

O criterio conflitual *lex loci celebrationis*
nos supostos de intermediación de man
de obra no contexto da industria marítima*

*The conflictual criterion lex loci celebrationis
in cases of intermediation of labour in the context
of the maritime industry*



OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Profesora doutora do Departamento de Dereito da Empresa, Área de Dereito do Traballo
e da Seguridade Social, da Universidade do País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

* Traballo realizado no marco do proxecto de investigación financiado polo Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2010-16508, coa denominación «La normativa sobre seguridade marítima internacional y su incidencia en la protección de los derechos laborales de la gente de mar».

Resumo

A perspectiva conflitual aplicable ao contrato de embarque exposta pola Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 15 de decembro de 2011 encerra diversas interrogantes no tocante á interpretación que debe dárselle ao criterio dos puntos de conexión contido no Convenio de Roma do 19 de xuño de 1980, sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais, nos supostos de reclamación dunha indemnización no contexto dunha resolución eventualmente ilícita. Desde certo punto de vista, pode dicirse que nesta sentenza o TXUE optou perigosamente por unha interpretación paralela dos conxuntos normativos do dereito internacional privado aplicables ao contrato de traballo, obviando os distintos obxectivos que persegue cada un deles. Esa interpretación que ten a súa causa na vontade de aplicar extensivamente o criterio da *lex loci laboris* comporta importantes consecuencias para os supostos derivados do contrato de embarque.

Palabras chave: contrato de embarque, buque, competencia xudicial internacional, xente do mar.

Abstract

*The perspective of conflict applicable to the shipmen contract posed by the judgment of the Court of Justice of the European Union (EUCJ) of 15 December 2011 encloses diverse questions regarding the interpretation that should be given to the points of connection contained in the Rome Convention, of 19 June 1980, on the law applicable to contractual obligations in relation with claims for compensation in the context of a possibly illicit resolution. From a particular point of view, we can say that in this judgment the EUCJ has opted dangerously for a parallel interpretation of regulations of private international law applicable to the employment contract, overlooking the distinct aims pursued by each of them. This interpretation, based on the will to apply extensively the criterion of the *lex loci laboris*, has important consequences for the assumptions derived from the shipment contract.*

Keywords: shipment contract, fuselage, international jurisdiction, seafarers.

1. Introducción

Para as persoas que nos dedicamos ao estudo da perspectiva conflitual¹ aplicable ao contrato de embarque², a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) do 15 de decembro de 2011, relativa a un suposto de reclamación dunha indemnización no contexto dunha resolución –eventualmente ilícita– do contrato de traballo dun enxeñeiro de máquinas que viñera prestando servizos a bordo de diversos buques, non pasou desapercibida, xa que encerra diversas interrogantes a respecto da

¹ En xeral, *inter alia*, véxanse BLANC-JOUVAN, X. (1989) «L'internationalisation des rapports de travail» en VV. AA. *Les transformations du droit du travail: études offertes à Gérard Lyon-Caen*. París, Dalloz, pp. 67-82. CASADO ABARQUERO, M. (2008) *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Pamplona, Aranzadi. COURSIER, P. (1993) *Le conflit de lois en matière de contrat de travail: étude en droit international privé français*. París, LGDJ. FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2006) *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional (estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)*. Pamplona, Aranzadi. GARDEÑES SANTIAGO, M. (2005) «Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales» en VV. AA. *Estudos em memória do professor doutor António Marques dos Santos*. Coímbra, Edições Almedina, pp. 381-413. JUÁREZ PÉREZ, P. (2000) *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*. Granada, Comares. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2006) *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*. Valladolid, Lex Nova. LYON-CAEN, G. (1991) *Les relations de travail internationales*. París, Editions Liaisons. MOLINA MARTÍN, A. M. (2010) *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*. Pamplona, Aranzadi. MORGENSTERN, F. (1987) *Conflictos internacionales de derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Seguridade Social. MOURA RAMOS, R. M. (1990) *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coímbra, Edições Almedina. PALAO MORENO, G. (2000a) *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*. Valencia, Tirant Lo Blanch. SABIDO RODRÍGUEZ, M. (2009) *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*. Pamplona, Aranzadi. SERRANO OLIVARES, R. (2000) *La movilidad geográfica transnacional*. Madrid, La Ley. ZABALO ESCUDERO, M. E. (1983) *El contrato de trabajo en el derecho internacional privado español*. Barcelona, Bosch. Tamén, SERRANO GARCÍA, M. J. (2011) *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. Conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en reglamentos comunitarios*. Madrid, Editorial Reus. De maneira recente, así mesmo, ORLANDINI, G. [en liña] *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. I Working Papers, CSDLE Massimo D'Antona. Dispoñible no enderezo web <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/orlandini_137-2012it.pdf>.

² Por exemplo, GUADAGNA F. (2006) «Internazionalizzazione degli equipaggi e legge applicabile ai rapporti di lavoro» *Il Diritto marittimo* vol. 108, n.º 3, p. 668 e ss. Así mesmo, neste contexto deben analizarse os estudos realizados polo prof. P. Chaumette, en concreto e en relación con este asunto particular, véxase [en liña] «Bref commentaire de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, du 15 décembre 2011, Jan Voogsgeerd», dispoñible no enderezo web <<http://www.obs-droits-marins.fr/4/publication.php?LGG=sp>>. Máis recente, recomendo vivamente a lectura de CARBONE, S. M. (2010a) *Conflits de lois en droit maritime*. [s. l.], L'Académie de Droit International de la Haye, e moi particularmente as pp. 147-202, dedicadas ás relacións laborais no sector marítimo.

interpretación que debe dárseles aos puntos de conexión contidos no Convenio de Roma, do 19 de xuño de 1980, sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais (en diante CR³), e por extensión ao disposto no Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeo e do Consello, do 17 de xuño de 2008, sobre a mesma cuestión (en diante Roma I⁴)]. Particularmente, trátase dun pronunciamento que responde unha interrogante formulada por un tribunal belga sobre o alcance do criterio contido no art. 6.2.b) do CR (hoxe art. 8.3 de Roma I), isto é, en relación coa interpretación que cómpre darlle á noción de establecemento contida nas citadas normas. Como se verá, trátase dun suposto que en si mesmo considerado non parece presentar dificultades engadidas aos supostos que con carácter xeral se producen neste ámbito concreto ou, máis amplamente, no contexto dos contratos de traballo plurilocalizados. Con todo, a incidencia dalgún pronunciamento anterior sobre as regras conflituais aplicables ao contrato de traballo após a comunitarización do instrumento de aplicación converte esta sentenza nunha escusa perfecta para abordarmos *de novo* a análise das regras conflituais aplicables á relación xurídico-laboral que une os traballadores do mar cos seus empregadores.

³ DOUE L266, do 9 de outubro de 1980.

⁴ DOUE L177, do 4 de xullo de 2008. Sobre o particular, con carácter xeral, véxanse GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2008) «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?» *La Ley* 6957. KENFACK, H. (2009) «Le règlement (CE) 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?» *Journal du Droit International* vol. 136, n.º 1, pp. 1-39. LAGARDE, P. e TENENBAUM, A. (2008) «De la convention de Rome au règlement Rome I» *Revue Critique de Droit International Privé* vol. 97, n.º 4, p. 727 e ss. UBERTAZZI, B. (2008) *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. Milán, A. Giuffrè Editore. GUZMÁN ZAPATER, M. (2009) «El Reglamento CE n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo» *Aranzadi Civil-Mercantil* 12. Desde a nosa perspectiva, véxase GARDEÑES SANTIAGO, M. (2008) «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida» *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 8, pp. 387-424. DI FILIPPO, M. (2008) «La legge applicabile al contratto di lavoro subordinato tra la Convenzione di Roma e la proposta di Regolamento presentata dalla Commissione nel 2005» en VV. AA. *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*. Sevilla, Universidade de Sevilla, pp. 81-90. MOLINA MARTÍN, A. M. (2010) «Nuevo sistema de determinación del derecho aplicable en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores: el reglamento Roma I» en VV. AA. *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 236-261. Recentemente tamén CARRILLO POZO, L. F. (2011) «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I» *Civitas* 152, pp. 1023-1068.

En efecto, estamos a referirnos á interpretación efectuada no caso Koelzsch⁵, onde como é sabido o TXUE se enfrontou á interpretación do criterio da *lex loci laboris* no contexto do traballo prestado en itinerancia (en concreto tratábase dun transportista por estrada). De acordo con tal interpretación, enténdese por *lex loci laboris* tanto o lugar onde con carácter habitual o/a traballador/a presta servizos como o lugar desde o cal ou a partir do cal realiza a súa actividade, e determínase ademais que este primeiro criterio conflitual se erixe no principal e case exclusivo nos supostos de litixios derivados de prestacións de traballo localizadas en máis dun país. Como queira que desde o meu punto de vista a sentenza apenas anotada pode ser cando menos cualificada como controvertida, non cabe menos que volvermos sobre todas estas cuestións, aínda que partindo do suposto de feito que se expón no caso resolto o 15 de decembro de 2011. Evidentemente, co anterior non se quere dicir que vaíamos analizar con detemento a sentenza de marzo do ano pasado, xa que corresponde facelo noutro lugar e con acougo, senón estudar o alcance e o impacto que sobre a interpretación do apartado b) da alínea 2 do art. 6 do CR (art. 8.3 de Roma I) tivo aquela e que é o que se resolve na sentenza que comentamos.

En consecuencia, ao longo das páxinas que seguen trataremos de abordar o conflito exposto no litixio de que trae causa a sentenza de decembro do 2011, para o cal en primeiro lugar abordaremos os feitos que motivaron tal conflito e as cuestións prexudiciais formuladas ao TXUE; en segundo lugar exporemos de maneira sucinta os criterios conflituais contidos nas normas apuntadas, e en terceiro e último lugar procederemos a analizar cantas cuestións se presentaren de maneira detida e con espírito crítico.

2. Feitos que fundamentan o litixio e cuestións prexudiciais

A sentenza que se vai analizar é consecuencia dun procedemento prexudicial exposto ao TXUE de acordo co disposto no art. 267 do Tratado de funcionamento da UE por parte dun tribunal belga (Hof van Cassatie belga) en relación coa interpretación que debe dárselle ao art. 6.2.b) do CR e, por extensión, ao disposto no art. 8.3 de Roma I,

⁵ STXUE do 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, comentada por ZANOBETTI, A. (2011) «Employment Contracts and the Rome Convention: The Koelzsch ruling of the European Court of Justice» *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 3, n.º 2, pp. 338-358. Tamén por JAULT-SESEKE, F. (2011) «Jurisprudence. Union européenne» *Revue Critique de Droit International Privé* [s. n.], p. 447.

dada a substitución daquel por este último a partir do 17 de decembro de 2009⁶. A solicitude de interpretación de tal precepto expónse a propósito dun litixio que enfronta un traballador de nacionalidade neerlandesa, o Sr. Voogsgeerd, e o seu anterior empresario, a sociedade Navimer, con domicilio social no Gran Ducado de Luxemburgo. Ao respecto cómpre sinalarmos que o 7 de agosto do ano 2001 o Sr. Voogsgeerd, enxeñeiro de máquinas, concluíu un contrato de traballo de duración indeterminada con Navimer na sede da empresa Naviglobe NV, con domicilio social en Anveres (Bélxica). No citado contrato de traballo as partes exercitaron a liberdade para a escolla da lei aplicable contida no art. 6.1 do CR (art. 8.1 de Roma I), de tal maneira que acordaron que a lei aplicable ao citado contrato de embarque sería o dereito luxemburgués. Entre os anos 2001 e 2002 o traballador desempeñou servizos como enxeñeiro de máquinas a bordo dos buques MS Regina e Prince Henri (ambos propiedade da empresa Navimer), e a zona de navegación estendeuse até o mar do Norte.

En abril do ano 2002 Navimer notificou ao Sr. Voogsgeerd o seu despedimento, e non foi até o 4 de abril do ano 2003 cando o traballador demandou tanto Navimer como Naviglobe ante o Tribunal de Asuntos Laborais de Anveres, para lles solicitar unha indemnización por despedimento de acordo coa Lei belga do 3 de xullo de 1978, sobre os contratos de traballo. En apoio á súa reclamación, o traballador sostivo que a selección dunha lei aplicable ao contrato de embarque –lémbrese, luxemburguesa– non podía impedir a aplicación daquelas outras normas imperativas que fosen de aplicación en defecto de escolla; entendía que no seu caso particular esas normas imperativas eran as contidas na lei belga en materia de contratos de traballo citada. Coa finalidade de acreditar que o dereito belga debía ser considerado de aplicación polo seu carácter imperativo en defecto de elección, o traballador alegou que, por canto el viñera recibindo instrucións por parte da empresa belga Naviglobe e ademais era Bélxica o país ao cal volvía tras a realización de cada viaxe, debía de considerarse que se atopaba vinculado contractualmente á empresa Naviglobe con sede en Anveres, Bélxica, e non á empresa situada en Luxemburgo, Navimer.

⁶ Hai que ter en conta que os feitos que suscitan o litixio que traemos a colación datan do ano 2001, polo que á hora de resolver o conflito o TX interpretou o disposto no CR. A pesar do anterior, e tendo en conta que o criterio conflitual controvertido –referente ao establecemento contratante– non foi excesivamente modificado por Roma I, entendemos factible estender as consideracións realizadas *supra* a este último.

O 12 de novembro de 2004 o tribunal belga encargado do asunto declarou territorialmente incompetente para se pronunciar sobre a acción contra Navimer; no entanto, a respecto de Naviglobe, aínda que admitía a súa competencia, declarou que a acción contra esta última debía considerarse infundada. O Sr. Voogsgeerd interpuxo un recurso contra a anterior sentenza ante o Tribunal de Traballo de Anveres, órgano xurisdiccional que se declarou incompetente territorialmente e desestimou canto ao fondo as pretensións formuladas contra Naviglobe, por considerar que o demandante non achegara ningunha proba en relación co feito de que fose posto á disposición da devandita sociedade por Navimer.

Pola súa banda, e polo que se refire á relación laboral con Navimer, o tribunal determinou que, tendo en conta das circunstancias do caso, o Sr. Voogsgeerd non realizara o seu traballo habitualmente nun só estado membro – neste caso en Bélxica– e considerou, en consecuencia, que non era aplicable o art. 6.2.a) do CR. Para este fin, concluíu que o demandante non tiña contrato de traballo con Naviglobe e que, ademais, era Navimer a que aboaba o seu salario, alén de ter concertada a súa afiliación cunha caixa de seguro por enfermidade luxemburguesa. Así mesmo, determinou que o traballador non demostrara traballar principalmente nas augas territoriais belgas. Como é factible, daquela, o tribunal considerou que sendo Navimer o establecemento contratante, non cabía aplicar as disposicións do dereito belga, senón as do dereito luxemburgués en aplicación do disposto no art. 6.2.b) do CR. A pesar do anterior, o propio órgano xurisdiccional entendeu probados os datos que invocaba o traballador, de acordo cos cales Anveres era o lugar desde onde procedía sempre ao embarque e desde onde recibía as instrucións para cada unha das súas misións. Ante todo o exposto, procedeu a desestimar a pretensión de indemnización por rescisión abusiva do contrato de traballo, xa que se interpuxo logo do vencemento do prazo de tres meses establecido na lexislación luxemburguesa sobre a creación dun rexistro público marítimo.

O Sr. Voogsgeerd, non satisfeito con esta resolución, interpuxo un recurso de casación contra a parte da sentenza relativa a Navimer, de tal maneira que a partir deste momento Navimer apareceu como a única demandada. O motivo que sustentou o recurso de casación baseouse no erro de dereito en que incorreu o tribunal de segunda instancia en relación coa determinación da lei aplicable ao contrato de traballo. En apoio deste recurso, o demandante alegou que o devandito tribunal infrinxiu os arts. 1, 3, 4 e 6 do CR ao determinar que as probas presentadas para demostrar que realizaba habitualmente o seu traballo en Bélxica baixo a autoridade de Naviglobe eran irrelevantes a respecto da cuestión da aplicación das disposicións do CR e, en particular, do art. 6.2.b) deste texto convencional.

O tribunal que presentou a cuestión prexudicial estimou que estes datos eran exactos e que en virtude deles cabía considerar Naviglobe –establecida en Anveres– como o establecemento a que o traballador estaba vinculado para a súa ocupación efectiva no sentido da norma antes citada. Tendo en conta todas estas consideracións, o tribunal de casación belga decidiu suspender o procedemento e formularlle ao TXUE unha serie de cuestións prexudiciais sobre a interpretación do art. 6.2.b) do CR:

- 1) Debe considerarse que o país en que se atopa o establecemento que contratou o traballador no sentido do art. 6.2.b) do CR é o país en que se atopa o establecemento do empresario que contratou o traballador en virtude do contrato de traballo, ou ben o país en que se atopa o establecemento do empresario a que o traballador está vinculado para o desempeño efectivo da súa actividade laboral, aínda que non realice habitualmente o seu traballo nun mesmo país?
- 2) Debe considerarse que o lugar en que o traballador que non realice habitualmente o seu traballo nun mesmo país debe presentarse, e en que recibe as ordes e instrucións administrativas para o desenvolvemento das súas actividades, é o lugar de desempeño efectivo da actividade laboral no sentido da primeira cuestión?
- 3) Debe o establecemento do empresario a que o traballador está vinculado para o desempeño efectivo da súa actividade laboral no sentido da primeira cuestión axustarse a determinadas esixencias formais tales como, entre outras, posuír personalidade xurídica ou ben abonda cun establecemento efectivo?
- 4) Pode valer como establecemento no sentido da terceira cuestión o establecemento doutra sociedade a que estiver vinculada a sociedade-empresario, aínda cando non se transmitir a facultade de dirección do empresario a esta outra sociedade?

Como é visible á luz das interrogantes expostas, as cuestións principais a que o TXUE tivo que enfrontarse son dúas, posto que en última instancia as interrogantes 1.^a e 2.^a veñen referirse ao alcance do contido no art. 6.2.b) do CR, isto é, a determinar que debe entenderse polo establecemento contratante referido pola norma: ou ben se entende o lugar en que o traballador foi contratado en virtude do contrato de traballo, ou ben se entende que esa noción se corresponde eventualmente co lugar en que desempeña de xeito efectivo a súa actividade laboral. No tocante ás dúas últimas interrogantes, ambas versan –en principio– sobre os requisitos xurídicos que debe reunir a noción de «establecemento» contida no precepto que tratamos; aínda que, como veremos, a última das dúbidas expostas merece un tratamento específico ao anoar a noción de establecemento á de empresario laboral.

As razóns polas cales é preciso interpretar a noción contida no precepto que tratamos trae causa na dúbida que se lle expón ao xuíz nacional que coñece o asunto, que ten que decidir se é de aplicación a lexislación luxemburguesa, en canto que seleccionada polas partes, ou a lexislación belga e particularmente as súas normas imperativas, como ordenamento de aplicación a que calquera traballador/a ten dereito no contexto dun litixio destas características, xa que a *electio iuris* non pode implicar deixar os traballadores sen a protección que dispensaren as normas imperativas que foren de aplicación en defecto de elección. Evidentemente, a determinación da lei aplicable ao caso ten unha relevancia fundamental para o traballador implicado, xa que a súa reclamación de indemnización por resolución ilícita do contrato decaería en caso de ser de aplicación o dereito luxemburgués ao prescribir o prazo de tres meses disposto nel, mentres que de se considerar de aplicación o dereito belga, a súa demanda sería estimada.

Tendo en conta as anteriores consideracións, corresponde a continuación expor a grandes trazos, naquilo que nos interesa, o xogo das normas contidas no instrumento xurídico que é obxecto de interpretación co fin de situarmos os lectores ante as apreciacións que con posterioridade se van realizar e que, en suma, abordan as interrogantes expostas no contexto do instrumento conflitual que se interpreta.

3. O sistema conflitual aplicable aos contratos de traballo establecido no artigo 6 do Convenio de Roma

Pois ben, para poder desentrañarmos correctamente as cuestións que se lle formulan ao TXUE, entendo necesario situar os lectores ante o sistema conflitual establecido no art. 6 do CR. Neste sentido, e antes de calquera outra consideración, cómpre sinalarmos que esta disposición –do mesmo xeito que a súa homóloga en Roma I (art. 8)– sustentadora do réxime conflitual aplicable para as relacións individuais de traballo, parte do desexo de ofrecer á parte feble no contrato de traballo unha protección adecuada, obxectivo este que se configura como o principio esencial da norma⁷. En

⁷ Sobre a parte feble na relación contractual véxase, con carácter xeral, GILLIÉRON, P. R. (1979) «La protection du faible dans les contrats» *Revue de Droit Suisse* 98, pp. 233-266. En relación coa regulación específica desta materia no dereito internacional privado e o Convenio de Roma, véxase POCAR, F. (1984) «La protection de la partie faible en droit international privé» en Académie de Droit International de La Haye *Recueil des Cours* t. 188. [s. l.], Martinus Nijhoff, pp. 349-417. SALVADORI, M. M. (1993) «La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella convenzione di Roma» en Sacerdoti, G. e Frigo, M. *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*. Milán, A. Giuffrè Editore, pp. 121-151.

efecto, esta *ratio* inspiradora da norma de conflito relativa ao contrato de traballo no CR (e tamén en Roma I) é a que preside o seu contido, fortemente influenciada pola necesidade de lle conceder a un dos contratantes unha serie de garantías accionadas a través de mecanismos do dereito internacional privado como son as normas conflituais materiais, a orde pública internacional e as normas imperativas⁸, dada a súa inferioridade socioeconómica e xurídica⁹. Así, debe terse sempre presente, xa que sen esta aproximación non podemos entender nin a estrutura nin o significado do precepto que tratamos.

Naturalmente, estes mecanismos do ámbito do dereito internacional privado do traballo e en concreto da produción convencional internacional do CR (e tamén de Roma I) sostéñense a través do que se veu denominar «a materialización das regras de conflito»¹⁰. Iso significa que a pesar de que o dereito internacional privado emprega de maneira tradicional normas de conflito neutrais, no sentido de pretender unicamente a localización no espazo dun ordenamento xurídico concreto aplicable ao contrato facendo caso omiso da súa regulamentación substantiva interna, no caso do contrato de traballo estas obedecen á procura de xustiza material¹¹, é dicir, atenden a determinados resultados ou finalidades do sistema do dereito privado interno¹². Así, pode

⁸ POCAR, F. (1984) *op. cit.*, p. 353 e ss.

⁹ BAYLOS, A. (1991) *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid, Trotta, p. 32: «O dereito do traballo concíbese como un dereito especial dos traballadores subordinados, produto do Estado e da autotutela dos propios traballadores para corrixir e remediar a desigualdade socioeconómica e xurídica realmente existente».

¹⁰ Tamén denominado «metodo materiale di determinazione della legge applicabile» por PICONE, P. (1986) *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*. Padua, Cedam, p. 14 e ss. No mesmo sentido exprésase FIESCHI-VIVET, P. (1987) «La règle de conflit applicable au contrat de travail international» *Recueil Dalloz Sirey* 37, p. 257:

La finalité de la règle juridique se rapportant aux relations de travail est d'assurer la protection des travailleurs et pour cela un des moyens consiste à faire prévaloir la règle plus protectrice... L'application de la loi dépend de son contenu et, donc, la règle de conflit présente un caractère substantiel marqué.

¹¹ Para unha análise histórica desta noción véxase LECLERC, F. (1995) *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflit de lois)*. Bruxelas, Bruylant, p. 63 e ss.

¹² DE NOVA, R. (1948) «Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international» *Revue Critique de Droit International Privé* 3 p. 191.

afirmarse que en certo xeito se sacrifica o interese conflitual pola función social¹³ que nesta materia cumpre ou debe cumprir o dereito internacional privado¹⁴, realidade esta que ten o seu reflexo dentro do art. 6 do CR (art. 8 de Roma I) na necesidade de asegurar unha concordancia entre a relación de traballo e a intervención estatal.

Para comprender o anteriormente sinalado, faise necesario expormos a grandes liñas o contido da norma conflitual que tratamos. Para tal fin, o art. 6 do CR dispón canto segue:

1. Sen prexuízo do disposto no artigo 3, no contrato de traballo, a elección polas partes da lei aplicable ao contrato de traballo non pode ter como consecuencia privar o traballador da protección que lle garanten as disposicións imperativas da lei que sería aplicable, a falta de elección, en virtude do apartado 2 deste artigo.
2. Sen prexuízo do disposto no artigo 4 e a falta de elección nos termos do artigo 3, o contrato de traballo rexerase:
 - a) pola lei do país en que o traballador, en cumprimento do contrato, realice habitualmente o seu traballo, mesmo cando fose enviado a outro país con carácter temporal, ou
 - b) se o traballador non realiza habitualmente o seu traballo no mesmo país, pola lei do país en que se sitúe o establecemento que contratou o traballador, non sendo que resulte do conxunto de circunstancias que o contrato de traballo presenta unha conexión máis estreita con outro país, caso en que será aplicable a lei dese outro país.

¹³ Este problema foi posto de manifesto pola doutrina francesa en relación co emprego da autonomía da vontade no contrato de traballo plurilocalizado. Neste sentido, a polémica centrouse en establecer se co sistema instaurado polo art. 6 pode seguirse a falar dunha *lex contractus* ao contrato de traballo, ou se pola contra esta non é máis que a lei de protección mínima ou a lei elixida polas partes. Segundo P. Lagarde, se o traballador se beneficia das normas que lle son favorables non é posible continuar falando dunha *lex contractus* ao contrato de traballo, senón simplemente de solucións materiais derivadas da comparación das leis aplicables en presenza. LAGARDE, P. (1989) «Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée» en VV. AA. *Les transformations du droit du travail: études offertes à Gérard Lyon-Caen*. París, Dalloz, p. 95. Facéndose eco deste problema, véxase na doutrina española PÉREZ BEVIÁ, J. A. (1995) «Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo en los convenios comunitarios europeos de derecho internacional privado» *Relaciones Laborales* 22, p. 1404, e os por el citados na nota a pé de páxina n.º 40.

¹⁴ LIPSTEIN, K. (1981) «Private international law with a social content – A super law?» en VV. AA. *Festschrift für Konrad Zweigert*. Tubinga, Mohr Siebeck, p. 23 e ss.

Como é apreciable, o art. 6 do CR (e o art. 8.1 de Roma I¹⁵) empeza por reclamar á autonomía das partes a responsabilidade de determinaren a lei que rexerá o contrato. O carácter prioritario da conexión subxectiva da autonomía da vontade ten excepcións en función de certos límites, xa que a elección da lei aplicable non poderá ter por resultado privar o traballador da protección que lle proporcionen as disposicións imperativas da lei que sería aplicable en defecto de elección (art. 6.2).

A epígrafe segunda desta disposición establece os puntos de conexión de carácter obxectivo ao sinalar, en primeiro lugar, que no caso de que as partes –traballador e empresario– non fixesen uso da liberdade que se lles confire na primeira epígrafe e se o traballo se realizase habitualmente nun estado, o contrato ha rexerse pola lei dese estado «mesmo cando fose enviado a outro país con carácter temporal» [art. 6.2.a) do CR e actual art. 8.2 de Roma I, aínda que cunha sensible diferenza¹⁶]. O precepto alude á chamada *lex loci laboris*, isto é, ao lugar de execución habitual do traballo, conexión esta principal no ámbito da contratación laboral, xa que a hipótese de partida non é outra que entender que na práctica o máis habitual é que os traballadores presten servizos nun único país. Porén, existen evidentes excepcións á aplicabilidade deste precepto, como son os casos de prestación de servizos en itinerancia ou de multiplicidade de *locus laboris* na execución do traballo, ou mesmo de prestación de servizos fóra da soberanía de calquera país. Para estes supostos, veu sinalarse que é posible a aplicación deste criterio conflitual cando tamén for posible identificar un lugar base desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a presta servizos (tal e como está incluído no art. 8.2 de Roma I e estendido ao CR na sentenza do caso Koelzsch). Deste xeito, existen autores que defenderon a súa aplicabilidade ao contrato de embarque

¹⁵ En efecto, o art. 8 de Roma I sinala o seguinte:

O contrato individual de traballo rexerá pola lei que elixiren as partes de conformidade co artigo 3. No entanto, a devandita elección non poderá ter por resultado privar o traballador da protección que aseguren as disposicións que non poden excluírse mediante acordo en virtude das leis que, a falta de elección, serían aplicables segundo os apartados 2, 3 e 4 deste artigo.

¹⁶ O art. 8.2 de Roma I establece o seguinte:

Na medida en que a lei aplicable ao contrato individual de traballo non fose elixida as partes, o contrato rexerá pola lei do país no cal ou, na súa falta, a partir do cal o traballador, en execución do contrato, realizar o seu traballo habitualmente. Non se considerará que cambia o país de realización habitual do traballo cando o traballador realizar con carácter temporal o seu traballo noutro país.

cando existe un porto base desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a presta servizos¹⁷.

En segundo lugar, no caso de que as partes non elixisen a lei aplicable ao contrato de traballo mais o/a traballador/a non realice habitualmente o seu traballo nun mesmo país, o contrato de traballo ha rexerse pola lei do país en que se atope o establecemento que contratou o/a traballador/a, é dicir, o chamado *lex loci celebrationis* [art. 6.2.b) do CR e art. 8.3 de Roma I¹⁸]. Este criterio pon de relevo a posibilidade de que a identificación do lugar de execución do traballo non sexa posible nalgúns casos e, por tanto, non poida empregarse a regra anterior.

Finalmente, e con independencia de cal for o lugar de prestación de servizos ou do lugar onde se sitúe o establecemento que contratou o/a traballador/a, se o contrato de traballo presenta vínculos máis estreitos con outro país aplicarase a lei dese outro país, sempre en defecto de elección (art. 6.2 *in fine* e actual art. 8.4 de Roma I¹⁹). Esta «cláusula de escape» é moi similar á establecida no art. 4.5 do CR (art. 4.4 de Roma I)

¹⁷ Esta é a postura defendida, por exemplo, por ASÍN CABRERA, M. A. (2008) «La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I» *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 8, pp. 373-386. GRASS, E. (2011) «Routier polonais et principe de faveur en droit communautaire: l'important arrêt Koelzch» *Droit Social* 7-8, p. 849. Alén destes autores que defenden a operatividade do art. 8.2 de Roma I nos supostos do traballo executado a bordo de buques (mais tamén aeronaves etc.), pode citarse BOSKOVIC, O. (2008) «La protection da partie faible dans le règlement Roma I» *Recueil Dalloz* 31, p. 2175, quen afirma que a concreción establecida no art. 8.2 de Roma I contribúe a regular a situación do persoal dos buques adscritos a unha determinada base. Polo que respecta ao traballo executado a bordo de aeronaves, a xurisprudencia francesa defende a súa aplicabilidade. Así, «dans le même sens, le Conseil d'Etat a considéré qu'un transporteur aérien est établi en France "lorsqu'il exerce de façon stable, habituelle et continue une activité de transport aérien à partir d'une basée d'exploitation située sur le territoire national", ce qui rattache les navigants aériens à la loi de basée d'exploitation, leur centre effectif de travail». [s.a.] (2007) «CE 11 juillet 2007, Sté Ryanair et Easyjet, n° 299787» *Revue de Droit de Travail* [s. n.], p. 578. MORVAN, P. (2007) «Y a t il du droit français dans l'avion? Réflexions sur les salariés low cost, de Air Afrique à Easyjet» *Droit Social* 2, pp. 191-196. Sobre o particular, véxase SERRANO GARCÍA, M. J. (2011) *op. cit.*, p. 167, e os por ela alí citados nas notas a pé de páxina n.º 400 e 402.

¹⁸ O art. 8.3 de Roma I establece o seguinte:

Cando non poida determinarse, en virtude do apartado 2, a lei aplicable, o contrato rexerese pola lei do país onde estiver situado o establecemento a través do cal fose contratado o traballador.

¹⁹ «Se do conxunto de circunstancias se desprende que o contrato presenta vínculos máis estreitos cun país distinto ao indicado nos apartados 2 ou 3, aplicarase a lei dese outro país».

e resulta acorde co carácter elástico do CR (e de Roma I). En efecto, trátase dunha fórmula correctora da solución a que nos remita a aplicación das conexións de carácter ríxido establecidas nos parágrafos precedentes²⁰.

Como se avanzou, o espírito de que parte o CR (e tamén Roma I) no momento de establecer un réxime conflitual aplicable ao contrato de traballo é o de ofrecer unha protección ao contratante feble neste contexto. No entanto, ese obxectivo non pode confundirse co feito de que o sistema conflitual aplicable ao contrato de traballo no CR (e por extensión en Roma I) sexa o de designar, sempre e en calquera caso, o ordenamento xurídico máis favorable aos intereses dos traballadores²¹; ou dito doutro xeito, non debe confundirse a finalidade tuitiva ou de protección social que persegue a norma co principio do *favor laboratoris* no marco do art. 6 do CR (art. 8 de Roma I).

Unicamente é posible afirmarmos que o interese por salvagardar un ordenamento xurídico máis favorable vén da man das restricións á autonomía da vontade das partes para designaren a lei reitora do contrato de traballo²², pois a *electio iuris* imporase sobre os resultados a que conduza a aplicación dos criterios conflituais do art. 6.2 do CR (arts. 8.2, 8.3 e 8.4 de Roma I), a condición de que o ordenamento xurídico seleccionado sexa máis favorable que as normas imperativas que lle foren de aplicación de acordo cos criterios establecidos no apartado segundo desta disposición, isto é, as resultantes en defecto de elección. Así, os criterios conflituais obxectivos establecidos no art. 6.2 do CR (arts. 8.2, 8.3 e 8.4 de Roma I) pretenden localizar o contrato de traballo naqueles países con que a relación xurídica que pretenden regular se atope máis intimamente conectada, entendendo por tal a posibilidade de dar intervención ás normas imperativas de tal estado sobre o contrato, sostendo o carácter tuitivo que caracteriza o art. 6 do CR (e o art. 8 de Roma I).

²⁰ PÉREZ BEVIÁ, J. A. (1995) *op. cit.*, p. 1403.

²¹ Véxase CARRILLO POZO, L. F. (2011) *op. cit.*, p. 1032, onde expresamente sinala o seguinte: «Sería de simplificación pensar que se persegue identificar a lei máis protectora da parte reputada débil, primeiro porque nada esixe preguntarse sobre o seu contido antes de decidir se se aplica unha ou outra, e fundamentalmente porque todo queda a expensas da lei máis estreitamente conectada co contrato, mercé ao xogo da cláusula de excepción. Aquí a lóxica é puramente conflitual, sen trazas de materialización (outra historia será en casos de elección)».

²² «L'application de la loi el plus favorable est réservée au cas où les parties ont choisi une loi», LYON-CAEN, G. (1991) *op. cit.*, p. 29.

Esta protección artícuase a través da chamada ás denominadas «normas imperativas simples», isto é, normas que non son derogables por contrato, como as leis de policía ou da orde pública internacional aplicables calquera que for o ordenamento xurídico reitor do contrato de traballo²³, posto que nesta relación obrigatoria conflúen normas de dereito público interno que tratan de tutelar os intereses dos traballadores de maneira máis eficaz²⁴. En definitiva, os instrumentos xurídicos que contén o CR (e Roma I) superan a estrita consideración da norma de conflito como disposición de carácter neutro, de tal modo que se exalta a facultade do intérprete nestes supostos para alén do automatismo abstracto con que normalmente se aplica a norma de conflito²⁵. Este grao de substancialidade concedido á norma de conflito obriga os xuíces que coñecen o asunto a daren relevancia ás normas imperativas daquel país con que a relación xurídica resulte dalgunha maneira conectada, o que esixe unha comparación entre a protección que outorga o ordenamento xurídico elixido polas partes e a que asegura o que resultar de aplicación en defecto de elección, que non vai coincidir necesariamente coa *lex fori*.

²³ Aínda que iso é así, non poden confundirse canto ao seu alcance. Neste sentido, os considerandos 35 e 37 de Roma I distinguen en primeiro lugar o que debe considerarse como disposición imperativa simple e sinalan que son aquelas que non poden excluírse mediante acordo ou que só poden excluírse en beneficio do contratante feble; mentres que, en segundo lugar, as leis de policía se refiren a consideracións de interese público que xustifican en circunstancias excepcionais o recurso por parte dos tribunais dos estados membros a excepcións baseadas na orde pública e en leis de policía que por definición deben interpretarse de maneira máis restritiva que as primeiras.

²⁴ Sobre as normas imperativas no CR, véxase WOJEWODA, M. (2000) «Mandatory rules in private international law: with special reference to the mandatory system under the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations» *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2, p. 183 e ss.

²⁵ CORRAO, M. E. (1984) «I rapporti di lavoro nella convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali» *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 20, p. 84. En efecto, este obxectivo de primar a finalidade social por encima da función propia que cumpren as regras de conflito maniféstase desde a perspectiva xudicial en moitos momentos, como no da selección dos puntos de conexión aplicables ao caso –véxanse ao respecto KOVATS, J. (1973) «Employment contracts in the conflict of Laws» *Journal of Business Law* [s. n.], p. 15 e ss, e especialmente a p. 19; JAMBU-MERLIN, R. (1983) «La loi applicable aux accidents du travail» en Académie de Droit International de La Haye *Recueil des Cours* t. 180. [s. l.], Martinus Nijhoff, p. 240 e ss, especialmente a p. 260; MORSE, C. G. T. (1984) «Tort, employment contracts and the conflict of laws» *The International and Comparative Law Quarterly* 33, p. 449 e ss, e especialmente a p. 459–, mais tamén en fases anteriores, como no momento da cualificación do suposto fáctico. Ademais, este interese apréciase xa desde unha opción legislativa por criterios de conexión ríxidos, liderados pola *lex loci laboris*, sobre o resto de regras conflituais que puideren empregarse, dada a frecuente coincidencia daquela coa denominada *lex fori*.

Precisamente, no caso particular que se lle formulaba ao TXUE, a cuestión que en última instancia se debatía era o alcance da conexión establecida no art. 6.2.b) do CR, que incorpora o criterio da *lex loci celebrationis* para coñecer se as disposicións imperativas establecidas no ordenamento xurídico resultante da súa aplicación (dereito belga), de acordo co expresado polo demandante, eran máis favorables que as establecidas polo ordenamento xurídico elixido polas partes (o dereito luxemburgués) e, xa que logo, debían aplicarse ao suposto de despedimento. En efecto, o TXUE aborda o problema de que interpretación debe dárselle ao criterio conflitual do establecemento contratante –que a norma non define– contido na alínea b) do art. 6.2 do CR nos casos de prestación de servizos en distintos países, e utiliza para iso a xurisprudencia emitida ao respecto noutros supostos.

4. Sobre o carácter subsidiario do criterio conflitual da *lex loci celebrationis*

Este é o segundo asunto que chega ao TXUE relativo á determinación da lei aplicable ao contrato de traballo plurilocalizado logo da Sentenza do 15 marzo de 2011 (asunto C-29/10, Koelzsch), en relación –naquel momento– coa interpretación que habería que facer sobre o criterio da *lex loci laboris*, entendendo que por tal non só cabe interpretar o lugar onde con carácter habitual os traballadores prestan servizos, senón tamén o lugar desde o cal ou partir do cal os prestan (como de maneira expresa se sostén no art. 8.2 de Roma I). Todo iso, considerando a xurisprudencia que o mesmo tribunal emitiu no tocante ao alcance do art. 5.1 do Convenio de Bruxelas, do 27 de setembro de 1968, relativo á competencia xudicial, o recoñecemento e a execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil (actual Regulamento de Bruxelas I²⁶).

²⁶ Referímonos particularmente ás sentenzas dos casos Mulox e Rutten, así como á do caso Weber.

a) Mulox: STXCE do 13 de xullo de 1993, asunto C-125/92, recomp. 1993, p. 4075 e ss. O litixio formulouse entre a sociedade inglesa Mulox IBC Ltd., con domicilio social en Londres (en diante, Mulox), e un dos seus antigos empregados, o Sr. Hendrick Geels, nacional neerlandés con domicilio en Aix-les-Bains (Francia), como consecuencia da resolución do seu contrato de traballo por parte da empresa. O Sr. Geels, que fora contratado por Mulox en calidade de director de Mercadotecnia Internacional con efectos a partir do 1 de novembro de 1988, estableceu o seu despacho no seu domicilio de Aix-les-Bains e dedicouse, nun principio, a introducir os produtos de Mulox en Alemaña, Bélxica, os Países Baixos e os países escandinavos, lugares a onde se desprazaba con frecuencia. A partir do mes de xaneiro de 1990, o Sr. Geels exerceu as súas actividades en Francia. Como consecuencia da resolución do seu contrato de traballo, o Sr. Geels presentou unha demanda contra a súa antiga empresa ante o Conseil des Prud'hommes d'Aix-les-Bains co fin de obter unha indemnización por incumprimento do prazo de aviso

Pois ben, antes de abordar as interrogantes concretas que se expoñen no caso que analizamos, faise necesario volver sobre a relación entre os criterios conflituais contidos nos arts. 6.2.a) e 6.2.b) do CR (actuais arts. 8.2 e 8.3 de Roma I), porque durante a

previo e por danos e perdas. Mediante a Resolución do 4 de decembro de 1990, este órgano xurisdiccional declarouse competente ao abeiro do número 1 do artigo 5 do Convenio de Bruxelas e, consonte á lei francesa, condenou Mulox a lle pagar ao Sr. Geels distintas sumas en concepto de indemnizacións. Entón Mulox interpuxo un recurso ante a Cour d'appel de Chambéry, en que alegaba que os órganos xurisdiccionais franceses non eran competentes para coñecer do litixio, debido a que o lugar de cumprimento do contrato de traballo controvertido non se limitaba a Francia, e a que Mulox tiña o seu domicilio no Reino Unido.

b) Rutten: STXCE do 9 de xaneiro de 1997, asunto C-383/95, recomp. 1997, p. 57 e ss. Neste caso o litixio xurdiu da sinatura dun contrato de traballo entre o Sr. Rutten, cidadán holandés con domicilio en Holanda, e Cross Medical BV, empresa holandesa filial de Cross Medical Ltd. O cidadán holandés comezou nun principio a prestar servizos para a filial holandesa, mais posteriormente pasou a traballar para a matriz e exercer a súa actividade indistintamente en varios estados algúns dos cales non eran parte do Convenio de Bruxelas. Cando a matriz despide o Sr. Rutten, este decide interpor unha demanda ante un tribunal holandés para solicitar o pagamento de determinadas cantidades salariais en concepto de atrasos, así como outras contías accesorias. O tribunal declarouse competente, o que propiciou que a empresa recorrese ante o órgano xurisdiccional inmediatamente superior, que anulou a decisión do tribunal de instancia. Ante tales circunstancias, o Sr. Rutten acudiu a un terceiro tribunal holandés que expuxo unha cuestión prexudicial ante o TXCE en que solicitou a interpretación do art. 5.1 do Convenio de Bruxelas.

c) As dúas sentenzas anteriores tiveron continuidade, no que aquí interesa, na polémica sentenza do caso Weber. STXCE do 27 de febreiro de 2002, asunto C-37/00, recomp. p. I-2013. Este asunto trae causa nun litixio que se formulou entre o Sr. Weber, domiciliado en Alemaña, e a empresa escocesa con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido) Universal Ogden Services Ltd., que o contratou como cocifeiro para prestar servizos nunha plataforma petrolífera desde 1987 a 1993, para posteriormente este desenvolver a súa actividade –durante un breve período de tres meses (entre setembro e decembro de 1993)– a bordo dun buque-guindastre nas augas territoriais danesas; a partir deste momento a empresa decide prescindir dos seus servizos e despídeo. O Sr. Weber, desconfirme co acto extintivo, demanda por despedimento improcedente ante os tribunais holandeses. Os tribunais holandeses ante os cales se interpón a reclamación presentan varias cuestións prexudiciais orientadas a interrogarse acerca de se o traballo realizado a bordo dunha plataforma continental adxacente aos Países Baixos debe considerarse como efectuado no territorio dun país contratante para os efectos de determinar o *locus laboris* do art. 5.1 do Convenio de Bruxelas [actual art. 19.2.a) do Regulamento de Bruxelas].

Para unha crítica da solución adoptada polo TXCE desde a perspectiva do dereito internacional público, e que así mesmo comparto, véxase GONZÁLEZ VEGA, J. A. (2002) «Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la “obsesión por el territorio”» *La Ley* 4, pp. 1179-1787. De igual maneira, véxase o comentario a esta sentenza feito por un especialista en cuestións concernentes aos traballadores do mar, P. Chaumette, en *Le Droit Maritime Français* 628, 2002, pp. 632-648. Finalmente, é interesante o traballo que desde a perspectiva do dereito internacional privado realizou ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. (2002) «Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea. Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto

sustentación deste procedemento o órgano xurisdiccional remitente foi convidado a decaer na súa solicitude de pedimento prexudicial en atención á interpretación que xa realizara sobre o art. 6.2.a) do CR²⁷ (art. 8.2 de Roma I), ao se entender que de acordo co alí expresado ao Sr. Voogsveerd lle sería de aplicación o dereito belga –como así defende–, dado que é Bélxica o lugar a partir do cal ou desde o cal este prestaba servizos. É máis, o TXUE sinala expresamente no considerando 32.º da sentenza que o criterio conflitual principal, prioritario e excluínate é o establecido no art. 6.2.a) do CR, isto é, o criterio de acordo co cal a lei aplicable debe reterse en función do lugar en que o traballador realiza habitualmente as súas funcións, o que en consecuencia leva a examinar o criterio do lugar da sede do establecemento que contratou o traballador de maneira subsidiaria. Iso é así porque este tribunal entendeu que a regulación contida no CR (e por extensión en Roma I) está baseada na querenza do lexislador por establecer unha xerarquía entre os criterios obxectivos de aplicación na determinación da lei aplicable (considerando 34.º), sobre a base do carácter protector da norma en relación cos traballadores que prestan servizos no contexto dun contrato de traballo conectado con máis dun país.

Pois ben, non é a nosa intención analizar a sentenza Koelzsch, sobre a cal o TXUE sustenta agora este tipo de consideracións, xa que a súa análise –como manifestamos anteriormente– require dun lugar e tempo específicos que non son os que se corresponden co obxectivo agora proposto²⁸. No entanto, si que é certo que cando menos

Weber» *Información Laboral* 4, pp. 5-22. Sobre a mesma cuestión, véxase o comentario dunha experta nestas cuestións, ZABALO ESCUDERO, M. E. (2003) «Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas expuestos ante el TJCE» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 14, pp. 225-239. Así mesmo, GÓRRIZ, C. (2003) «Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.» *Anuario de Derecho Marítimo* 20, pp. 307-332.

²⁷ Sinala o TX no considerando 31.º da sentenza:

Neste asunto, aínda que as cuestións expostas se refiren ao artigo 6, apartado 2, letra b), do Convenio de Roma, procede constatar, como sinalou o avogado xeral no punto 60 das súas conclusións e observaron o Goberno belga e a Comisión Europea, que os elementos que caracterizan a relación laboral de que se trata no litixio principal, que foron postos de relevo polo tribunal remitente para motivar a remisión do pedimento de decisión prexudicial, parecen máis ben corresponder aos criterios expostos na letra a) do artigo 6, apartado 2, do Convenio de Roma e non aos contemplados na letra b) da devandita disposición.

²⁸ De feito, como se avanzou noutro lugar, desde aquí considérase a necesidade de abordar aquel suposto e as súas consecuencias nun traballo específico e concreto sobre a materia.

deberíamos realizar algunha consideración (ou máis ben crítica) sobre a posición do TXUE no tocante a esta materia, e moi sinaladamente sobre a interpretación dada ao criterio que denomina principal, prioritario e excluínte –a *lex loci laboris*– con respecto ao contrato de embarque e a súa relación xerárquica no tocante ao establecido no art. 6.2.b) do CR (art. 8.3 de Roma I²⁹), dado o impacto que aquela vai ter sobre as respostas dadas polo TXUE ao caso que agora nos ocupa.

4.1. Sobre a interpretación efectuada polo TXUE no caso Koelzsch e a súa extensión ao contrato de embarque

Antes de calquera outra consideración, cabe realizarmos un pequeno recordatorio –para quen descoñecer o seu contido– da interpretación que o TXUE efectuou do art. 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I) no caso Koelzsch. En efecto, o Tribunal de Luxemburgo entendeu neste caso que o criterio da *lex loci laboris* se erixe como o criterio conflitual prioritario, principal e excluínte en todos os supostos de contratos de traballo plurilocalizados, e particularmente naqueles en que ademais –como acaecía no suposto, de servizo en itinerancia por parte dun transportista por estrada– a prestación for desempeñada indistintamente en diferentes estados ou nunha multiplicidade de lugares. En consecuencia, e en aplicación extensiva dos criterios interpretativos realizados con anterioridade a respecto das regras relativas ao *forum* (competencia xudicial internacional), o TXUE estimou que o criterio do país en que se realizar habitualmente o traballo debe entenderse no sentido de que se refire tanto ao lugar no cal como ao lugar a partir do cal o/a traballador/a desempeña efectivamente a súa actividade profesional e, a falta de centro de actividade, ao lugar en que este realiza a maior parte do seu traballo³⁰.

²⁹ Naquel momento, o Tribunal de Luxemburgo considerou que o criterio do país en que o/a traballador/a «realice habitualmente o seu traballo», contido no apartado 2, letra a), do artigo 6 do devandito convenio, debe interpretarse en sentido amplo, mentres que o criterio do país «en que se atope o establecemento que contratase o traballador», previsto no apartado 2, letra b) do mesmo artigo, debe aplicarse unicamente cando o/a xuíz/a que coñece o asunto non pode determinar en que país se realiza habitualmente o traballo (apartado 43). Dese modo, nun suposto como o do litixio principal, que se refire a un traballador que realiza as súas actividades en varios estados contratantes, o criterio contido no artigo 6, apartado 2, letra a) do Convenio de Roma ha de aplicarse así mesmo cando o órgano xurisdiccional que coñece o asunto poida determinar con que estado ten o traballo un vínculo significativo (véxase a sentenza Koelzsch, apartado 44).

³⁰ Véxase a sentenza Koelzsch, apartado 45.

En consecuencia, o TXUE –sobre a base das conclusións efectuadas pola avogada xeral naquel suposto– vai ir descendendo na análise dese presuposto xeral para sinalar que nos supostos en que cumpra determinar o alcance dese criterio conflitual haberá que estar ao conxunto de circunstancias que caracterizan a actividade do/a traballador/a e, en particular, determinar en que estado se sitúa o lugar a partir do cal o/a traballador/a leva a cabo as súas misións de transporte, recibe as instrucións sobre as súas tarefas e organiza o seu traballo, así como o lugar en que se atopan as ferramentas de traballo³¹. Así, se das citadas circunstancias se desprender que o lugar a partir do cal o/a traballador/a efectúa as súas misións de transporte e recibe tamén as instrucións sobre os seus labores é sempre o mesmo, debe considerarse que é no devandito lugar onde realiza habitualmente o seu traballo, no sentido do artigo 6.2.a) do CR.

A interpretación efectuada neste suposto vai ter en conta a inclusión dentro do criterio conflitual establecido no art. 6.2.a) do CR (e tamén 8.2 de Roma I) o que o intérprete comunitario denomina como «criterios substanciais», isto é, o conxunto de elementos que caracterizan a actividade de que se tratar. A finalidade que se persegue coa devandita interpretación é a de asegurar a aplicación deste criterio na práctica totalidade dos supostos. Así, abonda simplemente con xustificar a presenza dunha serie de elementos do contrato de traballo, que –insisto– o TXUE denomina «vínculos ou criterios substanciais ou significativos», que permitan conectalo cun país en concreto, que será aquel onde o/a traballador/a desempeña efectivamente a súa actividade profesional; e a falta de centro de actividade, será o país en que este/a realice a maior parte do seu traballo ou cumpra a parte esencial das súas obrigas con respecto ao seu empregador.

Exposta a interpretación do TXUE no caso Koelzsch, non é raro que nos considerandos 40.º a 42.º da sentenza que comentamos o mesmo órgano xurisdiccional convide o tribunal remitente a aplicar esa mesma interpretación, sobre a base de que os elementos que caracterizan a relación laboral de embarque e que son obxecto de análise neste suposto conducen á aplicabilidade do dereito belga como país desde o cal ou a partir do cal o traballador desempeña a súa actividade (o porto base atopábase en Anvers). Certo é que por esa vía se produciría a aplicación do dereito belga como ordenamento xurídico de aplicación en defecto de escolla e, xa que logo, o emprego das normas imperativas –neste caso, prazos procesuais– do citado ordenamento xurídico no caso

³¹ Véxase a sentenza Koelzsch, apartados 48 e 49.

que nos ocupa, que é o que solicita o traballador na súa demanda. E iso é así porque Bélxica é o país onde o traballador recibe as instrucións (concretamente en Anveres) do seu empresario (transmitidas a través de Naviglobe); ou tamén porque é ese o país onde regresa despois de cada viaxe (aínda que non se di concretamente se é Anveres o lugar desde o que tamén parte). Así, se se aplicasen a este caso as consideracións do TXUE emitidas na sentenza do 2011, a solución final ao problema exposto coincidiría co desexado polo traballador na súa demanda.

Con todo, creo que hai que realizar unha serie de precisións, ou máis ben críticas, da interpretación do art. 6.2.a) do CR (e tamén 8.2 de Roma I) que realizou o TXUE. Estas consideracións que a continuación exporei poden estenderse a outros supostos (incluído o que dá pé a aquelas), aínda que –como dixen con anterioridade– unha análise xeral sobre esta materia require dun traballo sosegado e específico nalgún outro lugar, polo que expresarei a miña opinión exclusivamente sobre o alcance que esa interpretación ten sobre os conflitos derivados do contrato de embarque internacional.

Pois ben, o primeiro que hai que sinalar en termos xerais é que desde aquí non se comparte en absoluto a interpretación extensiva que o TXUE realizou no tocante ao criterio conflitual da *lex loci laboris* contido no art. 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I). E non se comparte por distintas razóns, aínda que aquí abordaremos exclusivamente algunhas delas.

a) Primeira crítica: o buque non é un territorio e si é o lugar de execución habitual de servizos

Polo ten a ver especificamente co contrato de embarque, a interpretación efectuada polo TXUE consegue desvirtuar en todos os seus termos a noción escolástica de *lex loci laboris*, xa que esta se sustenta na existencia de dous parámetros esenciais para poder concretar o lugar de prestación habitual de servizos: dunha parte, que poida identificarse un territorio de execución de servizos; e, da outra, que ademais ese territorio de execución sexa o habitual, en contraposición cunha execución eventual ou puntual nun país determinado.

Nos supostos de conflitos derivados do contrato de embarque, debe sinalarse que o lugar físico onde a xente de mar presta servizos é o buque, que non pode ser considerado como territorio para os efectos da aplicación deste criterio conflitual porque a nave non é máis que un ben moble que por definición se acha constantemente nave-

gando por augas pertencentes a distintos estados ou mesmo por augas internacionais, como é o caso da alta mar. Se iso é así, e parece difícil discutir ou debater esta realidade, o buque non pode ser considerado nunca como un territorio e, en consecuencia, é imposible aplicar o criterio contido no art. 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I) ao suposto de litixios derivados do contrato de embarque. Evidentemente, nin que dicir ten que o TXUE é coñecedor desta realidade, polo que a propósito da imposibilidade de aplicar este criterio (como se veu facendo, por analogía á lei do pavillón) opta por –ao meu xuízo– construír outra ficción xurídica. Así, entende que é posible adscribir a execución de servizos dos traballadores do mar a un espazo físico territorial, que será o que se concrete en función de se existe un país desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a presta servizos, isto é, de que exista un porto base desde o que embarque e, no seu caso, no cal desembarque. Neste caso, debemos dicir –en mérito do tribunal– que cando menos non construíu outra ficción de extraterritorialidade como aconteceu coa lei do pavillón, mais si crea unha ficción de habitualidade (lémbrese, segundo elemento integrante da noción de *lex loci laboris*) que non podemos compartir.

Neste sentido, considero que o criterio contido na noción de habitualidade impide que nestes casos poida falarse dese lugar territorial a que se adscribe a prestación de servizos como o país onde un/ha traballador/a do mar executa a súa actividade de maneira rutineira, porque a ninguén se lle escapa que o lugar de execución habitual de servizos por parte da xente de mar é o buque, sen prexuízo de que realice en terra (en porto) actividades complementarias ou accesorias en relación co seu contrato de traballo. É máis, mesmo nos supostos das naves que parten dun porto concreto e volven a el, tampouco podería dicirse que o país onde se sitúa o porto concreto é o lugar de prestación habitual de acordo co criterio xeral exhibido no art. 6.2.a) do CR (e art. 8.2 de Roma I), xa que este segue a ser sempre o buque.

Desde logo, outra cousa distinta é non admitir que a solución que dá o TXUE resulta moi útil á hora de concretar unha lei de aplicable ao contrato de embarque; mais obviamente é tan útil como podería selo a aplicación da lei do pavillón³² nalgúns casos, pois ambos os criterios serven para liquidar e solucionar conflitos derivados deste tipo de relacións xurídicas. Pénsese sen ir máis lonxe en calquera caso de pres-

³² Sobre a cal pode verse o recente traballo de PERAKIS, M. (2011) «Modern tendencies towards a disruption of the bond between the ship's flag and the applicable law» *Annuaire de Droit Maritime et Océanique* 29, pp. 341-357.

tación de servizos ligados a un tráfico regular –por exemplo, un transbordador– no transporte marítimo ou nos supostos en que todos os elementos do contrato de traballo se identifiquen coa bandeira que porte o buque. No primeiro suposto, a interpretación realizada polo TXUE no caso Koelzsch conduciría a designar como ordenamento xurídico aplicable o do país desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a do mar embarca para navegar, que seguramente coincidirá co lugar da súa residencia habitual e tamén con outros elementos que permiten vincular ese contrato de traballo con ese país en concreto. O mesmo ocorre no segundo caso (de aplicación clásica da lei do pavillón): se pomos por exemplo un buque abandeirado en España, con tripulación española e empresa española que realiza unha navegación intercontinental, a aplicación da lei do pavillón coincidiría coa lexislación do país onde o/a traballador/a reside habitualmente, onde cotiza, onde paga os seus impostos, onde recibe as instrucións por parte do seu empregador, onde probablemente asinaría o seu contrato etc., de tal maneira que todos os elementos circunscritos ao suposto de feito de que se tratase nos permitirían conectar esa relación xurídico-laboral con España. Agora ben, unha cousa é que nestes supostos a coincidencia sexa plena, e outra cousa moi distinta que a interpretación que deba efectuarse se realice baixo uns mínimos de seguridade e de respecto á técnica xurídica.

Outra posibilidade para comprender ou axustar a interpretación do TXUE co apenas expresado (e que non aborda a sentenza Koelzsch, nin tampouco o fai agora o TXUE) é a de considerar que nos supostos de transporte abordados por ambos os pronunciamientos nos enfrontamos a senllos supostos de desprazamento temporal de traballadores. Neste suposto, a afirmación de que o país desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a presta servizos permite aplicar o criterio tradicional da *lex loci laboris* sería certa. Sen prexuízo de que esta última postura podería ser admitida e ademais gardaría coherencia coas sentenzas que sobre competencia xudicial internacional asentaron a interpretación agora realizada polo TXUE canto ao *ius*, o certo é que polo que se refire ao contrato de embarque parece difícil facer residir os supostos de desprazamento temporal baixo o seu seo –non en balde a Directiva 96/71/CE sobre desprazamentos de traballadores en supostos de prestación de servizos transnacional exclúe do seu ámbito de aplicación subxectivo este colectivo–, a non ser que nos estivésemos referindo ao suposto da cabotaxe marítima. Porén, e como se dixó con anterioridade, non é o noso obxecto analizar estas cuestións neste traballo, polo que abondará agora mesmo subliñar o até agora sinalado, isto é, que non cabe a aplicación do art. 6.2.a) do CR nin tampouco a do art. 8.2 de Roma I aos supostos de contrato de embarque internacional (agás no caso da cabotaxe), xa que nin o buque se configura como un

territorio para os efectos da norma nin tampouco o país desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a presta servizos sería o lugar de prestación habitual da súa actividade³³.

b) Segunda crítica: *lex loci laboris* ou vínculos máis estreitos?

Xa se dixo con anterioridade que o TXUE, para sustentar a aplicación extensiva do art. 6.2.a) do CR (e tamén do art. 8.2 de Roma I) aos supostos que traemos a colación –isto é, traballos desempeñados no marco do transporte internacional–, establece que para determinar o lugar desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a desempeña habitualmente servizos (como elemento integrante da *lex loci laboris*) é necesario valorar o conxunto de elementos que caracterizan a actividade de que se tratar. Estes elementos ou criterios circunstanciais son os que o TXUE vai denominar «criterios substanciais», e que, obviamente, *per se* deben ser distintos aos que puidesen soste o criterio dos vínculos máis estreitos do art. 6.2.b) *in fine* do CR (ou art. 8.4 de Roma I).

Dito doutra maneira máis clarificadora, no seu desexo de soste a aplicabilidade do primeiro criterio conflitual obxectivo daquelas normas como principal, prioritario e excluín te, o TXUE realiza unha construción teórica que denomina «criterios substanciais» e que vai permitir conectar estreitamente un contrato de traballo plurilocalizado cun país determinado. Isto é, eses criterios substanciais eríxense como unha serie de circunstancias específicas delimitadoras da noción de *lex loci laboris* que agora emprega na súa versión extensiva (adaptada e extraída dos pronunciamentos sobre o *forum* en supostos de desprazamento temporal de traballadores). E como dixer antes, parece lóxico pensarmos que ante a existencia dun criterio específico denominado «vínculos máis estreitos», os criterios substanciais que se empregan para delimitar a noción de habitualidade sexan distintos dos anteriores. Está claro que o elenco

³³ Esta conclusión que vin afirmando noutros traballos –FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2008) *El contrato de trabajo de la gente de mar*. Granada, Comares– é a que tamén defenden outros especialistas na materia. Abonda citar para estes efectos CARBONE, S. M. (2010b) «La loi applicable aux contrats maritimes» en ídem *Conflits de lois en droit maritime*. [s. l.], Académie de Droit International de la Haye, pp. 147-202, e os por el alí citados, moi particularmente a p. 185, onde expresamente sinala o seguinte:

En effet, à propos du travail maritime l'article 8, paragraphe 2, ne peut pas jouer parce que, d'une part, la nationalité du navire a perdu la connotation «territoriales» qui précédemment lui était dévolue et, d'autre part, les prestations de travail son exécutées habituellement dans le cadre de trafics que impliquent les intérêts de plusieurs Etats. Ce n'est qu'au cas où le navire est concerné par le trafic de cabotage national, relatif à un Etat spécifique, que la réglementation de ce système pourra être invoquée à titre de *lex loci executionis laboris*.

de circunstancias que o TXUE emprega para soste esa noción extensiva, conta cando menos con algúns elementos que se acomodan perfectamente no criterio de vínculos máis estreitos do art. 6.2.b) *in fine* do CR ou no art. 8.4 de Roma I: estado en que o/a traballador/a recibe as instrucións sobre as súas misións e organiza o traballo; lugar en que se atopan as ferramentas de traballo; así mesmo, os lugares en que se efectúa principalmente o transporte, os lugares de descarga da mercadoría e o lugar a que o/a traballador/a regresa unha vez finalizadas as súas misións, polo que sinceramente non se me ocorre onde pode radicar a diferenza entre a aplicación do art. 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I) e o art. 6.2.b) *in fine* do CR (8.4 de Roma I).

En efecto, é posible que esa eventual confusión entre ambos os criterios que eu percibo se deba á miña limitada capacidade cognitiva sobre todas estas cuestións, polo que agradecería que alguén me clarificase o problema a que aludo. Como queira que coido que o TXUE e os seus membros son mellores coñecedores ca min sobre a materia obxecto de estudo, a única opción que me queda é entender que ou ben existen diferenzas entre os criterios empregados, ou ben o Tribunal de Luxemburgo decidiu que o criterio de peche conflitual contido naquelas normas se integre baixo a noción conflitual de *lex loci laboris*³⁴. Se fose o segundo caso, supoño que o TXUE tería a ben ilustrarnos nas sentenzas até este momento emitidas a respecto diso, cousa que non fixo (ou cando menos eu non puiden constatalo).

³⁴ Obviamente, esqueceume apuntar que queda outra opción, malia considerar que é inviable. Refírome á posibilidade establecida no art. 23 do CR, que sinala canto segue:

Artigo 23

1. Se un estado contratante, despois da data de entrada en vigor deste convenio, desexase adoptar unha nova norma de conflito de leis para unha categoría específica de contratos que entren no ámbito de aplicación do convenio, comunicará a súa intención aos demais estados signatarios por medio do secretario xeral do Consello das Comunidades Europeas.
2. Nun prazo de seis meses a partir da comunicación feita ao secretario xeral, calquera estado signatario poderá solicitar a este que organice unhas consultas entre estados signatarios co fin de chegaren a un acordo.
3. Se neste prazo ningún estado signatario solicítase a consulta, ou se nos dous anos seguintes á comunicación feita ao secretario xeral non se chegase a ningún acordo como consecuencia das consultas, o estado contratante poderá modificar o seu dereito. As medidas tomadas por este estado serán postas en coñecemento dos demais estados signatarios por medio do secretario xeral do Consello das Comunidades Europeas.

Como é visible, de acordo con este precepto os estados membros poden crear unha norma de conflito *ad hoc* para determinados supostos derivados do contrato de traballo plurilocalizado, por exemplo, o contrato de embarque. Aínda que iso é así, trátase dunha opción que nunca se empregou e que ademais é competencia exclusiva dos estados membros, non do TXUE.

Ora ben, mesmo se o fixese deste xeito, o certo é que unha interpretación destas características iría en contra do disposto polo lexislador comunitario ao crear o sistema conflitual que analizamos, xa que tras a comunitarización do instrumento convencional feito en Roma como regulamento, a regra dos vínculos máis estreitos non desapareceu e, en consecuencia, debe ser algo distinto á regra conflitual do país onde con carácter habitual se presta servizos. A opción anterior, isto é, a primeira a que fixemos referencia, consistiría en partir da idea de que existen diferenzas entre os criterios empregados, o que desde o meu punto de vista é posible só se os elementos que delimitan a noción de criterios substanciais de acordo co establecido no caso Koelzsch teñen por obxecto dar contido á noción de desprazamento temporal de traballadores, como fórmula ou manifestación da invariabilidade cando menos teórica da *lex contractus* delimitada pola *lex loci laboris* neses supostos³⁵.

Partindo da posición máis favorable a que se fixo alusión e a súa implementación no marco dos conflitos derivados do contrato de embarque, cómpre sinalar –como se anunciou con anterioridade– que nestes casos é practicamente imposible delimitar os supostos de desprazamento temporal cando menos na versión tradicional deste tipo de fenómenos, a excepción feita da cabotaxe marítima en determinadas circunstancias. Así, se esta versión interpretativa non é posible, entón só me resta pensar que o TXUE incorreu nunha confusión entre o apartado 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I) e o art. 6.2.b) *in fine* do CR (art. 8.4 Roma I). Sendo así as cousas, e coa finalidade de ser o máis respectuosa posible co sistema instaurado por estes instrumentos, entendo que a solución a estes conflitos debe vir da man do criterio dos vínculos máis estreitos estritamente falando e non, desde logo, da man da interpretación extensiva da noción de *lex loci laboris*, por unha razón esencial: o traballo efectuado a bordo de buques non se desempeña en ningún territorio, polo que *per se* aquel criterio debe decaer so pena de crear novas ficcións xurídicas que non existen nos citados preceptos e que ademais son incoherentes cunha rigorosa técnica xurídica.

Coido que iso debe ser así, sen prexuízo de que na práctica –por unha vía ou pola outra– se chegue ás mesmas consecuencias xurídicas –no caso que nos incumbe á aplicabilidade do dereito belga– ao empregar o mesmo criterio de substancialidade

³⁵ Certo é, malia que non se vaia tratar esta cuestión *supra*, que a aplicabilidade do criterio da *lex loci laboris* aos supostos de desprazamento temporal tamén orixina problemas de diversa índole, alén de crear –mais neste caso pola vía do lexislador– unha certa ficción estática canto á prestación de servizos.

tanto nun caso como no outro. Non obstante, considero que a pesar de que desde o punto de vista pragmático sexa igual o emprego de calquera deses criterios así expostos, o noso labor como xuristas debe ser o de interpretar as normas da maneira máis próxima á querida polo lexislador en cada caso, e todo iso de cara ao establecemento dunha mínima seguridade xurídica. Ademais, debe constatarse que esta variación extensiva na interpretación do lugar desde o cal ou a partir do cal o/a traballador/a preste servizos baseada nunha maior protección dos traballadores tampouco serviría como xustificación, xa que o sistema do CR (e do seu homólogo Roma I) basea o *favor laboratoris* na comparación entre o ordenamento elixido polas partes e o resultante en defecto de elección, e este último pode concretarse pola vía do art. 6.2.a) de igual modo que pola do art. 6.2.b) *in fine* do CR (art. 8.2 e 8.4 de Roma I). Isto é, insistindo nesta última idea, o sistema do *favor laboratoris* que integra o sistema conflitual que analizamos non se prevé na aplicación entre si dos criterios conflituais obxectivos establecidos naquelas, senón exclusivamente entre o ordenamento que se detrae da *electio iuris* e o resultante dos criterios de aplicación en defecto desta.

4.2. Subsidiariedade ou complementariedade entre os criterios conflituais no Convenio de Roma e no Regulamento Roma I

Unha vez exposta, cando menos brevemente, unha serie de consideracións á volta da interpretación efectuada polo TXUE para avalar o carácter subsidiario da *lex loci celebrationis* (así como tamén, en última instancia, a absorción do criterio dos vínculos máis estreitos na *lex loci laboris*) en prol do criterio contido nos arts. 6.2.a) do CR e 8.2. de Roma I, faise necesario redactar unhas liñas conclusivas en relación con esta cuestión, en que o noso obxectivo é simplemente o de demostrar o carácter complementario dos criterios conflituais contidos nas normas aludidas. Isto é, desde aquí non se considera que exista unha relación de xerarquía –baseada segundo o TXUE no principio do *favor laboratoris*– entre os criterios que empregan tanto o CR como Roma I, xa que non parece que o lexislador quixese desvirtuar o emprego do resto de criterios conflituais. Ademais, creo que esta relación de complementariedade que defendo pode perfectamente constatarse no marco ou contexto dos litixios derivados do contrato de embarque onde, como se sinalou previamente, a eventual aplicabilidade da *lex loci laboris* é escasa ou practicamente nula, mesmo aínda de poder sosterse a existencia dun porto base desde o cal ou a partir do cal a xente do mar presta servizos. E é que non podemos esquecer que aínda que nos atopemos ante un suposto de existencia dun porto base perfectamente identificable como ocorre no caso Voogsgeerd, incluso admitindo a interpretación do TXUE, que a modificación para os traballadores

do porto base depende da decisión dos empresarios marítimos, o cal é moi sinxelo e relativamente frecuente³⁶.

Pois ben, o TXUE sostén na sentenza Koelzsch que a subsidiariedade entre eses criterios vén demostrada polo contido do art. 6 do CR, onde se sinala que no caso de non ser posible identificar un lugar de execución habitual de servizos cumprirá acudir ao segundo criterio conflitual determinado pola *lex loci celebrationis*. En consecuencia, estima que hai que estender a aplicación do primeiro criterio a todos os supostos en que iso for posible, sinalando que por tal lugar tamén haberá que considerar onde está situado o centro de actividade do/a traballador/a, que identifica como lugar habitual de traballo. Certo é que o CR fai referencia a esa formulación –no caso de que non sexa posible a aplicación do art. 6.2.a), aplicaremos o criterio 6.2.b)– porque parte da idea xa clásica ou tradicional de que os contratos de traballo plurilocalizados están mellor conectados co país onde o/a traballador/a preste habitualmente servizos, xa que a ligazón socioeconómica con ese país é o suficientemente intensa como para lle outorgar un carácter primordial na delimitación da lei aplicable.

Ora ben, unha cousa é que efectivamente na maior parte dos supostos iso vaia ser así, e outra moi distinta que os redactores do convenio non tivesen en conta que existen supostos –como os que se extraen de relacións xurídico-laborais caracterizadas por unha elevada mobilidade– en que o elemento fáctico da realización habitual de traballo é enormemente cambiante ou inexistente e, por tanto, inestable e inseguro á hora de aplicar o ordenamento xurídico resultante dese criterio. É por esta razón, e non outra, pola que os redactores estimaron oportuno introducir a regra do establecemento contratante para os supostos derivados desa elevada mobilidade –como os casos de prestación de servizos no marco do transporte– distintos do simple desprazamento de servizos, sabedores de que a aplicación prioritaria do primeiro criterio conflitual levaría á aplicación dunha lei laboral moi pouco conectada coa relación xurídica que se pretende regular ou, cando menos, perfectamente maleable en función dos desexos do empregador.

Así, e polo que respecta ao xogo de relación entre os apartados a) e b) do art. 6.2 do CR (e por extensión á relación entre os apartados 2 e 3 do art. 8 de Roma I), entendo que é de complementariedade e alternatividade. Isto é, complementario ao primeiro

³⁶ Véxase para ese efecto o suposto fáctico que se analiza na STSX de Andalucía/Sevilla 2236/2010, do 19 de xullo.

porque se aplicará nos supostos en que non for posible identificar un lugar habitual de execución de servizos, como acontece en xeral nos supostos de traballadores do transporte, e alternativo na medida en que son criterios que se exclúen reciprocamente. É máis, entendo ademais que a posición do TXUE en relación co carácter prioritario do art. 6.2.a) CR queda en dúbida cando o propio precepto alude ao feito de que mesmo cando puiden ser factible identificar un ou outro (lugar habitual ou establecemento contratante) non se pode descartar a aplicación doutro ordenamento xurídico distinto dos anteriores que vir designado pola cláusula de peche dos vínculos máis estreitos. E obviamente cando o texto convencional (e tamén o regulamento) aluden a este último ordenamento é porque debe ser distinto aos que poidan derivarse da aplicación dos criterios anteriores, cousa que na miña opinión non parece ter clara o TXUE moi probablemente pola contaminación sufrida no seu parecer a propósito da interpretación dada ás normas sobre o *forum* aplicables ao contrato de traballo.

5. A noción de establecemento contida no art. 6.2.b) do Convenio de Roma (e art. 8.3 do Regulamento Roma I)

Unha vez que despexamos algunhas cuestións preliminares que xurdían ao fío desta sentenza, é o momento de acometer unha serie de reflexións ao redor das interrogantes expostas polo tribunal *a quo*, e que se circunscriben na súa integridade á análise do alcance do art. 6.2.b) do CR en relación coa noción de establecemento contida neste precepto. Antes de calquera outra consideración debemos sinalar que o art. 8.3 de Roma I modificou a redacción desta disposición e, así, mentres o CR sinala que será de aplicación a lei do país en que se atope o establecemento que contratase o/a traballador/a, o art. 8.3 de Roma I utiliza a expresión «establecemento a través do cal fose contratado». Así, a dúbida que se presentaba no contexto do CR (e que segue existindo en Roma I) non é outra, tal e como expresa o profesor Carrillo Pozo, que a de discernir se por establecemento cabe entendermos aquel onde os traballadores son recrutados formalmente ou se se refire a unha dimensión orgánica (onde se integra)³⁷.

³⁷ Véxase CARRILLO POZO, L. F. (2011) *op. cit.*, epígrafe 3.2.3, pp. 1046-1047, que cita na nota a pé de páxina n.º 65 a postura pola que se inclina de acordo con outros autores como MANKOWSKI, quen defende ou sostén a aplicabilidade da lei da sede da empresa que constitúe centro de imputación, e descarta así a aplicación formal do establecemento que contratou os traballadores.

Por clarificar os debates sobre o alcance deste criterio conflitual, cómpre sinalarmos que existen autores que defenden que por lugar do establecemento que contratou o/a traballador/a debe entenderse non só o lugar que se utilizou como sede dunha sociedade fantasma, senón tamén o lugar do establecemento que participase activamente na contratación do/a traballador/a³⁸. Outros veñen soste que non abonda con que no establecemento que for se subscribise o contrato de traballo, senón que ese establecemento debe ser un centro de actividade da empresa³⁹. Finalmente, hai outros que prefiren acollerse a unha interpretación formal, de acordo coa cal debe entenderse a aplicación do ordenamento xurídico do país onde se atopar o establecemento onde se asinou o contrato, sen prexuízo de se lle esixiren determinados requisitos ao citado establecemento, o que en consecuencia leva a considerar por establecemento as organizacións que teñen unha finalidade comercial da empresa mediante a xestión e a organización do emprego do persoal recrutado, mais non as simples oficinas de contratación⁴⁰.

Esta dúbida maniféstase de maneira intensa no contexto da industria marítima⁴¹, o que deu lugar a algunha opinión que sinala que a sede das empresas que actúan como intermediarias é a que debe reterse como principal á hora de delimitar a noción de

³⁸ É a postura defendida por PLENDER, R. (1991) *The European contracts convention – The Rome convention on the Choice of law for contracts*. Londres, Sweet & Maxwell, p. 145.

³⁹ VAN EECKHOUTTE, W. (2006) «The Rome convention on the law applicable to contractual obligations and labour law» en Blanpain, R. (ed.) *Freedom of services in the European Union – Labour and social security law: The Bolkestein Initiative*. A Haia, Kluwer Law International, p. 171.

⁴⁰ Así, SCHLACHTER, M. (2000) «Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse» *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2, p. 60.

⁴¹ Xunto coa existencia de axencias de *management* de persoal, esta regra conflitual en relación co contrato de embarque pode dar lugar a outros problemas de aplicación. Así, poden darse supostos en que a contratación se realice no propio espazo sen someter á soberanía estatal de ningún estado, isto é, a bordo dun buque. Neste caso, o problema da localización é exactamente o mesmo que se produce cando resulta imposible adscribir o lugar de execución do contrato a un país concreto; isto é, cando o problema provén da inexistencia dun estado a que atribuír as conexións rixidas establecidas no art. 6 do CR ou o art. 8 de Roma I. Deste xeito, a posibilidade de encadrar o suposto de subscripción do contrato de embarque a bordo do buque no art. 6.2.b) do CR (art. 8.3 de Roma I) viría determinada pola asistencia da ficción extraterritorial da lei do pavillón. Agora ben, esta ficción, do mesmo xeito que ocorría no caso da aplicación do art. 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I), tampouco se correspondería co criterio territorial e obxectivo do país onde estivese situado o establecemento que contratase o traballador que manexa o art. 6.2.b) do CR (art. 8.3 de Roma I). Pola súa vez, non é posible obviar que o lugar da sinatura do contrato de traballo pode deberse a circunstancias aleatorias que impiden, por tanto, establecer unha proximidade entre o negocio xurídico e o país onde o/a traballador/a foi contratado/a, alén de que o perfeccionamento dos contratos que cabe identificar baixo as consideracións desta epígrafe se realice en espazos sen suxeitar á soberanía de ningún estado.

establecemento⁴². Sexa como for, o certo é que existe unha práctica xeneralizada no recrutamento e/ou a contratación da xente do mar que consiste en recorrer a empresas especializadas que actúan como intermediarias na relación laboral marítima⁴³ e cuxa relación cos empresarios marítimos veu perfeccionándose co tempo a través dos acordos denominados «Crewman A» e «Crewman B». Así, estas axencias de embarque –axencias de *manning*– non realizan unha mediación ou representación illada, senón que se dedican de maneira profesional, organizada e sistemática a captar a xente de mar e formalizar os seus contratos de embarque⁴⁴, polo que aínda que poden ser consideradas como empresarios para os efectos laborais (véxase o Convenio de transporte marítimo da Organización Internacional do Traballo [OIT] 2006)⁴⁵, o recurso

⁴² JUNKER, A. (2005) «Gewöhnlicher Arbeitsort im Internationalem Privatrecht» *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Múnic, Geburtstag*, p. 731.

⁴³ Estas axencias de *management* do persoal normalmente dedicadas á contratación de tripulación para embarcar en buques con rexistros abertos adoitan establecerse en países dotados de lexislacións sociolaborais convenientes aos explotadores do buque. En non poucas ocasións será materialmente imposible controlar a súa actividade, tal e como sucede cando recrutan o persoal de forma directa nos portos de maior tráfico (ás veces a bordo do propio buque). Os que contratan os seus servizos fixan a súa sede legal nun país dotado de rexistro aberto. Neste enclave localizan oficialmente o seu *management* comercial, distinto do *management* técnico da nave, desde o que se contrata a tripulación. Mesmo a miúdo tal xogo é aínda máis complexo, por vía da relación de tales *managements* a sociedades distintas pertencentes ao mesmo grupo armador ou a grupos diferentes de participación cruzada.

⁴⁴ RUIZ SOROA, J. M. e DÍAZ SÁNCHEZ, J. (1986) «Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el derecho marítimo y laboral español» *Anuario de Derecho Marítimo* 4, pp. 91-155. Así mesmo, BORNAECHEA FERNÁNDEZ, J. I. (1985) «Contrato de embarco entre trabajador español y armador extranjero, interviniendo consignataria española. Informe sobre la naturaleza jurídica y la legislación aplicable al contrato» *Relaciones Laborales* 7, pp. 141-151. IRIARTE ÁNGEL, J. L. (1993) *El contrato de embarque internacional*. Madrid, Beramar, p. 71 e ss. De maneira confusa no tocante á determinación da natureza xurídica de certas figuras, GÓRRIZ LÓPEZ, C. (1998) «Análisis comparativo entre los acuerdos tipo *shipman* para la gestión de buques, *crewman*, para la gestión de la tripulación» *Anuario de Derecho Marítimo* 15, pp. 421-451. Máis recentemente, dedicou un capítulo completo a esta cuestión MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2002) *La dimensión laboral del empresario marítimo*. Murcia, Ediciones Laborum, pp. 237-271.

⁴⁵ Téñase en conta que no noso dereito interno houbo algún intento de regular as consecuencias do recurso a este tipo de axencias, como por exemplo a proxectada –e nunca adoptada– Lei xeral da navegación marítima. Na súa versión do ano 2004 (art. 229) e na posterior do ano 2006 (art. 215) establecíanse unha serie de previsións en relación con esta materia (contratación de traballadores españois para prestaren servizos en buques normalmente estranxeiros e de pavillón de conveniencia). Neste sentido, sinalábase que tanto o axente ou representante de navieiros estranxeiros como o navieiro serían considerados como responsables solidarios en relación co contrato de traballo que subscribisen os primeiros. En segundo lugar, facíase alusión ao feito de que eses representantes ou axentes estarían obrigados a concertaren un seguro mercantil que outorgase indemnizacións en contía similar ás establecidas no réxime da Seguridade Social española para os casos de morte, incapacidade por accidente e repatriación; e obrigábase as auto-

ao seu emprego pode orixinar dificultades tanto na aplicación do art. 6.2.b) do CR⁴⁶ como en relación co feito de que o seu resultado pode levarnos á regulación dos contratos de embarque por un ordenamento xurídico afastado do propio contrato de traballo. Isto é o que lle preocupa ao TXUE especialmente na sentenza que comentamos.

Así, a aplicación da conexión relativa á lei do país onde se atope o establecemento presenta importantes problemas, posto que nalgúns supostos, aínda que é posible determinar o país onde se atopa o establecemento que contratou o/a traballador/a, o certo é que a solución a que nos conduce o art. 6.2.b) do CR atribuiría o carácter de *lex contractus* a un ordenamento xurídico afastado da relación de tráfico xurídico externo laboral. Todo iso non fai senón confirmar que o recurso a esta regra conflitual no marco do contrato de embarque cando a contratación se produce mediante intermediarios desta natureza é en ocasións desaconsellable⁴⁷, xa que en realidade estaremos en todo momento limitando a aplicación desta regra de conexión a un punto ficticio.

Expostas estas consideracións, debe apuntarse que o problema apenas avanzado constitúe o obxecto central do asunto que tratamos, xa que o Sr. Voogsgeerd foi contratado na sede de Navigoble en Bélxica para prestar servizos en distintos buques da empresa Navimer, con sede en Luxemburgo. En consecuencia, o que se discute é se Navigoble é unha simple intermediaria de Navimer ou se, pola contra, pode considerarse tamén establecemento contratante, dado que ademais –como sostén o mariño– é a que exerce facultades directivas⁴⁸ (cuestión esta que, con todo, Navimer nega). Nestas circunstancias, o tribunal *a quo* formula varias cuestións prexudiciais en que, por

ridades de emigración a non visaren os contratos de embarque que non cumprisen este requisito. Véxase, RUIZ SOROA, J. M. (2006) «Las cuestiones laborales en el anteproyecto de ley general de la navegación marítima» en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.) *Cuestiones actuales del derecho laboral marítimo*. Vitoria-Gasteiz, Servizo de Publicacións do Goberno Vasco.

⁴⁶ Neste tipo de supostos a determinación da sede do establecemento contratante resulta extremadamente complexa, xa que estas axencias, a pesar de teren unha referencia territorial concreta, nalgúns casos non manteñen ningún tipo de relación formal coa empresa navieira, ao que se engade que tales intermediarias non funcionan formalmente –en calquera caso– como empresas de xestión de recursos humanos. Todas estas circunstancias fan moi difícil determinar a lei reitora correspondente ao contrato de embarque segundo o criterio do art. 6.2.b) do CR ou o art. 8.3 de Roma I.

⁴⁷ CHAUMETTE, P. (1993) «Le marin à la recherche de son employeur» *Annuaire de Droit Maritime et Océanique* [s. n.].

⁴⁸ Sobre esta cuestión MONZANI, E. (2004) «Crew managers e manning agencies» *Il Diritto Marittimo* 4, pp. 669-673.

unha banda, solicita que se concrete a noción de «establecemento de empresario» do art. 6.2.b) do CR; mentres que, pola outra, interroga acerca dos requisitos xurídicos que debe reunir un establecemento para ser cualificado como tal, de acordo coa norma sinalada. Vaíamos por partes.

5.1. Que é un establecemento de acordo co disposto no art. 6.2.b) do Convenio de Roma?

En relación co que teña que considerarse como establecemento para os efectos do art. 6.2.b) do CR (art. 8.3 de Roma I), a dúbida que presenta o tribunal que coñece o asunto é se debemos inclinarnos por unha interpretación literal do precepto ou ben por unha interpretación baseada nos elementos fácticos ou materiais de cada suposto de feito. E, obviamente, debe sinalarse que a interpretación que efectúa o TXUE sobre a materia responde á querenza –criticada *supra*– de estender a aplicabilidade do art. 6.2.a) do CR (8.2 de Roma I) a calquera suposto e ademais con carácter prevalente, prioritario e exclusivo. Dito doutro xeito, a solución a que chega o Tribunal de Luxemburgo é debedora dos parámetros que foron establecidos na sentenza Koelzsch antes mencionada, onde os elementos substanciais ou materiais que envolven a relación xurídico-laboral deben corresponder a elementos que o/a xuíz/a debe tomar en consideración para concretar o lugar de execución da prestación.

Despois do mencionado, non é estraño que o TXUE solucione a discrepancia exposta avogando por unha interpretación literal ou formal do precepto, de tal maneira que cando se está a facer referencia á noción de establecemento está a sinalarse o lugar onde o/a traballador/a foi contratado en virtude do contrato de traballo, sen prexuízo de que desempeñe a súa actividade laboral no mesmo lugar onde estea situado o establecemento ou noutro lugar distinto daquel⁴⁹. En consecuencia, o TXUE vai optar por entender que o criterio contido no art. 6.2.b) do CR é un criterio formal⁵⁰ e, por iso, tamén fiable ou previsible, xa que sen prexuízo de onde preste realmente servizos

⁴⁹ Neste sentido, véxase entre outros PLENDER, R. (1991) *op. cit.*, marxinal 8.21. Tamén MARTINY, D. e REITHMANN, C. (2010) *Internationales Vertragsrecht –Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Colonia, O. Schmidt, pp. 1369 e 1439. SCHNEIDER, G. (2010) «Einfluss der Rom-I-VO auf die Arbeitsvertragsgestaltung mit Auslandsbezug» *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* [s. n.], p. 1382.

⁵⁰ Sobre esta aproximación, véxase JAULT-SESEKE, F. (2012) «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union Européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome» *Revue de droit de travail* [s. n.], p. 118.

o/a traballador/a (elemento material que pode modificarse ao longo da vida dun contrato de traballo), podería ser contratado formalmente nun país concreto e distinto do primeiro.

Ora ben, o feito de que o TXUE interprete esta disposición acollendo unha interpretación literal, á vez que sistemática e teleolóxica, non evita que ao mesmo tempo recoñeza que o concepto de establecemento definido pode abarcar tanto o establecemento da sede principal da empresa como os establecementos secundarios –sucursais e axencias– que aquela poida ter en distintas partes do mundo; non en balde tamén estas últimas poden contratar persoal en nome propio ou en nome da sociedade a que pertenceren. Así, vai sinalar que cómpre establecer algúns requisitos específicos para considerar os establecementos secundarios como tales para os efectos da aplicación da norma conflitual, por esta vía poder dar lugar a moitos abusos no seu emprego, xa que son os empresarios os que deciden o lugar de contratación. Dito doutro xeito, non é complicado seleccionar un país onde radique un establecemento secundario cuxa lexislación laboral sexa máis laxa que a do país onde está situado o establecemento principal, polo que o propio TXUE admite que nos supostos en que o lugar de contratación sexa discrecional –mesmo arbitrario– ou se atope desvinculado do lugar onde se desempeña a efectiva prestación de servizos, habería que acudir a outras regras conflituais –como as determinadas pola cláusula de peche dos vínculos máis estreitos⁵¹– coa finalidade de evitar a desconexión do contrato de traballo de que se tratar co ordenamento xurídico designado por este procedemento.

Desde esta perspectiva, debemos sinalar que compartimos parcialmente a opinión do TXUE, aínda que como se verá non o feito de que teña que considerarse establecemento o que apareza formalmente no contrato de traballo. En efecto, desde aquí compártese a idea –na súa aplicación ao contrato de embarque– de que en defecto de aplicación do primeiro apartado do art. 6.2 do CR se entende que será de aplicación a lei do país onde se atope o establecemento que contratase o/a traballador do/a mar. Repárese que en principio a aplicación deste criterio conflitual non presenta excesivos problemas, posto que determinar a lei aplicable vai depender da localización obxectiva do país

⁵¹ Advirtase que neste caso o TX non dubida en acudir á aplicación da cláusula dos vínculos máis estreitos cando existir unha desvinculación entre o contrato de traballo e o lugar onde este foi concluído, mentres que noutras consideracións desta sentenza alude á aplicabilidade dos criterios de substancialidade creados a propósito da sentenza Koelzsch –entre os cales se atopa o exercicio do poder de dirección– para lle atribuír a ese lugar unha conexión co contrato en virtude da *lex loci laboris*.

onde se atope o establecemento –sexa o principal ou secundario– onde se subscribiu o contrato de traballo. Deféndese, xa que logo, que tal criterio de conexión é sinxelo e fácil de aplicar⁵² polo/a xuíz/a competente para a resolución do litixio de tráfico xurídico externo laboral de que se tratar. Isto é, a proxección deste criterio ao contrato de embarque pode resultar positiva e perfectamente defendible cando for factible adscribir o establecemento que contrata a xente do mar a un estado concreto e este último presenta algún tipo de vinculación coa relación xurídica que debe regularse.

5.2. Os requisitos xurídicos integrantes da noción de establecemento

Como se avanzou con anterioridade, as dúas últimas interrogantes expostas ao TXUE versan sobre os requisitos xurídicos que debe reunir un establecemento no sentido do art. 6.2.b) do CR para ser cualificado como tal; porén, a última destas preguntas merece un tratamento desligado da interrogante xeral, que abordamos na seguinte epígrafe. Así, o tribunal remitente quere saber en primeiro lugar se o establecemento do empresario a que o traballador está vinculado para o desempeño efectivo da súa actividade laboral debe reunir determinados requisitos formais como posuír personalidade xurídica propia ou se abonda para tal fin coa existencia dun establecemento fáctico. Dito doutro xeito, o que se pretende saber é se no suposto de feito que tratamos a empresa Naviglobe pode ser cualificada desde o punto de vista funcional como un establecemento da empresa Navimer para os efectos do art. 6.2 do CR.

Neste sentido, a primeira circunstancia que aclara o TXUE é que o art. 6.2.b) do CR non establece un requisito de acordo co cal un establecemento deba ter sempre personalidade xurídica. Iso conduce a considerar a noción de establecemento desde un punto de vista menos formal que se nos acollésemos a unha versión estrita daquela. Polo anterior, o TXUE sinala que se se esixise en todos os casos a existencia dunha personalidade xurídica, no contexto do xogo das regras conflituais aplicables ao contrato de traballo quedaría en dúbida o interese por velar pola seguridade xurídica das partes contractuais, xa que obviamente a diferenza que exhiben os distintos ordenamentos xurídicos en relación cos requisitos mínimos para constituír unha empresa conduciría –no caso de esixirse– a que un/ha xuíz/a en concreto tivese que examinar se eses requisitos se cumpren en relación cunha determinada sucursal ou axencia de acordo cun ordenamento xurídico alleo.

⁵² VIRGÓS SORIANO, M. (1989) *Lugar de celebración y de ejecución en contratación internacional*. Madrid, Tecnos, p. 93.

Neste sentido, debemos compartir necesariamente a opinión do TXUE, xa que os redactores do CR, no momento de precisar unha localización fixa e ríxida para os supostos problemáticos, optaron por un criterio distinto do que se basea na identificación da sede central ou principal da empresa que contratou o/a traballador/a, con independencia de que o criterio finalmente reflectido no precepto poida proporcionar unha vía para a súa utilización con fins fraudulentos⁵³. En efecto, ese criterio de conexión alternativo e subsidiario á *lex loci laboris* que o CR emprega no art. 6.2 b) (art. 8.3 de Roma I) pode ou non coincidir coa lei do lugar onde estea situada a sede central da empresa. O art. 6.2 b) do CR e o art. 8.3 de Roma I fan alusión á lei do país onde estea situado o establecemento que contratou o/a traballador/a ou a través do cal foi contratado/a, o que obviamente poderá coincidir coa sede central ou principal da empresa, mais iso non ten por que producirse en todos os casos.

En efecto, o art. 6.2.b) do CR evita basearse no establecemento principal da empresa dados os problemas que entraña a determinación da *lex societatis*⁵⁴; todo isto queda ademais mellor clarificado no art. 8.3 de Roma I, cando sinala que por tal se entenderá tamén o establecemento a través do cal se contratou o/a traballador/a. Non parece lóxico desde esta perspectiva que, se o CR (tampouco Roma I) non establece ningún criterio de determinación da *lex societatis*, se servise no art. 6.2.b) do CR dun criterio conflitual complexo baseado na identificación previa da sede da empresa, de acordo, precisamente, con aquela referencia. Esta solución levaría o intérprete a efectuar un importante labor de pescuda destinado a determinar esta lei reitora, para logo proceder á aplicación da complexa armazón conflitual que xa de seu presenta o xogo das disposicións do CR ou de Roma I a propósito do contrato de traballo. Xa que logo, parece que a vontade dos redactores do CR e Roma I, plasmada na letra do art. 6.2.b) do CR e do art. 8.3 de Roma I, tivo como obxectivo determinar un criterio de conexión supletorio ao da *lex loci laboris* sinxelo e doado de localizar, baseado na localización do establecemento onde se concluíu o contrato, isto é, a *lex loci celebrationis*, e que, doutra banda, foi o criterio tradicionalmente empregado cando se facía imposible determinar a *lex executionis* do contrato de traballo.

⁵³ MORGENSTERN, F. (1987) *op. cit.*, p. 51.

⁵⁴ Utilizado no contexto do art. 4.2 do CR relativo ao sistema de presuncións a que o/a intérprete do CR pode acudir para determinar a noción de vínculo máis estreito establecida no art. 4.1.

Está claro que, sen prexuízo do dito, o TXUE vai sinalar que debe esixirse algún requisito mínimo co fin de evitar un uso fraudulento deste precepto, e por iso vai considerar a necesidade de esixir o requisito de permanencia dese establecemento secundario nalgún lugar en concreto, para evitar que os empresarios se aproveiten dunha presenza simplemente provisional nun determinado estado para obter a aplicación do seu dereito cando se caracterice por un baixo nivel de protección dos traballadores. En consecuencia, por exemplo, vai determinar que é insuficiente para os efectos de considerar establecemento no sentido do art. 6.2.b) do CR o recurso a un axente dun empresario estranxeiro que se presente nun lugar determinado onde non exista unha representación permanente da empresa para realizar no devandito lugar a contratación de que se tratar (apartado 81 das conclusións).

Así, o TXUE vai declarar que se desprende do art. 6.2.b) do CR que por establecemento non se refire unicamente ás unidades de actividade da empresa dotadas de personalidade xurídica, xa que o termo «establecemento» se refire a todas as estruturas estables dunha empresa. En consecuencia, non só as filiais e as sucursais, senón tamén outras unidades, como as oficinas dunha empresa, poden constituír establecementos no sentido do artigo 6.2.b) do CR, mesmo se careceren de personalidade xurídica. Ora ben, para que esas estruturas dunha empresa poidan considerarse establecemento é necesario que contén cunha certa estabilidade ou vocación de permanencia, o que *sensu contrario* convida a pensar que unha mera presenza transitoria exclúe a consideración da unidade empresarial de que se tratar como establecemento. Así mesmo, vai declarar que en principio é necesario que o establecemento que se toma en consideración para a aplicación do criterio de vinculación pertenza á empresa que contrata o/a traballador/a, é dicir, que forme parte integrante da súa estrutura, aínda que –insístese– non estea dotado de personalidade xurídica.

5.3. Sobre o exercicio do poder de dirección e a consideración da sede do establecemento que contratou o/a traballador/a cando o contrato é subscrito por unha empresa distinta á que figura como empregadora

Finalmente, vén interrogarse ao fío dos pedimentos prexudiciais expostos se pode tomarse en consideración como establecemento contratante aquel que non figura formalmente como empregador no contrato de traballo, mais que con todo, como expresa o demandante, exerce o poder de dirección. Iso expónse deste xeito, dado que o traballador sostén que sempre recibiu as instrucións de Navigloble e que ademais o director da devandita empresa era tamén o director de Navimer, empresa que o con-

tratara formalmente. No entanto, Navimer nega que houbera transferencia algunha do poder de dirección.

Neste sentido, e como xa se avanzou, o TXUE lembra que a consideración dos elementos substanciais relativos ao desenvolvemento do contrato de traballo, tales como a recepción de instrucións ou outros, serve ao obxecto de determinar a lei aplicable de acordo co estipulado no art. 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I), posto que entende que se trata dunha circunstancia que alude á execución do traballo. Como queira que con anterioridade nos referimos en extenso a esta cuestión, abondará con sinalar aquí que non compartimos esta posición por parte do Tribunal de Luxemburgo, xa que como se avanzou en relación co contrato de embarque o lugar onde se executa a prestación de servizos é o buque, de tal maneira que o elemento relativo a unha das manifestacións do poder de dirección como o que se constitúe neste asunto de acordo co sinalado polo demandante debería desde a perspectiva da lei aplicable conducirmos –no seu caso– á aplicabilidade do último inciso do precepto que analizamos, isto é, como integrante dos elementos que cómpre tomarmos en consideración para configurar os vínculos máis estreitos.

Sexa como for, o certo é que a resposta a esta interrogante fundamentada na premisa anterior é a que vén constituír a verdadeira delimitación do que para o TXUE constitúe un establecemento para os efectos do art. 6.2.b) do CR (art. 8.3 de Roma I), xa que excluír calquera tipo de elemento substancial da relación de traballo –como quen exerce o poder de dirección–, condúceo a realizar unha afirmación excesivamente formal sobre o citado precepto e que non podemos compartir. O feito de que o TXUE afirme que «como o criterio do lugar de establecemento da empresa que emprega o traballador é alleo ás condicións en que se realiza o traballo, a circunstancia de que a devandita empresa estea establecida nun lugar ou noutro carece de incidencia para a determinación do devandito lugar de establecemento» ten consecuencias moi relevantes para acabar de pechar a súa consideración sobre a noción de establecemento contratante (que entendo que se aparta da letra literal do art. 8.3 de Roma I) e que parece basearse nunha eventual confusión entre establecemento contratante para os efectos conflituais e a noción de empresario para os efectos laborais.

Deste xeito, cando en última instancia se lle pregunta sobre se a sede de Naviglobe en Bélxica pode ser o establecemento contratante, xa que é nesta sede onde desde o punto de vista fáctico se contrata o traballador para que preste servizos a bordo dos buques de Navimer, é cando o TXUE vai esixir a existencia dalgún tipo de relación

entre Navimer e Navigoble co fin de esclarecer se Navigoble ten a condición de empregador do persoal contratado por Navimer, que é o que lle corresponde dilucidar ao tribunal belga que formula o pedimento prexudicial. Obsérvase que o que se lle está a preguntar ao TXUE non é outra cousa que determinar se a sede de Navimer debe ser considerada como establecemento contratante para os efectos conflituais, aínda que para iso se empregue na interrogante un dos elementos centrais da relación de traballo, e por suposto da delimitación da noción de empresario laboral, como é o poder de dirección.

Ante estas circunstancias, o TXUE vai responder engadindo un factor que previamente non fora exposto á hora de delimitar o alcance e os requisitos da noción de establecemento para os efectos conflituais. Isto é, o TXUE vai trasladar ao tribunal belga a obriga de esclarecer se entre Naviglobe e Navimer existe algún tipo de relación societaria co fin de imputarlles a ambas a condición de empregadoras, e, en consecuencia, tamén a de considerar que ambas as sedes son establecementos contratantes dos arts. 6.2.b) do CR e 8.3 de Roma I. Deste xeito, o TXUE vai sinalar que é necesario considerar aqueles elementos obxectivos que permitan establecer a existencia dunha situación real que difire da que se desprende dos termos do contrato⁵⁵. Esta última expresión –termos do contrato– é a que agora introduce o tribunal na súa sentenza, mais xa neste caso para concretar que a sede do establecemento contratante será a que apareza expresamente no contrato cando o recrutamento e a posterior contratación se realice mediante intermediaria. Deste xeito, o TXUE, ao meu modo de ver, dá un salto cualitativo de extrema radicalidade cuxas consecuencias son enormes, posto que aquí non está a facer referencia aos criterios para identificar a sede contratante, senón que está a lle outorgar ao contrato de traballo –e ao que este dispoña en relación co empresario– a mesma eficacia que se *de facto* o contrato de traballo se subscribise na sede principal da empresa.

Este salto cualitativo conduce o TXUE a considerar que aínda que de feito o contrato de traballo do Sr. Voogsgeerd se subscribise na sede de Navigoble (en Bélxica), como dos termos do contrato se extrae que o empresario marítimo é Navimer (con sede en Luxemburgo), despréndese que é nesta última onde se asinou o contrato de traballo para os efectos da aplicación do criterio conflitual contido no art. 6.2.b) do CR. É

⁵⁵ Véxase, por analogía, a Sentenza do 2 de maio de 2006, Eurofood IFSC, C-341/04, recomp. p. I-3813, apartado 37.

máis, continúa sinalando o TXUE, esta conclusión non queda desvirtuada polo feito de que o poder de dirección fose exercido por Navigoble (nin tampouco –engado eu– porque fose alí onde o traballador fose empregado, que é o que establece o contido do art. 8.3 de Roma I), como expresa o traballador, posto que iso non demostra que o traballador fose en realidade contratado por unha sociedade distinta da que figura como empregadora formalmente falando. Obviamente, o TXUE vai concluir sinalando que só no suposto en que resulte que unha das dúas sociedades actuou por conta da outra poderá considerarse que o establecemento da primeira pertence á segunda para os efectos da aplicación dos arts. 6.2.b) do CR e 8.3 de Roma I⁵⁶. Dito doutro xeito, o TXUE interpreta esta cuestión sinalando que sen prexuízo de que houbese ou non transferencia no poder de dirección⁵⁷, cando se poida desprender que entre ambas as sociedades existe algún elemento obxectivo que permita establecer unha situación real que difire da que se desprende dos termos do contrato, entón poderá imputarse a condición de establecemento tanto á sede de Navigoble como á de Navimer.

Como é visible, no desexo de descartar case practicamente a aplicación do art. 6.2.b) do CR a favor do primeiro criterio conflitual, e eventualmente tamén do criterio dos vínculos máis estreitos, o TXUE vai proceder a realizar unha interpretación do establecemento contratante excesivamente formal, anoada a un elemento tan maleable –e dispoñible polos empresarios– como o que dispuxer o contrato de embarque. Esta solución é a que dá en relación cos supostos en que exista intermediación na figura do empresario e non poida atribuírselles ás empresas concernidas a condición de grupo de empresas, ou poida considerarse que a empresa recrutadora actuou en nome e por conta do empresario navieiro.

⁵⁶ Obsérvese que o TX primeiro declara que para que se poida tomar en consideración a empresa intermediaria é necesario que forme parte da estrutura da empresa principal. E neste punto, o que vén dicir alixeirando esa primeira opinión é que é posible considerar a intermediaria como establecemento se actúa en nome e por conta doutra empresa. Así, como ben afirma JAULT-SESEKE, F. (2012) *op. cit.*, p. 118: «Il est finalement à la lecture de l'intégralité de l'arrêt difficile de savoir se l'établissement d'une société tierce qui intervient dans le processus d'embauche alors même que cette société n'a pas la qualité d'employer». Este autor acaba por dicir que non estaría de máis un pouco de claridade por parte do TX.

⁵⁷ A avogada xeral esclarece este posicionamento nas conclusións sobre a sentenza. En efecto, nos apartados 86 a 90 vén expresamente dicir –como non podía ser doutro xeito– que o exercicio do poder de dirección constitúe un elemento central para considerar a existencia de relación laboral. Aínda que iso é así, e aínda que en xeral quen posuír a facultade de dirección será o/a empresario/a, non é posible descartar que este/a delegue certas facultades.

Esta solución ten consecuencias moi graves polo que respecta á industria marítima, xa que as *manning agencies* non teñen por que formar parte dunha estrutura empresarial complexa e, ademais, en ocasións tampouco actúan por conta e en nome dunha empresa navieira (o que ocorrerá cando as partes recorresen por exemplo a un Acordo Crewman A, mais non cando fagan uso do Acordo Crewman B, ambos do Consello Marítimo Báltico Internacional [BIMCO]). Evidentemente, esta solución interpretativa ademais presenta na práctica problemas de certa envergadura, xa que a industria marítima se caracteriza entre outras cousas pola procura, a través da creación de fórmulas societarias ou de relación entre aquelas, da aplicación dun ordenamento xurídico despreocupado –por non dicir outra cousa– polas condicións de vida e de traballo da xente do mar. Así, aínda que é certo que no caso Voogsgeerd as dúas empresas están domiciliadas en territorio europeo, o cal en principio vai orixinar unha protección laboral do traballador concernido⁵⁸, agora –coa interpretación dada polo TXUE– é facilmente eludible a aplicación de calquera dos ordenamentos europeos, xa que á empresa marítima lle abonda con expresar no contrato de embarque quen é o empresario navieiro e que este ademais se sitúe nun terceiro país. Se a iso lle engadimos que a interpretación do TXUE ten un impacto transcendental no ámbito do *forum*, ao impor para ambos os conxuntos normativos –que perseguen obxectivos distintos– a mesma interpretación, os traballadores do mar van verse compelidos nalgúns casos a preitearen ante a sede do establecemento formalmente contratante, que o máis probable é que radique en terceiros estados cunha lexislación máis laxa desde o punto de vista laboral cuxos órganos xurisdicionais –cómpre salientalo– non estarán obrigados a aplicar nin o CR nin o Regulamento Roma I.

Precisamente por iso, por se coñeceren as prácticas desenvolvidas no sector, houbo autores que avogaron por buscar unha solución a esta cuestión, sexa pola vía de entender que nos atopamos ante un verdadeiro grupo de empresas, sexa porque existen elementos materiais que nos permiten empregar o art. 6.2.b) do CR e, no seu caso, o criterio dos vínculos máis estreitos.

⁵⁸ Por exemplo, empregando a regra de conexidade establecida en Bruxelas I e que por fin se incorporará aos contratos de traballo na reforma deste regulamento. Sobre esta cuestión en particular, véxase FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2008) «Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados. El foro por conexidad tras la STJCE de 22 de mayo de 2008» *Aranzadi Social* 10, pp. 69-90.

a) Primeira lectura: empresa navieira e axencia de intermediación na contratación da xente do mar como grupo de empresas

O profesor Chaumette, a quen cabe considerarmos como un dos máximos especialistas sobre a materia, xa avogaba no seu momento⁵⁹ por considerar que unha das solucións a este conflito –a presenza de empresas de intermediación de man de obra– pode pasar por recoñecer neses supostos a existencia de varias sociedades formalmente distintas mais en realidade agrupadas ao redor dunha mesma unidade operativa⁶⁰. O problema principal ante o que nos atopamos é o de confirmar a existencia real da devandita unidade empresarial. Así, en aplicación da interpretación ofrecida polo TXUE, que sustenta esta vía, remítese a cada tribunal e á súa lexislación –en función de cada suposto de feito– para a concreción da existencia ou non desa unidade empresarial.

No noso dereito deberíamos probar as distintas notas ou caracteres que foron establecidos pola doutrina xurisprudencial para eses efectos. Deste xeito, os elementos técnico-xurídicos que demostren a existencia dun grupo, e no noso caso dun grupo armador, serían os seguintes: o funcionamento integrado ou unitario das organizacións de traballo das empresas do grupo; a prestación de traballo indistinta ou común, simultánea ou sucesiva, en favor dos empresarios; a procura, mediante a configuración artificiosa de empresas aparentes sen substrato real, dunha dispersión ou elusión de responsabilidades laborais; e, en fin, a existencia dunha relación vertical de dominación e un sistema de goberno unitario, nun conxunto formado cunha evidente vinculación, tanto económica como persoal⁶¹.

⁵⁹ Neste sentido, véxase CHAUMETTE, P. (1993) *op. cit.*, p. 164, quen aborda esta problemática sinalando o seguinte:

S'il apparaît que les sociétés propriétaires des navires, gestionnaires commerciales des navires, gestionnaires des équipages sont imbriquées, quant à la composition de leur capital, quant aux dirigeants et managers, quant aux statuts ou avantages conventionnels du personnel sédentaire, il se peut qu'elles constituent un groupe de sociétés ou mieux encore une unité économique et sociale, c'est-à-dire une entreprise unique au delà des découpages obtenus par l'utilisation du droit des sociétés.

⁶⁰ PALAO MORENO, G. (2000) *op. cit.*, p. 169, sostén que para poder aplicar o criterio de conexión do art. 6.2.b) do CR a estes supostos sería necesario que a empresa recrutadora de man de obra interviñese activamente na contratación e que o grupo navieiro posúise un establecemento secundario con certa permanencia nese lugar.

⁶¹ SSTs do 11 de outubro de 1990, FX 7.º (RA 7544), e 11 de decembro de 1985, FX 2.º (RA 6094).

Como é visible, de acordo co exposto, non sempre será sinxelo determinar que nos atopamos ante unha unidade empresarial para os efectos da aplicabilidade do art. 6.2.b) do CR (art. 8.3 de Roma I) e a posibilidade de lles imputar a ambas as sedes a condición de empresarias para os efectos laborais nin, por tanto, a consideración de establecemento para os efectos conflituais. En consecuencia, no caso de ser imposible deducir a existencia dunha unidade empresarial, só será considerado establecemento contratante –de acordo co estipulado polo TXUE neste caso– aquel que formalmente aparecer como tal no contrato de traballo (no noso caso Navimer), salvo que se poida constatar que a empresa que concluíu o contrato de traballo actuou realmente en nome e por conta doutra empresa; nese caso esta última tamén sería considerada establecemento contratante (sede de Navigoble). Ora ben, para chegar a considerar esta última posibilidade non son relevantes, segundo o TXUE, os elementos relativos á realización do traballo (como quen exerce o poder de dirección), senón exclusivamente os elementos relativos ao procedemento de contratación (por exemplo, quen publicou o anuncio de contratación e quen realizou a entrevista etc.), posto que como insistimos até a saciedade, para o TXUE eses elementos fácticos deberían ser considerados polo/a xuíz/a que coñece o asunto para a delimitación dos arts. 6.2.a) do CR e 8.2 de Roma I. Esta é unha opinión que como se dixó non compartimos⁶².

Sen prexuízo de non compartir a solución que para estes últimos efectos dá o TXUE, o certo é que de acordo con ela, e no caso de ser imposible atribuír a Navigoble e a Navimer a consideración dunha verdadeira unidade empresarial ou a Navigoble que actuou por conta e en nome de Navimer, daquela sería de aplicación a lei luxemburguesa pola vía do art. 6.2.b) do CR, sen que iso quede prexulgado polo feito de que fose na sede de Navigoble o lugar onde se produciu a contratación do Sr. Voogsgeerd, polo feito de que sexa a través desta de quen recibe as instrucións ou polo feito de que o porto base se atope en Bélxica, país que coincide coa sede de Navigoble.

b) Segunda lectura: toma en consideración dos elementos fácticos do suposto á hora de delimitar o establecemento contratante nos conflitos derivados do contrato de embarque

Xa aludimos ao feito de que o TXUE descarta a aplicabilidade do art. 6.2.b) do CR (e o art. 8.3 de Roma I) aos supostos como o que nos ocupa, en que non caiba probar e constatar ben a existencia dunha unidade empresarial ou ben, cando menos, que a

⁶² Isto é, o TXUE é capaz de distinguir entre aqueles elementos fácticos que serven para delimitar as alíneas a) e b) do art. 6.2 do CR.

empresa de *management* da tripulación actuou en nome e por conta da empresa navieira propietaria dos buques. Así, o TXUE vai basear a súa opinión na idea de que os elementos fácticos que poden acaecer en cada suposto de feito –como o exercicio do poder de dirección etc.– só poden determinar o ordenamento xurídico aplicable pola vía do art. 6.2.a) do CR (art. 8.2 de Roma I); aínda que é verdade que nalgunha outra parte da sentenza, como se aludiu con anterioridade, o propio TXUE alude á aplicabilidade dos vínculos máis estreitos (que se corresponde coa nosa posición a respecto diso)⁶³.

Sexa como for, o certo é que esta opinión é contrarrestada por autores tan relevantes como o profesor Carbone, quen a pesar de sinalar que a aplicabilidade dos arts. 6.2.b) do CR ou 8.3 de Roma I pode resultar complexa ante a realidade que subxace neste sector industrial, avogando en xeral pola aplicabilidade da cláusula de peche ou de escape, non dubida en afirmar que a súa operatividade será factible precisamente de se tomaren en consideración determinados factores materiais tales como que o lugar do establecemento coincida co lugar a partir do cal o buque é efectivamente utilizado ou co establecemento en que o armador teña o seu propio centro de decisións e/ou de actividade. Así mesmo, vai defender a posibilidade de aplicar este criterio conflitual cando o establecemento coincida co estado onde radicar o porto habitual do buque porto real e non administrativo ou onde se atopar a base de operacións no sentido da xurisprudencia norteamericana sobre a Jones Act⁶⁴.

Considero que esta postura defendida por Carbone para os supostos de traballo prestado a bordo de buques con elemento de internacionalidade conduce a mellores resultados que os que defende o TXUE na sentenza que comentamos.

⁶³ O sinalado *supra* non fai senón apontoar o feito de que o TXUE se amosa inseguro á hora de realizar as afirmacións que fai ao longo da sentenza. O anterior pode deberse –entendo eu– á inconsistencia (utilizada neste caso como un termo lóxico) das argumentacións que foi empregando sobre a interpretación do art. 6 do CR en relación cos traballadores móbiles.

⁶⁴ CARBONE, S. M. (2010a) *op. cit.*, pp. 185-187, en particular a p. 187. Sobre a Jones Act, véxase COLUMBIA LAW REVIEW ASSOCIATION (1960) «Panlibhon registration of American-owned merchant ships: government policy and the problem of the Courts» *Columbia Law Review* vol. 60, n.º 5, pp. 711-737. CARBONE, S. M. (1970) «Legge della bandiera e diritto del lavoro in alcune recenti decisioni statunitensi» *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* [s. n.], pp. 164-188. GINATTA, F. (1971) «Applicabilità del Jones Act ad un rapporto di lavoro su nave straniera» *Il Diritto Marittimo* 1, pp. 131-135. Sobre os problemas aplicativos da Jones Act desde unha perspectiva da competencia xudicial véxase ROBERTSON, D. W. e STURTLEY, M. F. (1999) «The right to a Jury Trial in Jones Act Cases: Choosing the Forum Versus Choosing the procedure» *Journal of Maritime Law and Commerce* vol. 30, n.º 4, pp. 649-676.

6. Consecuencias sobre o *forum*: a distinción entre empresario laboral para os efectos laborais e establecemento contratante para os efectos conflituais

Expostas as consideracións anteriores, entendo que debemos realizar unhas breves –mais ao meu xuízo necesarias– observacións sobre as consecuencias que presenta a diferenciación que fai o TXUE entre empresario laboral, por unha banda, e, pola outra, establecemento contratante, porque tampouco resulta descoñecida a querenza do TXUE por empregar as nocións contidas nos conxuntos normativos de dereito internacional privado aplicables ao contrato de traballo de maneira practicamente idéntica ou, se se quere, de maneira paralela⁶⁵. Se trasladamos todo iso ao ámbito da industria marítima, non me queda máis que dicir que os problemas xa están servidos (ou que deus nos colla confesados). En efecto, debe terse en conta que a interpretación formal que fai o TXUE neste asunto pode ter consecuencias relevantes para a outra gran vertente do dereito internacional privado, que é a da competencia xudicial internacional hoxe regulada polo Regulamento Bruxelas I (en proceso de revisión⁶⁶), xa que desde a sentenza Koelzsch se desexa interpretar as nocións relativas ao contrato de traballo establecidas en ambos os conxuntos normativos de maneira idéntica ou, cando menos, moi similar (todo o cal tamén é criticable).

Pois ben, se o apenas exposto chegase a ser certo, o problema que se nos presenta non xa desde o punto de vista da lexislación aplicable, senón da competencia xudicial internacional, vai ser considerable. No caso de asumir unha interpretación paralela entre os dous conxuntos normativos, que o TXUE desligase a noción de establecemento contratante de calquera elemento fáctico ou material como quen exerce o poder de dirección (isto é, ao desligala da consideración de empresario para os efectos laborais) conduce a que a aplicabilidade do art. 19.2.b) de Bruxelas I quede reducida ao foro do lugar onde estivese o establecemento contratante, isto é, de xeito exclusivo ao lugar formalmente expresado polo contrato de traballo (o cal, doutra parte, conculca a letra literal do precepto, que se refire ao empregador). No contexto da industria marítima esta interpretación facilita enormemente o labor de elusión das empresas do sector, xa que lles basta con establecer no contrato de traballo que a empresa é calquera que se atope domiciliada nun terceiro estado, cuxos tribunais non terían a obriga de aplicar Bruxelas I nin tampouco, en consecuencia, Roma I na actualidade.

⁶⁵ Cuestión esta que é a que se atopa no fondo das discusións sobre a materia, así como, en segundo lugar, se a interpretación extensiva elaborada en Koelzsch se axusta ou non á querenza do lexislador europeo.

⁶⁶ Véxase o Documento COM (2010) 748 final.

Así, poñamos por exemplo un suposto de feito similar ao tratado pola sentenza que comentamos, onde no canto de falarmos de dúas empresas situadas en dous estados membros da UE nos atopemos con que a empresa navieira, que é á súa vez a que aparece formalmente no contrato de traballo, se domiciliou nas Bahamas⁶⁷. Esta realidade conduciría a que o/a traballador/a, no caso de inaplicabilidade do resto de puntos de conexión, tivese que preitear ante os tribunais das Bahamas, que obviamente non terían por que aplicar nin Bruxelas I (incluída a regra de conexión tan importante cando se producir intermediación na figura do empresario) nin tampouco Roma I. Esta circunstancia orixina a desprotección dos traballadores do mar desde o punto de vista laboral, por moito que puidese demostrarse –como apunta Carbone en aplicación da doutrina derivada da Jones Act– unha conexión dese contrato de traballo co territorio europeo.

En fin, pode dicirse en xeral que desligar a consideración de empresario laboral da noción de establecemento pode ter, alén dos problemas anotados en relación coa lei aplicable, enormes consecuencias desde a perspectiva do *forum*. Esta circunstancia, ademais, non é en absoluto coherente coas normas substantivas internacionais aplicables sobre a materia, xa que o propio Convenio do transporte marítimo da OIT 2006 intenta limitar a posibilidade de elusión das responsabilidades laborais dos empresarios concernidos na contratación marítima ao lles atribuír tanto á empresa navieira como á intermediaria a consideración de empresarias para os efectos laborais.

7. Conclusión

En fin, desde o meu punto de vista particular pode dicirse que na interpretación efectuada na sentenza que comentamos, que ademais trae causa no expresado na sentenza Koelzsch, o TXUE optou perigosamente por unha interpretación paralela dos conxuntos normativos de dereito internacional privado aplicables ao contrato de traballo, obviando neste sentido os distintos obxectivos que perseguen por cada un deles. Esa

⁶⁷ Para este fin, véxase como exemplo a sentenza da Cour d'appel d'Aix-en-Provence do 18 de xaneiro de 2012, que aínda que se refire ao caso dun mergullador que sufriu un accidente de traballo nunha plataforma petrolífera no Camerún, o certo é que pode trasladarse igualmente ao caso dos mariños, xa que as empresas concernidas se domiciliaran en terceiros estados para eludiren así a aplicación das normas europeas. Proximamente aparecerá un comentario na revista en *Le Droit Maritime Français* da autoría de P. Chaumette, quen xentilmente mo deu a coñecer.

interpretación que deriva da vontade de aplicar de forma extensiva o criterio da *lex loci laboris* ten unhas importantes consecuencias para os supostos derivados do contrato de embarque (aínda que tamén para calquera outro contrato de traballo plurilocalizado), e entre elas a que intentamos describir e criticar ao longo destas páxinas en relación coa interpretación do art. 6.2.b) do CR, ao se desligar abertamente a noción de empresario laboral do concepto de establecemento contratante, e coas cales evidentemente polo expresado– non podemos comungar.

Así, espero que a postura do TXUE en todas estas cuestións se reconduza cara a interpretacións non só máis favorables para a xente do mar, senón sobre todo e ante todo respectuosas cos conxuntos normativos de dereito internacional privado, xa que pola contra a situación derivada daquela pode resultar especialmente desastrosa para os traballadores que prestan servizos a bordo de buques dados o condicionantes socioeconómicos a que están expostos.