerarse celebrado, al menos en parte, en España. De forma que si se considerase que la intervención de las autoridades ministeriales no tuvo entidad

[58] *BOE* núm. 286, de 30 de noviembre de 1999. Sobre el mismo *vid.* MARCHAL ESCALONA N. "Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea", *REDI*, 2002, vol. 2 pp. 811-823.

[59] GARAU SOBRINO, F.F en https://docs.google.com/document/d/1kUQ9Yiw-ZKSDiZOF0vPR9y4pzdidFC7M9KROGL3Dsf8/pub#h.dypigcv3ff0t

[60] GARAU SOBRINO F.F. en https://docs.google.com/document/d/1kUQ9Yiw-ZKSDiZOF0vPR9y4pzdidFC7M9KROGL3Dsf8/pub#h.dypigcv3ff0t.

[61] *Id.*,"Nota a la Sent. del TSJ…", *loc.cit*., p. 553.

suficiente como para estimar que el contrato se realizó en España, las normas materiales imperativas españolas no podrían ser aplicadas ni siquiera por la vía del art. 1.4º ET. No tenemos datos suficientes como para dar una respuesta concreta al caso planteado y, por tanto, para determinar si podría considerarse o no que el lugar de celebración del contrato fue España. Sólo resta señalar que hay sentencias (*ad ex.* Sent. TSJ de Madrid de 27 de junio de 2001[62]) que establecen que quien tiene en último término la potestad de contratar es el Ministerio, y que los actos realizados *in situ* serían meramente preparación o de negociación y propuesta[63].

V. Conclusiones

En el presente estudio se evidencian algunas de las dificultades y de las disfunciones jurídicas más significativas observadas en el ámbito de los contratos del personal laboral al servicio de la Administración española en el exterior. Y es que, aun cuando, las normas de DIPr. tanto en el sector de la competencia judicial internacional, como en el del Derecho aplicable tiendan *a priori* a proteger al trabajador –parte débil en la relación laboral–, lo cierto es que en la principal dificultad que hemos encontrado en este tipo de contratos deriva de la desprotección socio–laboral en la que se encuentra, en ciertos casos, este tipo de trabajadores.

No es descabellado pensar que dicha desprotección sea pretendida por la propia Administración al incluir en este tipo de contratos la correspondiente cláusula de sumisión a favor de tribunales extranjeros. Una estrategia que no funciona a raíz de la Sent. dictada por el TJ en el asunto *Mahamdia*, pues evita la desactivación de la competencia de los Tribunales españoles, frustrando los propósitos de la Administración española en orden a fortalecer o debilitar la posición del trabajador. No obstante, en otros casos, esta desprotección es auspiciada desde la propia normativa que regula el régimen legal de este tipo de contratos. Y es que, como hemos advertido, las soluciones conflictuales previstas tanto en el art. 6 Convenio de Roma como el art. 8 Reglamento Roma I no garantizan la aplicación de la ley más favorable al trabajador –salvo en aquellos casos en los que existe una cláusula de elección de ley– sólo la más previsible. Ni siquiera el test de los vínculos más estrechos, a la luz de la doctrina sentada por el TJ, constituye una vía adecuada para asegurar a este tipo de trabajadores la protección que le puede conferir el Derecho español, necesaria, sobre todo, en aquellos casos en los que la ley aplicable al contrato ofrezca al trabajador una menor protección que la que le puede proporcionar aquel, si no concurren ningún elemento más, además, de la

[62] *Actualidad Laboral*, núm. 42, 2001, pp. 4176-4179.

[63] GARDEÑES SANTIAGO, M. ”Nota a la Sent. del TSJ de Madrid…”, *loc.cit*., p. 553.

nacionalidad de las partes contratantes que vincule la relación con el Derecho español.

Hemos demostrado que, en tales casos, el Derecho español, con carácter general, y las normas que regulan el despido, en particular, sólo podría ser aplicables en estos casos –siempre que no existiera una cláusula de elección a nuestro ordenamiento jurídico–, cuando el Derecho extranjero fuera contrario a nuestros principios y valores fundamentales (cláusula de orden público internacional), cosa que no sucede en el presente caso, o por la vía del art. 7.2º Convenio de Roma/ art. 9.2º Reglamento Roma I. Un resquicio mínimo, pues no sólo habría que considerar que las normas de protección del trabajador pueden reconducirse a la categoría de *lois de police,* sino que, además, habría que determinar si dicha normativa puede aplicarse en aquellos casos que el trabajador desempeña su trabajo fuera de España y, por ende, el mercado laboral español no se encuentra afectado. Y es aquí, donde el art. 1.4º ET puede desempeñar un papel fundamental, siempre que se considere que el contrato se ha celebrado en España.

Bibliografía

ALVARÉZ GÓNZALEZ, S. *REDI*, 2014, vol. LXVI, pp. 271-274.

BEULKER, J. *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren: Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, MPI,Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

BONOMI A. "Le régime des règles impératives et des lois de pólice dans le Réglement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats", Ritaine/Bonomi, *Le nouveau réglement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Ginebra, 2008, pp. 223-236.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GÓNZALEZ, J. *Derecho internacional privado*, Vol. II., 16ª ed., Comares, Granadas, 2016.

CARRILLO POZO L.F. "Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)", *Bitácora Millenium*, núm 5, 2017, pp. 1-20.

CEBRIAN SALVAT, M.A. "Agencia comercial, leyes de policía y Derecho internacional privado europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2014, vol. 6, nº 1, pp. 357-366.

DE GÖTZEN E. "Contratto di lavoro,criteri di collegamento e legge applicabile:luci e ombre del Regolamento (CE) n. 593/2008", *Riv.dir.int.pr.proc*., 2014, vol. 3, pp. 529-560.

DE MIGUEL ASENSIO P. "Derecho imperativo y relaciones privadas imperativas", en AA VV *Homenaje a D. Hernández Gil*, t. III, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882.

Id. http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/11/limites-la-aplicacion-de-normas.html.

ESPLUGES MOTA C.A. Y PALAO MORENO G. "Arts. 18-21", en AA VV *Brussels I Regulation* (U. Magnus/P. Mankowski), 2ª ed., Selliers European Law Publisher, Munich, 2012, pp. 397-412.

Id. "Arts. 20-23", en AAVV *Commentary Brussels I bis Regulation* (P. Mankowski/U. Magnus),*European Commentaries on Private International Law*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2015, pp. 534-558.

FERNÁNDEZ ROZAS J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO S.A. *Derecho Internacional Privado*, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson/Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017.

FREITAG R. "Zwingende Bestimmungen, Berücksichtigung ausländischer Devisenvorschriften, Formvorshcriften", en C. Reithmann y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldvertäge*, 6ª ed, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, pp. 361-470.

FOTINOPOULOU BASURKO O. *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

GARAU SOBRINO, F.F en https://docs.google.com/document/d/1kUQ9Yiw-ZKSDiZOF0vPR9y4pzdidFC7M9KROGL3Dsf8/pub#h.dypigcv3ff0t.

GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, F.J. *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Madrid, 2012.

Id. "The Roma I Regulation: Much do about nothing?", *The European Legal Forum*, 2008-2, pp. 1-77.

GARDEÑES SANTIAGO M. "Nota a la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Secc. 2ª), de 16 de marzo de 2000", *REDI,* vol. LIII, 2001 (1 y 2), pp. 550-555.

Id. "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 3 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)", *RIE*, núm. 3, sep.-dic, 1996, pp. 869-877.

Id. "La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida", *AEDIPr*., 2008, vol. VIII, pp. 404-407.

GUARDANS CAMBÓ I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*. *De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992

GIL Y GIL J.L. "Despido por represalia y garantía de indemnidad del trabajador", *Relaciones Laborales. Capital humano*, núm. 189, junio, 2005, pp. 120-121.

GULOTTA C.M. "L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero: il caso Mahamdia e il nuovo régimen del Regolamento Bruselles I-bis", *Riv.dir.int.pr.proc*., 2013, pp. 619-644.

GUZMÁN ZAPATER M. "Los contratos de personal laboral por embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE", en AA VV *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, (J. Forner Delaygua/C. González Beilfuss/R. Viñas Farré, Coords.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paolo, 2013, pp. 503-523.

LEIBLE S. Y LEHMANN M. "Die Rom I-Verordnung", *RIW*, 2008, pp. 528-544.

LÜTTRINGHAUS, J.D. "Eingriffsnormen im internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: Von Ingmar zu Unamar (EuGH, S. 174)", *IPrax*, 2014, vol II, pp. 146-152.

MANKOWSKI P. "Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation", en AA VV *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* (F. Ferrari/ S. Leible, eds.), Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 204-207.

MARCHAL ESCALONA, N. *El régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios y trabajadores desplazados*, inédito, 2005.

Id. MARCHAL ESCALONA N. "Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea", *REDI*, 2002, vol. 2 pp. 811-823.

MARTINY D. "Deustcher Kündigungsschutz für das Personal ausländiser Botschaften?", *IPRax*, 2013, pp. 536-544.

MASEDA RODRÍGUEZ J. "Nota a Sent. del TSJ Madrid núm. 109/2006 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 de febrero", *REDI*, vol. LVIII, 2006, 2, pp. 995-997.

MAUER R. Y SADTLER, S. "Die Vereinheitlichung des internationalen Arbeitsrechts durch die EG-Verordnung Rom I", *RIW*, 2008, pp. 545-548.

McPARLAND M. *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, University Press, Oxford, 2015.

NORD N. "La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international", *Rev.crit.dr.int.pr*., avril-juin 2016, pp. 309-330.

PALAO MORENO G. "Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles en el extranjero)", *Relaciones laborales*, núm. 3, febrero de 2000, pp. 219-251.

PARADELA AREÁN P. "Nota a la Sent. 12 de septiembre de 2013 As. C-64-12: *Schlecker vs. Boedeker", REDI*, vol. LXVI, 2014-1, pp. 269-270.

QUIÑONES ESCÁMEZ A. "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del Asunto Arblade al Portugaia)", *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 12, pp. 435-453.

RE J. "La Corte di giustizia e l'art. 4 della Convenzione di Roma: il caso ICF", *Riv.dir.int.pr.proc.*, vol. 46, núm. 2, 2010, pp. 407-436.

RODIÈRE P. *Droit Social de l'Union Européenne*, LGDJ, París, 2002.

SABIRAU-PEREZ M.A. "Changes of the Law Applicable to an International Contract of Employment", *International Labor Review*, 2000, pp. 335 ss.

SEATZU F. "La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I", en AA VV., *La Nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai* contratti (Roma I), N. Boschiero, ed., Giappichelli, Torino, 2009, pp. 339 ss.