

DE INMUNIDADES, SUMISIONES Y CENTROS DE TRABAJO: LA STJUE DE 19 DE JULIO DE 2012, *MAHAMDIA C. REPÚBLICA DE ARGELIA*

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 20.01.2013 / Aceptado: 25.01.2013

Resumen: El 19 de julio de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una interesante decisión, por la amplitud de las cuestiones que aborda y por la novedad de hacerlo en un contexto inédito: el contrato individual de trabajo. Tanto el alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Estados como el contenido de los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ y ‘establecimiento’, son asuntos que el TJUE nunca había abordado en este ámbito. También novedosa resulta la cuestión de la posible extensión del régimen comunitario de la sumisión expresa en materia laboral a los pactos que atribuyen la competencia judicial a tribunales pertenecientes a terceros países. Aunque desiguales desde la perspectiva de su fundamentación, todas las respuestas del TJUE a tales cuestiones se presenta un denominador común: su decidida apuesta a favor de una interpretación eminentemente *pro operario* del Reglamento nº 44/2001.

Palabras clave: inmunidad de jurisdicción, Estado empleador, embajadas, competencia judicial internacional, sumisión expresa, contrato individual de trabajo, despido, centro de trabajo, sucursal, agencia u otro establecimiento.

Abstract: On July 19, 2012, the Court of Justice of the European Union (ECJ) pronounced an interesting judgment, because it deals very different issues in a new context: the individual employment contract. Indeed, the Court has never addressed the scope of the immunity from jurisdiction and the content of the concepts of ‘branch’, ‘agency’ and ‘establishment’ under the individual employment contract. Also new is the issue of the possible extension in this area of the rules of Regulation nº 44/2001 to submission agreements that enable jurisdiction to courts belonging to third countries. Court responses have very different legal basis, but they have a common denominator: its firm commitment in favor of a *pro operario* interpretation of Regulation nº 44/2001.

Key words: jurisdictional immunity, employing State, embassies, international jurisdiction, expressed submission, individual employment contract, dismissal, workplace, branch, agency or another establishment.

Sumario: I. El asunto “Ahmed Mahamdía contra la República Argelina Democrática y Popular”. II. Las cuestiones prejudiciales planteadas (y una no planteada) al TJUE. III. La normativa controvertida. 1. Régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción. 2. El artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001. 3. El artículo 21 del Reglamento nº 44/2001. IV. La respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas (y a la no planteada). 1. El alcance de la inmunidad de jurisdicción. 2. El concepto de ‘sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento’. 3. La extensión del régimen de la sumisión expresa en los contratos de trabajo. V. Conclusiones.

I. El asunto «Ahmed Mahamdia contra la República Argelina Democrática y Popular»

1. Con fecha de 19 de julio de 2012, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una sentencia¹ que presenta un doble interés, por la amplitud de las cuestiones que aborda y por la novedad que supone hacerlo en el marco del contrato individual de trabajo, un «*contexto inédito*», como subraya el Abogado General P. Mengozzi, autor de las conclusiones presentadas al TJUE en el presente asunto². La decisión responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional Superior de Trabajo de Berlín-Brandenburg (*Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg*), donde solicita la interpretación de determinadas reglas de competencia judicial internacional del Reglamento nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, aplicadas al contrato de trabajo. El litigio surge a raíz del despido del Sr. Mahamdia, trabajador con doble nacionalidad -argelina y alemana- contratado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina Democrática y Popular para prestar servicios como chófer en la Embajada de Argelia en Berlín, cuyo contrato laboral incluía una cláusula de sumisión que consagraba la exclusiva competencia de los tribunales argelinos para cualquier litigio que pudiera surgir de dicha relación laboral.

2. Impugnado el despido ante la jurisdicción alemana, el país argelino opuso la inmunidad de jurisdicción reconocida por el Derecho internacional público a los Estados extranjeros, alegando que ésta impedía al tribunal alemán juzgarle en su condición de empleador del demandante. Correlativamente, el Estado de Argelia invocaba la cláusula procesal de sumisión a la jurisdicción argelina, única legitimada en su opinión para conocer de la demanda planteada. El tribunal laboral (*Arbeitsgericht*) de Berlín acogió la excepción de incompetencia, al considerar que las funciones del trabajador estaban incluidas en las actividades diplomáticas cubiertas por la inmunidad de jurisdicción, desestimando la demanda presentada por el Sr. Mahamdia.

3. Recurrida en apelación, esta sentencia fue anulada por la Audiencia Territorial de Trabajo (*Landesarbeitsgericht*) de Berlín-Brandenburg, para quien la actividad del demandante no podía considerarse un ejercicio de la autoridad pública del Estado demandado, siendo sus funciones meramente auxiliares respecto al ejercicio de su soberanía estatal. Asimismo, el *Landesarbeitsgericht* proclamó la competencia judicial internacional de la jurisdicción alemana para conocer del despido del Sr. Mahamdia, considerando que la embajada constituía un «establecimiento» en el sentido del artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001, y declaró inválida la sumisión a los tribunales argelinos, que a su juicio no cumplía los requisitos del artículo 21 del citado Reglamento, por ser anterior al litigio y designar la competencia exclusiva de la jurisdicción de Argelia.

4. La República de Argelia interpuso recurso de casación ante el Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), que revocó la sentencia y devolvió el asunto al *Landesarbeitsgericht*, conminándolo a clarificar las actividades del trabajador, a fin de determinar si constituían funciones soberanas del Estado demandado. Al mismo tiempo, le requería que, en caso negativo, precisara el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio, a la vista de la cláusula de sumisión incluida en el contrato de trabajo. En cumplimiento de lo cual, el *Landesarbeitsgericht* despejó la primera incógnita presumiendo que la actividad del demandante quedaba excluida de las funciones soberanas del Estado argelino -a falta de prueba en contrario por parte del demandado-, rechazando así la alegación de inmunidad de jurisdicción. Tras lo cual, faltaba por determinar la validez del acuerdo de sumisión a los tribunales argelinos y, con carácter previo, la concurrencia del domicilio del demandado en el Alemania, como criterio de aplicación del Reglamento nº 44/2001. El tribunal alemán trasladó ambas cuestiones al TJUE, preguntándole si una embajada de un tercer Estado ubicada en un Estado miembro se considera «una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento» en el sentido del artículo 18.2. Y en caso afirmativo, si cláusula de sumisión procesal, otorgada

¹ DOUE C 295 de 29 septiembre 2012, p. 11. Sobre esta decisión, *vid.* P. PIRODDI, «Dipendenti ambasciate estere: sulle cause di lavoro la competenza giurisdizionale è dei giudici nazionali. Fornita un'interpretazione estensiva della nozione di «qualsiasi altra sede d'attività», *Guida al diritto*, 2012 nº 33/34 pp.92-94; y L. IDOT, «Contrats individuels de travail conclus par une ambassade», *Europe*, octubre 2012, nº 10, p. 50.

² Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 24 de mayo de 2012.

antes del nacimiento del litigio, puede servir de base de la competencia de un tribunal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, cuando esa cláusula atributiva de competencia excluya la competencia fundada en los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001.

II. Las cuestiones prejudiciales planteadas (y una no planteada) al TJUE

5. Dos fueron las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* al Tribunal de Justicia en el presente asunto, aunque fueron tres las que resolvió el TJUE en su respuesta, considerando que había una más implícita en las otras dos, al constituir la premisa sobre la que ambas habían de ser resueltas. Así, versando las dudas del órgano alemán sobre el concepto de centro de trabajo utilizado por el Reglamento nº 44/2001 y la validez de la sumisión a la jurisdicción argelina a la luz de los parámetros en él contenidos, el TJUE consideró que para resolver ambas cuestiones era necesario delimitar *a priori* la aplicabilidad de dicho texto al presente litigio. Y dicha aplicabilidad quedaba supeditada al rechazo de la alegada inmunidad de jurisdicción por el Estado argelino para determinar la falta de competencia de los tribunales alemanes, una cuestión que el TJUE aborda *obiter dicta*, circunstancia que conviene tener presente a la hora de valorar el alcance de este pronunciamiento. Con los argumentos que veremos -que acogen, en esencia, la TESIS de la inmunidad relativa-, el Tribunal desecha la posibilidad de oponer la inmunidad estatal a la acción de la jurisdicción alemana, dejando así expedita la vía para ejercer su labor interpretativa respecto de las dos cuestiones prejudiciales planteadas.

6. Dichas cuestiones fueron formuladas al TJUE en los siguientes términos:

- «1) ¿Es la embajada, situada en un Estado miembro, de un Estado que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 ‘una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento’ en el sentido del artículo 18, apartado 2, de dicho Reglamento?
2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede una cláusula de sumisión procesal, otorgada con anterioridad al nacimiento del litigio, servir de base de la competencia de un tribunal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 cuando esa cláusula atributiva de competencia excluya la competencia fundada en los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001?»

7. Al resolverlas, el TJUE realiza una interpretación que, con el Abogado General P. Mengozzi³, podemos calificar de ‘teleológica’, elaborada con el fin de propiciar la consecución efectiva del objetivo de las normas sobre competencia judicial internacional recogidas por el Reglamento en materia de contrato de trabajo: proteger a la parte más débil mediante reglas más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales⁴. Esta interpretación *pro operario* impregna todo el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el presente asunto: marcándole el camino para dilucidar el ámbito de aplicación de la inmunidad de jurisdicción, sirviendo como directriz interpretativa del concepto de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento» contenido en el artículo 18.2, y forzando una interpretación del alcance del artículo 21 posiblemente excluida de su redacción original.

III. La normativa controvertida

1. Régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción

8. Como es sabido, el régimen relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados es eminentemente jurisprudencial, siendo escasa -y como evidencia la práctica judicial, insuficiente- la modulación

³ Apartado 35 de las conclusiones.

⁴ Decimotercer considerando del Reglamento nº 44/2001.

legislativa de su contenido y alcance. El marco general de dicha regulación viene configurado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961⁵, que se completa con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963⁶. Con una vocación más ambiciosa, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 2 de diciembre de 2004 la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁷, que acoge la tesis de la inmunidad restringida⁸ y aspira a ser el fundamento del régimen jurídico internacional universal de la inmunidad estatal y constituye la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional público vigente en esta materia⁹. Asimismo, la Convención pretende subsanar la laguna que hasta su aprobación evidenciaba este ámbito, regulado principalmente por normas consuetudinarias, y lastrado por las evidentes dificultades que su determinación presenta, sobre todo a partir de una práctica judicial interna que se ha caracterizado por su heterogeneidad, su carácter fragmentario y su naturaleza evolutiva y cambiante¹⁰.

Este objetivo ha quedado, sin embargo, en suspenso por la falta de entrada en vigor de la Convención, al no haberse alcanzado todavía las treinta ratificaciones que su artículo 30 para que ésta pueda producirse. A este -escaso- marco regulatorio sobre la inmunidad hay que añadir el Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados, elaborado en el seno del Consejo de Europa y aprobado el 11 de junio de 1972¹¹. Su artículo 5 elimina la posibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción en supuestos muy similares al debatido en el presente asunto: cuando el litigio derive de un contrato de trabajo celebrado entre el Estado y una persona física, cuando los servicios deban prestarse en el territorio del Estado del foro¹². El hecho de que Argelia no sea parte de este Convenio -que entró en vigor en Alemania el 16 de agosto de 1990- lógicamente impide su aplicación al presente asunto, pero resulta significativa su invocación por parte del órgano jurisdiccional alemán, que admite su valor como prueba del derecho internacional consuetudinario en esta materia y declara doctrina propia que los tribunales alemanes son competentes para conocer de los litigios en materia laboral planteados entre una embajada de un Estado y su empleados, siempre y cuando sus actividades no puedan incluirse entre las propias de sus funciones soberanas¹³.

⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95. *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968. Al respecto, *vid.* también el Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18 de abril de 1961 (*BOE* núm. 263, de 1 de noviembre de 2011).

⁶ United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261. *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

⁷ A/RES/59/38. España se adhirió a ella el 21 de septiembre de 2011.

⁸ M. HERZ, «La nueva Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes. Su compatibilidad con el régimen argentino», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 10, 2005, p. 2.

⁹ C. GUTIÉRREZ ESPADA, «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, N° 2, 2011, p. 162.

¹⁰ J. FERRER LLORET, «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, p. 4. (pp. 3-61).

¹¹ Conseil de L'Europe, *Série des traités européens*, n° 74. Firmado únicamente por nueve países (Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suiza), tan sólo está en vigor para ocho de ellos (pues Portugal continúa pendiente de ratificación desde el 10 de mayo de 1979), lo que es obvio que minimiza significativamente su impacto, efecto que no resulta desproporcionado temer que se reproduzca en el ámbito de la Convención de Naciones Unidas de 2004. Respecto al Convenio Europeo, hay que añadir el dato de que su Protocolo adicional, de la misma fecha -que para F.J. CARRERA HERNÁNDEZ «*crea un inoperante Tribunal Europeo en materia de inmunidad del Estado*»- entró en vigor el 22 de mayo de 1985 y ha sido ratificado únicamente por seis Estados («La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, p. 64).

¹² «1. Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant si la procédure a trait à un contrat de travail conclu entre l'Etat et une personne physique, lorsque le travail doit être accompli sur le territoire de l'Etat du for. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas: a. lorsque la personne physique a la nationalité de l'Etat employeur au moment de l'introduction de l'instance; b. lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, elle n'avait pas la nationalité de l'Etat du for; ni n'avait sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat; ou c. lorsque les parties au contrat en sont convenues autrement par écrit, à moins que, selon la loi de l'Etat du for, seuls les tribunaux de cet Etat ne soient compétents à raison de la matière. 3. Lorsque le travail est exécuté pour un bureau, une agence ou un autre établissement visés à l'article 7, les dispositions du paragraphe 2, lettres a et b, du présent article ne sont applicables que si la personne avec laquelle le contrat a été conclu avait sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat employeur au moment de la conclusion du contrat».

¹³ J.A. PEREA UNCETA, «La inmunidad de jurisdicción de los estados: un nuevo caso en la jurisprudencia alemana y comunitaria (asunto Ahmed Mahamdia contra República Argelina)», *Diario La Ley*, N° 7955, Sección Tribuna, 31 Octubre 2012,

9. En el asunto Mahamdia, el marco regulatorio de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción se restringía a la citada Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y la genérica referencia contenida en el artículo 25 de la Constitución alemana de 23 de mayo de 1949 a las normas generales de Derecho consuetudinario, a las que atribuye primacía y efecto directo dentro de su ordenamiento jurídico¹⁴. Entre dichas normas consuetudinarias se incluye la regulación de la inmunidad de jurisdicción, con la premisa de que únicamente puede ser alegada por los Estados en los litigios que afectan al ejercicio de su soberanía¹⁵. Aplicada dicha normativa al ámbito que tratamos, la jurisprudencia del *Bundesarbeitsgericht* interpreta que la jurisdicción alemana es competente para conocer de los litigios laborales suscitados entre los empleados de una embajada y el Estado correspondiente cuando el trabajador no hubiera realizado para el Estado empleador actividades comprendidas en el ámbito de las funciones soberanas de ese Estado. Como ya se indicó, el *Landesarbeitsgericht* estimó que el Sr. Mahamdia no había ejercitado tales cometidos, tanto por el contenido de su actividad laboral como por la falta de prueba en contrario por parte de la República de Argelia.

10. En consecuencia, la alegada la inmunidad de jurisdicción del Estado argelino fue rechazada por el tribunal alemán en aplicación de la jurisprudencia nacional vigente en la materia, lo que viene a confirmar el citado carácter jurisprudencial que impregna el régimen normativo de esta institución. Una institución que encuentra su premisa en el principio de igualdad soberana que sintetiza el adagio *«par in parem non habet imperium»*: si todos los Estados son iguales, ninguno de ellos podrá, por medio de sus órganos, ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero sin su consentimiento¹⁶. Sin embargo, tanto desde una perspectiva legislativa como jurisprudencial, actualmente esta consideración dista mucho de tener un valor absoluto, sino que se reconoce generalmente cuando el litigio se refiere a actos de soberanía realizados *iure imperii*. Por el contrario, puede excluirse si la acción judicial tiene por objeto actos realizados *iure gestionis*, que no pertenecen al ámbito del poder público¹⁷.

2. El artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001

11. La primera cuestión prejudicial planteada al TJUE giraba en torno al alcance de la previsión contenida en este precepto, que regula el supuesto de que el empresario que actúa como parte empleadora no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero sí posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en dicho ámbito territorial. En tal caso, dispone el artículo 18.2 que para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal se considerará que el empresario tiene su domicilio en el Estado miembro donde radique la sucursal, agencia o establecimiento. Se instituye así la ficción jurídica de considerar dichos centros como domicilio, lo que permite extender el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 a litigios que de otro modo quedarían excluidos de él, al no darse la condición de aplicación de que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro. Cuando así ocurra, la regla general -aquí excepcionada por el juego del artículo 18.2- dispone que la competencia judicial se regirá en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, ante la

p. 3, que señala que esta línea interpretativa también ha sido seguida por el Tribunal Constitucional español, cuya Sentencia 107/1992, de 1 de julio, tenía en cuenta dicho texto -e incluso las leyes nacionales existentes en esa fecha- para determinar el estado de Derecho internacional vigente en este ámbito por vía consuetudinaria.

¹⁴ «Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes». («Las normas generales del derecho de gentes constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal»); la traducción es nuestra).

¹⁵ Objeto, como se ha dicho, de una notable parquedad legislativa, la institución de la inmunidad es objeto de regulación por el ordenamiento alemán sólo algunos de sus aspectos, contenidos en los artículos 18 y 20 de la Ley sobre organización judicial alemana en su versión de 9 de mayo de 1975 (*Gerichtsverfassungsgesetz*), que delimitan el ámbito de aplicación personal de la inmunidad de jurisdicción.

¹⁶ C. GUTIÉRREZ ESPADA, «La adhesión española...», cit., p. 146.

¹⁷ Sobre la evolución jurisprudencial desde la inmunidad absoluta a la inmunidad restringida, vid. R. DE GOUTTES, «A propos de l'immunité de juridiction des Etats étrangers», en *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, A. Pedone, París, 2008, pp. 117-126.

ausencia de un domicilio del demandado en territorio comunitario que dé entrada a las normas del Reglamento nº 44/2001 (art. 4).

12. Quiebra así una de las premisas de aplicación del Reglamento: los demandados no domiciliados en un Estado miembro estarán generalmente sujetos a las reglas nacionales de competencia aplicables en el territorio del Estado miembro del tribunal ante el que se presente la demanda y los demandados domiciliados en un Estado miembro deberán someterse a las normas sobre competencia judicial establecidas por el Reglamento nº 44/2001. Esta excepción, que opera también en el ámbito del contrato de seguro y de consumidores, se justifica por la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual -aquí, el trabajador-, permitiéndole acogerse a reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales¹⁸. Esta interpretación *pro operario* es la que inspira la entera decisión del TJUE en el presente asunto, que sustenta sobre este principio la resolución de todas las cuestiones planteadas, y de la no planteada.

13. Sobre la ficción jurídica que implica sustentar el domicilio sobre lo que es un mero establecimiento, afirma el Abogado General P. Mengozzi que el litigio principal no pierde su carácter internacional por el hecho de considerar que el Estado argelino está domiciliado en el mismo Estado que el demandante¹⁹. En su opinión, «*el efecto de esta ficción jurídica no puede ser ocultar totalmente el carácter originariamente internacional del litigio*», ya que exigir, tras la aplicación de la citada ficción jurídica, que el litigio deba seguir enfrentando a dos partes procesales domiciliadas en dos Estados miembros supondría introducir un requisito adicional que reduciría significativamente el alcance del Reglamento nº 44/2001 y resultaría contrario al objetivo de protección del trabajador que lo inspira. Aunque esta interpretación lleve implícito aplicar una ficción sobre otra ficción, cualquier otra privaría de sentido al contenido extensivo que el TJUE ha querido dar a los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ o ‘establecimiento’, toda vez que la inmensa mayoría de los litigios se plantean en estos casos entre demandante y demandado domiciliados en un mismo Estado miembro.

3. El artículo 21 del Reglamento nº 44/2001

14. La segunda cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* preguntaba por el alcance de la cláusula de sumisión inserta en el contrato laboral del Sr. Mahamdia, en la que concurrían dos circunstancias que permitían cuestionar su validez o eficacia: la primera, su carácter previo al surgimiento del litigio, al haber sido formalizada al inicio de la relación laboral; la segunda, su designación con carácter exclusivo de la jurisdicción de un Estado no comunitario, evitando que conozca de la controversia cualquier otro tribunal competente, por lo que resulta más preciso afirmar dicho pacto posee carácter excluyente. Respecto al tenor literal de la cuestión prejudicial, consideramos que su planteamiento no es del todo correcto, ya que por definición el artículo del Reglamento 21 no puede servir de base a la competencia del tribunal argelino, que únicamente puede sustentarse sobre el régimen procesal del ordenamiento argelino. Distinto será que el órgano judicial alemán enjuicie la cláusula a la luz del régimen comunitario, y al no considerarla válida, declare que no puede excluir su conocimiento del asunto, lo cual constituye el verdadero núcleo de la pregunta.

15. En el Reglamento nº 44/2001, la cuestión de la validez de los acuerdos atributivos de competencia celebrados por las partes de un contrato de trabajo se rige por lo dispuesto en su artículo 21 (*lex specialis*), que somete dichos pactos a unas restricciones de las que carece el régimen general de la sumisión expresa, contenido en el artículo 23 (*lex generalis*), y a cuyas exigencias vienen a añadirse. Con carácter general, para reconocer eficacia a un acuerdo de elección de jurisdicción o tribunal, el artículo 23.1 exige como premisa que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro; una cuestión que en presente litigio se cumplía indubitablemente, pues pese a las dudas suscitadas en

¹⁸ STJCE de 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*, 462/06, Rec. p. 3965, apartado 27.

¹⁹ Apartado 50 de las Conclusiones.

torno a la ubicación del domicilio de la Embajada de Argelia, la premisa quedaba ya cumplida por la parte demandante, que poseía su domicilio en Berlín. A continuación, el artículo 23.1 requiere que el acuerdo atributivo de competencia se celebre en forma escrita o verbalmente con confirmación escrita (apartado a), o bien en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas (apartado b). La primera exigencia pretende garantizar que las partes contratantes han emitido su voluntad o consentimiento sin que concurra vicio alguno²⁰, un objetivo que no siempre resulta fácil de alcanzar en ámbito laboral, donde es frecuente la modalidad contractual sustentada sobre contratos tipo o de adhesión²¹. Por su parte, la segunda exigencia incluida en el régimen general de la sumisión expresa contenido en el artículo 23 no resulta especialmente relevante en el marco del contrato de trabajo, siendo una cláusula acuñada para operar en el ámbito de las relaciones comerciales o mercantiles, lo que no obsta para que pudiera ser exigible si las concretas circunstancias de la relación laboral enjuiciada así lo propiciasen.

Además, en el ámbito de la relación laboral, el artículo 21 establece que la elección de foro realizada por las partes sólo podrá derogar la competencia de los tribunales designados por el artículo 19²² cuando cumplan uno de estos dos requisitos: que sean posteriores al nacimiento del litigio o que, siendo anteriores, permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos a los ya determinados como competentes por los artículos 18.2 y 19 del propio Reglamento nº 44/2001. La finalidad de ambas condiciones de validez resulta evidente: la primera trata de garantizar la libertad de elección del trabajador a la hora de designar la jurisdicción competente, que sólo se presume existente cuando el acuerdo tiene lugar tras el surgimiento del conflicto; la segunda pretende evitar que la elección de tribunal pueda restringir las opciones del trabajador, de forma que la designación de un tribunal ya competente *ex lege* lo convierta en el único tribunal facultado para resolver el litigio.

16. En el asunto Mahamdia, siendo claro que no se cumplía el requisito temporal, la duda del tribunal alemán derivaba del hecho de que la jurisdicción designada por las partes como exclusivamente competente para resolver sus futuras diferencias quedaba fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001. Implícitamente, ello hacía dudar sobre la aplicabilidad de las condiciones establecidas por su artículo 21 a dicho acuerdo de sumisión, siendo así que no se cumplía ninguno de los requisitos de validez recogidos en este precepto. Por tanto, la eficacia del acuerdo había de depender de la normativa conforme a la que fuera enjuiciada, pues pese a no resultar válido a la luz del régimen del Reglamento nº 44/2001, cabía la posibilidad de que la normativa procesal interna contenida en el ordenamiento argelino sí le otorgase validez.

IV. La respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas (y a la no planteada)

17. Con carácter preliminar procede señalar -y así lo puntualiza el propio TJUE²³- que el Reglamento nº 44/2001 es aplicable a todos los litigios en materia civil y mercantil, salvo los referidos a materias expresamente excluidas por dicho texto legal. En el caso del contrato individual de trabajo, no sólo no forma parte de las exclusiones enumeradas en su artículo 1.2, sino que además queda sometido a reglas de competencia específicas -recogidas en la sección 5ª del capítulo II-, que configuran un régimen *ad hoc* de competencia judicial internacional, que resulta el único aplicable a los litigios suscitados en

²⁰ O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2008, p. 106.

²¹ F. MORGENSTEIN, *Conflictos internacionales de Derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 16.

²² «Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: 1) ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados, o 2) en otro Estado miembro: a) ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado; o b) si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador».

²³ Considerando 38 de la sentencia.

este ámbito²⁴ y elimina cualquier incertidumbre sobre la inclusión del contrato individual de trabajo en el ámbito material del Reglamento²⁵.

18. Sentado lo cual, hay que empezar indicando que la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales puede calificarse de previsible y novedosa, algo que si bien *a priori* resulta contradictorio, no lo es si puntualizamos que la previsibilidad caracteriza a la resolución de la primera cuestión, mientras que innovadora es su interpretación del alcance del artículo 21 del Reglamento, objeto de la segunda cuestión prejudicial. En cuanto a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, calificamos de coherente la postura del TJUE debido a que se limita a seguir las tendencias legislativas y jurisprudenciales mayoritarias sobre su ámbito de aplicación, continuismo que se aprecia también en su respuesta a la primera cuestión prejudicial, donde aplica su propia doctrina definitoria de los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ y ‘establecimiento’, aunque acuñada en el marco del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 -antecedente directo del Reglamento n° 44/2001- y en un ámbito ajeno al contrato individual de trabajo.

1. El alcance de la inmunidad de jurisdicción

19. Como se ha apuntado, la postura del TJUE respecto a la posibilidad de alegar la inmunidad de jurisdicción en litigios que, incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento n° 44/2001, presenten determinadas características, resulta coherente con la interpretación judicial mayoritariamente seguida en la actualidad, que ha desposeído a esta figura del carácter absoluto que tuvo en otro tiempo²⁶. Así lo recuerda el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones y así lo estima el TJUE, que aplica la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* como criterio delimitador del ámbito de operatividad de la inmunidad de jurisdicción.

20. En el presente caso, el núcleo central de la discrepancia entre las partes enfrentadas radicaba justamente en la calificación de las funciones desarrolladas por el trabajador despedido para la Embajada contratante. Mientras que el Estado de Argelia afirmaba que sus actividades presentaban un vínculo funcional con las actividades diplomáticas de la embajada, el demandante sostenía que sus labores no estaban comprendidas en el ejercicio de la autoridad pública del Estado demandado, sino que constituían una actividad auxiliar con respecto al ejercicio de la soberanía de ese Estado. La segunda alegación fue preferida por el TJUE, que en coherencia con ello, y al estimar que las funciones ejercidas por el trabajador no formaban parte del ejercicio del poder público consideró que las acciones realizadas por la Embajada argelina en su condición de empleador constituían meros actos de gestión, sometidos a la fiscalización de las autoridades judiciales.

21. Esta interpretación del TJUE tiene dos consecuencias: determina la aptitud del tribunal alemán para conocer del litigio y somete su competencia a las reglas contenidas en el Reglamento n° 44/2001, que resulta aplicable cuando no opera la inmunidad de jurisdicción. Con ello, el TJUE se muestra doblemente coherente: por una parte, mantiene la tradicional distinción entre los actos *iure imperii* e *iure gestionis*, rechazando respecto de los segundos la posibilidad de oponer la inmunidad de jurisdicción; por otra, evidencia una línea continuista con ciertas disposiciones aprobadas por el legislador comunitario, que deja fuera de su ámbito de aplicación los supuestos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*iure imperii*), con independencia de que dichas acciones u omisiones tengan o no naturaleza legal. Así se aprecia en el Reglamento n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un

²⁴ STJUE de 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*, 462/06, *Rec.* p. 3965.

²⁵ Sobre las dudas que, bajo la vigencia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, suscitó su la cuestión de la aplicabilidad del sistema comunitario de competencia judicial internacional al contrato de trabajo, *vid.* G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, Liaisons, Paris, 1991, p. 106.

²⁶ I. PINGEL, «Inmunité de jurisdiction et contrat du travail: du nouveau», *Journal de Droit International Clunet*, 2003, p. 1117.

título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (art. 2.1)²⁷, y en el Reglamento n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (art. 2.1)²⁸.

En la misma dirección apuntaba una enmienda formulada por el Parlamento Europeo a la propuesta de modificación del Reglamento n° 44/2001 presentada por la Comisión el 21 de abril de 2011, propugnando incluir en su artículo 1.1 una puntualización que determinara de forma tajante la no aplicación de su normas a los litigios suscitados en esta ámbito. A tal fin, el Parlamento proponía dar a dicho precepto la siguiente redacción: «*El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera y administrativa ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana («acta iure imperii»)»*²⁹. No acogida finalmente esta propuesta en la reforma del Reglamento aprobada por el Consejo de la Unión Europea en fecha 6 de diciembre de 2012, dicha modificación hubiera sido deseable, por mantener en este punto una coherencia legislativa respecto a los citados cuerpos normativos. No obstante lo cual, es obligado reconocer que por sí sola, esta medida no es suficiente para despejar por completo los problemas interpretativos que en la práctica suscita la figura de la inmunidad estatal, ya que el grueso de ellas surgen en torno a la determinación estricta de los actos realizados en el ejercicio del poder público y aquellos que constituyen meros actos de gestión, una cuestión que a fecha de hoy, ningún texto comunitario resuelve expresamente.

22. Volviendo al pronunciamiento del Tribunal de Justicia, su postura continuista se aprecia también respecto de su jurisprudencia anterior -acuñada bajo la vigencia del Convenio de Bruselas-, que ha defendido férreamente la premisa de que los actos realizados en ejercicio del poder público quedan excluidos del sistema normativo comunitario sobre competencia judicial internacional³⁰. En el presente caso el TJUE vuelve a incidir sobre este planteamiento, pues sólo su cumplimiento puede dar entrada al juego del Reglamento n° 44/2001 y resolver las cuestiones prejudiciales planteadas a la luz de sus normas. Esta jurisprudencia es contundente al excluir del sistema comunitario de competencia judicial internacional los litigios donde el demandado actúa sobre una pretensión sustentada en un acto de poder público³¹. Semejante interpretación deja fuera del ámbito de aplicación de dicho sistema determinadas acciones en función de la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes o el objeto del litigio³².

²⁷ DOUE L 143 de 30 abril 2004. Artículo 2. Ámbito de aplicación. «*1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad («acta iure imperii»)»*.

²⁸ DOUE L 399 de 30 diciembre 2006. Artículo 2. Ámbito de aplicación. «*1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad («acta iure imperii»)»*.

²⁹ Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010) 0748 - C7-0433/2010 - 2010/0383(COD). (La modificación propuesta por el Parlamento se recoge en el texto subrayado).

³⁰ SSTJCE de 14 octubre 1976, *LTU Luftransportunternehmen GmbH & Co. KG*, 29/76, *Rec.* p. 1541, apartado 4; de 16 diciembre 1980, *Rüffer*, 814/79, *Rec.* p. 1263, apartado 8; de 21 abril 1994, *Sonntag*, 172/91, *Rec.* p. 1963, apartado 20; de 1 octubre 2002, *Henkel*, 167/00, *Rec.* p. 811, apartado 26; de 14 noviembre 2002, *Baten*, 271/00, *Rec.* p. 10489, apartado 30; de 15 mayo 2003, *Préservatrice foncière TIARD*, 266/01, *Rec.* p. 4867, apartado 22; y STJUE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, 292/2005, *Rec.* p. 1519, apartado 34.

³¹ STJCE 16 diciembre 1980, *Rüffer*, cit., apartados 13 y 15: «*el hecho de que el demandado actúe sobre la base de una pretensión que se basa en un acto de poder público basta para que su acción, con independencia de la naturaleza del procedimiento de que disponga al efecto con arreglo al Derecho nacional, se considere excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas*». Esta interpretación es ratificada en la STJCE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, cit., apartado 41: «*el hecho de que el recurso interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente aparezca revestido de carácter civil en la medida en que su objetivo es obtener la reparación económica de los daños materiales y morales causados a los recurrentes en el litigio principal carece de toda pertinencia*».

³² SSTJCE de 14 octubre 1976, *LTU*, cit., apartado 4; de 16 diciembre 1980, *Rüffer*, cit., apartado 14; de 21 abril 1994, *Sonntag*, cit., apartado 22; de 14 noviembre 2002, *Baten*, cit., apartados 29 y 30; de 15 mayo 2003, *Préservatrice foncière TIARD*, cit., apartados 21, 22 y 30; de 1 octubre 2002, *Henkel*, 167/00, *Rec.* p. 8111, apartados 29 y 30; de 5 febrero 2004, *Frahuil*, 265/02, *Rec.* p. 1543, apartado 21; y de 18 mayo 2006, *ČEZ*, 343/04, *Rec.* p. 4557, apartado 22.

A *contrario*, ello implica que otras controversias surgidas entre una autoridad pública y una persona privada sí pueden quedar sometidas al régimen jurídico sobre competencia judicial³³: aquellas en las que dicha autoridad actúa exclusivamente como persona de Derecho privado, cual es el supuesto que nos ocupa, donde el TJUE confirma la consideración realizada por el órgano judicial alemán sobre la naturaleza de la condición de empleador de la Embajada de Argelia.

En esta distinción entre los actos de carácter privado y las actuaciones de naturaleza pública revestidas por la potestad de *imperium* radica justamente el fundamento de la tesis de la inmunidad relativa, progresivamente adoptada por jurisdicciones estatales y supranacionales³⁴. Bien es cierto que ello plantea -y continúa siendo una cuestión no definitivamente resuelta- la necesidad de distinguir de forma concreta y exhaustiva los actos *iure imperii* de los *iure gestionis*³⁵. Una cuestión no siempre pacífica, que debe ser solventada a través de criterios como la naturaleza del acto o la finalidad del mismo, que aunque útiles a efectos de diferenciación, no resuelven todas las controversias y dudas suscitadas sobre este punto³⁶.

23. Conscientes de las carencias e insuficiencias de este método, legisladores estatales e internacionales suelen recurrir a otra técnica normativa: la enumeración de actos, derechos, procesos o relaciones respecto de los que no cabe invocar la inmunidad de jurisdicción³⁷. Esta labor codificadora ha sido altamente positiva, al delimitar los procedimientos en los que los Estados no pueden invocar la inmunidad, incluyéndose con carácter general entre ellos el contrato de trabajo³⁸. Por lo que hace a la regulación supraestatal, como ejemplo del uso de este sistema enumerativo en el ámbito de los litigios derivados del contrato individual de trabajo destacan el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa de 1972³⁹ y el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas de 2004, con un nivel de precisión muy superior al anterior⁴⁰.

³³ STJUE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, cit., apartado 32.

³⁴ Como ejemplos del giro jurisprudencial hacia la tesis de la inmunidad relativa cabe citar la STEDH de 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania* (JUR 2010\88879). Para el Abogado General P. Mengozzi, esta sentencia «dejó constancia de las inflexiones de la comunidad internacional a favor de la doctrina de la inmunidad relativa en materia de despido», (apartado 26 de las conclusiones), una tendencia que sería posteriormente ratificada en la STEDH de 29 junio 2011, *Sabeh El Leil c. Francia* (JUR 2011\223020).

³⁵ En este punto, es de lamentar que en su Auto de 12 de julio de 2012 asunto, *Gennaro Currà y otros c. Bundesrepublik Deutschland*, 466/11 (DOUE C 303 de 6 octubre 2012, p. 5) el TJUE se haya declarado incompetente para aclarar la interesante cuestión de determinar si la invocación de la inmunidad de jurisdicción respecto de determinados actos realizados por un Estado durante la Segunda Guerra Mundial es contraria a ciertas disposiciones del Tratado de Lisboa (arts. 3, 4.3, 6 y 340) y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 17, 42 y 52). A su juicio, el motivo de dicha incompetencia radica en que el Tribunal de Justicia únicamente puede interpretar el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta (STJCE de 5 octubre 2010, *PPU J. McB.*, 400/10, *Rec.* p. 8965, apartado 51, y el ATJCE de 14 diciembre 2011, *Boncea y otros y Budan*, 483/11 y 484/11, DOUE C 347 de 26 noviembre 2011, apartado 32). Más concretamente, en virtud del artículo 267 TFUE, el Tribunal no resulta competente para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión (STJCE de 27 noviembre 1973, *Vandeweghe y otros*, 130/73, *Rec.* p. 1329, apartado 2).

³⁶ J.A. PEREA UNCETA, «La inmunidad de jurisdicción...», cit., p. 3.

³⁷ Como señala, J.F. CARRERA HERNÁNDEZ, no son muchas las normas nacionales en materia de inmunidad estatal, restringiéndose en la actualidad a las siguientes leyes en vigor: EE.UU. (Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, *International Legal Materials*, 1976, p. 1388), Reino Unido (*State Immunity Act* de 1978; texto en *International Legal Materials*, 1978, p. 1123), Singapur (*Singapore State Immunity Act* de 1979), Paquistán (*Pakistani State Immunity Ordinance*, de 1981), Sudáfrica (*South African Foreign States Immunities Act* de 1981 el texto de todas ellas puede ser consultado en R. BADR, *State immunity: analytical and prognostic view*, Martinus, La Haya, 1984), Canadá (Ley Canadiense sobre inmunidad del Estado de 1982, *International Legal Materials*, 1982-4, p. 798), Australia (*International Legal Materials*, 1986, p. 715), Argentina (Ley n° 24.488 de 1995, *Boletín Oficial de la República Argentina* de 28.6.95) (cfr. «La inmunidad de ejecución...», cit., p. 64), listado al que posteriormente se ha añadido Italia con la aprobación de la Ley núm. 98/2010, de 23 de junio de 2010, de disposiciones urgentes sobre la inmunidad de los Estados extranjeros ante los órganos jurisdiccionales italianos y la elección de los organismos de representación de los ciudadanos italianos en el extranjero (*GURI* núm. 147, de 26 de junio de 2010).

³⁸ A.G. LÓPEZ MARTÍN, «La inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España», *Cuadernos de Derecho Público*, n° 6, enero-abril 1999, p. 162.

³⁹ *Vid. supra* nota al pie n° 12.

⁴⁰ Artículo 11. «Contratos de trabajo. 1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a

Pero pese a la pervivencia de cierta incertidumbre en la distinción entre actos públicos y privados, hay que señalar ésta es mucho menor en el ámbito que tratamos, los litigios surgidos en el marco del contrato individual de trabajo. Incluso dentro de la jurisprudencia española, que en otros ámbitos ha presentado vaivenes y contradicciones sobre este punto⁴¹, desde hace largo tiempo la jurisdicción laboral se muestra tajante a la hora de afirmar la condición de persona de Derecho privado respecto de las embajadas que actúan como empleadoras⁴². En el asunto Mahamdia, se aprecia en este punto una significativa inclinación del Tribunal de Justicia a considerar las actividades del trabajador como excluidas del ámbito de las funciones soberanas del Estado de Argelia, al hacer propia la calificación hecha al respecto por el tribunal alemán y sustentarla principalmente sobre la falta de prueba en contrario por parte del demandado. La consecuencia es sin duda beneficiosa para el trabajador, al permitirle defender sus intereses ante la jurisdicción ordinaria, y obviar con ello una hipotética reclamación por vía diplomática, siempre más incierta.

2. El concepto de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento»

24. Sentada la proposición de partida -estamos ante un litigio excluido el ámbito de la inmunidad de jurisdicción y por ello incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/2001-, el TJUE se muestra también continuista al responder a la primera cuestión prejudicial, aplicando una línea jurisprudencial ya existente al ámbito de las embajadas; lógicamente, sentado que se cumple la premisa de las funciones de los trabajadores por ellas contratados no están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor. Así, lo recuerda el Tribunal de Justicia, puntualizando con carácter preliminar que tal como establece en el artículo 3 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas, las funciones de una embajada consisten esencialmente en representar al Estado acreditante, proteger sus intereses y fomentar las relaciones con el Estado receptor. En el ejercicio de esas funciones, la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis* y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos

un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica: a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) si el empleado es: i) un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; iii) un miembro del personal diplomático de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales, de las misiones especiales, o que haya sido designado para representar al Estado en conferencias internacionales; o iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática; c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural; d) si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado; e) el empleado fuese un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento, a menos que esta persona tenga su residencia permanente en el Estado del foro; o f) si el Estado empleador y el trabajador han convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso».

⁴¹ *Id.* al respecto la insólita -y censurada- STC 140/1995, de 28 de septiembre, que rompió la doctrina mantenida hasta entonces por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y mayoritariamente seguida por la jurisprudencia menor, que entendían restrictivamente de la inmunidad de jurisdicción y ejecución (SSTC 107/1992, de 1 de julio; 292/1994, de 27 de octubre; SSTS de 10 febrero 1986 y 1 diciembre 1986). Una fundamentada crítica de esta decisión puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 13ª ed., 2012-2013, Comares, Granada, p. 139, que la califican de «paso atrás» en la jurisprudencia española en la materia y señalan que «la brecha abierta por esa escasamente acertada sentencia no ha sido seguida, afortunadamente, por la jurisprudencia posterior».

⁴² SSTS de 1 diciembre 1986 (RJ 1986\7231) y 10 febrero 1986 (RJ 1986\727), que adoptan firmemente la tesis de la inmunidad restringida. La segunda resolvió su supuesto muy similar al que analizamos, admitiendo un recurso de casación por infracción de ley contra una sentencia que había admitido la inmunidad de jurisdicción de la Embajada de Guinea Ecuatorial en España en un litigio ocasionado por el despido de un trabajador contratado por aquella para ejercer labores de chófer. Abandonando definitivamente la tesis de la inmunidad restringida por considerarla una doctrina consuetudinaria ya caída en desuso, el TS sostiene que tal es también la opción del legislador español, como proclama la Exposición de Motivos del Real Decreto 1654/80, de 11 de julio, sobre Servicio Contencioso del Estado en el Extranjero (derogado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado): «la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final (...) Hoy en día la mayor parte, sino la totalidad de los Estados, aceptan la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción».

de Derecho privado (criterio de la naturaleza del acto). Así ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público (criterio de la finalidad del acto)⁴³.

25. A la hora de pronunciarse sobre la posible aplicación de los conceptos empleados por el artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001 al centro de trabajo que constituye una embajada, el TJUE acude a la interpretación que de las nociones de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento» elaboró bajo la vigencia del Convenio de Bruselas, cuyo artículo 5.5 las recoge como reglas de competencia especial de los litigios referentes a la explotación de un establecimiento secundario de una empresa. Bien es cierto que con un objetivo sustancialmente diferente, toda vez que, a diferencia del artículo 18.2, no se trata de un precepto redactado expresamente para los litigios suscitados en el marco del contrato individual de trabajo. En este punto, la sentencia Mahamdia constituye una doble novedad en la jurisprudencia comunitaria, al plantear por vez primera la necesidad de interpretar los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ y ‘establecimiento’ contenidos en el Reglamento nº 44/2001 y en relación con el contrato individual de trabajo. Hasta la fecha, las decisiones del Tribunal sobre esta cuestión fueron emitidas en el contexto del Convenio de Bruselas y nunca respecto de un litigio derivado del contrato de trabajo, si bien ninguna de estas dos diferencias debilita la aplicabilidad de esta jurisprudencia al presente asunto; antes al contrario, como señala el propio Tribunal de Justicia, resulta aconsejable extender a este ámbito dicha doctrina judicial, a fin de «*garantizar la continuidad entre el Reglamento y el Convenio de Bruselas*»⁴⁴.

26. Esta jurisprudencia interpretativa se sustenta sobre dos aspectos que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. En primer lugar, los conceptos de ‘sucursal, agencia y cualquier otro establecimiento’ presuponen la existencia de un centro de operaciones que se presente a la vista de terceros de una manera fácilmente reconocible y de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz⁴⁵. Ese centro debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz⁴⁶. En el presente asunto, aunque el Tribunal de Justicia no lo declara expresamente, de su respuesta se deduce que el papel de la casa matriz se lo otorga al Estado argelino, siendo la embajada en Berlín su prolongación⁴⁷. Resulta innegable que la embajada identifica y representa al Estado acreditante en el territorio donde se halla situada, del que constituye una prolongación, y que se encuentra materialmente equipada⁴⁸. Se cumple además la exigencia, implícita en la jurisprudencia que exponemos, de que se trate de entidades carentes de personalidad jurídica⁴⁹. La embajada, como órgano del Estado al que representa, se halla efectivamente desprovista de tal personalidad, como acredita el hecho de que la demanda del trabajador fuera presentada contra el Estado de Argelia y no contra la propia embajada⁵⁰.

En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades⁵¹. Esta exigencia no se entiende limitada al ámbito estrictamente comercial, pues ello dejaría fuera a los litigios sobre contrato de trabajo, y el Tribunal no exige en este punto que los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ o ‘establecimiento’ supongan necesariamente un vínculo con una actividad comercial, en coherencia con el objetivo que late tras el

⁴³ Apartado 49 de la sentencia.

⁴⁴ Considerando 47 de la sentencia.

⁴⁵ SSTJCE de 18 marzo 1981, *Blanckaert & Willems*, 139/80, *Rec. p.* 819, y de 9 diciembre 1987, *SAR Schotte GmbH*, *Rec. p.* 4905.

⁴⁶ STJCE de 18 marzo 1981, *Blanckaert & Willems*, cit., apartado 11.

⁴⁷ Apartado 50 de la sentencia: «(...) una embajada puede asimilarse a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior y que contribuye a identificar y representar al Estado del que procede».

⁴⁸ Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi, apartado 48.

⁴⁹ *Vid.* Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 7 de febrero de 2006, *Rec. p.* 1145, apartado 150.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi, apartado 43.

⁵¹ STJCE de 22 noviembre 1978, *Somafer*, 33/78, *Rec. p.* 2183, apartado 13.

artículo 18.2 del Reglamento⁵². Al respecto, el TJUE admite que si bien es cierto que un establecimiento es normalmente un lugar en el que se realizan actividades mercantiles, considera aplicable al ámbito de las embajadas el concepto del artículo 18.2 por dos razones: por una parte, porque el Reglamento no contiene ninguna disposición que excluya expresamente de su ámbito de aplicación las representaciones diplomáticas de los Estados; y por otra, porque las embajadas disponen de una dirección propia, que celebra contratos de manera independiente, incluso en materia civil, como los contratos de trabajo⁵³.

Abierta por tanto la vía para aplicar este segundo requisito al presente supuesto, para el TJUE resulta evidente que el objeto del litigio principal, a saber, una controversia en el ámbito de las relaciones laborales, presenta un vínculo suficiente con el funcionamiento de la embajada de que se trata en lo que respecta a la gestión de su personal. La consecuencia es inmediata, y con ella la respuesta del Tribunal a la primera cuestión: en el ámbito de los contratos de trabajo celebrados por una embajada en nombre del Estado, ésta constituye un 'establecimiento' en el sentido del artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001 cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado dichos contratos están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor.

27. Esta ficción jurídica de considerar que el demandado tiene su domicilio en el territorio donde se posea una sucursal, agencia o establecimiento introduce una excepción a la regla general de funcionamiento del Reglamento nº 44/2001, que determina su aplicación a los litigios donde el demandado esté domiciliado en un Estado miembro (art. 2). Se produce así una extensión de sus normas sobre competencia a litigios que de otro modo no quedarían sometidos a ellas, pues este criterio que delimita el ámbito de aplicación personal del Reglamento se completa con la previsión de su artículo 4.1, según la cual, si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 (competencias exclusivas) y 23 (sumisión expresa).

La consideración de otros establecimientos como domicilio añade una excepción más a esta regla, permitiendo el artículo 18.2 someter la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a las disposiciones del Reglamento aun cuando el demandado no esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro en materia de contratos individuales de trabajo. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia considera que el Reglamento nº 44/2001 -y en particular su capítulo II, donde se integra el artículo 18- contiene un conjunto de reglas que forman un sistema global, aplicables no sólo a las relaciones entre los distintos Estados miembros, sino también a las relaciones entre un Estado miembro y un Estado tercero.

28. Así lo establece ya expresamente la nueva redacción dada al artículo 6 del Reglamento por la reforma de diciembre de 2012⁵⁴, y con anterioridad, a favor de esta interpretación se había manifestado el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 7 de febrero de 2006⁵⁵, que recogiendo el parecer del Consejo y de la mayor parte de los Estados miembros, que presentaron observaciones ante el Tribunal, señalando que el Reglamento prevé excepciones al principio recogido en su artículo 4.1, dándose una de ellas en el ámbito del contrato individual de trabajo. En esta línea avanza la reciente reforma del Reglamento nº 44/2001, que manteniendo la consideración de domicilio para las sucursales, agencias u otros establecimientos que posea en cualquier Estado miembro un empresario no domiciliado en el ámbito territorial del Reglamento -ahora en el artículo 20.2-, incluido un nuevo artículo 6 que exceptiona expresamente el régimen general del artículo 4. La consecuencia es impedir que las normas nacionales

⁵² Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi, apartado 43.

⁵³ Considerando 27 de la sentencia.

⁵⁴ Artículo 6.1 «Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25».

⁵⁵ Sobre el valor de este texto, resulta oportuno recordar, con J.M. SOBRINO HEREDIA, que «la función consultiva ha favorecido y favorece una lectura del Ordenamiento comunitario en clave constitucional» («La aportación jurisprudencial de los dictámenes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 11, 2007, p. 938).

sobre competencia judicial internacional de los respectivos Estados miembros puedan ser aplicadas a los litigios suscitados en materia laboral, que quedan sometidos al sistema competencial recogido en el Reglamento, por lo que la exclusión prevista en su artículo 4.1 no opera en este ámbito⁵⁶.

Respecto a la reforma del Reglamento en este punto, interesa mencionar las críticas vertidas respecto a su escaso alcance, llegando algún autor a calificar este aspecto de la reforma de «*fracaso de la institución de la Unión Europea en lo relativo a la unificación de las normas de competencia judicial internacional aplicables a situaciones en las que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro*»⁵⁷. Para esta corriente, dicha unificación constituía un objetivo fundamental de la reforma -que con carácter general no se ha alcanzado-, debido a las frecuentes e importantes «*distorsiones*» que en la práctica genera la remisión a la aplicación de los regímenes de fuente interna en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Sobre el alcance del recién reformado artículo 6, señala que se limita a modificar la situación actual recogida en el artículo 4 respecto a los litigios en materia de contrato de consumo y de contratos individuales de trabajo donde el demandado sea el empresario, para los que establece la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento también respecto de los demandados no domiciliados en un Estado miembro, excluyéndolos de la remisión a la legislación de fuente interna del foro. Frente a ello, una extensión total de los foros de competencia hubiese simplificado bastante el tema en los Estados miembros, obligados en la actualidad a mantener un doble régimen, en atención a si el demandado está o no domiciliado en un Estado miembro⁵⁸. Y aunque bien es cierto que la opción finalmente adoptada por el legislador comunitario en el artículo 6 del Reglamento supone un innegable avance, resulta «*manifiestamente insuficiente a la luz de los (razonables en este caso) objetivos de la propuesta*»⁵⁹. Una insuficiencia que implícitamente parece admitir el propio legislador comunitario, al apuntar ya el artículo 79 del Reglamento hacia una eventual ampliación de esta medida⁶⁰.

3. La extensión del régimen de la sumisión expresa en los contratos de trabajo

29. La segunda cuestión prejudicial preguntaba al Tribunal por la posibilidad de que una cláusula de sumisión procesal a un tribunal excluido del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 podía sustentar la competencia de dicho órgano jurisdiccional. En contestación a esta pregunta, el TJUE realiza una interpretación de la cláusula del artículo 21 del Reglamento nº 44/2001 sustentada sobre la propia finalidad del precepto, considerando que la designación de un tribunal de un tercer Estado por sí sola no constituye un factor que pueda desvirtuar dicho objetivo. En palabras del Tribunal, «*no se desprende del tenor ni de la finalidad del artículo 21 que un acuerdo semejante no pueda atribuir la competencia a los tribunales de un tercer Estado, siempre que no excluya la reconocida sobre la base de los artículos del Reglamento*»⁶¹.

30. En coherencia con este planteamiento, el TJUE analiza la eficacia de la cláusula de sumisión inserta en el contrato de trabajo a la luz de los requisitos de validez establecidos por el artículo 21, esencialmente dos: que la designación del tribunal competente sea posterior al surgimiento del litigio, o que siendo anterior, que dicha elección no impida al trabajador formular su demanda ante los tribunales que resultaren objetivamente competentes en virtud de los foros contenidos en los artículos 18 y 19 del Regla-

⁵⁶ A. DICKINSON, «Bruseels I Recast Set in Stone», december 7, 2012.

⁵⁷ <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2012/12/el-nuevo-reglamento-bruselas-i-bis.html>. En el mismo sentido, *vid.* el comentario de F. GARAU SOBRINO en *Conflictus Legum* (<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2012/12/aprobada-la-reforma-del-reglamento.html>).

⁵⁸ F. GARAU SOBRINO, *Ibidem*.

⁵⁹ P. DE MIGUEL ASENSIO, *Ibidem*.

⁶⁰ «*(...) la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento. Este informe incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional. Si fuera necesario, el informe irá acompañado de una propuesta de modificación del presente Reglamento*».

⁶¹ Considerando 65 de la sentencia.

mento nº 44/2001. Para ser válido, el acuerdo de elección de la jurisdicción competente no debe producir la consecuencia de excluir la competencia de los tribunales designados por dichos preceptos, sino que ha de tener un efecto ampliatorio de la posibilidad de que el trabajador elija entre varios órganos jurisdiccionales competentes. Ninguna de estas dos condiciones se cumplía en el presente caso, por tratarse de una sumisión pactada en el momento de la firma del contrato de trabajo y por el carácter exclusivo de la misma, que pretendía convertir a la jurisdicción argelina en una jurisdicción excluyente de las restantes opciones procesales, no añadida a ellas como una posibilidad más de litigar para el trabajador.

31. La esencia de esta extensión del artículo 21 del Reglamento a la jurisdicción de un Estado no miembro radica, por tanto, en la finalidad tuitiva que lo inspira, dependiendo su efectividad del hecho de que tal protección sea efectiva. En este punto, el Tribunal se muestra coherente con el espíritu del Reglamento nº 44/2001, cuyas normas sobre competencia judicial en el ámbito del contrato de trabajo tienen como objetivo primordial garantizar una protección adecuada al trabajador. Esta interpretación resulta igualmente coherente con las directrices marcadas por el ‘Informe Jenard’ en los albores de la vigencia del sistema comunitario de competencia judicial internacional⁶², que al analizar el precepto equivalente al actual artículo 21.1 contenido en el Convenio de Bruselas indicaba que el objetivo de la regulación de las cláusulas de sumisión procesal es prohibir a las partes restringir la elección otorgada por el Convenio. Es esta línea se apunta una sólida jurisprudencia comunitaria, que entiende que la regulación de las competencias judiciales se inspira en la preocupación de proporcionar una protección adecuada a la parte contratante más débil desde el punto de vista social, debiendo toda interpretación de sus normas tener como base dicho objetivo⁶³, y la sentencia Mahamdia constituye un paso más en esa dirección.

32. Aplicada esta jurisprudencia al presente caso, el Tribunal centra su análisis en las consecuencias beneficiosas que para el trabajador debe tener la cláusula de sumisión, con independencia de que recaiga sobre la jurisdicción de un Estado no miembro, circunstancia que el TJUE no considera incompatible con el tenor literal del artículo 21. Bajo este enfoque, su conclusión en el presente supuesto no podía ser otra que la finalmente emitida: no cabe interpretar esa disposición en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia podría aplicarse de manera exclusiva y prohibir, en consecuencia, al trabajador formular demandas ante los tribunales que son competentes en virtud de los artículos 18 y 19. Como indica el Tribunal, el objetivo de proteger al trabajador como parte contratante más débil desde una perspectiva social, no se conseguiría si los fueros previstos en dichos artículos para garantizar tal protección pudieran ser excluidos mediante una cláusula de sumisión procesal estipulada antes del nacimiento de la controversia.

Interpretado *a contrario*, este pronunciamiento implica que cuando la designación por las partes del tribunal competente comporte -siendo anterior al surgimiento del litigio- constituya una posibilidad añadida para el trabajador de presentar su demanda ante una jurisdicción diferente a las ya ofertadas por el Reglamento nº 44/2001, el acuerdo de sumisión será válido a la luz de dicho cuerpo normativo, con independencia de que el tribunal elegido por las partes pertenezca a la jurisdicción de un Estado no miembro. En otras palabras, la sumisión debe darle al trabajador una posibilidad más de litigar y con esta interpretación, el TJUE parece que considerar que lo esencial es no restringir las opciones del trabajador demandante, no siendo tan relevante cuáles sean los tribunales que se añaden a ellas por efecto del pacto de sumisión.

33. En este punto, cabe preguntarse cuál hubiera sido la decisión del Tribunal si la cláusula de sumisión no hubiera tenido carácter exclusivo, siendo únicamente una posibilidad añadida a los tribunales competentes *ex* artículos 18 y 19: ¿la hubiera considerado válida? Lo cual plantea otra cuestión: ¿no es la elección de un tribunal perteneciente a un Estado miembro un requisito implícito en el régimen del artículo 21? Al obviar completamente este ‘detalle’ en la sentencia Mahamdia, el Tribunal deja en el

⁶² P. JENARD, «Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», DOCE C 59, de 5 de marzo de 1979.

⁶³ SSTJCE de 26 mayo 1982, *Ivenel*, 133/81, *Rec.* p. 1891, apartado 14; de 13 julio 1993, *Mulox IBC*, 125/92, *Rec.* p. 4075, apartado 18; de 9 enero 1997, *Rutten*, 383/95, *Rec.* p. 57, apartado 22; y de 10 abril 2003, *Pugliese*, 437/00, *Rec.* p. 3573, apartado 18.

aire la duda. Pero ello sería tanto como reconocer un carácter universal a las normas sobre competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento nº 44/2001, que sin duda no tienen, sin que quepa aducir que tal es la intención del legislador comunitario, pues éste declara expresamente dicho carácter cuando estima que una concreta normativa debe poseerlo, como evidencia el Reglamento ‘Roma I’⁶⁴.

34. Como colofón, interesa señalar que tras reforma del Reglamento operada en diciembre de 2012 se han fortalecido los acuerdos de elección de foro, pues el nuevo artículo 31 introduce en su apartado 2 una excepción en el régimen general de la litispendencia: frente al criterio de prioridad temporal, da preferencia al tribunal que conoce del litigio en virtud de un acuerdo de prórroga de competencia⁶⁵. Como indica P. DE MIGUEL ASENSIO, esta medida pretende corregir algunas disfunciones en el régimen general de la litispendencia ya detectadas por el Tribunal de Justicia, causadas por la excesiva demora de algunos tribunales en resolver sobre su propia competencia, que deja en suspenso durante largo plazo la eficacia de los acuerdos de sumisión celebrados por las partes⁶⁶.

Pero en el ámbito que tratamos, interesa puntualizar que esta medida únicamente resulta aplicable a los acuerdos atributivos de competencia celebrados con posterioridad al surgimiento del litigio. Por el contrario, la sumisión pactada antes de dicho momento, habitualmente inserta en una cláusula del contrato de trabajo, no será válida si tiene carácter exclusivo (= excluyente), pues éste es incompatible con el requisito de validez recogido en el artículo 19 -actual artículo 21-, que exige que el pacto de sumisión otorgue al trabajador una posibilidad añadida de presentar su demanda, ampliando sus opciones procesales y no restringiéndolas, que sería la consecuencia de un acuerdo atribuyendo la competencia en exclusiva a una única jurisdicción. A la vista de la interpretación que sobre los acuerdos atributivos de competencia realiza el TJUE en el asunto Mahamdia, la conclusión lógica es entender que el reforzamiento de dichos acuerdos operado por la reforma del Reglamento nº 44/2001 resulta aplicable también en los supuestos en que la elección de las partes recaiga sobre un tribunal perteneciente a un Estado no miembro de la Unión Europea.

V. Conclusiones

35. La principal conclusión que cabe extraer del presente pronunciamiento del Tribunal de Justicia es su decidido compromiso con la protección del trabajador, objetivo que inspira la interpretación que todas las cuestiones -planteadas o no por el órgano remitente- resueltas en su sentencia. Con este posicionamiento *pro operario*, el TJUE trata de nivelar la desigual situación de las partes de una relación laboral, en este caso acentuada por la circunstancia de que el empresario sea un ente de Derecho público que trata de prevalerse de su condición de tal para evitar someterse a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, amparándose en la institución de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

36. Pero siendo así que el objeto del litigio venía constituido por una relación de Derecho privado, acierta el Tribunal de Justicia al aplicar la tesis de la inmunidad restringida -mayoritaria en la actualidad en el ámbito del Derecho comparado- que como primera consecuencia, niega al Estado de Argelia la posibilidad de acogerse a la inmunidad de jurisdicción y en segundo lugar, abre la puerta a la aplicación de las reglas sobre competencia judicial contenidas en el Reglamento nº 44/2001. La conclusión que de ello se extrae es que este cuerpo normativo no resulta aplicable a los litigios derivados de actos u omisiones realizadas por los Estados en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*), pero sí a aquellos que, como en el presente caso, tengan la consideración de actos *iure gestionis*.

⁶⁴ Reglamento nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177, de 4 julio 2008. En efecto, bajo el título «Aplicación universal», así lo proclama su artículo 2: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro».

⁶⁵ «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el artículo 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo».

⁶⁶ STJCE de 9 diciembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl.*, 116/02, *Rec.* p. 14721.

37. En este punto, sería deseable que el propio Reglamento nº 44/2001 declarase expresamente tal exclusión, incluyendo dichos litigios entre las materias que no son objeto de sus normas. Tal es la postura del Parlamento Europeo, cuyo informe sobre la reforma del Reglamento presentado en abril de 2011 proponía una incluir en su artículo 1.1 una mención *ad hoc* de su no aplicación a los litigios sobre la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*). La adopción de esta medida sería deseable desde el punto de vista de la uniformidad legislativa, siguiendo la estela de otros reglamentos comunitarios que sí contienen esta previsión. Sin perjuicio de lo cual, hay que admitir que ello no resolvería todas las dudas que en el marco procesal suscita la inmunidad de jurisdicción, al seguir pendiente la distinción precisa entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, cuestión que la práctica ha evidenciado como verdadero núcleo del problema. Su resolución queda, por tanto, inevitablemente sujeta a las normas de Derecho internacional público -convencionales, consuetudinarias y estatales- que regulan la inmunidad de jurisdicción, que afortunadamente presentan un creciente grado de precisión en esta función diferenciadora.

38. En todo caso, lo que queda ya fuera de cualquier duda es que la inmunidad de jurisdicción no puede constituir en absoluto un escudo que ampare prácticas abusivas por parte de los Estados, que operando en el tráfico internacional como sujetos de Derecho privado la invoquen para evitar someterse a la jurisdicción ordinaria en los litigios suscitados por dichas relaciones. Como señalara la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 27 de septiembre de 1993, «una inmunidad de jurisdicción absoluta supondría un privilegio contrario a la tutela judicial efectiva»⁶⁷, afirmación que puede parecer rotunda en exceso, pero que viene a confirmar la actitud de la República de Argelia en este supuesto, desvirtuando la institución de la inmunidad al pretender acogerse a ella en lo que constituye una mera relación laboral de carácter puramente privado, ajena al ejercicio de sus funciones soberanas.

39. Esta posición *pro operario* del Tribunal de Justicia se manifiesta también en sus respuestas a las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán. Respecto al contenido de los conceptos de ‘agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento’ recogidos en el artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001, el TJUE la resuelve acudiendo a su jurisprudencia interpretativa de dichas nociones que elaboró en el marco del Convenio de Bruselas, cuyo artículo 5.5 las utiliza como foros especiales de competencia en los litigios relativos a la explotación de un establecimiento secundario de una empresa. Pese al continuismo con dicha doctrina legal, éste constituye otro aspecto novedoso de la sentencia Mahamdia, que por vez primera se pronuncia sobre el contenido de estos conceptos en el ámbito del Reglamento nº 44/2001 y en el marco del contrato individual de trabajo.

40. La conclusión del Tribunal sobre este punto es considerar incluidas las embajadas en el contenido de los conceptos de ‘sucursal, agencia y cualquier otro establecimiento’, por entender que dichos centros cumplen los requisitos exigidos por su jurisprudencia para determinar si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. Dos son, en esencia, dichos requisitos: que el centro de operaciones se presente a la vista de terceros de una manera fácilmente reconocible y de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz, y que el litigio traiga causa en actos relativos a la explotación de dichas entidades o en obligaciones contraídas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades.

Sobre esta base, el TJUE admite que aun siendo cierto que un ‘establecimiento’ es normalmente un lugar en el que se realizan actividades mercantiles, el concepto del artículo 18.2 resulta aplicable al ámbito de las embajadas por dos razones: porque el Reglamento no contiene ninguna disposición que las excluya expresamente de su ámbito de aplicación; y porque las embajadas disponen de una dirección propia, que celebra contratos de manera independiente, incluso en materia civil, como los contratos de trabajo⁶⁸. En consecuencia, declara el Tribunal que en el ámbito de los contratos de trabajo celebrados por

⁶⁷ AC 1993\1971.

⁶⁸ Considerando 27 de la sentencia.

una embajada en nombre del Estado, ésta constituye un «establecimiento» en el sentido del artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001 cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado dichos contratos están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor.

Esta ficción jurídica que implica considerar ciertos establecimientos como domicilio tiene el efecto de establecer una excepción más a la regla general que delimita el ámbito de aplicación personal del Reglamento mediante el criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 2). Así interpretado, el artículo 18.2 permite someter la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a las disposiciones del Reglamento cuando el demandado no esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro en materia de contratos individuales de trabajo, pero tenga allí un establecimiento, agencia o sucursal. A la vista de lo cual, hay que valorar positivamente que la reforma del Reglamento nº 44/2001 aprobada en diciembre de 2012 haya incluido de forma expresa dicha excepción en el artículo 6, con el doble y beneficioso efecto de soslayar futuras dudas interpretativas en este ámbito y de ‘advertir’ a los empresarios no domiciliados en la Unión Europea pero establecidos en ella de que por tal circunstancia quedan sometidos al régimen comunitario de competencia judicial internacional.

41. La segunda cuestión prejudicial plantea por vez primera al Tribunal de Justicia la posibilidad de extender el régimen jurídico de la sumisión en el ámbito laboral, contenido en el artículo 21 del Reglamento, a una cláusula de sumisión que designe como competente un órgano judicial perteneciente a un Estado no miembro. Al resolverla, el Tribunal mantiene su tendencia tuitiva de la figura del trabajador, considerando que los términos del acuerdo implican una restricción de sus posibilidades de litigar y negándole por ello virtualidad /toda validez alguna. Siendo impecable el objetivo de esta interpretación -por coherente con el objetivo que inspira el entero sistema de competencia judicial internacional en materia laboral-, más cuestionable resulta su fundamento jurídico, que no se deduce con nitidez del razonamiento del Tribunal ni de las conclusiones presentadas por el Abogado General.

En esencia, sus respectivas argumentaciones sostienen que la aplicación del régimen del artículo 21 del Reglamento a un pacto de sumisión por definición excluido de su ámbito de aplicación se justifica porque el propio Reglamento no lo impide. Sin embargo, esta imprevisión del legislador comunitario resulta lógica si tenemos en cuenta que se trata de un supuesto ajeno al ámbito regulatorio del Reglamento, que no puede operar como parámetro legal de validez de un acuerdo de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, cuestión que únicamente ha de resolverse a la luz de la legislación procesal de dicho Estado. En este punto, resulta inevitable recordar la propia jurisprudencia -reiterada- del Tribunal de Justicia que sostiene que «*las reglas de competencia especial deben ser interpretadas de modo estricto, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento*»⁶⁹. No obstante lo cual, la postura del Tribunal de Justicia resulta lógica y comprensible desde la ya apuntada perspectiva *pro operario*, pues una respuesta negativa abriría la puerta a la posibilidad de eludir la finalidad tuitiva del artículo 21 mediante el sencillo mecanismo de designar como competente la jurisdicción de un tercer Estado, no sometido a las normas del Reglamento y ajeno por tanto a las restricciones y límites que éste contiene en el ámbito del contrato de trabajo para evitar que el empresario abuse o se prevalga de su posición dominante.

42. Como último apunte, queda en el aire una duda: ¿qué ocurriría si, resuelto finalmente el litigio por el tribunal alemán, el Estado de Argelia se opusiera a la ejecución de la sentencia alegando su inmunidad de ejecución? Resulta evidente la suerte que habría de correr dicha decisión judicial en el caso de que hubiera hacerse efectiva en el país argelino, pero siendo así que su ámbito natural de ejecución es el territorio alemán, es lógico presumir una negativa del Estado condenado a acatar un eventual fallo condenatorio. Ciertamente es que, como indica el Abogado General en sus conclusiones, esta afirmación constituye una mera hipótesis, pero en absoluto resulta descabellado plantearla, teniendo en cuenta

⁶⁹ STJCE de 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline*, cit., apartado 28. Sobre el artículo 6.1 del Reglamento, vid. especialmente las SSTJCE de 13 julio 2006, *Reisch Montage*, 103/05, *Rec. p. 6827*, apartado 23, y de 11 octubre 2007, *Freeport plc.*, 98/06, *Rec. p. 8319*, apartado 35.

que -como admite el propio Sr. Mengozzi- la consecuencia de la inmunidad de ejecución «*consiste en que el Estado interesado se zafe de todo imperativo administrativo o judicial que pueda resultar de la aplicación de una sentencia*»⁷⁰. Esta posibilidad plantearía un problema algo distinto, pues aun siendo aspectos de una misma institución, la inmunidad de ejecución recibe en la práctica un tratamiento jurídico diferente al de la inmunidad de jurisdicción, quedando su aplicación condicionada a la existencia de acuerdos bilaterales o prácticas sujetas al principio de reciprocidad. Sólo el tiempo dirá si de nuevo el Tribunal de Justicia habrá de solventar este nuevo problema.

⁷⁰ Apartado 28 de las conclusiones.