

CLAVES PRÁCTICAS
Laborales Sagardoy
FRANCIS LEFEBVRE

**Desplazamiento de
trabajadores y teletrabajo
internacional**

Fecha de edición: 1 de marzo de 2024

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS Laborales Sagardoy
es una obra editada por Francis Lefebvre
bajo la coordinación de:

MARTÍN GODINO REYES

(Socio Director de Sagardoy Abogados. Doctor en Derecho y Profesor del Máster
de Acceso a la Abogacía de la Universidad Carlos III)

y **GEMMA FABREGAT MONFORT**

(Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad
de Valencia. Of Counsel en Sagardoy Abogados)

AUTORES:

José Miguel Mestre Vázquez

Socio de Sagardoy Abogados

Gisella Rocío Alvarado Caycho

Asociada de Sagardoy Abogados

Javier Alonso de Armiño Rodríguez

Asociado de Sagardoy Abogados

Beatriz Gutiérrez Caneda

Abogada de Sagardoy Abogados

Ana Garicano Solé

Sagardoy Legal&Expat – Socia-Directora

Paula López Gregorio

Sagardoy Legal&Expat – Team Leader

Carlos Gey Vázquez

Sagardoy Legal&Expat – Abogado

NOTA. – Esta obra es fruto de las reflexiones personales de los autores sobre la normativa analizada. Los comentarios y conclusiones que se incluyen no suponen en ningún caso un asesoramiento jurídico directo. En consecuencia, ni la editorial ni los autores aceptarán responsabilidades por las consecuencias ocasionadas a las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en esta obra.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
clientes@lefebvre.es
www.efl.es
Precio: 37,44 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-19896-68-1
Depósito legal: M-7753-2024
Impreso en España por Printing'94
Paseo de la Castellana, 93, 2º – 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

**nº
marginal**

Introducción

PARTE I. ASPECTOS LABORALES

Capítulo 1. Normativa general en materia de legislación aplicable y jurisdicción competente	100
A. Derecho laboral aplicable, normas españolas de conflicto	110
B. Jurisdicción competente	380
Capítulo 2. Análisis de diferentes supuestos de movimiento transnacional de trabajadores	1100
A. Desplazamiento internacional de trabajadores con carácter temporal	1110
B. Localización del trabajador con suspensión de contrato	1225
C. Localización definitiva del trabajador	1320
D. Trabajadores fronterizos	1370
E. Contratación de residente en España por empresa extranjera	1460
F. Contratación de residente en el Extranjero por empresa española	1520
G. Contratación en España para la prestación de servicios como expatriado de carrera	1560
H. Contratación en el extranjero para la prestación de servicios como expatriado de carrera	1670
Capítulo 3. Teletrabajo internacional	1900
A. Cuestiones generales	1910
B. Trabajador contratado en el extranjero y que teletrabaja desde España: exclusión del ámbito de aplicación de la L 45/1999	1960
C. Teletrabajo internacional que se realiza en España	1975
D. Teletrabajo internacional que se realiza fuera de España	2040
E. Nómadas Digitales	2055

**nº
marginal**

PARTE II. ASPECTOS MIGRATORIOS, FISCALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Capítulo 4. Aspectos migratorios

A. Marco jurídico-migratorio	3110
B. Desplazamiento transnacional de trabajadores extranjeros a España	3150
C. Teletrabajo internacional de nacionales extranjeros desde España	3320
D. Ideas Clave	3420

Capítulo 5. Aspectos fiscales

I. Definición de expatriado y políticas de movilidad internacional	4120
II. Implicaciones para el empleador en el movimiento transnacional de empleados	4140
III. Implicaciones para el empleado expatriado	4230
IV. Novedades tributarias con la entrada en vigor de la nueva Ley de Startups con impacto en los movimientos transnacionales de trabajadores	4555
V. Ideas Clave	4580

Capítulo 6. Seguridad Social

A. Movimientos transnacionales de trabajadores y teletrabajo hacia España	5215
B. Movimientos transnacionales de trabajadores y teletrabajo desde España	5435
C. Ideas Clave	5670

Página

Enlaces de interés	243
Tabla Alfabética	245

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CACSS	Comisión Administrativa para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCC	Código de Cuenta de Cotización
CMISS	Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social
Const	Constitución Española
Convenio Roma I	Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma el 19-6-1980 (Convenio 80/934/CEE)
CP	Código Penal (LO 10/1995)
DGITSS	Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
DGT	Dirección General de Tributos
Dir	Directiva
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EEE	Espacio Económico Europeo
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
HMRC	<i>Her majesty's Revenue and Customs</i>
IAE	Impuesto de Actividades Económicas
IBI	Impuesto de Bienes Inmuebles
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRNR	Impuesto sobre la renta de no residentes
IS	Impuesto de Sociedades
ISD	Impuesto de sucesiones y donaciones
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LGSS	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
LHL	Ley Reguladora de Haciendas Locales (RDLeg 2/2004)
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (RDLeg 5/2004)
LIS	Ley del Impuesto de Sociedades (L 27/2014)
LISOS	Ley de infracciones y sanciones en el orden social (RDLeg 5/2000)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
LPAC	Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (L 39/2015)
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción social (L 36/2011)
MIMSS	Ministerio de Inclusión, Migraciones y Seguridad Social
NUSS	Número de Usuario de Seguridad Social
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo

Resol	Resolución
Rgto	Reglamento
Rgto Roma I	Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 17-6-2008 (Rgto (CE) 593/2008)
RIRPF	Reglamento del Impuesto de la Renta sobre las personas físicas (RD 439/2007)
TCo	Tribunal Constitucional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tratado FUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

Introducción y objetivos

Abordar los movimientos transnacionales de trabajadores, como ocurre con la nueva realidad del teletrabajo internacional, exige el estudio integrado desde **varios enfoques** que trascienden la pura normativa laboral, incluyendo típicamente:

- la discusión sobre la cobertura de **seguridad social** aplicables a los trabajadores,
- la normativa fiscal tanto desde la perspectiva de la **tributación** personal del trabajador desplazado como de la tributación por beneficios de la empresa empleadora,
- las necesidades propias de los permisos de **residencia y trabajo** que puedan ser requeridos en el país de destino y
- las **gestiones y comunicaciones administrativas** exigibles en cada país.

Dentro de esta necesidad de valorar múltiples aspectos legales, fiscales y administrativos, lamentablemente no resulta extraño que en la planificación de un movimiento transnacional de trabajadores el análisis sobre el derecho laboral aplicable a la relación laboral y cómo impacta en la misma el fenómeno transnacional se haya venido viendo postergado por las más inmediatas urgencias de la gestión en **materia migratoria, fiscal o de protección social**. Como consecuencia de ello, es en el momento en el que se produce alguna vicisitud durante la **expatriación** en el que las empresas deben solventar circunstancias que no habían previsto en el momento de acordar el desplazamiento o la localización del trabajador, como la posibilidad de enfrentarse a un procedimiento judicial en un país extranjero por el incumplimiento de normas que desconocía o incluso a supuestos de dobles demandas, en múltiples casos contradictorias.

La intención de destacar los aspectos puramente laborales implicados con el movimiento transnacional de trabajadores y el teletrabajo internacional, sin dejar de ofrecer el acercamiento multidisciplinar que requiere esta realidad justifica la decisión de publicar esta monografía en dos bloques:

1. El primero de ellos se centra en los aspectos puramente laborales.
2. El segundo aborda los aspectos fiscales, migratorios, administrativos y de seguridad social.

El objetivo del **primer bloque** es analizar las cuestiones de los movimientos transnacionales de trabajadores más estrechamente vinculadas con la **normativa laboral** que ha de aplicar a la relación entre las partes y los potenciales conflictos, ya sea en sede administrativa o judicial, con los que puede enfrentarse la empresa en caso de conflicto laboral durante el período de movimiento transnacional o en la finalización de este. Para cualquier otra cuestión vinculada con esta materia, incluyendo cuestiones migratorias, fiscales o de seguridad social, será necesario consultar el **segundo bloque** de este libro.

Hasta el momento, hemos venido empleando el término **movimiento transnacional de trabajadores** frente a términos más restrictivos como traslados o desplazamientos. El motivo de esta terminología se encuentra en la intención de

abarcar el análisis de **diferentes escenarios** de movimiento transnacional de trabajadores y no sólo parte de ellos, incluyendo traslados, localizaciones, expatriados de carrera o desplazamientos de corta o larga duración.

Asimismo, al efecto de incidir en el carácter práctico de esta monografía y facilitar respuestas rápidas a cuestiones concretas, tras una explicación general de la normativa y cuestiones a considerar para abordar la problemática sobre la normativa laboral aplicable o la jurisdicción competente en un supuesto de movimiento transnacional de trabajadores, se incluye un capítulo dedicado al análisis de los diferentes escenarios concretos que suelen plantearse en la práctica empresarial, permitiendo así la opción de una lectura intercalada, en función de las problemáticas que se presenten en cada caso al lector.

Finalmente, resulta obligado apuntar que esta monografía analiza las cuestiones únicamente desde la perspectiva del **derecho laboral español**. Este acercamiento conlleva irremediamente una limitación a la hora de enfrentarse a un problema concreto en materia de movimientos transnacionales de trabajadores. Esto es así, porque en todo movimiento transnacional de trabajadores, resulta necesario analizar no sólo cómo regula la situación la norma española, sino también la perspectiva del resto de países implicados.

Este análisis puede ser más o menos relevante en función del otro país implicado en el análisis. Dentro de los países miembros de la UE será esperable que las regulaciones resulten más o menos armonizadas con la española, con motivo de la relevante **actividad normativa de la UE** en esta materia, que incluye reglamentos sobre derecho aplicable o jurisdicción competente, además de directivas sobre desplazamiento o acuerdos marco en diferentes materias. Sin embargo, fuera de este paraguas normativo que representa la UE, resulta perfectamente posible encontrarse con países en los que una misma realidad esté regulada de una forma absolutamente diferente e incluso contradictorias con la solución que ofrece la normativa española o europea.

Entendemos que resulta obvia la imposibilidad de analizar la situación concreta en función de cada uno de los países en cuestión, pero a pesar de ello consideramos importante empezar el libro con este recordatorio, en el que insistiremos cuando resulte relevante.

PARTE I

Aspectos laborales

Capítulo 1. Normativa general en materia de legislación aplicable y jurisdicción competente

A.	Derecho laboral aplicable, normas españolas de conflicto	110	100
1.	Cuestiones generales	115	
2.	Estatuto de los Trabajadores	140	
3.	Convenio europeo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales	160	
4.	Normativa aplicable a las obligaciones contractuales	200	
5.	Directivas y norma local sobre desplazamiento	220	
6.	Especialidades en materia de prevención de riesgos laborales	270	
7.	Prueba del derecho extranjero e implicaciones de la falta de prueba en materia de normativa aplicable	315	
B.	Jurisdicción competente	380	
1.	Cuestiones generales	385	
2.	Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil	395	
3.	Convenios bilaterales	430	
4.	Normativa local	475	
5.	Competencia de la Inspección de Trabajo	520	

A. Derecho laboral aplicable, normas españolas de conflicto

A continuación se procede a realizar un estudio de las cuestiones previas esenciales de las normas laborales de conflicto, para proceder después al análisis de la normativa aplicable tanto nacional como internacional. **110**

I. Cuestiones generales

La prestación de servicios transnacionales, en cualquiera de sus formas, plantea un problema de conflicto sobre la normativa laboral aplicable. En otras palabras, resulta necesario discernir qué normativa laboral se aplica a la relación laboral y también incluso si la **aplicación es monolítica** (cuando la Ley de uno de los dos países en cuestión aplica en su integridad) o caben supuestos de aplicación **mixta** (cuando siendo aplicable la normativa laboral de uno de ambos países deben respetarse algunas mínimas de derecho necesario o incluso cuando según la norma de conflicto de cada país, resulta necesario aplicar una normativa laboral diferente). **115**

Las **preguntas** que surgen cuando se desplaza a un **trabajador desde España** para prestar servicios **a otro país** incluyen: ¿es posible seguir manteniendo la aplicación de la normativa española?, ¿es válido un pacto en este sentido?, ¿se aplica normativa del país de destino? o, a pesar de la posibilidad de mantener en general la normativa española, ¿es necesario respetar unos mínimos de derecho necesario correspondientes a la normativa del país de destino?

La **respuesta** a estas preguntas se encuentra en la **normativa de conflicto** de leyes que se aplique en cada uno de los países implicados y también en la diferente normativa sobre **garantías mínimas aplicables** a cualquier contratación laboral que se produzca en tales países. Las primeras son el conjunto de normas que regulan dentro de cada país qué normativa debe aplicarse cuando exista algún tipo de elemento internacional que pueda llevar a la aplicación de dos normativas diferentes, mientras que las segundas son diferentes normas laborales que en cada país pueden regular unas condiciones laborales mínimas, al efecto de evitar situaciones de fraude o escenarios de «dumping» social.

120 Reflexiones previas Con carácter previo al análisis de cada una de las diferentes normativas sobre conflicto de leyes que se aplican en España y la legislación sobre garantías mínimas a respetar en nuestro país cuando no resulte de aplicación la normativa española, conviene realizar una serie de reflexiones previas que ayudarán en la lectura de esta sección:

1. La normativa de conflicto que se aplique en cada momento depende de qué **órgano jurisdiccional o autoridad competente** analice la situación de conflicto en la que se está planteando esta problemática, sin que exista necesariamente una vinculación entre competencia de jurisdicción (nº 380 s.) y normativa aplicable.

En todo conflicto se procede a un **doble análisis**, primero se discute si el órgano jurisdiccional o la autoridad pública que se enfrentan al caso son competentes para resolver una determinada cuestión, para lo que se aplica la normativa sobre jurisdicción competente, y, solo una vez resuelta afirmativamente la competencia del órgano en cuestión, se procede al estudio sobre la normativa laboral aplicable. Este análisis lo realizará el órgano judicial o la autoridad competente aplicando la norma de conflicto del **país en el que tenga su sede** el órgano competente. Por ello, el análisis sobre normativa laboral aplicable obliga a conocer previamente la **normativa local** sobre competencia de jurisdicción, ya que cada juzgado, tribunal o autoridad administrativa resuelve la cuestión aplicando obviamente la norma de conflicto que aplique en su país, obviando absolutamente la normativa de conflicto aplicable en el otro país, salvo que su normativa local incluya algún tipo de referencia a la necesidad de estudiar y valorar la norma de conflicto del otro país.

2. De este doble análisis sobre normativa aplicable que efectúan los tribunales de cada país, resulta perfectamente posible, por ejemplo, que siendo competente los órganos judiciales españoles, estos vengán obligados a aplicar **normativa extranjera**.

Por ello, aunque en este libro solo se analiza la **normativa española de conflicto**, ante cualquier escenario de prestación transnacional de servicios que se esté estudiando o planeando es esencial revisar la normativa de conflicto en el resto de los países implicados. Solo este **análisis conjunto** permite valorar adecuadamente los riesgos y obligaciones que están asumiendo empresa y trabajador en un determinado escenario de prestación transnacional de servicios, al efecto de asegurar el cumplimiento de la normativa que pueda resultar legalmente aplicable.

125 3. Por esa aplicación de diferentes normativas de conflicto normativo en función de cuál sea el órgano jurisdiccional o la autoridad laboral que debe resolver un conflicto concreto, resulta perfectamente posible que la normativa de conflicto aplicable en España sea contradictoria con la normativa de conflicto aplicable en

el otro país en liza. Es posible, que la **norma española** prevea por ejemplo el mantenimiento de la legislación española durante el desplazamiento y que, sin embargo, la **normativa del país de destino** imponga la aplicación de la normativa de dicho país, bien en su totalidad o bien en determinados aspectos de aplicación obligatoria a cualquier ciudadano que se encuentre prestando algún tipo de servicios en ese país, lo que en la cultura anglosajona se conoce como obligaciones de kilómetro cero.

En tales supuestos, para asegurar el íntegro cumplimiento con la normativa aplicable resulta necesaria la aplicación de un **doble listón de exigencia**, en el que se respeten los mínimos y las normativas imperativas de cada uno de los diferentes países que pudieran atraer para sí la competencia para revisar cualquier conflicto y, en su caso, la aplicación de la normativa local.

Por una parte, **dentro del Espacio Económico Europeo**, los Estados miembros han optado por tener una única normativa de regulación de conflicto de normas, Rgto Roma I (nº 200 s.), y existe cierta armonización sobre el contenido de la normativa laboral de aplicación a todo trabajador como garantía de mínimos gracias a la Dir 96/71/CE, en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y el resto de las directivas de desarrollo (nº 220 s.), si bien son múltiples las diferencias en lo que respecta a cuándo aplican estas garantías de mínimos y a qué supuestos.

Por otra parte, **fuera de este espacio europeo**, España carece de convenios bilaterales o multinacionales para la armonización de la normativa de conflicto sobre derecho aplicable (nº 430 s.). Por tanto, cuando se discute qué normativa aplica a la relación laboral con países ajenos a la Unión Europea pueden darse estas situaciones en las que la normativa de conflicto de cada país dé lugar a soluciones contradictorias.

4. Resulta también necesario comprender que en España la normativa de conflicto aplicable no depende, como sí ocurre con la normativa sobre competencia de jurisdicción, del otro país sobre el que se pueda estar debatiendo la norma de aplicación (nº 380 s.). En otras palabras, resulta indiferente si el otro país es miembro de la UE o no. Independientemente de que en la actualidad nuestra normativa de conflicto esté regulada por el Rgto (CE) 593/2005, esta normativa se aplica también cuando el otro país cuya legislación se pretende no sea miembro de la UE, conforme a la **previsión de aplicación universal** del Rgto (CE) 593/2005 art.2.

Cuál es la norma de conflicto en cuestión entre las diferentes normativas que se analizan depende esencialmente de la fecha de suscripción del contrato de trabajo entre las partes y no de su nacionalidad o de los países en discusión.

5. Por último, debe recordarse que, en coherencia con el ámbito de esta monografía, este capítulo se centra en la discusión sobre la normativa laboral aplicable a la relación laboral y esta no tiene necesariamente vinculación alguna con la normativa fiscal que sea aplicable o con el régimen de seguridad social al que deba estar adscrito el trabajador. La **normativa fiscal o de seguridad social** aplicable están sujetas a diferente normativa de conflicto y, en múltiples casos, a convenios bilaterales en los que sí resulta extremadamente relevante cuál es el otro país implicado.

2. Estatuto de los Trabajadores

- 140** La legislación laboral española es de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de **empresas españolas en el extranjero**, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español (ET art.1.4).

De tal modo, que en los conflictos que surgen a raíz de la finalización de los contratos laborales con **trabajadores desplazados al extranjero**, una vez resuelta la jurisdicción competente en España, surge la interrogante acerca de cuál es la legislación laboral que debe regir la relación de trabajo, ya sea la del país de origen o la del país de destino.

PRECISIONES El ET art.1.4 debe ponerse en relación con el Convenio Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales firmado en Roma el 19-6-1980 o Convenio Roma I que sustituye al ET art.1.4 respecto a los **contratos firmados a partir** de la ratificación por España del Convenio, esto es, el **18-5-1992 y hasta** la entrada en vigor del Rgto Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de **17-6-2008** (Roma I), en consecuencia su aplicación será limitada en la actualidad salvo su empleo como criterio interpretativo por algunas resoluciones judiciales (nº 200 s.).

- 145 Jurisprudencia sobre aplicación del ET** Se destacan las siguientes sentencias:

1. TSJ Madrid 14-11-22, EDJ 755647: recoge el supuesto en el que un trabajador demandante es **nacional de España** y fue contratado por una empresa española, en España, para trabajar en Madrid. Tres años después de su contratación, ambas partes firman un **anexo para el traslado del trabajador** a Malasia y dos años más tarde, se modifican algunas condiciones de su contrato de trabajo, ofreciéndole un puesto de trabajo en la oficina de Miami, suscribiendo un Anexo al contrato anterior, para recoger las nuevas condiciones. Se regulan en el contrato las principales condiciones laborales (antigüedad, categoría, salario a percibir, jornada, vacaciones, afiliación a la Seguridad Social Española, directrices a seguir, impuestos, mejoras sociales) y se añade que las restantes condiciones se regirán por la legislación laboral del Estado de Florida.

La sentencia determina que no se trata de aplicar los extremos que beneficien al trabajador y desechar los que le perjudiquen, sino de **determinar cuál es la legislación aplicable**, al amparo de lo dispuesto tanto en el ET, como en el Rgto Roma I, llegando a la conclusión de que es de aplicación la legislación española en el caso concreto y no solamente porque la ley, en este caso enjuiciado del Estado de Florida «priva al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones de la norma española, que no pueden excluirse mediante acuerdo, ex art.3.5 ET, sino también porque (...) se desprende que el contrato de trabajo del actor presenta vínculos más estrechos con España, en cuyo caso ha de aplicarse la ley de este último». El ET art.1.4 claramente establece que la legislación laboral española es de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles, contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, y añade que dichos trabajadores tienen al menos los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español. Dicha previsión legal no se opone, en el presente supuesto, a ninguna norma de orden público aplicable en el lugar de trabajo (Florida).

Resulta evidente que los **derechos económicos que le correspondería el trabajador** si prestara servicios en territorio español, no están garantizados en absoluto en la norma de Florida, ya que ni la ciudad de Miami, ni el condado de Miami cuentan con legislación específica para regular los despidos, y la legislación del Estado de Florida que resultaría de aplicación, solo prohíbe el despido como medida de represalia por haber exigido el trabajador el correcto pago de salarios o prestaciones plasmadas en el contrato o por discriminación basada en sexo. Además, la ley estatal Florida Civil Rights Act of 1992 prohíbe el despido por discriminación basada en sexo, SIDA, raza, color, religión, origen nacional, edad (a partir de los 40 años) discapacidad o estado civil.

Mientras que, en el derecho español, el contrato de trabajo se rige por el **principio de estabilidad en el empleo**, y no existe libertad de la empresa para terminar con el contrato de trabajo, exigiéndose una causa justa, pudiendo poner fin por las causas previstas en el art.49 ET o por las causas recogidas en los artículos 51, 52 o 54 del ET, con las consecuencias allí previstas, que implican, bien la readmisión o el abono de una indemnización. La Sala por tanto, entiende evidente el perjuicio que el Anexo del contrato suscrito por el actor podría suponer, si se aplicase a su contrato de trabajo la legislación local de Florida y a este respecto reconoce que el Rgto Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales otorga al juez un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación (considerando 16); y expresamente afirma en el Considerando 34 que «La norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE (LCEur 1997, 105) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 (LCEur 1997, 105), sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios».

Y añade el Considerando 35 que «Los **trabajadores** no deben verse privados de la **protección** que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio».

2. TS 17-1-05, EDJ 2207: resuelve que es de aplicación la legislación laboral española en el caso de un trabajador español contratado en España por empresa española para prestar **servicios en el extranjero** siendo el contrato firmado **anterior a la vigencia del Convenio de Roma**. **150**

La sentencia interpreta el ET art.1.4 y fundamenta que como no se hizo opción expresa por el derecho aplicable y los contratos se celebraron en 1992 no estaba en vigor en España el Convenio de Roma que fue publicado en el BOE de 19-7-1993 y por consiguiente era aplicable el Derecho Español, pues es a partir de la entrada en vigor del Convenio de Roma cuando su texto debe prevalecer sobre el de la norma nacional «pero son principios básicos el que las partes pueden elegir la norma aplicable a todo o a parte del contrato (artículo 3) y, en defecto de elección, en el supuesto del contrato de trabajo, la norma a aplicar es la vigente en el lugar de prestación de los servicios. Transcurriendo las relaciones laborales entre las partes de acuerdo con la norma española, la entrada en vigor del Tratado no implica el cambio de la legislación aplicable, a no ser que las partes así lo hubieran pactado expresamente».

3. Convenio europeo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales

(Convenio Roma I)

160 El **derecho aplicable al contrato de trabajo** se establece por acuerdo entre las partes, si bien esta libertad de elección está fuertemente restringida en la medida en que no puede resultar en la privación al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la Ley que fuera aplicable a falta de elección (Convenio 80/934/CEE art.6, también llamado Convenio Roma I). Los criterios sobre normativa aplicable a falta de elección recogidos en el Convenio Roma I, prevén que el contrato de trabajo se regirá:

- por la Ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con **carácter temporal esté empleado en otro país**, o
- si el trabajador **no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país**, por la Ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso es aplicable la Ley de este otro país.

Y de las siguientes **consideraciones**, se debe plantear lo siguiente:

- ¿Qué se entiende cómo lugar habitual de prestación de servicios?
- ¿En qué situaciones debe aplicarse el criterio de lazos más estrechos con otro país?

¿Cuáles son los aspectos de la limitación a la libre elección de las partes de la ley aplicable? ¿Qué quiere decir la protección que prestan las disposiciones imperativas de la Ley que sea de aplicación?

PRECISIONES Es interesante el voto particular emitido en la sentencia que pone de manifiesto que el Convenio Roma I es un convenio que, aun no siendo derecho comunitario, sino convenio internacional suscrito por los entonces miembros de la Comunidad Europea, puede ser interpretado por el TJCE, a partir de agosto de 2004 y la norma que regula la Ley aplicable en cuanto a las obligaciones contractuales. En concreto, la Sentencia fundamenta que este convenio «determina la Ley que ha de regir en una relación jurídica cuyos miembros estén dispersos, y que tiene carácter universal y consecuente **aplicación preferente** incluso si la Ley designada por el mismo es la de un Estado no contratante» (TS 4-11-04, EDJ 229531).

165 Jurisprudencia sobre la Ley aplicable Se destacan las siguientes sentencias:

1. TSJ Madrid 28-7-04, EDJ 143268: Se declara para un trabajador español contratado en Londres que resulta de aplicación la ley laboral del lugar donde el **trabajador ha prestado habitualmente su trabajo**, en este caso, la legislación española. De hecho, ya la misma Sala de lo Social del TSJ Madrid 3-6-99, EDJ 84293 dispuso que la elección de una normativa particular solo es válida en asuntos relacionados con contratos de trabajo cuando dicha elección proporciona **mayores beneficios para el trabajador** y, en ningún caso es admisible si resulta restrictiva. En tal situación, se debe aplicar la ley correspondiente en ausencia de dicha elección.

En el supuesto enjuiciado, el trabajador de nacionalidad española fue **contratado en Londres** como expatriado por el *British Council* con la finalidad de desempeñar

su puesto de trabajo durante cuatro años en España. El trabajador en cuestión **demandó por despido** al ser notificada su extinción del contrato por la finalización del plazo pactado.

El trabajador disponía de una residencia en Londres durante el **proceso de selección** y en París en el momento de la **firma del contrato** en Londres con el *British Council*.

Firmado el contrato, las **condiciones del trabajador** son: el percibo de su retribución en libras en una cuenta de Reino Unido, la cotización por parte del *British Council* en el sistema británico, el abono al trabajador de los beneficios que ostenta por ser expatriado (alquiler de la vivienda y plus del 30% de su retribución por repatriación).

No obstante, a pesar de las condiciones pactadas para la aplicación del derecho británico, el trabajador pretende que se aplique el derecho español.

Finalmente, como se ha adelantado, la sentencia declara la **aplicación de la legislación española** en esta materia de despido, calificando el cese de despido improcedente con base al Rgto (CEE) 1612/1968 art.7, en tanto que el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma desigual a los trabajadores nacionales, en lo referente a condiciones de empleo y trabajo, especialmente en materia de retribución y de despido.

Por su parte, el Convenio Roma I art.6, también resulta de aplicación por la **fecha de celebración del contrato** y por tanto, la elección del derecho aplicable por las partes no puede privar al trabajador de la protección que le faciliten las disposiciones imperativas de la ley que hubiera aplicado, a falta de elección, así «la elección de una determinada normativa, solo cabe, en materia de contrato de trabajo, cuando la misma presenta mayores beneficios para el trabajador, pero nunca cuando es restrictiva».

170

Se subraya que no es relevante que existan hechos que evidencien un **mayor vínculo** con el Reino Unido, considerando el lugar habitual de prestación de servicios, España. De manera específica, manifiesta que «no se desvirtúa por la concurrencia de una serie de mejoras en materia de Seguridad Social en el Reino Unido, ni que se le retribuyera en libras esterlinas, ni por supuesto que se le proporcionara un alojamiento en España, o que tributase, en su caso en aquel país, porque lo determinante es que, en todo momento, la prestación de servicios se ha efectuado en el nuestro, y con tal finalidad se seleccionó al actor, y, por consiguiente aquí se ha ejecutado el contrato y por ello sin duda resulta aplicable nuestra legislación más beneficiosa».

De tal modo, era evidente que la **normativa del Reino Unido**, a la cual se adhirió el contrato suscrito entre las partes, resultaba desfavorable pues permitía la renuncia a cualquier reclamación en caso de despido improcedente y permitía la temporalidad del contrato de trabajo sin justificación alguna. Además, establecía cláusulas claramente restrictivas de los derechos de los trabajadores españoles y contrarias a nuestra Ley, la cual prohíbe los acuerdos que no respeten los mínimos de derecho necesarios establecidos de forma imperativa en el Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, en este caso, se aplicó la Ley laboral española, ya que, de no haberse elegido la ley del Reino Unido, habría de regir el contrato la Ley laboral del lugar donde el trabajador ha prestado habitualmente su trabajo, es decir, España, precisamente por la naturaleza indisponible *in peius* de la **regulación estatutaria**

de la terminación de la relación laboral. Esta conclusión no se ve afectada por la presencia de mejoras en el ámbito de la Seguridad Social en el Reino Unido, el pago en libras, el alojamiento proporcionado en España, o la tributación en ese país. Lo crucial es que la prestación de servicios se llevó a cabo en España en todo momento, y esta es la razón por la cual nuestra legislación más beneficiosa es aplicable en este caso.

- 175 2.** TSJ Madrid 26-I-01, EDJ 32038: analiza la ley de aplicación a la persona trabajadora de nacionalidad española que siendo contratado inicialmente en España ha prestado servicios de forma sucesiva para **múltiples empresas internacionales** del grupo mercantil, en diferentes países. Cuando se finaliza la relación laboral la persona trabajadora estaba en Reino Unido.

En concreto, la sentencia concluye que «es claro que el actor ha prestado servicios para un grupo de empresas integrado por un conjunto de filiales ubicadas en diversos países europeos, y si bien es cierto que el último contrato en el que se ha instrumentado la relación habida entre las partes, se firmó en el Reino Unido, ello no empece a que los servicios se hayan prestado conjuntamente para todas las empresas del grupo, de manera que habrá de estar, para determinar la Ley aplicable, a los vínculos mantenidos con el trabajador con los países en los que se encuentran las empresas para las que ha trabajado».

Concretamente, y tal y como establece el Convenio Roma I ha de precisarse el país con el que el contrato de trabajo tenga **vínculos más estrechos**, y en el caso enjuiciado la respuesta fue España, puesto que allí se inició la relación laboral, se ha mantenido la residencia del trabajador, se han abonado los gastos de los traslados semanales a su domicilio en España, así como dietas en el lugar en que concretamente prestara servicios, que no era siempre Reino Unido, viajando de forma repetida a otros países, y en España ha estado continuamente de alta en Seguridad Social, lo que entiende la Sala «demuestra la inequívoca voluntad de las partes de afianzar una relación laboral española, independientemente de las filiales por las que pudiera pasar el actor siguiendo las órdenes empresariales, debiéndose resaltar que, además, los servicios del actor no se prestaban tan sólo para la filial del Reino Unido, sino conjuntamente para todas las empresas del grupo, y entre ellas también la española».

Así, es **irrelevante la concurrencia de una serie de mejoras** en materia de Seguridad Social en el Reino Unido, que se retribuyera al trabajador en libras esterlinas, que disfrutara de las fiestas de dicho país cuando se encontrase en él o que se le proporcionara un alojamiento y un vehículo durante su estancia en el Reino Unido, o que tributase parcialmente en este país, porque lo relevante, de conformidad con la fundamentación jurídica de la Sala es que «sin duda mientras permaneciese en cualquier otro se producirían las mismas circunstancias, que no determinan un mayor arraigo sino unas consecuencias coyunturales lógicas derivadas de su destino temporal en una determinada filial del grupo para el que ha trabajado, por lo que sin duda resulta aplicable nuestra legislación».

- 180 3.** TSJ Las Palmas 9-I-06, EDJ 386702: resuelve cuál es con arreglo al Convenio de Roma, el criterio o fuero a seguir para determinar la legislación aplicable para un **colectivo de trabajadores** que trabajan en un **buque pesquero** y que, teniendo en origen bandera española, pasan a enarbolar la bandera de un tercer país, al transformarse su accionista en una sociedad mixta de pesca.

La sentencia considera que el Convenio de Roma tiene un **triple fuero objetivo** que se concreta en:

- la Ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo;
- si no trabaja habitualmente en un mismo país, la Ley del país en que esta el establecimiento que haya contratado al trabajador; y
- una cláusula de escape a aplicar cuando del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso es aplicable la Ley de este otro país.

De tal modo, llama la atención la Sala sobre lo que el sistema trazado por el legislador comunitario cuenta con la citada **cláusula de «escape» o «excepción»**, conforme a la cual «aquellos contratos en los que el juego de los criterios de conexión conduzca a un ordenamiento estatal escasamente conectado con los mismos se regirán por la Ley del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato de trabajo; conjunto de elementos entre los que cabe incluir, el lugar donde se sitúe el establecimiento de la empleadora, la residencia habitual del trabajador, la residencia habitual o nacionalidad común de los contratantes, la moneda pactada para el pago del salario, el lugar de pago o ingreso del salario, la existencia de relaciones previas entre las partes, etc.»

Esta cláusula, por tanto, se va a aplicar con respecto a determinadas relaciones laborales en las que se encuentre presente un **elemento de extranjería**, lo que sucede, así:

- en algunos contratos de embarque, en los que la mayor parte de los elementos del mismo vinculen la relación laboral con un determinado ordenamiento estatal, distinto del país de pabellón; y
- en los supuestos en que varía el estatuto personal de la empresa empleadora, ya sea por motivo de transferir su sede social a otro Estado o por participar en un procedimiento de fusión internacional que le obligaría a variar su personalidad, con el objeto de permitir la continuidad en el régimen jurídico de su contrato.

De los fundamentos anteriores, se concluye que el hecho de que buque enarbolase en el pasado bandera española en el que el colectivo de trabajadores ya prestaba servicios, constituye una evidencia suficiente de que existe un **vínculo más estrecho con España** que ha de prevalecer sobre el lugar de prestación de servicios.

4. TJUE 12-9-13, asunto C-64/2012: Merece la atención la sentencia que interpreta el Convenio Roma I art.6.2 en relación con la ley aplicable a falta de elección, la ley del país en el que el trabajador «realiza habitualmente su trabajo», que tiene por objeto una **petición de decisión prejudicial** planteada con arreglo al Primer Protocolo de 19 de diciembre de 1988, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Países Bajos), mediante resolución de 3 de febrero de 2012, recibida en el TJUE 8-2-12, en el procedimiento entre Anton Schlecker, que actúa con el nombre comercial Firma Anton Schlecker, y Melitta Josefa Boedeker.

185

Esta cuestión prejudicial tiene origen en una demanda por extinción del contrato por una **modificación unilateral del lugar de trabajo** presentada en Holanda por una trabajadora alemana contra una empresa también alemana.

La trabajadora contratada inicialmente en Alemania firmó casi 14 años más tarde un nuevo contrato para prestar las funciones de gerente de la empresa en los Países Bajos. Años después, la empresa notifica a la trabajadora la **amortización del puesto** de gerente para los Países Bajos ofreciéndole otro puesto como jefe del departamento de contabilidad en la sede de Dortmund.

La trabajadora mantenía cotizaciones en Alemania, cobraba en marcos (moneda antes de la entrada del euro) y mantenía residencia en Alemania.

En el contrato de trabajo suscrito **no estaba pactada una cláusula de elección** de derecho aplicable al contrato y la normativa holandesa resultaba más favorable para la trabajadora.

Así las cosas, el *Hoge Raad der Nederlanden* presenta la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

«¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 6, apartado 2, del Convenio [de Roma] en el sentido de que cuando un trabajador realice el trabajo en ejecución del contrato no sólo habitualmente sino también de manera duradera y sin interrupción en el mismo país, ha de aplicarse en todos los casos el Derecho de éste, aunque todas las demás circunstancias indiquen que existe un vínculo estrecho del contrato de trabajo con otro país?»

- 190** Precisamente debido a la **fecha de suscripción del nuevo contrato** de la trabajadora por el que se trasladó a los Países Bajos, era de aplicación el Convenio Roma I, considerando que el juez debe determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de lugar de prestación habitual de servicios o domicilio del establecimiento contratante en primer lugar. No obstante, a pesar de lo anterior, considera que debe prevalecer el **criterio de vinculación más estrecha**, siendo por tanto no un criterio subsidiario, sino prevalente si de la totalidad de circunstancias resulta que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con este país poniendo de manifiesto que:

«Según resulta del tenor y de la finalidad del artículo 6 del Convenio de Roma, el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el apartado 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales.»

Así, se subraya que corresponde al **órgano jurisdiccional remitente** determinar la ley aplicable al contrato conforme a los criterios de vinculación definidos en el Convenio Roma I art.6.2 y en particular al criterio del lugar de ejecución habitual del trabajo, pero que, cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo, procede dejar de lado la ley del Estado de cumplimiento del trabajo y aplicar la ley de ese otro Estado.

«A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la **totalidad de los elementos** que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos.» Y entre los elementos significativos incluye de forma particular el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. También considera que el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias