

ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA EN DIPR LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR REESTRUCTURACIONES DE EMPRESAS*

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora titular (i) de Derecho Internacional Privado
Universidad de Extremadura*

Recibido: 21.12.2009 / Aceptado: 30.12.2009

Resumen: La profunda transformación de la economía repercute significativamente sobre la actuación de las empresas. Para adaptarse a las necesidades del mercado globalizado en el que intervienen articulan distintas estrategias empresariales que, además de afectar a su propia estructura, organización y funcionamiento, también se proyectan sobre las relaciones laborales que en ellas se desarrollan. En este marco, nos proponemos exponer algunas cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, suscita la tutela de los trabajadores afectados por aquellas estrategias empresariales tratando de verificar si las soluciones adoptadas en nuestro Ordenamiento concilian la protección del trabajador, parte débil de la relación jurídica, a partir del derecho al trabajo ex artículo 35 CE con la libertad de empresa del artículo 38 CE.

Palabras clave: Internacionalización de empresas, protección de trabajadores, comercio internacional.

Abstract: The deep transformation of the economy has serious impacts on the performance of companies. To accommodate the needs of the globalized market that involves articulating different business strategies, as well as affecting its structure, organization and operation, also project on industrial relations that they develop. In this framework, we intend to discuss some issues from the perspective of private international law raised by the protection of workers affected by those business strategies trying to verify whether the solutions adopted in our legal system reconcile worker protection, the weaker party legal relationship, as of right to work ex Article 35 CE with free enterprise Article 38 CE.

Key words: Internationalization of enterprises, protection of workers', international trade.

Sumario: I. Introducción. II. Las reestructuraciones de empresas: Algunos aspectos de su dimensión social. 1. Los trabajadores en el marco de una fusión de empresas. 2. Los trabajadores vinculados a grupos de empresas. 3. Otros mecanismos de cooperación y colaboración interempresarial. A) Las uniones temporales de empresas. B) Las agrupaciones de interés económico. III. La tutela judicial de los trabajadores afectados por algunas estrategias empresariales. 1) Relaciones individuales de trabajo. A) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles. B) Designación del Derecho aplicable. 2. Referencia al régimen jurídico de las relaciones colectivas de trabajo

I. Introducción

1. La realidad económica actual, caracterizada por los movimientos globalizadores de los últimos años y por la crisis económica mundial, exige a las empresas su adaptación a las nuevas necesidades del

* Este estudio se realiza en el marco del Proyecto de investigación regional, ref. *PRI08A140*, concedido por la Junta de Extremadura.

mercado en el que intervienen. Los mecanismos utilizados para ello son muy variados, en función de los objetivos perseguidos. En unos casos, como consecuencia de la globalización económica, las estrategias empresariales se dirigen a la creación de grandes entes competitivos y con una proyección más allá de las fronteras nacionales. Su actuación en el mercado mundial se lleva a cabo mediante alianzas estratégicas que les permitan ser competitivas. Pero, asimismo, junto a estas vías centralizadoras, las tendencias descentralizadoras se desarrollan a través de la creación de filiales y sucursales que permiten intervenir, sin grandes costes, en otros mercados y hacer frente a “la incertidumbre y el rápido ritmo del cambio en el mercado”¹. En la actualidad, la crisis económica propicia la adopción de medidas por partes de las empresas encaminadas a resolver las graves situaciones en las que se encuentra, como remedios paliativos de los momentos que atraviesan². En este marco, los grupos de empresas, las fusiones o las adquisiciones y cesiones empresariales se configuran como herramientas adecuadas para alcanzar sus objetivos financieros y corporativos³, pero se trata de fenómenos que generan consecuencias inmediatas en las relaciones laborales⁴.

Así, por ejemplo, la deslocalización, a través del cual las empresas buscan mayores ventajas en términos financieros o presupuestarios, lo que generalmente suele coincidir con una reducción de costes salariales y de personal, genera también una pérdida de recursos en los países afectados y un notable riesgo de abuso o explotación laboral especialmente cuando los países de acogida son lugares con una “cultural laboral” que está muy por debajo de las pautas consagradas en el continente europeo⁵. Por ello, el proceso de deslocalización puede suponer una amenaza al reducir los estándares legales o incrementar las ayudas empresariales así como generar corrientes flexibilizadoras que permitan adaptar la normativa laboral para crear ambientes más cómodos para la gestión empresarial, debiendo adoptarse medidas que traten de paliar estos efectos negativos. Asimismo, como consecuencia de la globalización se producen corrientes de inversión que favorecen el empleo al incrementar la demanda por los ingresos generados, pero también se puede producir una reducción del empleo derivada de la existencia de inversiones extranjeras plasmadas en fusiones y adquisiciones de empresas. La liberalización comercial tiene, en definitiva, efectos contrapuestos en el empleo, positivos y negativos, que dependen también en gran medida de cada sistema⁶.

2. La profunda transformación de la economía repercute significativamente sobre la actuación de las empresas en el mercado globalizado y sobre las relaciones de trabajo que en ellas se desarrollan. Las distintas estrategias empresariales, que afectan a la propia estructura, organización y funcionamiento de las empresas, también se proyectan sobre las relaciones laborales que en ellas se desarrollan. Se han introducido, así, cambios en la organización de trabajo por la incidencia del desarrollo tecnológico, en el crecimiento de técnicas de flexibilidad en la producción y en la gestión de recursos humanos o en la modificación de estrategias por parte de las empresas⁷. El contrato de trabajo puede sufrir, durante su vigencia, diversas vicisitudes modificativas referidas a los elementos objetivos y subjetivos que lo integran. Las necesidades de la empresa, tanto de tipo económico como geográfico, estructural u organizativo, justifican la realización de este tipo de modificaciones que son fruto de la reducción del intervencionismo y un aumento de la autonomía de la voluntad de las partes. Los cambios de titularidad empresarial, la expansión de las empresas y los nuevos mercados constituyen la causa de las modificaciones de las

¹ J. L. MORENO PÉREZ, “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, *Aranzadi Social*, núm. 19/2006

² AA.VV. *Memento experto. Crisis, medidas y soluciones laborales*. Ed. Francis Lefebvre, 2009

³ F. ALEMÁN PÁEZ, “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *RRLL*, 2007 (6), pp. 15-39

⁴ A. LLORENTE PÉREZ, “Pistas a los Estados miembros para conseguir las claves de la flexiguridad laboral europea”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 34, núm. 12, Diciembre 2007, pp. 17-20

⁵ J. GARCÍA MURCIA, “Deslocalización y tutela de derechos sociales”, *RR.LL.*, 2007, núm. 6, pp. 86-110.

⁶ E. LEE/M. VIVARELL, “Impacto social de la globalización en los países de desarrollo”, *R.I.T.*, vol. 125, 2006 (3), pp. 187-206.

⁷ M.-A. MOREAU/G. TRUDEAU, “Les normes juridiques de droit du travail confrontées a l'évolution de l'économie: de nouveaux enjeux pour l'espace regional”, *Journal de Droit international privé (Clunet)*, 2000 (4), pp. 915-948.

relaciones laborales preexistentes. De ellos se puede derivar bien la extinción de la relación laboral bien la modificación de sus condiciones laborales o incluso la imposición de unas condiciones, tanto económicas como geográficas, que en la mayoría de las circunstancias se ve obligado a pactar o admitir para continuar manteniendo su trabajo.

Las relaciones laborales, pieza clave de la vida social y económica del Estado, reclaman la intervención estatal limitando la autonomía de la voluntad del empresario. El trabajador, parte débil de la relación jurídica y ajena a las estrategias empresariales, requiere la instauración de un sistema de protección frente a las modificaciones de sus condiciones de trabajo o, incluso, la extinción de sus relaciones laborales. Esta realidad evidencia la necesidad de articular mecanismos que garanticen la coexistencia entre la libertad de empresa y la tutela de los trabajadores. Protección que, en ordenamientos jurídicos como el español se configura como un principio rector de política social y económica, y como tal informa las soluciones legislativas⁸.

3. Las iniciativas en aras a garantizar los derechos de los trabajadores han sido variadas, sin embargo el dinamismo que presenta la realidad descrita manifiesta las carencias de las iniciativas adoptadas y la necesidad de su adecuación constante al comercio internacional. En el plano internacional, las medidas adoptadas pretenden la mejora de las condiciones de trabajo y empleo. A la vez que continúa la liberalización comercial se persigue promover la justicia social. Estas iniciativas se han materializado, por ejemplo, en compromisos, programas de acción y Declaraciones sobre derechos básicos de los trabajadores elaborados en el seno de la OIT que han servido de marco normativo y de impulso para el desarrollo de otras iniciativas, las desarrolladas en el seno de Naciones Unidas, de la Organización Mundial del Comercio⁹. Sin embargo, en la mayoría de los casos estas iniciativas se configuran más como objetivos deseables que como compromisos concretos de obligado cumplimiento. Suponen un reconocimiento y promoción de los derechos laborales, pero su eficacia dependerá del recurso a cauces más efectivos¹⁰. Pese a la internacionalización del mercado de trabajo carecemos de un marco supranacional uniforme que lo regule. Es necesario un contexto normativo internacional tanto para la defensa de los derechos sociolaborales como para regular la circulación de mano de obra¹¹. No obstante, hoy por hoy, la ordenación jurídica de este mercado laboral se lleva a cabo fundamentalmente en el marco establecido por los legisladores nacionales respecto a las relaciones laborales que se producen en su territorio. También en el ámbito de mercados integrados, como el comunitario, se pone de relieve esta necesidad¹². Las vías armonizadoras no han logrado eliminar, salvo aspectos puntuales, las discrepancias entre las legislaciones laborales de los Estados miembros¹³. Esta diversidad laboral implica una limitación territorial de la ordenación jurídica del mercado laboral que favorece, sin lugar a dudas, las estrategias empresariales ante la ausencia de control estatal o internacional. Unas estrategias cuyos efectos superan el marco estrictamente nacional¹⁴. El desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro en el marco de una prestación de servicios constituye un claro ejemplo de cuanto decimos. La presencia de varios Estados y, en consecuencia, de varios sistemas jurídicos, incide en la regulación de los supuestos planteados. Supuestos en los que intervienen disposiciones de distinta naturaleza, las destinadas a regular las

⁸ J. L. MORENO PÉREZ/ A. L. DE VAL TENA, “La protección social voluntaria en el ámbito de la empresa”, *Documentación laboral*, núm. 79, 2007 (I), pp. 9-69.

⁹ C. DOUMBIA-HENRY/ E. GRAVEL, “Acuerdos de libre comercio y derecho laborales. Evolución reciente”, *R.I.T.*, vol. 125, 2006 (3), pp. 207-231.

¹⁰ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, 2007, pp. 195 y ss; C. DOUMBIA-HENRY/ E. GRAVEL, “Acuerdos de libre comercio y derecho laborales (...)”, cit., pp. 227-228.

¹¹ C. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, “Notas sobre el marco normativo internacional de protección de los trabajadores migrantes: globalización económica vs. Derechos laborales”, *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, núm. 18, 2006, pp. 525-539.

¹² Ver las medidas adoptadas en este ámbito en la Estrategia de Lisboa, “Hacia los principios comunes de la flexibilidad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y seguridad”, COM (2007) 359 final.

¹³ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 2007, pp. 202-204; A. V. SEMPERE NAVARRO, “Prólogo” F. J. BIURRUN ABAD, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, A. I. PÉREZ CAMPOS, *Cuestiones de Derecho social comunitario*, 2002, pp. 19-30

¹⁴ G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, 1999, pp. 20 y ss.

actuaciones empresariales, de un lado; y las que rigen las relaciones de trabajo¹⁵.

4. En el marco de la Unión Europea la necesidad de articular mecanismos tendentes a garantizar la tutela de los trabajadores ha servido de fundamento para la elaboración de disposiciones específicas. De este modo nos encontramos con normas relativas a la intervención de los trabajadores en la empresa a través de los derechos de información y consulta¹⁶; otras que introducen una regulación específica del desplazamiento temporal internacional de trabajadores¹⁷; así como con disposiciones destinadas a garantizar el mantenimiento de las condiciones laborales en supuestos de transmisión internacional de empresas. De otro lado, la simplificación de estrategias empresariales transfronterizas mediante los nuevos Reglamentos comunitarios sobre sociedad anónima europea¹⁸, sociedad cooperativa europea¹⁹ o la Directiva sobre fusiones transfronterizas²⁰ se hacen eco de la problemática abordando, en algunas de sus disposiciones, aspectos relativos a la protección de los trabajadores afectados por las reestructuraciones que implican estas figuras.

5. En nuestro ordenamiento, a partir de las iniciativas armonizadoras de origen institucional, se han producido y se están produciendo importantes reformas legislativas. La reforma del artículo 44 ET tuvo su origen en las previsiones contenidas en la Directiva 2001/23, CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad²¹, en cuya virtud se consagran unas garantías mínimas, individuales y colectivas, para los trabajadores afectados por un cambio de titularidad empresarial. En esta línea se incardinan también las reformas operadas para la adaptación de nuestro sistema a las Directivas sobre implicación de trabajadores²², o la más reciente promulgación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles²³, a través de la cual se incorporan la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; y juntamente con ella, la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo; así como la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

6. En este marco se incardina el presente estudio, que tiene por objeto exponer algunas cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, suscita la tutela de los trabajadores

¹⁵ N. MARCHAL ESCALONA, "Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos de trabajadores en la Unión Europea", *REDI*, 2002 (2), pp. 811-822.

¹⁶ Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DOCE L núm. 254, de 30 de septiembre de 1994) y la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997), posteriormente modificada.

¹⁷ Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOCE L núm 18, de 21 de enero de 1997) y Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm.286, de 30 de noviembre de 1999).

¹⁸ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DO L 294, de 10 de noviembre de 2001.

¹⁹ Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), DO L 207, de 18 de agosto de 2003.

²⁰ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DO L 310, de 25 de noviembre de 2005.

²¹ DOCE, L núm 82, de 22 de marzo de 2001

²² Véase, entre otras, la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas

²³ BOE núm. 82 de 4 de abril de 2009.

afectados por las distintas estrategias empresariales. Para ello, en primer lugar, debemos verificar cómo las iniciativas adoptadas por las empresas para lograr sus objetivos y adecuarse a las necesidades del mercado en el que intervienen, se proyectan sobre las relaciones laborales que en ella se desarrollan (II). No obstante, dada la diversidad de estrategias empresariales centraremos nuestra atención en los mecanismos de cooperación y colaboración utilizados para hacer frente a los elevados costes y riesgos que implican para las empresas la ejecución de proyectos internacionales y el desplazamiento de las modalidades de actuación empresarial a la vez que exige una creciente coordinación y concentración entre las actividades desarrolladas en distintos países. Quedan al margen de este análisis aquellos supuestos en los que los trabajadores resultan afectados por situaciones de crisis empresarial. Aspectos abordados, entre otras disposiciones, por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario²⁴ y en la Ley Concursal²⁵, en la que se recogen algunos preceptos relativos a las garantías de los trabajadores cuyos contratos resultan afectados como consecuencia de un procedimiento de quiebra o insolvencia empresarial²⁶. A partir del análisis propuesto, trataremos de exponer las cuestiones que suscita la protección del trabajador en Derecho internacional privado (III). En concreto, distinguiendo según nos encontremos entre relaciones colectivas o individuales de trabajo, nos limitaremos a abordar el tratamiento de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y, en su caso, la designación del Derecho aplicable.

II. Las reestructuraciones de empresas: algunos aspectos de su dimensión social

1. Los trabajadores en el marco de una fusión de empresas

7. En la actualidad adquiere especial relevancia la fusión de empresas, tanto en el plano interno como en el internacional. Se trata de un mecanismo de concentración empresarial en cuya virtud dos o más empresas se integran bien mediante la creación de una nueva empresa bien mediante la absorción por una de ellas de la otra u otras. Es uno de los principales instrumentos para que las empresas refuercen su capacidad de competencia, permitiéndoles abaratar costes mejorar las condiciones de producción, de distribución y de investigación y desarrollo; pero asimismo, la fusión también actúa como mecanismo de reorganización de la estructura de grupo. Es un procedimiento por el que una o más sociedades integran sus respectivos socios y patrimonios bien mediante su extinción total y creación de una nueva sociedad bien mediante la extinción de alguna o algunas de ellas. Básicamente se admiten dos modalidades de fusión: fusión por creación, que consiste en la integración de sociedades en una nueva sociedad; y fusión por absorción, cuando una o más sociedades se integran en otra ya existente²⁷.

Los principios que caracterizan la fusión respecto de otros mecanismos son tres: en primer lugar, a través de ella se produce la integración de, al menos, dos sociedades con extinción de las sociedades absorbidas; en segundo lugar, se lleva a cabo la transmisión de sus respectivos patrimonios a título de sucesión universal, a favor de la sociedad que se constituye o de la absorbente; y, en tercer y último lugar, se incorporan los socios a la entidad única resultante. Los principales efectos de la fusión son, por tanto, la disolución de sociedades sin liquidación y la transmisión universal del patrimonio. Tanto si nos encontramos ante una fusión por creación como una fusión por absorción, las relaciones laborales que se

²⁴ DOE, L. núm. 283, de 28 de octubre de 2008.

²⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 10 de julio de 2003). Vid. J.M. MARÍN CORREA, "La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, pp. 83-96, espec., pp. 88-90; F. VALDÉS DAL RÉ, "Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo (A propósito de la reforma de la legislación sobre transmisión de empresa) (II)", *Relaciones Laborales*, 2000-II, pp. 121-131.

²⁶ Sobre estos aspectos ha sido presentada recientemente ante el Tribunal de Justicia por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona una cuestión prejudicial en el as. C-313/07, *Kitruna SL y Elisa Viganó/ Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio, Miguel Oliván Bascones, Red Elite de Electrodomésticos SA, Electro Calbet SA*.

²⁷ *Memento práctico F. Lefebvre, Sociedades Mercantiles*, 2006, núms. 5675 y ss; F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil*, 2006, pp. 523-536

desarrollan en las empresas participantes pueden resultar afectadas. En virtud del principio de transmisión universal del patrimonio, mediante la fusión se transmiten todos los bienes, derechos y obligaciones que se extinguen y, en general, todas y cada una de las relaciones jurídicas en las que participan. La transmisión tiene, además de carácter obligacional, efectos reales. A través de ella se produce un cambio legal de la titularidad de las relaciones jurídicas y de la estructura empresarial de las sociedades que se extinguen, con continuidad de esta organización y estructura empresarial en el tráfico jurídico si bien integrando una estructura más amplia, la de la entidad resultante de la fusión.

8. Cuando la fusión se produce entre sociedades de distinta nacionalidad nos encontramos antes una fusión internacional. En Derecho internacional privado español la determinación del Derecho aplicable a la fusión internacional cuenta con una regulación específica recogida en el párrafo segundo del artículo 9.11 Ce²⁸. En su virtud, “en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”. La expresión literal del precepto no supone la aplicación de todas las leyes personales implicadas en la fusión sino, únicamente, que sean tenidas en cuenta. La flexibilidad que se introduce de este modo en su interpretación permite la aplicación distributiva de tales normas en determinados aspectos. Así, en relación con las consecuencias de la fusión, la disolución de cada sociedad preexistente se regirá por la ley nacional de cada una. Ley que también regirá la protección de terceros acreedores de la sociedad que se fusiona y de la que se disuelve²⁹, pero que presenta algunas dificultades para regular cuestiones relativas a la participación de los trabajadores y a las condiciones colectivas de trabajo³⁰.

9. La Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital³¹. La norma armonizadora ha tratado de facilitar la práctica de este mecanismo de concentración empresarial entre sociedades de capital en la Unión Europea. Para ello, en primer lugar, posibilita y fundamenta la iniciativa de fusión, evitando que las disposiciones nacionales puedan impedir su práctica; y, en segundo lugar, establece un procedimiento propio de fusión, en el que se contienen algunas remisiones a la *lex societatis*³². El concepto de fusión transfronteriza en la Directiva 2005/56 comprende aquellas operaciones del tráfico mercantil en las que bien una sociedad transfiere a otra ya existente la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo; bien dos o más sociedades transfieren a una sociedad constituida por ellas la totalidad de patrimonio, activo y pasivo; bien una sociedad transfiere el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social. De este modo, junto a la fusión por absorción y a la fusión mediante la creación de una nueva sociedad, la disposición comunitaria en su artículo 2.2 acoge un tercer tipo de fusión, la efectuada por transferencia del conjunto del patrimonio activo y pasivo de una sociedad a favor de la sociedad que ya posee la totalidad de las acciones de la transmitente. Se armoniza, así, el régimen jurídico de las fusiones, no obstante, continúa siendo necesario el recurso a las normas de Derecho internacional privado en las cuestiones no reguladas por la disposición comunitaria o el supuesto no esté incluido en su ámbito de aplicación³³. La Directiva se aplica cuando en las operaciones referidas están implicadas sociedades constituidas con arreglo a la legislación de algún Estado miembro y que tengan su domicilio social, centro de administración o principal establecimiento en territorio comunitario. Asimismo,

²⁸ A. L. CALVO CARAVACA, “Artículo 9. 11”, en M. ALBADALEJO/ S. DÍAZ ALABART (Dir.) *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, 1995, pp. 479-525.

²⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Personas jurídicas y sociedades” mercantiles, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 2007, pp. 295-336; R. ARENAS GARCÍA, “Sociedades”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ R. ARENAS GARCÍA/P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2007, pp. 171-244.

³⁰ R. ARENAS GARCÍA, “La *lex societatis* en el Derechos de las sociedades internacionales”, *Derecho de los Negocios*, núm. 70/71, pp. 11-26

³¹ Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital (DO L núm. 310, de 25 de noviembre de 2005).

³² J. HEYMANN, “Cour de justice des Communautés européennes.- 13 décembre 2005 (aff. C-4411/03)”, *Rev. crit. DIP*, 95 (3), 2006, pp. 662-678.

³³ R. ARENAS GARCÍA, “Sociedades”, (...), cit., pp 230-231.

se requiere que al menos dos de las sociedades fusionadas estén sujetas a la ley de distintos Estados miembros. En su artículo 27, la citada Ley 3/2009 prevé que la aplicación del régimen jurídico en ella previsto cuando se trate de la fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la ley española y, cuando se trate de la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio del régimen especial recogido en el Capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas.

10. En este marco, debemos hacer mención a la figura de la Sociedad anónima europea que regula el Reglamento 2157/2001³⁴. Esta norma pretende la creación de un tipo societario que permita a las empresas la posibilidad de operar en el territorio de la Unión Europea con sometimiento a normas aplicables en todos los Estados miembros³⁵. A través de esta figura se pretende ofrecer un mecanismo jurídico que faciliten la fusión internacional de sociedades y el traslado de sede social de un Estado miembro a otro. Dos aspectos para los que las disposiciones comunitarias preexistentes no había alcanzado un nivel satisfactorio. Hasta ahora, el legislador había dejado al margen de la regulación la circulación de sociedades en el mercado comunitario, cada vez más necesaria para facilitar, garantizar y potenciar la capacidad económica de las empresas³⁶.

Las formas de constitución de la sociedad anónima europea son varias. Una primera forma es por fusión, cuya regulación se lleva a cabo en el texto comunitario estableciendo el marco legal mínimo común para todas las sociedades anónimas europeas domiciliadas en Estados miembros, remitiéndose en algunos aspectos a la ley del Estado donde cada sociedad implicada en la fusión tiene su domicilio social. Entre los aspectos regulados por la *lex societatis*, se encuentran los derechos de los sujetos afectados por la fusión. Una segunda forma de crear una sociedad anónima europea es por constitución de una Sociedad anónima europea holding, regulada en los artículos 32 a 34 del reglamento, o mediante la creación de una Sociedad anónima europea filial, conforme a los artículos 35 y 36. Y, por último, mediante la transformación de una sociedad anónima en una Sociedad anónima europea. Uno de los principales efectos es el relativo a la transmisión universal de patrimonio social a la sociedad anónima europea de nueva creación o a la sociedad absorbente que se convierte en esta figura. En el momento de su inscripción se produce esta transmisión que afecta a todos los derechos y obligaciones en los términos y condiciones establecidas en las prácticas nacionales³⁷.

11. El cambio que la fusión produce en las empresas implicadas se proyecta sobre las relaciones laborales que en ellas se desarrollan. Las disposiciones a las que hemos hecho referencia en los apartados anteriores abordan estas cuestiones teniendo, como principal objetivo, la tutela de los intereses de los trabajadores. En unos casos se puede producir alteraciones de las condiciones laborales o incluso la extinción del contrato de trabajo. A través de la figura de la sucesión o transmisión de empresas, regulada por la Directiva 2001/23 y el artículo 44 ET, y respondiendo a la necesidad de asegurar la estabilidad en el empleo y la subsistencia de la relación jurídica laboral, aquellas disposiciones consagran un conjunto de garantías para los trabajadores: la subrogación del cesionario o adquirente de la empresa en los derechos y obligaciones del cedente o transmitente; la imposibilidad de que la sucesión pueda constituir

³⁴ Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad anónima europea (DO L núm. 294, de 10 de noviembre de 2001, pp. 1-21); Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE 15-XI-2005).

³⁵ Sobre los objetivos propuestos y los logros alcanzado por la disposición comunitaria, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento de la Sociedad europea: una primera lectura", *G.J.*, núm. 217, 2002, pp. 7-38; V. MAGNIER, "La société européenne en question", *Rev. crit. DIP*, 93(3), 2004, pp. 555-587; E. GARCÍA COSO, "La sociedad anónima europea: transformación, traslado de domicilio y problemas de conflicto de leyes", *Noticias de la UE*, 229, 2004, pp. 39-52; A.B. VEIGA COPO, "La Sociedad Anónima Europea y la fusión transnacional", *Noticias de la UE*, 229, 2004, pp. 133-148.

³⁶ Vid., R. ARENAS GARCÍA, "Sociedades", (...), cit., pp 230-231.

³⁷ *Memento práctico F. Lefebvre, Sociedades Mercantiles*, pp. 511-541; F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil (...)*, cit., pp. 623-627

causa de despido, así como el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria frente al trabajador³⁸. No obstante, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la afectación de las relaciones laborales vinculadas a las empresas que intervienen en una fusión es diferente según el tipo de fusión. En los casos en los que se crea una nueva empresa, el trabajador pasa a pertenecer a un grupo empresarial más amplio como consecuencia de la fusión. En el supuesto de fusión por absorción, en cambio, dado que la nueva empresa asume las obligaciones y el patrimonio de la empresa absorbida, nos encontraríamos ante un supuesto de sucesión de empresas o traspaso con las consecuencias que, según lo que se ha expuesto, ello implica³⁹.

Por su parte, el artículo 14.4 de la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital⁴⁰, prevé que, en el supuesto de fusión mediante la creación de una nueva sociedad, la sociedad resultante asume los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo preexistentes y que obligan a las sociedades que se fusionan. Aunque el considerando 12 de la citada Directiva se remite, entre otras, a las normas recogidas en la Directiva 2001/23 para regular la protección de los derechos de los trabajadores que puedan resultar afectados por la fusión transfronteriza, en su articulado introduce algunas peculiaridades. Así, por ejemplo, no establece un sistema de responsabilidad solidaria entre las empresas que intervienen en el traspaso. Diferencia que se justifica teniendo en cuenta que una de las formas en las que se puede materializar la propia operación de fusión, por absorción, una de las empresas resulta absorbida y, en consecuencia, desaparece.

12. En el marco de las sociedades anónimas europeas, junto al Reglamento y para fomentar los objetivos sociales de la Comunidad Europea, se consideraron necesarias disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que garantizaran el mantenimiento de sus derechos. Esta finalidad tuitiva se proyecta en la elaboración de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores⁴¹, que persigue potenciar el diálogo social dentro de ellas en el contexto de una situación de constante transformación de las empresas en el seno de la Unión Europea y como fórmula adecuada para favorecer el éxito de tales cambios. Se establecen procedimientos de información y consulta tratando de garantizar la representación y participación de los trabajadores en los órganos de las sociedades. Sobre la base del acuerdo entre las partes, la Directiva reconoce los derechos de información y consulta, así como el derecho de participación de los trabajadores en los órganos sociales de la sociedad anónima europea cuando existiera participación previa en las sociedades participantes en su constitución, tal y como sucede en países como Alemania, Austria y los países nórdicos. Además, en el caso de falta de acuerdo, prevé disposiciones subsidiarias de aplicación obligatoria en lo relativo a los derechos de información y consulta y, en determinadas circunstancias tasadas, también a los derechos de participación. Respeta de manera absoluta el juego de la voluntad de las partes, de la autonomía colectiva; destaca en este sentido la importancia del acuerdo entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora integrada por representantes de los trabajadores, como forma prioritaria de determinar las normas que han de regir la información, la consulta y la participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea. En este sentido, la Directiva 2001/86/CE y la ley que la incorpora al Ordenamiento jurídico español, están en consonancia con la configuración constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, que eleva a las organizaciones empresariales y a los sindicatos a la categoría de bases institucionales del sistema (artículo 7 de la Constitución Española) y reconoce la fuerza vinculante de

³⁸ M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*. 2009.

³⁹ Vid., entre otras, la STS de 26 de marzo de 1993 (ref. 1993/4775)

⁴⁰ Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital (DO L núm. 310, de 25 de noviembre de 2005).

⁴¹ Vid. Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO L 294 de 10 de noviembre) y la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO L 207, de 18 de agosto). Ambas directivas han sido incorporadas recientemente al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónima y cooperativa europeas (BOE núm. 250, de 19 de octubre).

los convenios colectivos (artículo 37 de la Constitución Española).

Junto a aquélla disposición, el Reglamento prevé que la ordenación jurídica de las relaciones laborales y los derechos de los trabajadores se rijan por las legislaciones nacionales aplicables en las mismas condiciones que a las sociedades anónimas⁴². No obstante, en su artículo 29, al regular los efectos derivados de la creación de una Sociedad anónima europea mediante fusión, establece las líneas básicas de la ordenación jurídica de los derechos de los trabajadores con los que las empresas afectadas por la fusión transfronteriza tenían vínculos contractuales anteriores a la fusión. En su párrafo cuarto establece una regla especial para la transmisión de las relaciones laborales⁴³, disponiendo que “los derechos y obligaciones de las sociedades participantes en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha de registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SE en el momento de su registro”.

2. Los trabajadores vinculados a grupos de empresas

13. Entre los mecanismos de cooperación empresarial, los grupos de empresas se configuran como una de las principales estrategias utilizadas en la actualidad para permitir la expansión comercial. A través de ellas varias empresas se unen, conservando cada una su propia personalidad jurídica, para la consecución de objetivos muy diversos. Se pueden realizar bien estableciendo una relación de dominio entre la empresa que dirige el grupo y las que se someten a su poder de dirección bien situando a personas comunes en los órganos de decisión de cada empresa bien celebrando acuerdos o contratos de colaboración. Esta figura permite a las empresas que se integran la adopción de políticas de crecimiento que garanticen una intervención más amplia y flexible en el mercado. A través de procesos de creación de filiales la empresa matriz segrega unidades productivas susceptibles de ser explotadas de forma autónoma e independiente. Se trata de un conjunto de sociedades vinculadas entre sí y sometidas a una dirección única llevada a cabo por una de ellas, denominada sociedad matriz, y a la que se subordinan las demás sociedades, denominadas filiales⁴⁴. Aún manteniendo cada una de ellas su personalidad jurídica independiente, todas forman lo que se ha denominado una macroempresa o una “empresa policorporativa”⁴⁵. En el ordenamiento jurídico español, su regulación se ha llevado a cabo de forma fragmentaria y parcial adquiriendo, por ello, especial transcendencia la doctrina jurisprudencial, circunstancia que suscita algunas dificultades puestas de relieve por la doctrina⁴⁶.

14. La creación de grupos de empresas deriva importantes consecuencias que se proyectan sobre las relaciones laborales que se desarrollan en las empresas. En la medida en que a través de la creación de grupos de empresas se lleva a cabo una modificación de la vertiente organizativa y patrimonial de las empresas que lo integran, este instrumento de cooperación se proyecta sobre las relaciones laborales desarrolladas en las empresas que intervienen. De hecho, en nuestro ordenamiento, ha sido en el ámbito laboral donde mayor desarrollo ha adquirido el tratamiento de los grupos de empresas y en el que se ha consolidado una jurisprudencia conforme a la cual, cuando existe grupo de empresas éste opera frente a los trabajadores como empresario real y único, imponiéndose como solución normal la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. A efectos laborales, el reconocimiento de su existencia se apoya en la calificación como empresario, ex artículo 1.2 ET,

⁴² Cdo. 21 del Reglamento 2157/2001, cit.

⁴³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de la Sociedad europea: (...)”, cit., p. 26.

⁴⁴ Sobre los grupos de sociedades, vid., C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades” en URÍA MENÉNDEZ (Dir) *Derecho mercantil*, pp. 493-512; F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* (...), cit, p. 751. En Derecho internacional privado, vid., entre otros: G. PALAO RODRÍGUEZ, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual* (...), cit., pp. 59 y ss.

⁴⁵ F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* (...), cit, p. 751.

⁴⁶ F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* (...), cit, pp. 750 y ss; C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades” en URÍA MENÉNDEZ (Dir) *Derecho mercantil*, pp. 493-512; F. VICENT CHULIA, *Introducción* (...), pp. 650 y ss.

a quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios así como en el hecho de que se admita la promoción interna de un trabajador en la misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo⁴⁷. Dada la amplitud del concepto de empresario en las normas laborales españolas, la jurisprudencia ha llegado a reconocer la existencia del grupo de empresas como si se tratara de una sola empresa siempre que se acredite la existencia de una unidad real, funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, trabajo común prestado a varias empresas del grupo. El grupo de empresas actúa así frente a los trabajadores como empresario real y único⁴⁸, correspondiendo la prueba de la existencia de los grupos de empresas a quien pretenda hacer valer sus efectos laborales.

15. Pueden plantearse varios supuestos. De un lado, los relativos al desplazamientos de trabajadores entre empresas del grupo⁴⁹, han llevado al establecimiento, en la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación transnacional de servicios, de unas condiciones laborales mínimas que deben garantizar los empresarios, incorporada al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre. De otro, es posible encontrarnos con algunos supuestos calificables como sucesión de empresas en los términos de la Directiva 2001/23, en función de las circunstancias que concurren en cada caso⁵⁰. Así, por ejemplo, mientras que en los casos en los que tras la creación de filiales se estén encubriendo distintas empresas desde una perspectiva jurídico-formal que actúan con arreglo a criterios de subordinación, con plena dependencia respecto de una única empresa que interviene como única organización empresarial segregada por razones económicas o fiscales, no podría hablarse de sucesión de empresas, cuando la segregación patrimonial haya dado lugar a la creación de empresas autónomas e independientes. En este supuesto, la operación puede ser calificada como un traspaso de empresa resultando aplicables las garantías que para los trabajadores establecen las disposiciones referidas con anterioridad.

Cuando a través de procesos de creación de filiales la empresa matriz segrega unidades productivas susceptibles de ser explotadas de forma autónoma e independiente, es posible confirmar la existencia de cambios en la titularidad empresarial, y a partir de la doctrina jurisprudencial española⁵¹, se puede concluir la responsabilidad de la empresa dominante considerada, a efectos laborales, como empresario real y único. Nuestro Tribunal Supremo, considerando la existencia de “lagunas de protección”⁵², busca mecanismos adecuados para la defensa de los trabajadores perjudicados. Este órgano ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica cuando la situación y el perjuicio que de la misma se derivan así lo requerían. En otras ocasiones, ha considerado responsable a la empresa dominante, según el grado de vinculación más o menos explícita de ésta como garante, o ha afirmado la responsabilidad solidaria del grupo⁵³. Los efectos del cambio de titularidad en estos supuestos requieren un detallado análisis para evitar que se eludan las garantías de los trabajadores. No obstante, para que la vinculación entre las empresas que integran el grupo se proyecte al ámbito de las relaciones laborales provocando responsabilidad solidaria es necesario que concurren determinadas circunstancias, como la confusión de plantilla o la dirección unitaria, entre otras. La simple existencia de un grupo de empresas no es suficiente para generalizar la posición empresarial a todas las sociedades que integran el grupo o para extender a todas ellas la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones laborales ya que, como ha señalado el Tribunal Supremo⁵⁴, desde el punto de vista jurídico formal los componentes del

⁴⁷ A. MONTOYA MELGAR, “Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”, *REDT*, 1983, núm. 16, pp. 485-502

⁴⁸ *Memento práctico (...)*, *Social*, cit., núm. 1539, pp. 209 y ss.

⁴⁹ Véase, G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresa (...)*, cit.

⁵⁰ M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador (...)*, cit., pp. 43 y ss.

⁵¹ SSTs de 24 de septiembre de 1990, de 6 de julio de 1994 y la de 27 de octubre de 1994. Vid. A. V. SEMPERE NAVARRO/ F. CAVAS MARTÍNEZ, “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001.

⁵² STS de 4 de junio de 2002.

⁵³ C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades” en R. URÍA MENÉNDEZ (Dir) *Derecho mercantil*, pp. 493 y ss, espec. pp. 509-510

⁵⁴ SSTs de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9016); de 22 de julio de 1998 (RJ 1998/6197).

grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. La extensión de la posición del empresario a otras entidades del grupo distintas del empleador dependerá de la concurrencia de circunstancias como el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias empresas del grupo; la creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de la exclusión de responsabilidades laborales o la confusión de plantillas y patrimonios de tal modo que tenga una apariencia externa de unidad empresarial⁵⁵. Los grupos de empresas no borran la personalidad singular de las entidades que los integran de modo que cada una es único titular de derechos y responsable único de las relaciones jurídicas en las que intervienen salvo en los supuestos de utilización abusiva o fraudulenta de la forma jurídica societaria en perjuicio del trabajador⁵⁶. Son estos últimos supuestos en los que, para evitar que se eludan las garantías de los trabajadores, se establece la responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte del grupo, siendo necesario, en tal caso, la concurrencia de las circunstancias referidas.

16. En esta misma línea, la jurisprudencia comunitaria, con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Allen*⁵⁷, se ha pronunciado en orden a la aplicación de la Directiva 77/187 en este ámbito. Los hechos de los que trae causa la decisión del Tribunal de Justicia son los siguientes. La empresa ACC, filial del grupo AMACO, es una sociedad destinada a la construcción de viales subterráneos y perforación de galerías. Generalmente, resulta adjudicataria de las licitaciones que convocan los propietarios de las minas para la realización de estos trabajos. Otra filial del grupo, AMS, que en principio tenía por objeto trabajos auxiliares de limpieza y mantenimiento de galerías, fue ampliando su actividad convirtiéndose en subcontratista de las ofertas de trabajo de perforación presentadas por ACC. La subcontratación de AMS conllevó la disminución de la actividad de ACC que despidió a algunos de sus trabajadores manifestándoles que pronto serían contratados por AMS. Así fue. Percibieron la indemnización por despido y de nuevo fueron contratados por esta última filial. Como subcontratante, AMS disponía de las instalaciones y equipo que el licenciante, la empresa nacional británica del carbón y tras su privatización la empresa RJB Moining (UK) Ltd. Por objeciones de este último, ACC dejó de subcontratar con AMS y contrató a todos sus trabajadores que, con anterioridad, habían pasado a esta última. Aunque las condiciones de trabajo de los nuevos contratos fueron mejores que las ofrecidas por AMS no eran tan favorables como las que tenían con ACC antes del despido. Esta circunstancia fundamenta la reclamación efectuada por los demandantes en la instancia, el Sr. Allen y otros veintitrés mineros. En sus alegaciones manifiestan que con arreglo a las normas internas de adaptación a la Directiva 77/187 se había producido un doble traspaso de empresa. Dos cuestiones se plantean al Tribunal de Justicia, la primera, determinar si es posible aplicar el concepto de traspaso de empresa a dos sociedades que pertenecen a un mismo grupo de empresa y la segunda, concretar los criterios para determinar la existencia de transmisión.

En cuanto a la primera cuestión, que es la que interesa a los efectos de nuestro trabajo, el Tribunal de Justicia afirma que la Directiva 77/187 tiene por objeto regular todo cambio de empresario y, por tanto, desde el momento en que este cambio se produce, la disposición comunitaria resulta aplicable. Si como consecuencia de la cesión o fusión se produce un cambio del responsable de la explotación que contrata con trabajadores, aunque no se transfiera la empresa el cambio de empresario se ha producido. En tales circunstancias, en nada afecta que los dos empresarios sean filiales de un mismo grupo. Lo determinante es que en el marco de las relaciones laborales se ha producido un cambio de empresario. El objetivo de la Directiva es, precisamente, regular “toda mutación jurídica de la persona del empresario (...) y que, por tanto, puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades filiales de un mismo grupo que constituyen personas jurídicas diferentes que mantienen, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores”⁵⁸. Siguiendo la doctrina sentada en el asunto *Raygaard*⁵⁹, el Tribunal

⁵⁵ Así lo afirma la STSJ Islas Baleares, 169/06, de 24 de abril de 2006 (AS 2006/2257), en su considerando noveno, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el mismo se cita.

⁵⁶ Entre otras, las SSTs de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/1341); de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8589); de 22 de febrero de 1999 (RJ 1999/1058); STSJ de Madrid de 6 de abril de 1999 (AS 1999/1340).

⁵⁷ SSTJCE de 2 de diciembre de 1999, as. C-234/98, *G.C.Allen y otros c. Amalgamated Construction Co. Ltd.*

⁵⁸ Cdo. 17, sentencia *Allen*.

⁵⁹ STJCE de 19 de septiembre de 1995, as. C-48/94, *Rygaard*.

de Justicia afirma que aunque sean filiales con idénticos directivos, si la operación que se realiza entre ellas tiene por objeto una entidad económica, aquella circunstancia no excluye el supuesto del concepto de traspaso de empresa a los efectos de la norma comunitaria.

17. La Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, evidencia la dimensión social de estas iniciativas de colaboración y cooperación empresarial. Esta disposición marcó un hito en el devenir de la Europa social, con una norma de extraordinaria importancia en el ámbito de la mejora de los instrumentos de implicación de los trabajadores en la empresa. Una experiencia que ayudó también a hacer avanzar el proceso relativo a la sociedad anónima europea, al que nos hemos referido, permitiendo proyectar sobre ella técnicas ya ensayadas en la organización de las fórmulas de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos transnacionales. Fue transpuesta al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 10/1997, de 24 de abril, que tiene por objeto regular los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y que, como consecuencia de las nuevas figuras societarias y de las nuevas regulaciones contenidas en otras disposiciones comunitarias ha sido objeto en los últimos años de sucesivas modificaciones.

3. Otros mecanismos de cooperación y colaboración interempresarial

18. Las uniones de empresas se configuran como un sistema de colaboración entre empresarios que, manteniendo su independencia jurídica, se someten a una dirección unitaria para obtener determinados fines económicos. A diferencia de la fusión, en las uniones de empresas cada una de ellas conserva su individualidad jurídica limitando únicamente su poder de iniciativa económica. Limitación, esta última, que varía según nos encontremos ante una agrupación o unión de empresas basada en el principio de subordinación o fundamentada en el principio de coordinación. En el primer caso, el sometimiento a la dirección única es total. En el segundo, las limitaciones se derivan únicamente de los acuerdos celebrados, encontrándose todas las empresas integrantes en régimen de igualdad. Entre otros, las uniones de empresas temporales⁶⁰ y las agrupaciones de interés económico⁶¹, son ejemplos de estos mecanismos de colaboración empresarial.

A) Las uniones temporales de empresas

19. Las uniones de empresas temporales se constituyen para facilitar la colaboración de varios empresarios por un tiempo determinado para el desarrollo o ejecución de una obra o servicio. En virtud de este contrato de carácter asociativo se constituye una nueva empresa que carece de personalidad jurídica y tiene un plazo de duración limitado⁶². Su proyección en las relaciones laborales puede abordarse teniendo en cuenta, de un lado, la posibilidad de calificar algunos supuestos como sucesión de empresas; y, de otro, por la posibilidad de encontrarnos ante desplazamientos de trabajadores incluidos en el marco de Ley 45/199, cuando se produzca la movilidad del trabajador temporalmente de una empresa a otra en el marco de una prestación de servicios transnacional.

20. En relación con los supuestos de sucesión de empresas, la conservación de la identidad tras el cambio en la titularidad empresarial requiere, además de la continuidad de la explotación, que actúa como elemento decisivo pero no determinante del traspaso, el análisis de otros datos fácticos que rodean

⁶⁰ Ley 18/82 sobre uniones temporales de empresas

⁶¹ Ley 12/1991, de 29 de mayo, sobre Agrupaciones de Interés Económico (AIE) y el Reglamento CE 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, sobre Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE)

⁶² F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil (...)*, cit., pp. 641-642 se trata de uniones contractual de empresas, sin personalidad jurídica, para la realización de una actividad concreta, generalmente obras públicas o privadas. Se constituye en escritura pública en la que sus miembros nombran un gerente con poderes expresos. No existe patrimonio social, siendo las empresas miembros de la unión las que responden de las deudas contraídas por el gerente, una responsabilidad solidaria e ilimitada.

cada supuesto⁶³. Aún careciendo de personalidad jurídica, las uniones de empresas tienen reconocido cierto grado de personificación en relación, por ejemplo, con aspectos de vinculación laboral. Sus miembros se encuentran sujetos a un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada. Como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, estas características, justifican que sea admisible la demanda presentada por un trabajador frente a la unión temporal de empresas o frente a los empresarios de forma individual⁶⁴. Las mayores dificultades se suscitarían habida cuenta de la necesidad de valorar la existencia de una entidad económica estable. El carácter temporal de las uniones de empresas llevaría a excluir este supuesto, no obstante, recientemente, en la sentencia dictada en el asunto *Jouini*⁶⁵, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 supuestos en los que intervienen empresas de trabajo temporal. Los hechos de los que trae causa la sentencia citada son los siguientes. El señor Jouini y otros trabajadores demandan a la sociedad Princess Personal Service GmbH (en adelante PPS) en relación con el pago de salarios y la declaración de la existencia de cesión de sus contratos laborales. Los demandantes eran empleados de Mayer, una empresa de trabajo temporal. Posteriormente directivos de ésta crean PPS, una nueva empresa de trabajo temporal, que captó de la antigua no sólo clientes sino también directivos y aproximadamente una tercera parte de sus empleados. Entre éstos últimos se encuentran los demandantes que, considerando la existencia de transmisión de centro de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23 reclaman a PPS, en su condición de cesionaria del centro, el pago de los salarios que Mayer no les abonó y que habían sido generados con anterioridad así como el reconocimiento de la antigüedad adquirida. Tanto en primera instancia como en apelación fueron estimadas las pretensiones de los demandantes por lo que PPS interpuso recurso de casación ante el Oberster Gerichtshof impugnando la calificación de la operación como transmisión de centro de actividad. Siguiendo la jurisprudencia del TJCE, el órgano judicial considera la necesidad de verificar la existencia de transmisión de centro de actividad debiendo para ello comprobar la existencia de una entidad económica organizada de forma estable en el sentido de un conjunto organizado de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio; y, en segundo lugar, verificar si la operación con el nuevo empresario reúne los requisitos necesarios para calificarla como tal transmisión.

Encontrándose ante empresas de trabajo temporal, la existencia de una transmisión de centro de actividad presenta peculiaridades propias. En este caso, las empresas apenas emplean trabajadores en su propio centro de actividad, resultando difícil referirse a ellas como entidad integrada por un conjunto de medios organizados, sino que lo que hacen es ceder sus trabajadores a otras empresas siendo estas últimas las que integran a los trabajadores cedidos en su propia organización. De este modo, el órgano jurisdiccional cuestiona si puede aplicarse a las empresas de trabajo temporal el enfoque desarrollado en relación con otras empresas basado en la existencia de entidad económica organizada en el sentido de un centro de actividad o de una parte de un centro de actividad propio. En concreto se plantea si constituye una transmisión de un centro de actividad o de parte de un centro de actividad en el sentido de la Directiva el supuesto en el que, de común acuerdo entre dos empresas de trabajo temporal, y sin que exista una estructura organizativa delimitable en la primera empresa, un empleado administrativo, un director de filial, así como encargados de la asistencia a clientes y el gerente de la primera empresa pasen a la segunda y realicen actividades económicas similares y, junto a ellos, pasen parcial o totalmente de una a otra un tercio de los trabajadores cedidos temporalmente a los clientes, así como los respectivos clientes.

Siguiendo una reiterada jurisprudencia⁶⁶, el TJCE afirma que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa a los efectos de la Directiva consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende de que, entre otras circunstancias, continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude. Admitiendo la flexibilidad del término cesión

⁶³ M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador (...)*, cit., pp. 63 y ss.

⁶⁴ En este sentido, vid. las SSTS de 12 de febrero de 1990, (RJ 1990/900) y de 29 de abril de 1998 (RJ 1998/3879) y las SSTSJ de Andalucía, Granada, de 13 de noviembre de 2002 (AS 2002/438) y del País Vasco de 22 de noviembre de 2003 (AS 2003/3846), entre otras.

⁶⁵ Sentencia de 13 de septiembre de 2007, dictada en el as. C-458/05, *Mohamed, Jouini y otros c. Princess Personal Service GmbH (PPS)*.

⁶⁶ Entre otras, vid. las SSTJCE de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, cit.; y de 15 de diciembre de 2005, *Güney-Görres*, cit.

contractual y teniendo en cuenta que el traspaso de trabajadores se efectúa en el marco de la cooperación existente entre Mayer y PPS que hace posible, junto al hecho de tener ambas casi los mismos dirigentes, que ésta última empresa ejerciese idéntica actividad al servicio de los mismos clientes y utilizando en gran medida los trabajadores de Mayer. Parece evidente que tal cooperación tenía por finalidad y objeto transmitir elementos de explotación de una empresa a otra, restando por determinar si tal operación afecta a toda la empresa o sólo a una parte. Para estar el supuesto incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable. Teniendo en cuenta las especialidades de las empresas de trabajo temporal, caracterizadas por la inexistencia de organización de empresa propia que permita identificar diferentes entidades económicas separables en función de la organización, por la falta de estructura organizativa delimitable, el TJCE procede, no a demostrar la existencia de una entidad económica en función de su organización, sino a comprobar si los elementos de explotación traspasados por el cedente constituían en su empresa un conjunto operacional autosuficiente para permitir prestar servicios característicos de la actividad económica de la empresa sin requerir el uso de otros elementos de explotación importantes o de otras partes de ésta. En esta línea, dado que la actividad desarrollada por las empresas de trabajo temporal, que se caracteriza por la cesión temporal de trabajadores a empresas usuarias para el desarrollo de unas tareas diversas, requiere unos conocimientos específicos y una estructura organizativa adecuada y un conjunto de trabajadores temporales que puedan integrarse en las empresas usuarias ejerciendo en ellas las tareas solicitadas, aunque éstos se integren en la estructura organizativa del cliente no dejan de ser elementos fundamentales de la empresa de trabajo temporal sin los que sería imposible que ésta última desarrollase su actividad.

21. En consecuencia, el TJCE en su decisión confirma la posibilidad de la existencia de traspaso de empresa de trabajo temporal en el sentido de la Directiva 2001/23 “cuando una parte del personal administrativo y una parte de los trabajadores temporales pasan a otra empresa de trabajo temporal para desarrollar en ella las mismas actividades al servicio de clientes idénticos y, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, los elementos afectados por la transmisión de una entidad económica son suficientes por sí solos para permitir la continuación de las prestaciones características de la actividad económica de que se trata sin utilizar otros elementos de explotación importantes ni otras partes de la empresa”⁶⁷.

B) Las agrupaciones de interés económico

22. En el supuesto de las agrupaciones de interés económico, nos encontramos con una figura jurídica que tiene como finalidad facilitar los resultados de la actividad de los socios que aúnan sus esfuerzos para alcanzar intereses comunes conservando su total independencia, mediante el desarrollo de una actividad económica auxiliar y diversa de la de éstos. Una de sus principales características es que estas agrupaciones no tienen ánimo de lucro. A diferencia de las uniones temporales de empresas, las agrupaciones de interés económico son sociedades mercantiles con personalidad jurídica que se constituyen por un tiempo indeterminado. Sus miembros responden solidaria e ilimitadamente, con carácter subsidiario, por las deudas sociales. Así configuradas, y siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta en el marco de los grupos de empresas, coexistiendo las empresas agrupadas y la agrupación con plena independencia, no se produce cambio alguno en la titularidad empresarial, por lo que, en principio, no parece que sea posible la inclusión de estos supuestos en el marco de la sucesión de empresas.

23. Con el fin de facilitar el desarrollo de la cooperación empresarial en el mercado comunitario fueron creadas las Agrupaciones europeas de interés económico, cuya ordenación jurídica se ha llevado a cabo a través del Reglamento CEE/2137/85. En éste se regulan las principales características de esta figura societaria que desde su constitución en un Estado miembro tiene plena capacidad en los demás, dejando a los legisladores nacionales, del Estado en el que la AEIE tiene su sede establecida en el contrato de agrupación, la regulación de aspectos como el reconocimiento de personalidad jurídica, el registro o la

⁶⁷ Cdos. 35 a 38 de la sentencia *Jouini*.

publicidad⁶⁸. Junto a la ley que rige la agrupación europea se determinarán los efectos de la constitución de la agrupación estando condicionada, como veremos, tal regulación por las disposiciones laborales de carácter imperativo cuando los supuestos puedan ser calificados como transmisión de empresas, impliquen un desplazamiento de trabajadores o incidan sobre la representación y participación de trabajadores.

III. La tutela judicial de los trabajadores afectados por algunas estrategias empresariales

24. Hemos tenido ocasión de exponer, en los párrafos que preceden, cómo para el trabajador o trabajadores vinculado/s laboralmente con alguna de las empresas implicadas en una reestructuración empresarial se pueden generar efectos negativos en su contrato. Estos efectos se materializan tanto en modificaciones o alteraciones sustanciales de sus condiciones laborales como, incluso, en la extinción de su relación laboral. Ante tales situaciones el trabajador, individualmente, o de forma colectiva, deberá reclamar judicialmente la protección de sus intereses impugnando ante los tribunales la decisión de la empresa. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el estudio de la tutela del trabajador en este tipo de situaciones suscita muy diversas cuestiones, tanto de índole procesal como sustantiva. Sin perjuicio de referencias aisladas a algunas de ellas, en este trabajo nos limitaremos, atendiendo a los objetivos propuestos, a exponer las relacionadas con la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y, en su caso, la designación del Derecho aplicable. Cuestiones que se abordarán distinguiendo según el litigio verse sobre relaciones individuales de trabajo (1) o colectivas (2).

1) Relaciones individuales de trabajo

A) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles

25. En Derecho internacional privado español la tutela judicial del trabajador cuyo contrato de trabajo ha resultado modificado o extinguido como consecuencia de decisiones empresariales como las analizadas en el apartado anterior, requiere, en primer lugar, determinar en qué supuestos corresponde a los tribunales españoles el conocimiento de este tipo de litigios. En este sector, nuestro sistema se articula a partir de una pluralidad de fuentes normativas, que suscitan importantes dificultades para el aplicador del Derecho⁶⁹. Este sistema se encuentra integrado por las normas previstas en el R. 44/01 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (en adelante R. 44/01)⁷⁰, los Convenios de Bruselas⁷¹ y Lugano⁷², y en las disposiciones de origen interno recogidas en el artículo 25 de la LOPJ, así como en otras disposiciones estatales, en sus respectivos ámbitos de aplicación⁷³. La intervención de una u otra disposición se efectuará a partir de

⁶⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Personas jurídicas y sociedades mercantiles", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 2007, pp. 331-332; R. ARENAS GARCÍA, "Sociedades", (...), cit., pp. 238-241.

⁶⁹ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Sobre la vinculación del juez a la ley en Derecho internacional privado", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, 2003, T-IV, pp. 6307-6322; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Los Tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Dir.) *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, CGPJ, 1997, pp. 59-158, espec. pp. 68 y ss.

⁷⁰ Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOE núm. L 12, de 16 de enero de 2001.

⁷¹ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, DOCE núm. C 189, de 29 de julio de 1990.

⁷² Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1994), DO L 339, de 21 de diciembre de 2007.

⁷³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho laboral internacional" en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II., 2006, pp. 451-471; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LO-

los principios de primacía del Derecho comunitario, el de jerarquía y el de competencia; debiendo tenerse en cuenta, además, la propia delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación y las cláusulas de compatibilidad recogidas, generalmente, en los propios textos institucionales y convencionales.

El Reglamento 44/01 se configura, desde su entrada en vigor el 1 de marzo de 2002⁷⁴. Sus normas de competencia se aplicarán, con carácter general, atendiendo al criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro de la Unión Europea⁷⁵; y, cuando no concorra esta circunstancia, encontrándose el demandado domiciliado en un Estado no miembro, serán las disposiciones de origen convencional o, en su defecto, las de producción estatal⁷⁶, las aplicables. Únicamente se excepcionan las normas de competencia judicial internacional recogidas en los artículos 22 y 23 del R44/01⁷⁷, que se aplican con independencia del domicilio del demandado. El domicilio del demandado tiene, así, una doble naturaleza siendo condición de aplicabilidad de las normas de competencia y criterio atributivo de competencia en los términos del artículo 2 R44/01⁷⁸.

26. Los litigios que tienen por objeto la protección de los derechos del trabajador bien frente a un despido bien frente a una modificación de las condiciones laborales preexistentes están incluidos en su ámbito de aplicación material, a partir de la interpretación amplia que de la expresión “materia civil y mercantil” ha adoptado el TJCE. En ella son subsumibles aquellas relaciones jurídicas de contenido patrimonial entre sujetos particulares o sujetos de Derecho público que intervienen sin potestad de imperio⁷⁹. Pero, además, el propio texto incorpora una sección propia relativa a los contratos de trabajo⁸⁰, un concepto autónomo⁸¹, propio de su antecesor el Cv de Bruselas⁸², que ha ido perfilando Tribunal de

RENZO, *Derecho internacional privado*, pp.478-481; M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales”, en A. P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, Capítulo XXVI, vol. II, UNED, 2004, pp. 326-329; J. L. IRIARTE DE ANGEL, “El convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1996, núm. 9, pp. 99-122; P. JUÁREZ PÉREZ, “Contrato de trabajo internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, 2003, pp. 567-576; *Ib. Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, cit; E. ZABALO ESCUDERO, “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo (artículo 25 LOPJ)”, *REDI*, 1986 (2), pp. 614 -629; *Ib. El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español*, 1983.

⁷⁴ Temporalmente, el R 44/01 se aplicará a todos las acciones que se inicien con posterioridad al 1 de marzo de 2002, fecha de su entrada en vigor (artículo 66 R 44/01).

⁷⁵ El 19 de octubre de 2005, la Comunidad firmó un acuerdo con Dinamarca extendiendo las disposiciones del Reglamento 44/2001 a este país. El Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil fue aprobado en nombre de la Comunidad mediante decisión del Consejo de 27 de abril de 2006 (DO L 120 de 5.5.2006).

⁷⁶ El recurso a normas de producción estatal para determinar la competencia judicial internacional en supuestos en los que el empresario no mantiene vínculo alguno con territorio comunitario y que, por ende, son supuestos que gozan de un elevado nivel de internacionalidad, ha sido considerado como “una dejación por parte del legislador comunitario (...) claramente insuficiente (...) pero lógica, por la evidente limitación espacial y competencial de aquél”, vid. G. PALAO MORENO, “Las normas de Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización”, *AEDIPR*, 2005, pp. 309-334, espec. 319.

⁷⁷ Artículos 4 y 2 R. 44/01

⁷⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2004, pp. 62 y ss.

⁷⁹ Sobre la delimitación del ámbito de aplicación material del R. 44/01 y la jurisprudencia del TJCE vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I., 2006, pp. 79 y ss; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, pp. 64 y ss.

⁸⁰ P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, 2002, pp. 49 y ss.

⁸¹ M. AUDIT, “L’interpretation autonome du droit international privé communautaire”, *J.D.I. (Clunet)*, 2004, pp. 789-816.

⁸² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 5.1” en A. L. CALVO CARAVACA/ P. BLANCO MORALES LIMONES, *Comentarios al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 1994, pp. 99

Justicia a través de su jurisprudencia⁸³, y con el que se hace referencia a los vínculos a través de los cuales una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución⁸⁴.

La sección quinta del capítulo II, que comprende los artículos 18 a 21 R 44/01⁸⁵, establece normas especiales de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo⁸⁶, excluyéndose aquellos otros litigios cuya pretensión tenga por objeto bien cuestiones relativas a relaciones colectivas de trabajo bien aspectos relacionados con la seguridad social. De este modo, el reglamento ofrece una regulación más sistematizada y exhaustiva que los textos convencionales⁸⁷. La necesidad de tutelar al trabajador considerado parte débil de la relación jurídica⁸⁸ justifica esta opción que se articula bien mediante la utilización de foros próximos al trabajador bien limitando el juego de la autonomía de la voluntad⁸⁹ o bien ampliando, sólo a la parte tutelada, las posibilidades de elección de tribunal internacionalmente competente.

27. En nuestro ámbito de estudio, los litigios se plantean generalmente porque el trabajador, interviniendo en la posición procesal de demandante, actúa frente a la empresa demandada solicitando, entre otras pretensiones, la nulidad o improcedencia del despido, la indemnización correspondiente o la impugnación de las decisiones empresariales de las que se derivan para el trabajador modificaciones sustanciales en sus condiciones laborales. Cuestiones, todas ellas, relacionadas con el contrato individual de trabajo y, como tales, reguladas por los preceptos referidos, concurriendo el resto de circunstancias, personales, territoriales y temporales, que delimitan su ámbito de aplicación. La determinación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales deberá efectuarse con arreglo al sistema de foros previsto en los artículos 18 a 21 del texto comunitario.

28. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y 5.5 R. 44/01⁹⁰, el sistema previsto se articula

⁸³ Entre otras, las SSTJCE de 13 de noviembre de 1979, as. 25/79, *Société Sanicentral. GmbH c. René Collin*, Rec. 1979, pp. 3423 y ss. y la de 26 de mayo de 1982, as. 133/81, *Ivenel*, Rec. 1982, pp. 1891. Asimismo, la STJCE de 15 de enero de 1987, as. 266/85, *Shenavai c. Kreischer*, Rec. 1987, pp. 239; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La competencia de los Tribunales internos en materia de obligaciones contractuales (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 15 de enero de 1987, asunto 266/85)”, *RIE*, 1987, pp. 731-740.

⁸⁴ F. MOSCONI, “La giurisdizione in materia di lavoro nel Regolamento CE n. 44/2001”, *Rev. Dr. int. priv. e proc.*, 2003, pp. 5-28

⁸⁵ Opción que ya había sido apuntada por G. DROZ, “La Convention de San Sebastien alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano”, *Rev. crit. Dr. Int. Pr.*, 1990 (1), p. 12; y seguida por un importante sector de la doctrina española, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Ed), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 mayo de 1997, Barcelona, 1998.

⁸⁶ P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales (...)*, cit., pp. 47 y ss

⁸⁷ Artículos 5.1 y 17 del Cv Bruselas, introduciendo algunas especialidades en la aplicación de los foros previstos para los supuestos relativos al contrato de trabajo.

⁸⁸ G. PALAO MORENO, “La competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo en la Comunidad Europea”, *Derecho internacional y de la integración, Revista del Instituto de Derecho internacional y de la Integración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, núm. 2, 2003, pp. 7-32.

⁸⁹ Distintos son los mecanismos que pueden utilizarse para garantizar la tutela de la parte débil de la relación jurídica. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2000, pp. 111-112 señalan que la técnica normativa utilizada para realizar esa política de protección es el resultado de combinar tres mecanismos: foros próximos al contratante protegido, limitar el juego de la autonomía de la voluntad y el establecimiento de control de competencia en sede de reconocimiento/ejecución; *Ib.* 2ª ed., 2007, p. 176

⁹⁰ Estos preceptos conforman las únicas excepciones al régimen especial de competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo. El primero, se refiere a los supuestos en los que el demandado no está domiciliado en territorio comunitario, designando aplicable el sistema de producción autónoma de cada Estado para determinar la competencia judicial internacional salvo que concurran los foros exclusivos del artículo 22 y, en su caso, la sumisión expresa en los términos del artículo 23 del mismo texto legal. En cuanto al segundo, el artículo 5.5 R. 44/01 establece un foro especial que interviene alternativamente al del domiciliado del demandado

a partir de la posición procesal que ocupe el trabajador estableciéndose, con el fin de proteger al trabajador, considerado como parte débil de la relación jurídica laboral, unos criterios especiales. A falta de foro de competencias exclusivas del artículo 22 R. 44/01 y de sumisión expresa en los términos previstos en los artículos 21 y 23 del mismo cuerpo legal, los artículos 18 a 21 distinguen según el trabajador actúe en el proceso como demandante o demandado. En el primer supuesto, cuando el trabajador demanda al empresario en el marco de un contrato internacional de trabajo, la competencia judicial internacional corresponderá alternativamente, a elección del trabajador demandante bien a los tribunales del Estado donde se encuentre domiciliado el demandado bien a los tribunales de otro Estado miembro que puede ser bien el del Estado donde el trabajador desempeñara habitualmente su trabajo o el último Estado en el que lo hubiera desempeñado bien, si no se ha desempeñado habitualmente el trabajo en un único Estado, ante los tribunales del lugar donde estuviere o hubiere estado el establecimiento que contrató al trabajador⁹¹. La vinculación del litigio con el foro fundamenta esta opción pero, asimismo, como señalan M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, esta conexión especial tiene, además de la proximidad procesal, un triple fundamento: la naturaleza especial del contrato de trabajo, la proximidad con el trabajador y facilitar la conexión *forum-ius*⁹². En el segundo caso, o ocupando el trabajador la posición procesal de demandado, la competencia judicial internacional corresponderá, únicamente, a los tribunales del Estado donde se encuentre su domicilio. Frente a las posibilidades de elección otorgadas al trabajador demandante, el artículo 20 R. 44/01 no hace lo propio con el empresario que demanda al trabajador. La tutela de este último justifica las limitadas posibilidades de las que goza el empresario demandante y la designación de los tribunales del domicilio del trabajador como internacionalmente competentes.

29. En nuestro ámbito de estudio, en el que el trabajador acciona frente a la empresa demandada, con arreglo al sistema expuesto, podrá interponer demanda de despido o de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo ante los tribunales españoles en los siguientes supuestos: En primer lugar, cuando así lo hayan acordado expresamente las partes mediante pacto de sumisión expresa en los términos del artículo 23 R. 44/01 y siempre que dicho pacto sea posterior al litigio de acuerdo con el artículo 21 del mismo texto legal. En segundo lugar, cuando se demande a un sujeto domiciliado en España ex artículo 60 R. 44/01, con base en el foro recogido en el artículo 19.1 R. 44/01. A falta de domicilio en nuestro país, será posible interponer la demanda ante nuestros tribunales frente al demandado domiciliado en otro Estado miembro, cuando España sea el lugar de prestación habitual del servicio en los términos del artículo 19.2 a) R. 44/01; O, en su caso, siendo en varios países (todos ellos o sólo alguno miembros de la Unión Europea), sea el Estado donde se presta habitualmente el servicio o el lugar donde se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador con base en el artículo 19.2 b) R. 44/01. En los supuestos en los que la empresa demandada se encuentre domiciliada en un Estado parte del Espacio Económico Europeo, la competencia se articulará con base en los foros previstos en el Convenio de Lugano. Y, si la demandada está domiciliada en un tercer Estado, los tribunales españoles podrán ser competentes cuando en España se han prestado los servicios (artículo 25 LOPJ) o el contrato se celebró en territorio español (artículo 25 LOPJ). Por último, la existencia en España de un establecimiento, sucursal o agencia, en los términos de los artículos 18.2 y 5.5 del R. 44/01, de un lado, y 25 LOPJ, de otro, también puede justificar la competencia de nuestros tribunales.

30. Las disposiciones de origen convencional o estatal se aplicarán únicamente cuando el supuesto litigioso no sea subsumible en el ámbito de aplicación territorial, personal o material del reglamento. En tal caso, la determinación de la competencia judicial internacional conforme al sistema previsto en el Convenio de Lugano procederá cuando la empresa demandada se encuentre domiciliada en uno de los Estados parte del mismo. No concurriendo esta circunstancia, deberá recurrirse a las disposiciones de origen estatal. La aplicabilidad del artículo 25 LOPJ tendrá carácter subsidiario procediendo cuando,

y en cuya virtud se otorga competencia para conocer de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento a los tribunales de otro Estado miembro, distinto del domicilio del demandado, donde se halle la agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento.

⁹¹ Artículo 19 R. 44/01.

⁹² M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*. (...), p. 113; *Ib.* 2ª ed., 2007, p. 176

a falta de foros exclusivos y de acuerdo atributivo de competencia válido, la empresa demandada se encuentre domiciliada en un tercer Estado.

B) Designación del Derecho aplicable

31. Siendo internacionalmente competentes los tribunales españoles para conocer de los litigios que tienen por objeto contratos de trabajo afectados por estrategias empresariales procederá designar conforme a nuestro sistema de DIPr, el Derecho aplicable al fondo del asunto. Hasta el 17 de diciembre de 2009, el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ha constituido la norma básica de aquel sistema; pero, a partir de esa fecha⁹³, este papel será atribuido al Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁹⁴ que entra en vigor⁹⁵. A través de este texto se lleva a cabo la ordenación jurídica del Derecho aplicable a los contratos internacionales, en general, y a los contratos de trabajo, en particular. Por su carácter erga omnes⁹⁶, desplaza la aplicabilidad de las normas de producción autónoma recogidas en los artículos 10 6 Cc y 1.4 E.T⁹⁷, que tienen un mero carácter residual y solamente son aplicables a las modalidades contractuales no comprendidas en el texto comunitario así como a los contratos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor del texto convencional⁹⁸. Por ello, sin perjuicio de referencias puntuales a las disposiciones de origen estatal, nuestra exposición se articula en torno a la regulación institucional⁹⁹.

32. Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento Roma I limitan su aplicación a los contratos internacionales de trabajo recogiendo en su articulado normas específicas. Los artículos 6 y 8, respectivamente, ofrecen una regulación distinta a la prevista con carácter general para los contratos internacionales. La internacionalidad de la relación jurídica así como la delimitación conceptual de la expresión “contrato de trabajo” se definen a partir de la interpretación del texto convencional, debido a la ausencia

⁹³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento Roma I, la disposición reglamentaria sustituirá al texto convencional salvo en los territorio de Estados miembros comprendidos en el ámbito de territorial del Convenio de Roma a los que no se les aplica el Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado.

⁹⁴ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), D. O. L 177, de 4 de julio de 2008.

⁹⁵ Este nuevo reglamento nace en el marco del Programa de La Haya adoptado por el Consejo en 2004 a partir de los logros alcanzados y reafirmando el carácter prioritario de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidada por la Constitución Europea”, *Diario La Ley*, núm. 6097, Año XXV, 30 de septiembre de 2004, ref. D-195, pp. 1867-1881). Programa que tiene como objetivo la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados en materia civil y eliminar los obstáculos, legales y judiciales, en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusión transfronteriza. Para ello, y en interés de los ciudadanos europeos, se propone desarrollar un sistema a través del cual se mejore el acceso a los tribunales, la cooperación judicial y la aproximación de legislaciones (DO C 53, de 3 de marzo de 2005, pp. 1-14). Entre las medidas a adoptar se propuso continuar los trabajos en la elaboración de normas de conflicto relativas a obligaciones contractuales. El correcto funcionamiento del mercado interior requiere la adopción de instrumentos a través de los cuales se logre la unificación de las normas sobre ley aplicable en los Estados miembros favoreciendo así la previsibilidad de resultados en los litigios, la seguridad y la libre circulación de decisiones.

⁹⁶ Artículo 2 Cv. Roma y del Reglamento

⁹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ M. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, “El contrato internacional de trabajo y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, *Relaciones Laborales*, 1996-1, pp. 1352-1354; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional (...)*, cit., pp. 481; M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales” en A. P. ABARCA JUNCO (Dir), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2005, p. 326;

⁹⁸ Entre otras, las SSTSJ de Madrid, núm. 593/20045 (Sala de lo Social, sec. 5ª), de 21 de septiembre (ref. AS 2006/3051); núm. 234/2006 (Sala de lo Social, sec. 2ª), de 28 de febrero (ref. JUR 2006/118738), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8554) y de 20 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10009).

⁹⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. 1, núm. 2, pp. 52-133 (www.uc3m.es/cdt)

de un concepto de contrato de trabajo. Circunstancia que ha propiciado cierto debate doctrinal. Entre las posiciones mantenidas encontramos la de quienes consideran que la falta de dicho concepto debía ser integrada mediante el recurso a la calificación del supuesto ex artículo 12. 1 Cc y, en su virtud, recurren a la *lex fori* para determinar qué debe entenderse por contrato de trabajo¹⁰⁰. Otros autores deducen, de la lectura del artículo 6 del texto convencional, las notas que facilitan una noción de “contrato de trabajo”. Una primera nota, negativa, que permite excluir del ámbito de aplicación del precepto citado los supuestos relativos a trabajo autónomo y a la problemática de los convenios colectivos. Y una segunda nota, en virtud de la cual deben considerarse incluidos en el precepto los casos de contratos nulos, así como las relaciones de trabajo de hecho¹⁰¹. Por último, una tercera posición es la de quienes, a partir de la intención que preside la regulación comunitaria de establecer un régimen uniforme en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, entienden que el contrato de trabajo es un concepto autónomo cuya interpretación ha de efectuarse a partir de los fines y objetivos de los Tratados constitutivos. La ventaja que presenta esta última opción es que, en efecto, garantiza la uniformidad del sistema al permitir recurrir al concepto de contrato de trabajo utilizado en el marco de la libre circulación de trabajadores y que ha sido extendido por el Tribunal de Justicia¹⁰². De este modo, el contrato de trabajo en las disposiciones comunitarias se identificaría con aquellas relaciones contractuales en las que “una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales recibe una retribución”¹⁰³.

33. La búsqueda de una protección más adecuada a la parte contratante considerada, desde un punto de vista socioeconómico, más débil de la relación contractual subyace en el artículo 8 R. Roma I¹⁰⁴. En su virtud, “el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”. La finalidad tuitiva del precepto se traduce, de un lado, en la designación de un ordenamiento con el que la relación laboral se encuentre estrechamente conectada limitando, pero sin excepcionar, el juego de la autonomía de la voluntad. Y, de otro, en la necesidad de salvaguardar la aplicación de un ordenamiento jurídico más favorable para la tutela del trabajador, justificando así la intervención de la autonomía de la voluntad limitada. El Derecho elegido por las partes regirá el contrato de trabajo siempre que no prive al trabajador de la protección que le otorgan las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo de los Ordenamientos objetivamente aplicables. Esto es, en la medida en que resulte más favorable para el trabajador la ley elegida que las normas que resultarían aplicables con base en los criterios establecidos en los párrafos 2 a 4 del artículo 8 del Reglamento Roma I¹⁰⁵. A pesar del margen de actuación que puedan tener los tribunales nacionales y cuál pueda ser el resultado de la aplicación de la norma¹⁰⁶, ésta tiene como principal objetivo la protección del trabajador.

¹⁰⁰ M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales” (...), cit., p. 326; G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, 2000, espec. pp. 140-142, para quien aún siendo más aconsejable una interpretación autónoma, aboga en ese momento por una calificación *ex lege fori*.

¹⁰¹ C. ESPLUGUES MOTA, “Contratación internacional: Régimen General”, en C. ESPLUGUES MOTA (Dir) *Derecho del comercio internacional*, 2003, pp.143-167, espec. pp. 155-156; C. ESPLUGUES MOTA / M. REQUEJO ISIDRO / M. CHECA MARTÍNEZ, “Régimen general de la contratación internacional” en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Ed), *Derecho del comercio internacional*, 1996, pp. 273-293, espec. p. 279.

¹⁰² Los Protocolos Primero y Segundo relativos a la interpretación del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988 (DOUE C 334, de 30 de diciembre 2005) favorecen una interpretación autónoma del texto convencional que garantiza su aplicación uniforme en todos los Estados.

¹⁰³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho laboral internacional”, cit., p. 452.

¹⁰⁴ Cd. 23 del Reglamento Roma I. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: (...)” cit., p. 54.

¹⁰⁵ M. WATTE / C. BARBÉ, “Le nouveau droit international privé belge”, *Journal de Droit international privé (Clunet)*, 2006 núm. 3, pp. 851-927, espec., pp. 915-918

¹⁰⁶ F. JAULT-SESEKE, “L’office du juge dans l’application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail”, *Rev. crit. DIPR*, 94 (2), 2005, pp. 268 y ss

En defecto de elección, los párrafos segundo y tercero del precepto citado designan aplicable, con conexiones jerárquicas, en primer lugar, la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente; y, en segundo lugar, si aquél Ordenamiento no puede determinarse, se aplicará la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. En ambos casos, es posible conforme al párrafo cuarto del precepto, aplicar la ley de otro país cuando de las circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con éste.

34. Las distintas estrategias empresariales que inciden sobre las relaciones individuales de trabajo han obligado a la adopción de normas imperativas a través de las cuales se persigue la tutela del trabajador. Se trata de normas subsumibles en el concepto de leyes de policía que recoge el artículo 9 R. Roma I, en la medida en que persiguen la tutela de un interés público relativo a la organización social y económica del Estado¹⁰⁷. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto de la Directiva 96/71 sobre desplazamientos temporales de trabajadores¹⁰⁸, anteriormente citada. Junto a esta disposición, el carácter imperativo de la Directiva 2001/23 ha sido puesto de relieve por el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia relativa a la Directiva 77/187, extensible a la normativa actualmente vigente. En esta línea, son relativamente recientes las consideraciones realizadas por dicho órgano con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Celtec Ltd v. John Astley y otros*¹⁰⁹ afirmando que la disposición comunitaria tiene carácter imperativo y, por tanto, no se pueden establecer excepciones en perjuicio de los trabajadores¹¹⁰. Del mismo modo, con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Temco*¹¹¹, el Tribunal afirma el carácter imperativo de las normas reguladoras de los derechos de los trabajadores en supuestos de sucesión de empresas lo que implica que “la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores”¹¹². Tampoco en la jurisprudencia española se cuestiona la imperatividad de las normas que regulan los derechos de los trabajadores en el marco de la sucesión internacional de empresas¹¹³.

35. La *lex contractus* designada aplicable para regular la extinción del contrato de trabajo o la modificación de las condiciones laborales establecidas en aquél, puede verse modulada, ex artículo 9 R. Roma I¹¹⁴, como consecuencia de la intervención de las disposiciones referidas cuando tal extinción o alteración se deriva de la existencia de una sucesión de empresas y la ley rectora del contrato no protege los derechos de los trabajadores. Ahora bien, llegados a este punto es necesario distinguir según el Ordenamiento designado aplicable sea el de un Estado miembro o el de un tercer Estado. En el primer caso, las dificultades se derivan de las propias carencias que presenta la vía armonizadora utilizada por el legislador comunitario¹¹⁵, cuando, conociendo los tribunales españoles y siendo designado aplicable el Ordenamiento de un Estado miembro en él las normas comunitarias no han sido transpuestas o lo han sido de forma deficiente. La posibilidad de aplicar la legislación española excepcionando la aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto del foro cuando aquél no proteja al trabajador no está exenta de dificultades. Teniendo en cuenta las caracte-

¹⁰⁷ M.-A. MOREAU / G. TRUDEAU, “Les normes juridiques de droit du travail confrontées a l’évolution de l’économie: (...)”, cit., pp. 932-933.

¹⁰⁸ Vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho laboral internacional” (...), cit., pp. 451 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales” (...), cit., pp. 327-329.

¹⁰⁹ STJCE de 26 de mayo de 2005, as. C-478/03, *Celtec Ltd c. John Astley y otros.*,

¹¹⁰ Cdo. 42, as. *Celtec*

¹¹¹ STJCE de 24 de enero de 2002, as. C-51/00, *Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi, Khalil Lakhdar.*

¹¹² Cdo. 35, as. *Temco*

¹¹³ Entre otras, las Sentencias del TSJ de Las Islas Canarias, Las Palmas, núm 1123/2004 (Sala de lo Social, sec. 1ª), de 24 de noviembre (ref. AS 2004/3693) y la del TSJ de Cataluña, núm. 1665/2006 (Sala de lo Social, se. 1ª), de 21 de febrero (ref. AS 2006/2614)

¹¹⁴ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: (...)” cit., pp.112 y ss..

¹¹⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, cit., pp. 37 y ss.

rísticas de la técnica armonizadora, la opción de los legisladores nacionales de Estados miembros no puede ser excepcionada si responde al contenido mínimo de la Directiva. Así, por ejemplo, en el marco de los supuestos calificados como sucesión de empresas, los tribunales españoles internacionalmente competentes no podrían excepcionar la aplicación del Derecho de otro Estado miembro designado aplicable cuando éste no contemplara el mismo nivel de protección que el previsto en el artículo 44 ET en relación con la imposición al empresario cesionario las obligaciones de Seguridad social y cualquier otros compromisos de protección social que hubiera adquirido el cedente. Sin embargo esta solución, en cuya virtud no se excepcionaría la *lex contractus*, perjudica el buen funcionamiento del mercado integrado estableciendo distintos niveles de protección. A este efecto negativo debe añadirse la merma que sufre la tutela del trabajador. Este último dato, teniendo en cuenta que constituye el fin último del sistema de Derecho aplicable, podría justificar la aplicación de la ley del foro excepcionando, incluso, la aplicación de la ley de otro Estado miembro designada. Se protegería al trabajador, pero tal solución supondría extender el ámbito de aplicación de la legislación laboral española condicionando la aplicación del Derecho de un Estado miembro que otorga un nivel de protección diferente pero admisible. El margen de actuación permitido por el legislador comunitario tiene como consecuencia que las normas materiales estatales puedan presentar divergencias. Disparidades entre normativas que sólo podrán ser aceptadas si favorecen al trabajador¹¹⁶. El problema surge porque, aun siendo dos normas benefactoras, y por tanto acordes con la Directiva armonizadora, las divergencias entre ellas se proyectan respecto de los trabajadores afectados por una u otra y, por ende, respecto del mercado en el que éstos se integran.

En cambio, si la legislación del Estado miembro no responde a las exigencias comunitarias, la excepción de orden público ex artículo 21 R. Roma I podría justificar la aplicación de la legislación española. En el segundo caso, siendo designado el ordenamiento de un tercer Estado que no consagre las garantías destinadas a la tutela de los trabajadores, la solución pasa por la aplicación de la legislación española en tanto que leyes de policía en los términos del artículo 9 R. Roma I.

36. Otra cuestión que suscita la determinación del Derecho aplicable a los supuestos que analizamos se refiere a la interacción que puede producirse entre la *lex contractus* designada aplicable y la *lex societatis*, rectora de la estrategia de reestructuración empresarial. Las previsiones contenidas en aquélla se proyectan sobre esta última, modulando los efectos derivados de la transmisión de empresas o de la constitución de los entes a los que hacíamos referencia. Su calificación como norma internacionalmente imperativa en el sentido del artículo 9 R. Roma I¹¹⁷, conlleva su aplicabilidad con independencia de cuál sea la ley aplicable a la estrategia empresarial de que se trate.

37. Así, por ejemplo, en el artículo 44 ET la subrogación, que actúa “ope legis”, implica que la transferencia al nuevo empresario de los derechos y obligaciones que resulten de los trabajadores que van a ser cedidos, siempre que las relaciones laborales no se hayan extinguido con anterioridad a la transmisión¹¹⁸. Ello supone un elevado coste para las empresas que intervienen en la sucesión y, teniendo en cuenta el margen de actuación que la normativa comunitaria otorga el alcance de la subrogación puede introducir importantes discrepancias entre las normas estatales perjudicando el buen funcionamiento del mercado único. De nuevo se producirá la tensión entre el nivel de protección que se otorga al trabajador y los intereses de las empresas que intervienen en el mercado. Ahora bien, como en repetidas ocasiones ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, “el principio de continuidad en la relación laboral no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, (...) la subrogación

¹¹⁶ E. PATAUT, “Cour de justice des Communautés européennes, 12 octobre 2004, (aff. C-60/03)”, *Rev. crit. DIPr*, 94 (2), 2005, pp. 336-351.

¹¹⁷ En esta línea, si bien en el marco de los contratos de consumo, S. SÁNCHEZ LORENZO admite la calificación propuesta en relación con determinados precepto recogidos en Directivas comunitarias que tratan de extender la aplicación de las disposiciones en ellas contenidas y la protección del consumidor frente a lo que eventualmente pueda disponer la ley del tercer Estado aplicable en virtud del Derecho internacional privado conflictual, vid. “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, Capítulo XVIII, *Revista de la Universidad de Granada; Ib. Derecho privado europeo*, 2002, pp. 115-138 y 328-332.

¹¹⁸ L. MELLA MÉNDEZ, “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa: excepciones. Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002 (TJCE 2002/178)”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2002.

no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas (...), sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador¹¹⁹. Se consagra así, como ha afirmado el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada con ocasión del asunto *Temco*¹²⁰, el principio de la transmisión automática al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa. Esta norma tiene carácter imperativo que impide admitir excepciones que hagan depender la efectividad de los derechos que la misma otorga a los trabajadores de la voluntad del cedente ni del cesionario ni de los propios trabajadores. No obstante, se admite la facultad de este último para negarse a que su contrato sea transferido al cesionario¹²¹. Serán las legislaciones nacionales las que deberán regular esta posibilidad permitiendo que el contrato con la empresa cedente pueda ser resuelto a iniciativa del trabajador.

En esta línea, siguiendo la decisión adoptada en el asunto *Werhof*¹²², las condiciones de trabajo reguladas por el convenio colectivo sólo se mantienen hasta la fecha de extinción o expiración del convenio o hasta la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo, La Directiva no pretende vincular al cesionario a otros convenios colectivos distintos del vigente en la fecha de la transferencia y, por consiguiente, imponer la obligación de modificar ulteriormente las condiciones de trabajo por aplicación de un nuevo convenio colectivo celebrado después de la transmisión. Se limita a mantener los derechos y las obligaciones de los trabajadores vigentes en la fecha de la transmisión. Aunque su objetivo es proteger los intereses de los trabajadores afectados, no puede hacerse abstracción de los derechos del cesionario, que debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad, debiendo además garantizarse el derecho a la libertad de asociación¹²³,

38. La aplicabilidad de la subrogación legal con independencia de la ley que rija el contrato entre cedente y cesionario puede introducir cambios en el régimen jurídico de la transmisión. Asimismo, las consecuencias se proyectan sobre la posibilidad de aplicar a la relación laboral con el nuevo empresario convenios colectivos e imponerle obligaciones de Seguridad social y cualquier otro compromiso de protección social que hubiera adquirido el cedente, extendiendo así el ámbito de aplicación de las normas referidas y condicionando la aplicación del Derecho que regula la relación laboral. La tutela del trabajador afectado por una sucesión internacional de empresas se articula a través de normas imperativas que integran el régimen jurídico del contrato individual de trabajo en Derecho internacional privado y modulan las soluciones previstas en la *lex societatis* rectora de la estrategia de reestructuración empresarial.

39. Por último, las normas sobre sucesión de empresas hacen referencia a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto de las obligaciones y derechos derivados de las relaciones laborales que existen en el momento en que se produzca el traspaso de la empresa¹²⁴. Como ha señalado la doctrina española¹²⁵, la responsabilidad solidaria en el marco de la sucesión internacional de empresa debe entenderse referida a las obligaciones exigibles sin que sea necesario que procedan de un contrato de trabajo vigente en el momento de la transmisión. La subrogación del cesionario en las deudas laborales del cedente no libera a éste último de su responsabilidad y nada impide que el nuevo empresario pueda repetir contra el antiguo empresario el alcance patrimonial que para él se deriva de la presente responsabilidad

¹¹⁹ SSTs de 15 de diciembre de 1998 (RJ 10509/1998); de 13 de febrero de 1997 (RJ 1265/1997) y de 20 de enero de 1997 (RJ 618/1997).

¹²⁰ STJCE de 4 de enero de 2002, as. *Temco*, cit.

¹²¹ STJCE de 16 de diciembre de 1992, *Katsikas y otros*, as. ac., C-132/91, 138/91 y 139/91, Rec. 1991-I, pp. 6577 y ss.

¹²² STJCE de 9 de marzo de 2006, dictada con ocasión del as. C-499/04, *Hans Werhof c. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*.

¹²³ Consagrada en el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950

¹²⁴ L. MELLA MÉNDEZ, "Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa: excepciones. Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002 (TJCE 2002/178)", *Aranzadi Social*, núm. 12, 2002.

¹²⁵ Entre otros, vid., A. V. SEMPÉRRE NAVARRO / F. CAVAS MARTÍNEZ, "Claroscuros en el nuevo régimen jurídico (...)", cit.

solidaria¹²⁶. Esta responsabilidad solidaria se exige a ambos empresarios durante tres años, cuando no hubieran sido satisfechas al momento de la transmisión. En Derecho internacional privado las consecuencias de esta garantía no sólo se producen en el sector del Derecho aplicable sino también se proyectan sobre aspectos procesales relativos tanto a la determinación de la competencia judicial internacional como en relación con el Derecho aplicable al proceso. De un lado, respecto de la utilización del foro del domicilio del demandado y, en su caso, de los foros de vinculación procesal, que cobran especial relevancia. Y, de otro, respecto de la determinación de a quién corresponde la legitimación pasiva, extremo para cuya concreción además de lo dispuesto en la *lex fori*, rectora del proceso ex artículo 3 LEC, deberá tenerse en cuenta la ley que rige el fondo del asunto¹²⁷.

40. El tribunal español ante el que el trabajador presenta la demanda de despido deberá determinar el Derecho aplicable al contrato de trabajo. Si el despido se produce como consecuencia de una sucesión internacional de empresas, habiendo sido designado el Derecho español bien con base en la autonomía de la voluntad de las partes bien en tanto que ley del lugar de prestación habitual del servicio o del lugar donde se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador, tal decisión se adoptará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 ET. Ahora bien, en función del criterio utilizado para designar aplicable el Derecho español, su aplicabilidad puede resultar condicionada o excepcionada. En tanto que ley designada por las partes, siendo válida la elección procederá su aplicación siempre que sus normas sean más favorables para el trabajador que las disposiciones del Estado donde se preste habitualmente el servicio o donde se encuentre el establecimiento que lo contrató. Asimismo, la intervención de normas imperativas de los ordenamientos objetivamente aplicables puede excepcionar la aplicabilidad del Derecho español designado por las partes, correspondiendo a la parte que lo invoque su alegación y prueba. En cambio, si su aplicabilidad se produce en tanto que ley del lugar de prestación habitual del servicio o porque en España se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador, su aplicabilidad, en principio, no resulta condicionada.

2. Referencia al régimen jurídico de las relaciones colectivas de trabajo

41. Las estrategias empresariales inciden sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores pero asimismo, en la medida en que a través de ellas se puede producir la suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, prolifera la tutela colectiva de los intereses de los trabajadores¹²⁸. El legislador se ha visto obligado, de este modo, a garantizar la representación y participación de los trabajadores en los órganos de decisión de las empresas, justificándose así las novedades que en nuestro Ordenamiento jurídico se han producido y se están produciendo en este marco y la pluralidad de disposiciones que abordan estos aspectos. En este marco, el artículo 44 ET, reformado a partir de las exigencias contenidas en la citada Directiva 2001/23¹²⁹, centradas en la mejora de los derechos de información y consulta para los trabajadores para los supuestos de transmisión de empresas. En el marco de la transmisión o sucesión de empresas, por ejemplo, el artículo 44.5 ET dispone que “cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no ex-

¹²⁶ STS de 24 de abril de 2007 (RJ 2066/2007).

¹²⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, 2007, pp. 295-336; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2007; M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2007, pp.

¹²⁸ F. VASQUEZ, “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la directiva”, en G. ESTEBAN VELASCO / L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coord.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, 2004, pp. 915-993; M. E. CASAS BAAMONDE, “La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea (procedimientos de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, G. ESTEBAN VELASCO/ L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coord.), *La sociedad anónima europea*. (...), cit., pp. 995-1069; F. VALDÉS DAL-RÉ, “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (Evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, en G. ESTEBAN VELASCO / L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coord.), *La sociedad anónima europea*. (...), cit., pp. 1071-1110.

¹²⁹ Entre otros, vid., A. V. SEMPERE NAVARRO / F. CAVAS MARTÍNEZ, “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico (...)”, cit.

tinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”. Como ocurría en el marco de la protección individual del trabajador, el amplio margen de libertad que la Directiva 2001/23 ha dejado a los Estados miembros puede derivar en importantes discrepancias que afectan, decisivamente, a la ordenación jurídica de estos aspectos en Derecho internacional privado. Especial relevancia adquieren, en este ámbito, las obligaciones informativas impuestas a las empresas implicadas en la transmisión y la instauración de un sistema de participación de los representantes de los trabajadores en el proceso¹³⁰. Garantías que se extienden a los dos sujetos activos de la sucesión empresarial, empresa cedente y cesionaria, y a los trabajadores de ambas, pues todos ellos pueden resultar afectados por la transmisión. De este modo se consagra en los párrafos 6 y 7 del artículo 44 ET en los que se establece la obligación, para cedente y cesionario, de informar a los representantes legales de sus trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores afectados por el cambio de titularidad en relación con la fecha prevista de la transmisión, los motivos de ésta, así como sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores y las medidas previstas para ellos. La información acerca de estos extremos tiene como finalidad garantizar que el trabajador conozca anticipadamente, antes de que se materialice la sucesión de empresas como establece el artículo 44.8 ET, los cambios que van a producirse. De esta obligación de información puede pasarse a la negociación cuando las empresas implicadas pretendan adoptar las denominadas “medidas laborales” debiendo abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con los trabajadores afectados, sobre las medidas a adoptar y las consecuencias que de las mismas se derivan, previsión recogida en los párrafos 9 y 10 del precepto citado.

42. Otras iniciativas comunitarias abordan la materia que nos ocupa como la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores ; la Directiva 2002/14/CE que establece el marco general de la información y consulta de los trabajadores en la CE y la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores¹³¹. Pretenden garantizar la participación de los trabajadores a través de sus representantes en los órganos de decisión de la empresa, conociendo los cambios estructurales que se llevarán a cabo y las consecuencias para los trabajadores¹³². De este modo, junto a la creación de nuevas figuras societarias como mecanismos para facilitar la cooperación empresarial, las iniciativas comunitarias referidas persiguen, especialmente, garantizar, en el plan colectivo, la tutela de los trabajadores¹³³. Fruto de estas disposiciones, en nuestro ordenamiento han sido elaboradas, entre otras, la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedad anónima europea o la la Ley 10/97 sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, entre otras. Además de paliar los efectos negativos que las estrategias empresariales pueden derivar sobre los trabajadores mediante la consagración de los derechos de información y consulta de tal modo que se permita la participación de los trabajadores en los órganos de decisión de empresas; también tratan de garantizar el respeto al estatuto y función de los representantes de los trabajadores.

La tutela de estos derechos en Derecho internacional privado, suscita algunas cuestiones relacionadas tanto con la determinación del tribunal internacionalmente competente como con el Derecho aplicable, a las que, en principio, se ofrece una regulación distinta de la prevista para los litigios relativos a la protección del trabajador en el marco del contrato individual de trabajo. Su análisis requiere que

¹³⁰ R. GÓMEZ GORRILLO / J. GORELLI HERNÁNDEZ / A. VALVERDE ASENCIO, *Marco laboral y relaciones colectivas de la Unión Europea*, 2002, pp. 128 y ss.

¹³¹ DO L 207, de 18 de agosto de 2003

¹³² Ambas directivas han sido incorporadas recientemente al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónima y cooperativa europeas (BOE núm. 250, de 19 de octubre).

¹³³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de la Sociedad europea: (...)”, cit., pp. 29-30; V. MAGNIER, “La société européenne en question”, *Rev. crit. DIP*, 93(3), 2004, pp. 555-587, espec., pp. 585-587; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, “Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la UE*, núm. 229, 2004, pp. 71-91

distingamos, además, según la acción que se ejercita.

43. En unos casos, cuando se produce la suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, es posible el ejercicio de acciones, tanto individuales como colectivas. Nos encontramos, pues con conflictos individuales de trabajo y conflictos colectivos de trabajo; siendo a veces difícil su separación¹³⁴. Es lo que ocurre cuando la extinción del contrato de trabajo que afecta a un grupo de trabajadores se produce como consecuencia de una sucesión internacional de empresas. Según lo califiquemos como conflicto colectivo o conflicto individual su régimen jurídico puede ser diferente en orden a la determinación del tribunal internacionalmente competente para su conocimiento¹³⁵. En todo caso, si el litigio tiene su origen en los contratos de trabajo individualmente considerados, el régimen expuesto en el apartado anterior sería extrapolable. Pero si se trata de un conflicto relativo a la propia regulación sin que se pretenda la satisfacción de un derecho subjetivo preexistente¹³⁶, su régimen jurídico varía. Como decíamos, en el sector de la competencia judicial internacional el régimen previsto para las relaciones colectivas de trabajo difiere del adoptado para los litigios relativos al contrato individual de trabajo¹³⁷.

La determinación del tribunal internacionalmente competente en estos litigios, relativos a relaciones colectivas de trabajo, está excluido del ámbito de aplicación material de los artículos 18 a 21 del R. 44/01 aplicables sólo a los contratos individuales de trabajo. En consecuencia, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en litigios relativos a la suspensión y/o extinción colectiva de relaciones laborales deberá efectuarse de acuerdo con el sistema general de foros previstos en el propio R. 44/01, siempre que el supuesto sea subsumible en su ámbito de aplicación material, personal, territorial y temporal¹³⁸. O, en su caso, con arreglo a las normas, convencionales o de producción autónoma, que integran el sistema de Derecho internacional privado español en el sector de la competencia judicial internacional. Conforme a estas disposiciones, la competencia judicial internacional corresponderá a nuestros tribunales cuando, estando domiciliado el demandado en Estado miembro, las partes se sometan expresa o tácitamente a los tribunales españoles. En defecto de estos foros, el demandante podrá elegir entre el Estado donde se encuentre el domicilio del demandado o donde concurren algunos de los foros especiales que contempla el artículo 5 en materia contractual o en litigios relativos a establecimientos y sucursales. La concurrencia de alguna de estas circunstancias en territorio español otorgaría competencia a nuestros tribunales.

44. Junto a estos supuestos, se pueden plantear litigios relativos a la infracción de los derechos de información y consulta. En nuestro Ordenamiento se han elaborado algunas normas de competencia que regulan esta materia y que, en líneas generales, no difieren del sistema de foros previsto con carácter general en los artículos 23, 24, 2 y 5.1 R. 44/01. De un lado, el artículo 36 de la Ley 10/197 recoge una norma de competencia judicial internacional en cuya virtud designa competentes a los tribunales españoles del orden social cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los mismos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español. De otro lado, la ley 31/2006 en su artículo 34 dispone que serán competentes los tribunales españoles del orden social para conocer de este tipo de litigios cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español. En ambos preceptos se concreta el concepto del domicilio. Así, en el artículo 34 Ley 31 /06 dispone que, en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, por domicilio de la comisión negociadora y del órgano de representación debe entenderse el de registro de la sociedad europea. Por su parte, el artículo 36 de la Ley 10/97 establece que, en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo es el de la dirección central.

¹³⁴ A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, (...) cit., pp. 485 y ss.

¹³⁵ P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales* (...), cit., pp. 47 y ss

¹³⁶ A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* (...), cit. pp. 703-706

¹³⁷ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*. (...), p. 113; P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales* (...), cit., pp. 47 y ss

¹³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho internacional laboral" (...), cit.

45. En el sector del Derecho aplicable, como ocurría en el sector de la competencia judicial internacional, deben distinguirse según la pretensión litigiosa. La limitación del ámbito de aplicación del artículo 8 R. Roma I a los contratos individuales de trabajo, excluye la posibilidad de aplicarlo a los conflictos colectivos de trabajo. No obstante, teniendo en cuenta las dificultades, a las que nos hemos referido, que se pueden plantear en orden a distinguir en algunos supuestos los conflictos individuales y colectivos cuando éstos tienen su origen en el propio contrato de trabajo suspendido o extinguido como consecuencia de una decisión adoptada por el empresario, la aplicabilidad del precepto citado estaría en función de las circunstancias que concurran en el supuesto. No resultando aplicable el precepto reglamentario, considerando que el litigio queda fuera de su ámbito de aplicación, deberá designarse el Ordenamiento aplicable conforme a las normas de producción autónoma.

46. En relación con los litigios que tienen por objeto la tutela de los derechos de información y consulta carecemos de norma específica. En la medida en que estos derechos, desde la perspectiva de nuestro estudio, pueden ser lesionados como consecuencia de la estrategia empresarial adoptada, su regulación se hará conforme a la *lex societatis*. Siendo ésta una ley extranjera, la posibilidad de que su aplicación sea modulada o excepcionada se efectuará bien con base en la excepción de orden público bien con base en la configuración de las normas que consagran estos derechos como normas imperativas aplicables tanto a supuestos internos como internacionales. No obstante, la armonización comunitaria y la adecuación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros a la misma constituye un elemento clave para alcanzar, en el mercado integrado, la tutela de los intereses de los trabajadores afectados por decisiones empresariales con el fin de alcanzar un equilibrio entre aquella necesaria protección y la libertad de empresa.

47. En esta línea, la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles recoge algunos preceptos relativos a la implicación de trabajadores recogiendo la incidencia de la legislación laboral sobre la *lex societatis*. Así, por ejemplo, en su artículo 6, sobre transformaciones entre sociedad anónima y sociedad anónima europea, dispone que “La transformación de sociedades anónimas en sociedades anónimas europeas y viceversa se regirá por lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 2157/2001 y por las normas que lo desarrollan, y por lo dispuesto en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas”.

En su artículo 67 establece que los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión. “1. Cuando la sociedad resultante de la fusión tenga su domicilio en España, los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a la legislación laboral española. En particular, los derechos de participación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 31/2006, de 18 de octubre. 2. Cuando al menos una de las sociedades que participan en la fusión esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad resultante de la fusión transfronteriza se rija por dicho sistema, ésta deberá adoptar una forma jurídica que permita el ejercicio de los derechos de participación. 3. A efectos de lo previsto en esta Ley, los conceptos de implicación y de participación de los trabajadores serán los establecidos en el artículo 2 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre. 4. Los derechos de información y consulta de los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión que presten sus servicios en centros de trabajo situados en España se regirán por la legislación laboral española, al margen del lugar donde dicha sociedad tenga su domicilio”.

Por último, en su disposición final tercera modifica de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, introduciendo un nuevo título en el que se hace referencia al régimen de los Derechos de participación de los trabajadores en las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias: “1. La participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza intracomunitaria que tenga o vaya a tener su domicilio en España, así como su implicación en la definición de los derechos correspondientes, se regirá por las disposiciones previstas en este capítulo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que al menos una de las sociedades que se fusionan emplee, durante el período de seis meses que precede a la publicación del proyecto común de fusión, un número medio de trabajadores superior a 500 y esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores. b) Que en

el caso de existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza aquella no alcance al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado a las sociedades participantes en la fusión, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios. c) Que, en el caso de existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, los trabajadores de los establecimientos de tal sociedad situados en otros Estados miembros ejerzan unos derechos de participación inferiores a los derechos de participación que ejercen los trabajadores empleados en España. 2. La aplicación de las disposiciones de este Capítulo excluye la de las disposiciones de cualquier otro Estado miembro en que la sociedad resultante de la fusión o las sociedades que se fusionan cuenten con centros de trabajo, salvo en los casos en los que exista una remisión expresa en este capítulo.(...)"

Asimismo, se incluye un capítulo II relativo a las Disposiciones aplicables a los centros de trabajo situados en España de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias aplicable (artículo 44) a los siguientes supuestos: "1. Salvo en sus referencias al órgano de representación, las disposiciones contenidas en el Título II serán aplicables a los centros de trabajo situados en España de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas con domicilio social en cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo. 2. Asimismo, serán de aplicación a las sociedades participantes en procesos de fusión transfronteriza intracomunitaria y a las sociedades resultantes de dichos procesos las disposiciones contenidas en el Título III, respecto de los procedimientos judiciales, en los términos establecidos en dicho título.3. Lo previsto en los apartados anteriores únicamente será de aplicación en los casos en que deba existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, de conformidad con las disposiciones de los Estados miembros por las que se dé cumplimiento al artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital".