

EL CONTRATO DE TRABAJO DE MARINOS A BORDO DE BUQUES MERCANTES (A propósito de la STJUE de 15 diciembre 2011, *Jan Voogsgeerd y Navimer SA*, As. C-384/10)

PILAR MAESTRE CASAS

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 03.09.2012 / Aceptado: 10.09.2012

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia por segunda vez sobre la interpretación del artículo 6.2 del Convenio de Roma (actual artículo 8 del Reglamento Roma I). Y, por segunda vez, el demandante es un trabajador del transporte internacional, pero en esta ocasión es un marino a bordo de buque mercante y no un camionero, como en el caso *Koelzsch*. El núcleo del litigio lo constituye la interpretación del concepto de «país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador» cuando éste no realice habitualmente su trabajo en un mismo país, en el sentido del artículo 6 del Convenio de Roma. Sin embargo, el TJUE confirma el carácter subsidiario de la conexión «lugar del establecimiento del empleador», y considera que puede identificarse un «lugar habitual de ejecución del trabajo».

Palabras clave: contratos de trabajo, trabajo a bordo de buques mercantes, Ley aplicable en defecto de elección: ley del país del lugar habitual de trabajo o ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, Convenio de Roma y Reglamento «Roma I».

Abstract: The European Union Court of Justice has pronounced for the second time the interpretation of Article 6 (2) of the Rome Convention (the current Article 8 of the «Rome I» Regulation). And, for the second time, the applicant is an international transport worker, but unlike the *Koelzsch* case when the applicant was a truck driver, this time he is a sailor on board of a merchant ship. This case concerns the interpretation of the concept ‘country of the place of business through which the employee was engaged’ where the employee does not habitually carry out his work in the same country, within the meaning of Article 6 of the Rome Convention. Nevertheless, the Court of Justice confirms that the rule ‘the employer’s place of business’ is applicable only in the alternative, considering that it is possible to identify a ‘habitual place of work’.

Key words: employment contracts, employment on board of a merchant ship, Applicable law in absence of a choice. Law of the habitual place of work. Law of the place of business through which [the employee] was engaged, Rome Convention and ‘Rome I’ Regulation.

Sumario: I. Introducción. 1. El supuesto de hecho del caso. 2. Cuestión previa: la competencia judicial internacional de los tribunales belgas. 3. Las cuestiones prejudiciales ante el TJUE. II. Reglas de Derecho aplicable al contrato de trabajo. III. Proyección al contrato de trabajo a bordo de buque. 1. ¿Existe un lugar habitual de trabajo? 2. La cláusula de excepción: los vínculos más estrechos. 3. Delimitación del criterio subsidiario: ¿sirve cualquier establecimiento de contratación? A) Criterios para su identificación. B) Requisitos exigidos para ser considerado «establecimiento de contratación». C) Establecimiento colaborador del empresario sin facultad de dirección. IV. Valoración crítica.

I. Introducción

1. El supuesto de hecho del caso

1. Nuevamente, en poco menos de un año, surge la necesidad de concretar la ley aplicable a un contrato de trabajo según el artículo 6.2 del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (en adelante CR)¹. En esta ocasión, se trata de un contrato de trabajo a bordo de buques mercantes, el caso *Voogsgeerd*², que presenta ciertas similitudes con el caso *Koelzsch*, primera decisión del TJUE al respecto, donde se solicitaba determinar si existe un país de prestación habitual del trabajo para un conductor de camiones que presta sus servicios en diferentes Estados de la Unión Europea³.

En ambos casos la demandada es una empresa con sede en Luxemburgo que contrata personal para trabajar en el extranjero; en ambos casos se trata de empleados móviles por tratarse de trabajadores del sector de transporte internacional; y en ambos casos el contrato contiene una cláusula de elección de ley aplicable a favor de la ley luxemburguesa. Por consiguiente, el núcleo de las cuestiones, en ambos casos, gira en torno a la fijación de la ley aplicable en defecto de elección, dados los términos del artículo 6.1 CR⁴ y su correspondiente artículo 8.1 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I)⁵.

2. Pero vayamos a los hechos que dan lugar al supuesto objeto de comentario y veremos que, sin obviar los paralelismos con el caso *Koelzsch*, el planteamiento de las cuestiones ante el TJUE en esta ocasión es radicalmente distinto.

El señor *Voogsgeerd*, con residencia en Zandvoord (Holanda), es un marino contratado por Navimer SA, empresa establecida en Mertert (Luxemburgo), para navegar por el Mar del Norte como jefe de máquinas a bordo de dos buques propiedad de Navimer (Ms Regina y Prince Henri).

Su contrato de trabajo, de duración indeterminada, lo celebra en la sede de Navigoble, empresa establecida en Amberes (Bélgica), fijando la aplicación del Derecho luxemburgués a la relación laboral.

Su prestación laboral se extiende desde agosto de 2001 al 8 de abril de 2002, fecha del despido.

Casi un año después, el 4 de abril de 2003, *Voogsgeerd* plantea una demanda contra las dos empresas, Navigoble y Navimer, ante el tribunal de Asuntos laborales de Amberes (arbeidsrechtbank te Antwerpen), pretendiendo una indemnización por despido con arreglo a la ley belga.

3. Dados los términos del litigio, resulta fundamental fijar la ley rectora del contrato de trabajo pues, según sea aplicable al contrato la ley luxemburguesa (ley elegida) o la belga (ley objetivamente aplicable), de ello dependerá que la acción para tal pretensión haya prescrito o no.

La ley luxemburguesa establece que la acción de reparación por un despido improcedente debe ser entablada en el plazo de tres meses a partir de la notificación del mismo o de su motivación. Sin embargo, el trabajador mantiene que la aplicación de esta ley no le priva de la protección que le otorgan

¹ BOE n° 171 de 19 julio 1993 y corr. errores BOE n° 189 de 9 agosto 1993.

² Puede consultarse el texto completo en STJUE de 15 diciembre 2011, *Jan Voogsgeerd y Navimer S.A.*, As. C-384/10.

³ Vid STJUE de 15 de marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10, con comentarios de A. ZANOBBETTI, «Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice», *CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 338-358, en <http://www.uc3m.es/cdt>; F. JAULT-SESEKE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *RCDIP*, núm. 2, 2011, pp. 455-461; C. BRIÈRE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10, *JDI Clunet*, T. 139, núm. 1, 2012, pp. 190-196; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo», *Diario La Ley*, núm. 7662, 30 abril 2010, Ref. D-267, versión *on line* y en *REDI*, vol. LXIII, núm. 2, 2011, pp. 246-250; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Competencia judicial y ley aplicable en la Unión Europea al contrato de trabajo internacional», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2011, versión *on line*.

⁴ Artículo 6.1 CR: «No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo».

⁵ DO L 177, de 4 julio 2008 y corr. errores, DO L 309, de 24 de noviembre de 2009.

las normas imperativas de la ley belga, aplicable a falta de elección, que no contiene una limitación temporal, alegando, de un lado, su vinculación con la empresa belga, Navigoble, pues a través de ella recibía las instrucciones de su empleador, Navimer; de otro, que Bélgica era el país donde cumplía su trabajo principalmente, dado que era el país de embarque y al cual regresaba tras finalizar cada viaje.

4. En primera instancia, el tribunal de asuntos laborales de Amberes se declara territorialmente incompetente para pronunciarse respecto de la demanda contra Navimer. Respecto de la demanda contra Navigoble, declara la admisibilidad de la acción pero la considera infundada.

En Apelación, el Tribunal de trabajo de Amberes (arbeidshof te Antwerpen) se declara competente para conocer de ambas demandas. Sin embargo, respecto de la demanda contra Navigoble, también desestima sus pretensiones de fondo, por entender que el demandante no aporta pruebas de haber sido puesto a disposición de esta sociedad; mientras que, respecto de la demanda contra Navimer, desestima la pretensión al entender que, según la ley luxemburguesa, habían prescrito los tres meses que ésta fijaba para interponer la acción de reparación ante la jurisdicción laboral desde la notificación del despido.

La aplicación de la ley luxemburguesa y no de la ley belga que invocaba *Voogsgeerd* se apoya, primero, en que es la ley elegida en el contrato, y segundo, en que también sería la ley aplicable en defecto de elección, de conformidad con el artículo 6.2, letra b) CR⁶, a título de ley del país del establecimiento que contrató al trabajador, considerando que no se prueba que el trabajo se hubiera realizado habitualmente en aguas territoriales belgas por lo que no se realizó únicamente en Bélgica.

Por tanto, bien a título de ley elegida, bien a título de ley aplicable en defecto de elección, el tribunal de apelación considera aplicable la ley luxemburguesa como «ley del establecimiento que lo contrató» que conduce a la desestimación de la pretensión por prescripción de la acción.

El error al determinar la ley aplicable al contrato de trabajo con Navimer, siempre en opinión del señor *Voogsgeerd*, provoca el recurso ante el tribunal de casación belga (Hof van Cassatie). De acuerdo con las alegaciones de *Voogsgeerd*, el tribunal de apelación debió tener en cuenta todas las pruebas aportadas que demostraban que era en Amberes, a través de Naviglobe, donde recibía las instrucciones para cada una de sus misiones y desde donde procedía al embarque y a donde regresaba tras finalizar cada viaje, lo que demostraba que realizaba habitualmente su trabajo en Bélgica.

5. A la vista de la sentencia emitida por el TJUE en el caso *Koelzsch* y dadas las múltiples similitudes apuntadas entre ambos supuestos, se solicitó al tribunal remitente (tribunal de casación belga) si mantenía su petición de decisión prejudicial⁷. Y el tribunal remitente mantuvo su petición⁸.

2. Cuestión previa: la competencia judicial internacional de los tribunales belgas

6. Con carácter previo, es destacable que cuando el señor *Voogsgeerd* opta por plantear su demanda ante los tribunales de Amberes (Bélgica) lo hace contra Navimer (empleador) y Naviglobe (establecimiento donde se ha firmado el contrato) solicitando una condena solidaria.

La primera pregunta que nos surge es en qué norma fundamentan los tribunales belgas su competencia judicial internacional. Nada se nos indica al respecto, si bien del relato de los hechos se deduce que, en primera instancia, el tribunal de asuntos laborales de Amberes se declara territorialmente incompetente para pronunciarse respecto de la acción contra Navimer⁹, pero después en apelación el tribunal de trabajo de Amberes se declara territorialmente competente (no «incompetente» como se señala en el apartado 14 de la versión española de la sentencia).

⁶ Artículo 6.2, letra b) CR: «Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país».

⁷ Las cuestiones prejudiciales en el caso *Koelzsch* fueron recibidas en el TJUE el 18 de enero de 2010. En el caso *Voogsgeerd* la fecha de remisión de la cuestión es de 29 de julio de 2010.

⁸ Punto 24 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERICA TRSTENJAK en el caso *Voogsgeerd*. No es casual que coincida la Abogada General con la del caso *Koelzsch*.

⁹ Apartado 13 de la STJUE que comentamos.

Podríamos pensar, y esto es aventurar, que el tribunal belga entiende que, de acuerdo con la regla de competencia especial prevista en el artículo 6.1 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento 44/2001)¹⁰, no es posible demandar ante los tribunales belgas a Navigoble y Navimer como co-demandadas¹¹.

No hay referencia alguna a la existencia de un acuerdo atributivo de competencia, por lo que entendemos que no existe, y de existir presumimos que sería a favor de los tribunales de Luxemburgo. Tampoco se alude a una posible sumisión tácita de Navimer.

7. Con estas premisas, si los tribunales belgas se han atendido a la sección 5ª del Reglamento 44/2001, como la única a considerar en contratos de trabajo, para justificar la competencia judicial internacional en la demanda contra Navimer habrán tenido que valorar los criterios contenidos en los artículos 19.2 o 5.5 Reglamento 44/2001, los únicos que permiten demandar al empresario en otro Estado miembro distinto al de su domicilio (Luxemburgo)¹².

Por el relato de los hechos no parece que se considerara el foro del Estado miembro del lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo contenido en el artículo 19.2, letra a) Reglamento 44/2001, ni siquiera como el tribunal del último lugar de trabajo¹³. Contra lo que pretendía el señor *Voogsgeerd*, en todo momento se pensó que Bélgica no era el único país de prestación del trabajo¹⁴.

Queda, entonces, el criterio subsidiario, contenido en artículo 19.2, letra b) Reglamento 44/2001, del «tribunal del lugar en que esté situado el establecimiento que *empleó* al trabajador»¹⁵, pensado para casos en que no sea posible determinar un país de lugar habitual de prestación del trabajo o prestándolo en varios países en ninguno de ellos se localice una actividad principal¹⁶.

Si se entendiera que Navigoble es una agencia de Navimer, puede producirse un problema de confusión entre el foro de la sucursal contenido en el artículo 5.5 Reglamento 44/2001 y el contenido en el artículo 19.2, letra b) Reglamento 44/2001, según cómo se interprete el criterio «establecimiento que *contrató/empleó* al trabajador». Parece razonable afirmar que en contrato de trabajo lo relevante es el establecimiento en el cual se «inserta» el trabajador, pues de otro modo acabaría identificándose el «establecimiento que *contrató* al trabajador» con el «empresario que *contrata*» y, por lo mismo, confundiendo el foro del artículo 19.2, letra b) con el del domicilio del demandado previsto en el artículo 19.1

¹⁰ DO L 12 de 16 enero 2001. Última modificación llevada a cabo por el Reglamento (UE) n° 416/2010 de la Comisión, de 12 de mayo 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento 44/2001 (DO L 119 de 13 mayo 2010). Tal y como apunta GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 312, en Francia el tribunal de casación ya ha admitido esta noción de empleadores conjuntos o coempleadores

¹¹ Siguiendo el criterio del TJCE en *STJCE de 22 mayo 2008, Glaxosmithkline*, As. C-462/06.

¹² GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 242, considera el criterio del 5.5 inútil para los litigios del personal que trabaja en la sucursal o establecimiento secundario.

¹³ GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 308, nos ilustra con una sentencia del tribunal de casación francés, de 31 marzo 2009, para evidenciar las dificultades de precisión del criterio del «último lugar de trabajo», que trata sobre un marino que acude a los tribunales franceses como los del «último lugar de trabajo» cuando el puerto francés no era más que un puerto de escala antes de reiniciar otros trayectos internacionales.

¹⁴ O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el Derecho comunitario*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008, p. 128-130, advierte sobre las dificultades de utilizar el criterio «*locus laboris*» en relaciones de trabajo que se realizan en ámbitos no atribuibles a un Estado.

¹⁵ En opinión de N. MARCHAL ESCALONA, «Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana», *Diario La Ley*, núm. 5986, de 30 marzo 2004, versión *online*, la adopción del término «empleó» no debe interpretarse como una solución distinta a la prevista en el Convenio de Bruselas, pudiendo entenderlo como establecimiento que lo hubiera «contratado» o «empleado».

¹⁶ Esta solución adoptada en correspondencia con la del artículo 6.2, letra b) CR (Cf. F. POCAR, *Informe Explicativo del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007*, DO C 319, de 23 diciembre 2009, punto 87) sería el criterio preferible en contratos de trabajo de los marinos (Cf. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 308).

Reglamento 44/2001¹⁷; lo que corroboran las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK al afirmar que el «establecimiento» ha de diferenciarse de la «sede del empresario» bastando, para la calificación de establecimiento, con que «el empresario desarrolle su actividad empresarial desde allí y a tal fin contrate a trabajadores», si bien apoyándose para su interpretación en la Jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 5.5 Reglamento 44/2001¹⁸.

8. Con todo lo anterior, no pretendemos más que llamar la atención sobre la confusión provocada por el uso de las expresiones «establecimiento que ha *empleado*» o «establecimiento que ha *contratado* al trabajador», tanto en sede de competencia judicial internacional como en sede de ley aplicable, de lo que da buena muestra la versión española del texto de la sentencia.

Como no puede ser de otra manera, el tribunal se ciñe a las cuestiones que se le plantean, por lo que el aspecto de la competencia judicial internacional queda en un segundo plano. No obstante queremos destacar que, en cierto sentido, el criterio atributivo de competencia judicial internacional condiciona la solución al problema de ley aplicable¹⁹, pues es sabido que por coherencia el legislador parece querer que las nociones «lugar habitual de ejecución del trabajo» y «lugar de contratación» utilizadas reciban una definición única en los diferentes textos relativos al espacio de justicia y libertad²⁰, si bien los objetivos de la norma de conflicto no son los mismos que los de las reglas de competencia judicial²¹.

3. Las cuestiones prejudiciales ante el TJUE

9. Cuando el tribunal belga, cualquiera que sea el criterio competencial, se ve en la necesidad de determinar si ha prescrito o no la acción interpuesta por el señor *Voogsgeerd* contra Navimer para ello debe decidir si aplica la ley belga o la ley luxemburguesa e, inevitablemente, se encuentra con el obstáculo de concretar cuál es el «establecimiento que ha contratado al trabajador» en los términos del artículo 6.2, letra b) CR²².

Si en apelación se aplica la ley luxemburguesa parece deberse a la identificación del «establecimiento que ha contratado al trabajador» con el lugar donde radica la sede de la empresa que contrata al trabajador (Navimer) y no con el lugar donde radica el establecimiento que de hecho contrató al trabajador (Navigoble)²³.

10. Las cuatro cuestiones prejudiciales dirigidas al TJUE, de redacción más que farragosa en la versión española²⁴, se centran en la interpretación del concepto de «país en que se encuentre el estableci-

¹⁷ Cf. M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 181.

¹⁸ Puntos 82 y 83 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

¹⁹ Podemos trasladar aquí las observaciones a que se refiere la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK en el caso *Koelzsch*, aunque aludiendo al artículo 5.1 CBr, poniendo de relieve que una interpretación uniforme de los criterios de competencia y los de ley aplicable puede contribuir a hacer coincidir *forum* y *ius* (vid. puntos 70 a 83).

²⁰ Ver H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, pp. 305-308.

²¹ Como pone de relieve F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 620, «en lo que concierne a las relaciones de trabajo, puede ser recomendable multiplicar las jurisdicciones competentes para asegurar el acceso efectivo del trabajador a la justicia, lo que puede eventualmente justificar la admisión de una pluralidad de lugares de ejecución del trabajo. Por el contrario, es deseable que la ley del lugar de ejecución se decline en singular».

²² Nótese que mientras el Reglamento 44/2001, utiliza el término «establecimiento que *empleó* al trabajador», el CR en su artículo 6.2, letra b) alude a «establecimiento que haya contratado al trabajador», provocando, en principio, una falta de correspondencia entre el criterio de competencia y de ley aplicable.

²³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contrato de trabajo internacional» en A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, p. 845.

²⁴ No sólo en las preguntas sino a lo largo de toda la sentencia. Y parece que no es sólo mía la sensación de mala redacción de la sentencia, pues en el mismo sentido se manifiesta F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 117.

miento que haya contratado al trabajador», en el sentido del citado artículo 6.2, letra b) CR, cuando éste no realice habitualmente su trabajo en un mismo país.

El tribunal de casación belga entiende que Navigoble puede considerarse el establecimiento al que el trabajador está vinculado para su ocupación efectiva, y, por tanto, cuestiona la identificación del «establecimiento que ha contratado al trabajador» con el lugar donde radica la sede de la empresa que contrata al trabajador (Navimer).

Desde luego en la versión española no hay duda de la ausencia de identificación tras la nueva letra del artículo 8.3 Reglamento Roma I que se refiere a la «ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador»²⁵, más ajustada a la versión inglesa contenida en su precedente artículo 6.2, letra b) CR²⁶, si bien en la versión francesa no ha habido variaciones²⁷.

Al TJUE se le pide que responda a cuatro cuestiones dirigidas a caracterizar ese establecimiento, reconducidas finalmente a las tres siguientes:

Primera. Si el concepto de establecimiento que ha contratado al trabajador, en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR, se refiere al establecimiento que según el contrato de trabajo concluyó el mismo o al establecimiento de la empresa a la que el trabajador queda vinculado para el desempeño efectivo de su trabajo, y cómo se determina esa vinculación.

Segunda. Si este establecimiento de vinculación efectiva debe tener personalidad jurídica o puede ser un establecimiento de hecho.

Tercera. Si puede considerarse que el establecimiento de una empresa distinta de la que figura en el contrato como establecimiento empleador actúa como tal aunque no se le haya transferido la facultad de dirección.

11. En este caso ambos establecimientos, el de ocupación efectiva (empresa belga Navigoble) y el que contrata (la empresa luxemburguesa Navimer), tienen una unidad de acción, pues comparten un mismo director aunque no conste que formen parte del mismo grupo empresarial²⁸. Lo que conduce a la búsqueda del verdadero empleador del marino.

Siendo una práctica habitual de los organizadores de las relaciones de trabajo marítimo la de cuidarse de matricular el buque en un Estado poco exigente fiscal y socialmente (como Luxemburgo) y al tiempo de disponer de un centro de explotación comercial en un país europeo abierto al mercado internacional (como Amberes-Bélgica)²⁹, es probable que Navigoble, más que una mera agencia de embarque³⁰, sea un gestor del naviero o *shipmanager* (entendido como colaborador independiente de gestión de buques que realiza los actos materiales y jurídicos para la explotación del buque en nombre y por cuenta del naviero, entre cuyos encargos está la gestión de la dotación o tripulación, es decir, un

²⁵ Resulta llamativo que el TJUE no aluda en ningún momento a la continuidad entre el CR y el Reglamento Roma I. Así mientras que en el asunto *Koelzsch* (punto 78 de las conclusiones) la Abogado general insiste en este dato, incluso se menciona el Reglamento Roma I en el marco jurídico de la sentencia *Koelzsch*, en el caso *Voogsgeerd* no hay ni una sola referencia al Reglamento Roma I para aludir a la continuidad entre la interpretación del artículo 6.2, letra b) CR y el actual artículo 8.3 Reglamento Roma I.

²⁶ Que alude a «The law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated», quedando en el artículo 8.3 Reglamento Roma I como «the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated».

²⁷ El artículo 6.2, letra b) CR alude a «la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur», y el artículo 8.3 Reglamento Roma I alude a «la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur».

²⁸ Según P. CHAUMETTE, «De l'établissement d'exploitation du navire et du lieu habituel de travail d'un marin», *Le Droit Maritime Français*, núm. 734, 2012, p. 233, los vínculos entre las dos sociedades parecen funcionales. Muy crítica con el tratamiento de esta cuestión se muestra Cf. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 119.

²⁹ P. CHAUMETTE, «le droit du travail des gens de mer en chantier –deconstruction/reconstruction», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, p. 1250.

³⁰ O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. 46, se refiere a la tendencia habitual en las relaciones de trabajo marítimo a distender los vínculos entre el marino y la empresa naviera con la aparición de las agencias de embarque o *manning agencies*.

*crew management*³¹), pudiendo considerarse no sólo «establecimiento contratante» en los términos del artículo del artículo 6.2, letra b) CR o su equivalente artículo 8.3 Reglamento Roma I, sino verdadero «empleador»³². Y parece que a ese fin, a desvelar el verdadero empleador, van dirigidas las preguntas del tribunal de casación belga, de ahí la importancia e insistencia en el centro de ocupación efectiva.

II. Reglas de Derecho aplicable al contrato de trabajo

12. Con carácter meramente introductorio nos limitamos a exponer las reglas sobre Derecho aplicable a los contratos de trabajo internacionales para su proyección al contrato de trabajo marítimo, teniendo en cuenta que en este ámbito el Reglamento Roma I conserva el modelo del CR³³.

Como es sabido el CR y su sucesor el Reglamento Roma I son de aplicación universal, lo que significa que con independencia de que resulte aplicable la ley de un Estado miembro o de un tercer país y con independencia de los elementos subjetivos u objetivos de la relación jurídica, las reglas especiales sobre contrato de trabajo, contenidas en el artículo 6 CR y el artículo 8 Reglamento Roma I, en función de la fecha de celebración del contrato, se aplican siempre, desplazando las normas de conflicto estatales en la materia³⁴.

13. Se trata de normas que responden a la clásica técnica de reglamentación indirecta bilateral cuyo único objetivo es localizar el contrato en un determinado ordenamiento, pero a la vez con un cierto grado de orientación material buscando una mínima protección del trabajador, lo que condiciona la técnica de reglamentación³⁵.

14. En primer lugar, se contempla la elección de ley aplicable por las partes (artículos 6.1 CR y 8.1 Reglamento Roma I); no obstante, esta elección no podrá privar al trabajador de la protección que le ofrecen las normas imperativas («que no pueden derogarse mediante acuerdo») de la ley que sería aplicable en defecto de elección³⁶.

³¹ Para el análisis de esta figura, *vid.* E. MONZANI, «Crew managers» e «manning agencies», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, pp. 669-673; J.L. GABALDÓN GARCÍA y J.M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 3ª ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 427-433; I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2005, 311-314.

³² En la Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Alemania) el 10 de septiembre de 2007 - *Kathrin Haase y otros c. Superfast Ferries SA y otros*, As. C-413/07), archivada por auto de 4 diciembre 2007, DO C 283, de 24 noviembre 2007, si bien en el ámbito de la competencia judicial internacional, ya se planteó si el «*crew manager*» puede interpretarse como establecimiento empleador a los efectos del foro contenido en el artículo 19.2, letra b) del Reglamento 44/2001.

³³ Entre las aportaciones más recientes nos remitimos a A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 52-133, en <http://www.uc3m.es/cdt>; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, cap. XXVIII, pp. 838-862; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, esp. Cap. VIII, pp. 301-323; L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, pp. 1023-1068; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Navarra, Aranzadi, 2006; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957 de 30 mayo 2008, Ref. D-169, versión *on line*; M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIP*, t. VIII, 2008, pp. 387-424; F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, pp. 620-624; P. LAGARDE y A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 97, núm. 4, 2008, pp. 727-780; E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, pp. 1815 a 1835.

³⁴ A efectos de determinación del ámbito temporal del CR, nos interesa, por el carácter *erga omnes* del mismo la fecha de entrada en vigor según el tribunal del Estado que conozca del asunto, para España se produjo el 1 de septiembre de 1993. El Reglamento Roma I se aplica por los tribunales de los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (corr. de errores DO L 309, de 24 noviembre 2009).

³⁵ *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 195.

³⁶ Aunque el artículo 6 CR alude a «disposiciones imperativas» y el artículo 8 Reglamento Roma I alude a «disposiciones que no pueden derogarse mediante acuerdo» ambas expresiones son sinónimas.

Hay libertad de elección pero frenada, debiendo asegurarse la protección que le ofrecería la ley que sería aplicable en defecto de elección, que será la que presente la relación de mayor proximidad con el contrato, que normalmente será la del Estado en que el trabajador ejerce su actividad profesional por ser el medio profesional y político que influye en la actividad laboral, sin importar, en principio, que el nivel de protección del asalariado sea elevado o no³⁷

Su particular juego lleva a calificar esta norma de «regla combinatoria», lo que expresa la idea de que las normas materiales aplicables al contrato pueden ser obtenidas de dos sistemas jurídicos que habrá que combinar a fin de otorgar al asalariado una protección mínima³⁸.

15. En defecto de elección, se distingue según que el trabajo se desarrolle habitualmente en un único país o no.

Como acabamos de señalar, esta ley designada en defecto de elección cumple la doble función de designar el derecho aplicable y la de fijar el estándar mínimo de protección del trabajador al exigirse la aplicación de sus normas que no puedan derogarse mediante acuerdo de las partes (normas imperativas en la versión del CR).

16. En el primer supuesto, trabajo que se realiza habitualmente en un solo país, el contrato se rige por la ley del país en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo.

Esta regla *lex loci laboris* se reformula en el artículo 8 Reglamento Roma I («ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente») haciéndose eco de la Jurisprudencia en competencia judicial internacional en situaciones de trabajadores que no realizan habitualmente su trabajo *en un mismo Estado*, pero sí lo llevan a cabo *desde un mismo Estado*³⁹. Se incluye así a trabajadores cuyas prestaciones se llevan a cabo en diferentes países pero hay un país que constituye una suerte de «base de operaciones»⁴⁰, otorgando un amplísimo alcance a la conexión *lex loci laboris* que pasa a ser la conexión principal⁴¹.

17. De no poderse localizar en los términos anteriores un lugar habitual de trabajo o cuando el trabajo se realice en un territorio no sujeto a soberanía estatal, el artículo 8.3 Reglamento Roma I establece como ley aplicable «la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador», mientras que el artículo 6.2, letra b) CR, se refiere a «la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador».

Este cambio de redacción para unos es «una pequeña diferencia semántica»⁴², para otros es «una auténtica norma de cierre»⁴³. Según la doctrina, debe entenderse que se trata de la ley del país donde el tra-

³⁷ Cf. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, París, L.G.D.J., 2008, par. 541.1; L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, pp. 1031-1032. Por su parte F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 624, entiende que será a través del juez como podrá traducirse la idea de favor que pretende el considerando 23 del Reglamento.

³⁸ Cf. F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 622.

³⁹ Como puso de relieve la Abogada General Sra. VÉRIKA TRSTENJAK en las Conclusiones al caso *Koelzsch* (punto 99): «para interpretar el artículo 6, apartado 2, letra a) CR se hace uso, por analogía, de la interpretación proporcionada por el TJUE en su jurisprudencia sobre el artículo 5.1 CBr».

⁴⁰ P. MANKOWSKI, «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», en F. Ferrari/S. Leible (eds), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 177; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2012, p. 352.

⁴¹ Vid STJUE de 15 marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10 y el riguroso comentario de A. ZANOBETTI, «Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice», *CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 338-358, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁴² Cf. M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIPr*, t. VIII, 2008, p. 413.

⁴³ Cf. L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1046, entendiendo que así se ha dado respuesta a todas posibles situaciones de ausencia de lugar habitual de trabajo.

bajador fue captado por el empresario, dejando en segundo plano el lugar de celebración del contrato⁴⁴. El establecimiento a considerar debe ser el establecimiento que procedió a contratar al trabajador, o sea, aquél «a través del cual» se establece la relación laboral, con independencia de que posteriormente el trabajo se desempeñe en otro establecimiento distinto, y no el establecimiento «donde se celebró el contrato»⁴⁵.

La fórmula elegida obedece a razones prácticas, una ley practicable, dejando a los tribunales la labor de precisar qué debe entenderse por establecimiento que contrata al trabajador⁴⁶.

A caracterizar este establecimiento van dirigidas las cuestiones prejudiciales del caso que nos ocupa, pero ya podemos anticipar que, a la vista de la interpretación extensiva llevada a cabo por el TJUE de la conexión «lugar habitual de trabajo», el criterio subsidiario del establecimiento de contratación quiere reducirse hasta casi su desaparición⁴⁷. Y añadimos que el empeño del TJUE en buscar un lugar habitual de trabajo merma el margen de apreciación al juez contemplado en el considerando 16 del Reglamento Roma I⁴⁸.

18. Por último, se establece una cláusula de excepción que permite la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el contrato [artículo 6.2, letra b) último párrafo CR y artículo 8.4 Reglamento Roma I]⁴⁹, en términos, *a priori*, menos estrictos que en el artículo 4.3 Reglamento Roma I que exige que resulte «claramente del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con la ley de otro país»⁵⁰.

Esta cláusula, de finalidad flexibilizadora⁵¹, atiende al principio de proximidad y para algunos no se trata sólo de una cláusula de excepción sino que constituye la regla⁵², si bien la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK en sus conclusiones al caso *Voogsgeerd* deja claro que la excepción sólo se aplicará una vez que se haya examinado previamente la pertinencia de los otros criterios de vinculación⁵³.

⁴⁴ Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 311; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 852; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957 de 30 mayo 2008, Ref. D-169, versión *on line*. Según E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, p. 1827, la interpretación literal de tal solución llevaría a los empleadores a formalizar los contratos en aquellos centros o sucursales establecidas en países de baja protección social, sin que sea tal el efecto deseado por la norma. «Por ello ha de entenderse que se está haciendo referencia al establecimiento al que el trabajador se encuentre organizativamente adscrito o al lugar donde radica el establecimiento que ha acogido al trabajador».

⁴⁵ Vid. el ejemplo que pone F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2012, p. 353: «si un trabajador es *captado* a través de un establecimiento del empleador en España, pero posteriormente el trabajador se desplaza a Amsterdam para firmar allí el contrato, el establecimiento relevante es el primero».

⁴⁶ Cf. P. RODIÈRE, *Droit social de l’Union Européenne*, París, L.G.D.J., 2008, par. 543.

⁴⁷ Como afirma L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1037, se quiere que el criterio de conexión «lugar de ejecución» sea aplicado incluso cuando no existe.

⁴⁸ Según el cual «Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, *el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación*».

⁴⁹ Para mayores precisiones sobre la cláusula de excepción vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 853.

⁵⁰ Sin que la no inclusión del adverbio en contratos de trabajo deba llevar a alimentar un contencioso sobre el grado de estrechez de los vínculos requerido con otro país para la aplicación de la cláusula de excepción según P. LAGARDE y A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 97, núm. 4, 2008, p. 738, nota 37. Para F. JAULT-SESEKE, «L’adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 624, si bien es cierto que no hay que perder el tiempo en esta diferencia, no se excluye que el legislador comunitario haya querido proporcionar al juez de los litigios de trabajo un margen de apreciación más amplio a fin de asegurar la protección de la parte débil.

⁵¹ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 221.

⁵² Cf. P. RODIÈRE, *Droit social de l’Union Européenne*, París, L.G.D.J., 2008, pár. 544 y M.D. ADAM MUÑOZ, «Algunas consideraciones en torno al contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado de origen comunitario», en M. SABIDO RODRÍGUEZ (Dir.), *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2012, en prensa.

⁵³ Punto 74 de las Conclusiones de la Abogada General.

III. Proyección al contrato de trabajo a bordo de buques mercantes

1. ¿Existe un lugar habitual de trabajo?

19. Es sobradamente conocido que cuando se elaboró el CR no se creyó necesario establecer una regla especial para este trabajo⁵⁴, lo que obliga a concretar la ley aplicable conforme a las soluciones generales⁵⁵ con todas las dificultades de precisión del lugar habitual de trabajo dada la naturaleza itinerante del mismo en el sector marítimo⁵⁶.

20. Tradicionalmente el buque ha sido considerado un centro de trabajo siendo a la vez un bien móvil por naturaleza⁵⁷ y un lugar de trabajo fijo⁵⁸. Esta circunstancia llevó a la mayoría de la doctrina a identificar el trabajo desempeñado a bordo de un buque con trabajo realizado en un único país y así estar a la ley del pabellón del buque a título de ley del país donde se prestan los servicios⁵⁹. Pero la operatividad de la ley del pabellón como *lex loci laboris* ha sido ampliamente cuestionada⁶⁰, ya no sólo por los efectos perversos de los pabellones de conveniencia sino porque no deja de ser una conexión ficticia puesto que el buque no es un territorio⁶¹.

Estas dificultades de precisión de la ley aplicable al contrato de trabajo a bordo de buque ya se pusieron de manifiesto a propósito de la transformación del CR en instrumento comunitario⁶². Pero a pesar de las sugerencias sobre la necesidad de una regla específica para el personal navegante (gente de

⁵⁴ Cf. M. GIULIANO y P. LAGARDE, *Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C 327, de 11 diciembre 1992, p. 23.

⁵⁵ Para un análisis del juego de las diferentes conexiones tanto en ley aplicable como en competencia judicial, véase F. AGUIRRE RAMÍREZ y C. FRESNEDO DE AGUIRRE, «Ley aplicable y jurisdicción competente en el contrato de ajuste (examen comparativo de la doctrina y jurisprudencia de Uruguay y de España al problema del régimen de Derecho internacional privado de la tripulación)», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XIX, 2002, pp. 167-200, así como F. AGUIRRE RAMÍREZ y C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho del Transporte. Transporte Marítimo*, Vol. II, Montevideo, FCU, 2ª ed., 2009, pp. 85-109.

⁵⁶ J.M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho marítimo: el buque, el naviero, personal auxiliar*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1990, p. 142, afirma que las particularidades del trabajo en el mar no deben llevar a calificar esta relación laboral de especial.

⁵⁷ Como apunta J.F. LOUSADA AROCHENA, «El centro de trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 27, 2011, *versión online*, pp. 175-188, esp. p. 184, el buque es un centro de trabajo móvil o itinerante, lo que le diferencia de otras empresas de transporte de mercancías o de pasajeros que no se consideran empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, al no constituir centro de trabajo vehículos como un camión, un autobús, un tren o un avión.

⁵⁸ Cf. M. A. ASÍN CABRERA, «La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I», *AEDI-Pr*, t. VIII, 2008, pp. 373-386, p. 374. El artículo 1.5 Estatuto de trabajadores dispone que «...En la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base».

⁵⁹ Vid. J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 121; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 852; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 309-310; M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2008, p. 245.

⁶⁰ Vid. en F. MORGENSTERN, *Conflictos internacionales de Derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional. Informes OIT*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 55-56, los supuestos en que es inapropiada la ley del pabellón. Ahora bien, como afirma P. CHAUMETTE, «Le marin entre le navire et sa résidence. Le registre international français des navires (RIF)», *RCDIP*, vol. 95, núm. 2, 2006, pp. 275-299, esp. p. 289, no se puede ignorar que la ley del pabellón sigue siendo un núcleo duro que alcanza al Derecho penal y disciplinario, la protección de la persona del trabajador, los derechos colectivos, el respeto del Derecho internacional y del derecho comunitario,

⁶¹ Cf. P. LAGARDE, «Nota a la loi n° 2005-412 du 3 mai 2005 relative à la creation du registre international français» *RCDIP*, vol. 94, núm. 3, 2005, p. 531; P. CHAUMETTE, «Le navire, ni territoire, ni personne», *Le Droit Maritime Français*, núm. 678, 2007, pp. 97-109; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. 168; S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 174.

⁶² Vid. Documento COM (2002) 654 final, de 14 enero 2003, *Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*, pp. 40-41. En el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo* sobre este Libro Verde, DOCE C 108, de 30 de abril de 2004, pp. 13-14, se sugería estar al criterio subsidiario del establecimiento de contratación respetando siempre la cláusula de excepción para evitar la ley del pabellón. El Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, en su 12ª reunión, París, 20-22 septiembre 2002, aludía también a la imposibilidad de establecer una regla general en un ámbito dominado por la casuística.

mar, marinos, personal de vuelo)⁶³, finalmente, como ya ha quedado dicho, la modificación se limita a la locución añadida en el artículo 8.2 Reglamento Roma I al establecer que «... el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, *a partir del cual* el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente...»⁶⁴.

21. Dado que la primera regla a considerar, siempre en defecto de elección de ley, es estar a la ley del país de realización habitual del trabajo, nos preguntamos si existe un país habitual de trabajo en el desempeñado a bordo de un buque mercante.

El buque mercante puede estar navegando por todo el mundo, incluso sin volver a tocar el puerto donde se embarcó que, en muchas ocasiones, no será ni el de la firma del contrato, ni donde se halle el establecimiento del naviero ni la agencia de embarque, ni tampoco el del pabellón del buque, etc. No son infrecuentes casos como, por ejemplo, el de marino que firma el contrato en Bilbao para trabajar en una compañía Noruega, embarcando bien en Escocia bien en Camerún o en cualquier puerto del mundo e, igualmente, desembarcando en cualquier otro país del mundo.

La doctrina más autorizada siempre ha mantenido la necesidad de recurrir a la regla subsidiaria del establecimiento que contrata o, en su caso, a la cláusula de excepción, pues a falta de elección, salvo en tráfico de cabotaje nacional, lo incierto es el lugar de ejecución habitual de trabajo con la imposibilidad de aplicar la regla del *locus laboris*⁶⁵.

22. Contra esta autorizada doctrina el TJUE nos sorprende con la extensión de la solución de la sentencia *Koelzsch* al trabajo desarrollado en el transporte marítimo internacional⁶⁶.

Para ello procede con el mismo método. Por medio de los criterios cualitativos y cuantitativos, según que el asalariado ejecute sucesiva o simultáneamente sus actividades en varios países, busca localizar el lugar de cumplimiento habitual del trabajo⁶⁷.

Así, en caso de ejecución plurilocalizada se considera país de lugar habitual de trabajo *aquel país en el cual o desde el cual el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones respecto a su empresa* (STJCE de 13 de julio de 1993, As. C-125/92: *Mulox*), *aquel país en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales* (STJCE de 9 de enero de 1997, As. C-383/95: *Rutten*); *a falta de otros criterios, este lugar es aquel en el que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de trabajo* (STJUE de 27 febrero 2002, *Weber*, As. C-37/00).⁶⁸

⁶³ Vid. la Respuesta conjunta de U. MAGNUS y P. MANKOWSKI al Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma, pp. 29-30 que puede consultarse en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/university_hamburg_en.pdf

⁶⁴ En la *Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, presentada por la Comisión, Documento COM (2005) 650 final, de 15 diciembre 2005, p. 7, se ponía de relieve que la expresión «país a partir del cual...» recogía la Jurisprudencia del TJCE y su amplia concepción del lugar habitual de trabajo, lo que además de permitir, por ejemplo, aplicar la norma al personal que trabaja a bordo de aviones, si existe una base fija a partir de la cual se organiza el trabajo y donde este personal ejerce otras obligaciones frente al empresario (registro, control de seguridad) provocaría que el criterio del establecimiento que contrata se aplicara muy excepcionalmente.

⁶⁵ S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 185; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, pp. 163-178; P. LAGARDE, «Nota a la loi n° 2005-412 du 3 mai 2005 relative à la création du registre international français» *RCDIP*, vol. 94, núm. 3, 2005, p. 531; P. CHAUMETTE, «Loi du pavillon ou statut personnel. Du navire comme lieu habituel de travail», *Droit Social*, núm. 12, 1995, 997-1005, esp. 1001; P. CHAUMETTE, «L'internationalisation du travail maritime. L'impossible encadrement?», *Le Droit Maritime Français*, núm. 543, 1994, pp. 675-694.

⁶⁶ Incluso F. JAULT-SESEKE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *RCDIP*, núm. 2, 2011, p. 459, después de valorar positivamente la interpretación extensiva que lleva a cabo el TJUE del criterio de «lugar habitual» entiende que el «lugar de contratación» queda reservado a la actividad marítima. También A. ZANOBETTI, «Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice», *CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, en <http://www.uc3m.es/cdt>, pp. 351-353, niega que esta interpretación amplia del criterio del lugar habitual sea posible para el trabajo a bordo de buques; para ella la protección vendrá dada por otras disposiciones como el recurso al orden público (Art. 16 CR y 21 Reglamento Roma I) o por las leyes de policía (Art. 7.2 CR y 9.2 Reglamento).

⁶⁷ Vid. C. BRIÈRE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10, *JDI Clunet*, T. 139, núm. 1, 2012, p. 194 y F. JAULT-SESEKE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *RCDIP*, núm. 2, 2011, p. 459.

⁶⁸ Vid. los comentarios de P. CHAUMETTE, «Conflit de juridictions pour un travail effectué dans les eaux territoriales et sur

El TJUE en el apartado 38 de la sentencia señala que, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan la actividad del señor *Voogsgeerd*, atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector marítimo, debe considerarse en particular en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo siendo posible determinar un país a partir del cual el trabajador cumple la parte esencial de sus obligaciones respecto de su empleador⁶⁹.

23. Queda clarísima la voluntad del legislador de atribuir una interpretación extensiva al «lugar habitual de trabajo» intentando que, en la medida de lo posible, la ley aplicable al contrato de trabajo se establezca sobre este criterio⁷⁰.

Tras esta sentencia se confirma la extensión de este criterio al personal navegante (pilotos, marinos, personal auxiliar de barco o de vuelo, etc.) en la medida en que estén vinculados a una base fija⁷¹, dando la sensación de que todo contrato de trabajo posee un «lugar habitual de ejecución», convirtiendo el criterio del establecimiento no en criterio subsidiario sino incluso en criterio marginal⁷². Únicamente en supuestos de absoluta imposibilidad para el juez que conoce del asunto de determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo deberá acudir al criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador»⁷³.

Lo cierto es que esta interpretación puede valer para el caso concreto del señor *Voogsgeerd* o situaciones similares, pero considerar que un contrato de trabajo a bordo de buque siempre es ejecutado a partir de un lugar dado nos parece un tanto forzado ya que algunos de los criterios empleados para concretar el país habitual de trabajo pueden ser imposibles de determinar porque puede no existir un puerto de embarque o desembarque cuando, por ejemplo, éstos se efectúen sin encontrarse el buque en un puerto o se realice en aguas internacionales mediante helicópteros. Además ciertas obligaciones de los marinos a bordo de buque mercante son ejecutadas en cada puerto de escala, lo que significa ausencia de base fija de ejecución de las obligaciones frente al empresario⁷⁴.

le Plateau continental de deux Etats membres de l'Union Européenne», *Neptunus, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes*, vol. 8, 2002, versión online; C. GÓRRIZ LÓPEZ, «Competencia judicial internacional y trabajo marítimo: (a propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002, *Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.*)», *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XX, 2003, pp. 307-332; G. PALAO MORENO, nota a la STJCE de 27 de febrero de 2002, As. C-37/00, *REDI*, vol. LIV, núm. 2, 2002, pp. 862-868.

⁶⁹ Obviamente, aunque el TJUE no lo diga expresamente, ese lugar es Amberes-Bélgica. La afirmación es expresa en el punto 60 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK. Como en el caso *Weber*, se considera equivalente el lugar *habitual* de trabajo y el lugar *principal* o donde se ejecuta lo esencial del trabajo. *Vid.* G. PALAO MORENO, nota a la STJCE de 27 de febrero de 2002, As. C-37/00, *REDI*, vol. LIV, núm. 2, 2002, pp. 862-868, esp. p. 865, que señala la ampliación forzada del criterio del *forum loci laboris* con el objetivo de no tener que acudir al establecimiento. Igualmente respecto de ley aplicable, M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIP*, t. VIII, 2008, pp. 408-410 aludiendo al tránsito del lugar habitual al lugar principal. Para L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1031, la idea de «habitual» se ha exacerbado hasta conducir a resultados que son más que discutibles en la perspectiva de ley aplicable.

⁷⁰ Punto 77 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK en el asunto *Koelzsch*.

⁷¹ *Vid.* L.C. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 94; O. BOSKOVIC, «La protection de la partie faible dans le règlement Rome I», *Recueil Dalloz*, núm. 31, 2008, p. 2176; Igualmente S. FRANCO, «Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI Clunet*, núm. 1, 2009, p. 65. Para F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 623, esta interpretación es bienvenida al no permitir recurrir fácilmente a la conexión subsidiaria del establecimiento de contratación que puede ser forzada o manipulable.

⁷² *Cf.* F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 117. En el apartado 47 de la sentencia se afirma que únicamente una interpretación restrictiva del criterio residual (establecimiento) puede garantizar la plena previsibilidad en cuanto a la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo.

⁷³ Apartados 34 y 35 de la sentencia comentada.

⁷⁴ Lo que, según la propuesta de la Comisión, parece ser una de las condiciones para considerar que el trabajo es ejecutado a partir de un lugar dado. *Cf.* S. FRANCO, «Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI Clunet*, núm. 1, 2009, p. 66.

24. Lo que sí se extrae con certeza de las precisiones *ultra petita* aclarando el funcionamiento de la norma de conflicto⁷⁵ es que la ley del pabellón no es un criterio válido para regular el contrato de trabajo, de hecho no se menciona ni una sola vez a lo largo de la sentencia⁷⁶.

Sin embargo, a efectos de seguridad social está claro el predominio de la ley del pabellón, y eso que sí se han introducido modificaciones para los miembros de tripulaciones de vuelo y de cabina⁷⁷.

2. La cláusula de excepción: los vínculos más estrechos

25. No es extraño encontrar en la Jurisprudencia la llamada a la aplicación de la cláusula de excepción contenida en el último párrafo del artículo 6.2, letra b) CR y actual artículo 8.4 Reglamento Roma I⁷⁸.

Igualmente la doctrina recurre a la aplicación de esta cláusula de excepción basándose bien en la necesidad de eludir las leyes de pabellones de conveniencia⁷⁹, bien en que el Estado donde se localiza el lugar de contratación es un vínculo débil con la relación de trabajo y para evitar el riesgo de traslados de sede del empresario buscando el Derecho de un Estado de baja protección, cuando existe una divergencia manifiesta entre el lugar de contratación y el lugar de empleo efectivo⁸⁰.

26. Se deja abierta la posibilidad del juego de la cláusula de excepción aunque, en puridad, dado que esa vinculación más estrecha se identificaría normalmente con el puerto de explotación real del buque⁸¹, que en el caso se identifica con el «lugar habitual de trabajo», prácticamente priva de aplicación a la regla de los vínculos más estrechos⁸².

⁷⁵ Quizá el TJUE necesitaba reafirmar lo que la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK dedica en sus Conclusiones a la *Exposición del orden sistemático de examen en la determinación de la ley aplicable*.

⁷⁶ P. CHAUMETTE, «De l'établissement d'exploitation du navire et du lieu habituel de travail d'un marin», *Le Droit Maritime Français*, núm. 734, 2012, p. 228.

⁷⁷ Así en el Reglamento nº 883/2004 del PE y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, 30 mayo 2004, texto consolidado *on line*) tras su última modificación operada por el Reglamento (UE) nº 465/2012 del PE y del Consejo, de 22 mayo 2012 (DO L 149 de 08 junio 2012), en su artículo 11.4 establece que «A los efectos del presente título, una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará una actividad ejercida en dicho Estado miembro. No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación». Y en el artículo 11.5 «La actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancias se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentre la «base»...» (el concepto base se añade en el Considerando 18 ter como el «lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante»).

⁷⁸ En esta línea se sitúa la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, sec. 1ª), de 9 noviembre 2006, Aranzadi Westlaw JUR\2007\69053 comentada por M. SABIDO RODRÍGUEZ, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 903-908 y mencionada en *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 221 a propósito de la concreción de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo.

⁷⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 852; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p. 541; M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en G. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1986, p. 803; J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 157. No obstante L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1050, entiende que no cabe esta excepción para este supuesto.

⁸⁰ E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, pp. 1827 y 1828. Vid. Apartado 51 de la sentencia y punto 73 de las conclusiones de la Abogada General.

⁸¹ P. CHAUMETTE, «L'internationalisation du travail maritime. L'impossible encadrement?», *Le Droit Maritime Français*, núm. 543, 1994, p. 689; P. CHAUMETTE, «le droit du travail des gens de mer en chantier –deconstruction/reconstruction», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, p. 1252; C. BRIÈRE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, Heiko Koelzsch. As. C-29/10, *JDI Clunet*, T. 139, núm. 1, 2012, p. 193; S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 187

⁸² Claramente a favor de convertir en regla general la cláusula de excepción, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada. Comares, 2008, pp. 182-191.

3. Delimitación del criterio subsidiario: ¿sirve cualquier establecimiento de contratación?

A) Criterios para su identificación

27. Como, de todos modos, el órgano jurisdiccional remitente consideró que no era aplicable el criterio del lugar habitual de trabajo, entendiendo que se trataba de un trabajo plurilocalizado, la fórmula elegida en el artículo 6.2, letra b) CR o en el artículo 8.3 Reglamento Roma I, exige precisar a qué establecimiento de contratación se refiere.

Pero, ciertamente, a lo largo de la sentencia se refleja la poca utilidad de las cuestiones para resolver el litigio concreto, dado el empeño del TJUE de extender la Jurisprudencia *Koelzsch* al contrato de trabajo de los marinos y, con análogos criterios, identificar un lugar habitual de trabajo⁸³, si bien para un marino el único lugar posible de trabajo habitual es el buque, de hecho algunos marinos «embarcados» pueden realizar campañas enteras sin tocar el muelle de un puerto, simplemente porque el barco no llegue a atracar en ninguno.

Se pide al TJUE que determine si el concepto de establecimiento que ha contratado al trabajador, en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR, se refiere al establecimiento del empresario que, según el contrato, contrató al trabajador o al establecimiento del empresario al que el trabajador está vinculado para el desempeño efectivo de su trabajo y si esa vinculación puede desprenderse de la circunstancia de que el trabajador debe presentarse regularmente y debe recibir instrucciones en esta última empresa. En otros términos, se pide que concrete qué establecimiento es el relevante, aquél que contrató al trabajador o aquél en el que se inserta el trabajador⁸⁴.

28. Para la concreción de este criterio, caben dos planteamientos: uno, basado en un criterio fáctico que haría referencia al lugar del establecimiento al que está vinculado el trabajador en el desempeño efectivo de su trabajo; y otro, basado en un criterio formal que haría referencia al lugar del establecimiento que, según el contrato, ha contratado al trabajador⁸⁵.

Tanto la Comisión como el Gobierno neerlandés se inclinan por el criterio formal. El Gobierno neerlandés se inclina por la interpretación literal, en aras de una mayor previsibilidad, y la Comisión se basa en que del tenor de la disposición se extrae que el término «contratación» se vincula con la fecha de celebración del contrato y no con el desempeño efectivo de la actividad. En cambio el señor *Voogsgeerd* y el Gobierno belga se inclinan por el criterio fáctico. Según el señor *Voogsgeerd*, el criterio formal de la contratación puede ser un criterio débil, sin vínculos con la relación laboral cuando estemos ante un contrato celebrado con el establecimiento de una sociedad matriz con el mero objetivo de trabajar en el extranjero para la sucursal de esta sociedad. Para el Gobierno belga la interpretación fáctica obedece a la necesidad de vinculación del contrato con la realización efectiva del trabajo, para evitar abusos por parte del empresario mediante traslados de domicilio de la sociedad a Estados con escasas garantías sociales para el trabajador⁸⁶.

29. Teniendo en cuenta que únicamente se pueden considerar elementos relativos a la conclusión del contrato, pues los elementos relativos a la realización del trabajo sirven para caracterizar un lugar habitual de trabajo como criterio principal⁸⁷, el TJUE no puede optar más que por una concepción formal

⁸³ Afirma F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 116, que el tribunal obligado a responder a las cuestiones planteadas se engancha en fórmulas sibilinas.

⁸⁴ *Vid.* las precisiones realizadas en el punto 7 de nuestro comentario para competencia judicial internacional.

⁸⁵ F. JAULT-SESEKE, «L'office de juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail», *RCDIP*, núm. 2, 2005, pp. 253-385, p. 267 pone de manifiesto la noción incierta de «empleo/contratación» porque no se sabe si se refiere al lugar de conclusión del contrato o al lugar donde está situado el establecimiento al que se vincula el asalariado. El lugar de conclusión del contrato de trabajo nunca sería pertinente; retenerlo como criterio de conexión suscitaría fraudes.

⁸⁶ Puntos 27 a 35 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

⁸⁷ Ver puntos 65 a 68 de las conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK, aunque después en el punto 73, tras señalar el establecimiento que contrata evitando como único criterio el lugar de contratación, acaba afirmando que «la

de «establecimiento» de lo que resulta que se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquél al que está vinculado por su ocupación efectiva (apartado 52)⁸⁸.

30. Varias razones abogan porque este criterio formal no pueda interpretarse de forma literal en el sentido de referirse únicamente al lugar de celebración del contrato.

Primero. Porque por establecimiento puede entenderse tanto la sede principal de la empresa como sus agencias o sucursales pudiendo éstas contratar en nombre propio o en nombre de la empresa principal⁸⁹.

Segundo. Se exige que la sucursal o agencia haya actuado activamente por orden del empresario en la celebración del contrato, debiendo tomar en consideración no los elementos relativos a la realización del trabajo, sino únicamente los relativos al procedimiento de conclusión del contrato, como son el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista, y debe tratar de determinar la localización real de dicho establecimiento⁹⁰.

Tercero. El temor a la creación de centros o sucursales establecidas en países de baja protección social⁹¹, en clara alusión a las agencias de contratación de personal⁹², exige requisitos adicionales a la celebración del contrato. Así, no bastan meras oficinas de contratación sino que para poder ser entendidas como «establecimiento» deben servir a la finalidad comercial de la empresa mediante la gestión y la organización del empleo del personal reclutado; el trabajador debe haber sido efectivamente contratado por un centro de actividad de esta empresa⁹³.

31. En conclusión, atendiendo al acto formal de contratación del trabajador y no al aspecto fáctico del ejercicio de la actividad, se afirma que el concepto de «establecimiento del empleador que hubiere contratado al trabajador» se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquél al que está vinculado por su ocupación efectiva⁹⁴.

exclusiva toma en consideración del lugar de celebración del contrato a la hora de aplicar el artículo 6.2, letra b), puede resultar inadecuada en el caso de no coincidencia entre establecimiento contratante y lugar de actividad...» recurriendo a la cláusula de excepción.

⁸⁸ Postura que se contradice con la mantenida, entre otros, por L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1047.

⁸⁹ Vid. punto 70 de las conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK y, particularmente nota 38. Aunque se hace la referencia al texto inglés para apoyar este dato, recordamos que en la versión española se recoge con la locución «a través» incorporada en el artículo 8.3 Reglamento Roma I.

⁹⁰ Según el apartado 50 de la sentencia. No obstante, como pone de relieve F. JAULT-SESEKE, todos estos elementos relativos al procedimiento de conclusión del contrato no son necesariamente pertinentes pues está claro que en caso de subcontratación del procedimiento de selección el lugar de la agencia de selección de personal debe quedar sin incidencia sobre la ley aplicable al contrato de trabajo. Cf. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 118.

⁹¹ Esta necesidad de evitar abusos es lo que lleva, entre otros, a E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, p. 1827 a entender que se está haciendo referencia al establecimiento al que el trabajador se encuentre organizativamente adscrito o al lugar donde radica el establecimiento que ha acogido al trabajador.

⁹² Vid. nota 40 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK. De acuerdo con O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. 180, ante agencias de contratación establecidas en países dotados con legislaciones sociolaborales convenientes al explotador del buque, es desaconsejable la utilización de la conexión «lugar de contratación» por tratarse en múltiples ocasiones de un punto de conexión ficticio.

⁹³ Punto 71 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

⁹⁴ Si leemos el punto 75 de las Conclusiones de la Abogada General, se afirma, en la versión española, que «por Estado en el que se encuentra el establecimiento que ha contratado el trabajador en el sentido del artículo 6.2 letra b) CR ha de entenderse el Estado en que se encuentre el establecimiento del empresario que haya *empleado* al trabajador en virtud de un contrato de trabajo». Debe querer decir *contratado*, siguiendo el sentido formal del término, lo que se confirma en la versión francesa de las Conclusiones de la Abogada General y que es la que recoge el pronunciamiento del TJUE: «il convient de constater que le pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, au sens de l'article 6, paragraphe 2, sous b), de la convention de Rome doit s'entendre comme le pays où se trouve l'établissement de l'employeur qui, selon le contrat de travail, a embauché le travailleur».

B) Requisitos exigidos para ser considerado «establecimiento de contratación»

32. A la pregunta de si este establecimiento, a efectos de la aplicación del criterio subsidiario debe tener personalidad jurídica o puede ser un establecimiento de hecho, el señor *Voogsgeerd* defendía que un operador económico puede ser clasificado como establecimiento en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR si cuenta con una representación o una oficina que tenga una cierta permanencia y posea personalidad jurídica o bien cumpla otras exigencias sin que deba poseer una facultad de dirección o que el empresario principal haya delegado en él tal facultad, mientras que el *Gobierno belga* sostiene que no es precisa la posesión de personalidad jurídica bastando que su constitución se realice de conformidad con el Derecho del Estado del establecimiento, pero debe haber recibido de la empresa matriz el poder de dirección en relación con la fijación de las modalidades de remuneración y las condiciones de despido. Por su parte la *Comisión* sostiene, remitiéndose a la *STJCE de 22 de noviembre de 1978, Somafer SA, As. 33/78*, que la clasificación como establecimiento requiere un mínimo de estabilidad para impedir que se establezca un vínculo con un Estado que tenga un nivel de protección de los trabajadores inferior⁹⁵.

Por su parte la Abogado general, afirma que para la calificación de establecimiento en el sentido del artículo 6.2, letra b) del CR no es requisito imperioso la obtención de personalidad jurídica pero sí es un requisito mínimo una cierta permanencia, para evitar que el empresario se aproveche de una presencia meramente provisional en un determinado Estado para obtener la aplicación de un Derecho caracterizado por un bajo nivel de protección de los trabajadores⁹⁶.

Después acaba afirmando que «el concepto de «establecimiento» en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR debería entenderse en el sentido de que *comprende primordialmente la empresa que organiza en términos globales la actividad laboral del trabajador* (la cursiva es nuestra)» aunque podría interpretarse de forma amplia para comprender también otras unidades organizativas, diferenciadas de la sede del titular de la empresa, que desarrollen una actividad para el empresario, sin tener que reunir los requisitos para ser una empresa, bastando con que el empresario desarrolle su actividad empresarial desde allí y a tal fin contrate a trabajadores⁹⁷. La Abogado General deja claro que está extrapolando la definición de establecimiento del artículo 5.5 Reglamento 44/2001 al artículo 6.2, letra b) del CR⁹⁸.

33. El TJUE sigue las Conclusiones de la Abogado General, y considera que el término establecimiento se refiere a todas las estructuras estables de una empresa, pudiendo constituir establecimientos, en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, incluso aunque carezcan de personalidad jurídica, siempre y cuando estén dotadas de cierta estabilidad⁹⁹.

Y añade que para ser considerado establecimiento que contrata, a los efectos de la aplicación del criterio de vinculación del CR, es necesario que éste pertenezca a la empresa que contrata al trabajador¹⁰⁰, es decir, que forme parte integrante de su estructura¹⁰¹.

⁹⁵ *Vid.* puntos 36 a 40 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

⁹⁶ Punto 81 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK, inspirándose en el ejemplo del representante que pone P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*, 1991, vol. 80, núm. 2, p. 318, y que reproducen los apartados 55 y 56 de la sentencia.

⁹⁷ Punto 82 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

⁹⁸ Puntos 83 y 84 las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK. Ojo que en el Punto 84, en la versión española se dice que el establecimiento debe tener una relación de *independencia* jurídica frente a la sociedad principal, en lugar de *dependencia*.

⁹⁹ Apartados 54 y 55 de la sentencia y punto 81 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

¹⁰⁰ En las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK, puntos 82 y 83, se afirma que el «establecimiento» ha de diferenciarse de la «sede del empresario» bastando, para la calificación de establecimiento, con que «el empresario desarrolle su actividad empresarial desde allí y a tal fin contrate a trabajadores», lo que parece indicar que se asimila a un centro de explotación en el sentido del artículo 5.5 Reglamento 44/2001.

¹⁰¹ Apartado 57 de la sentencia. Para J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 105-106, nada se opone a que estos establecimientos sean propiedad de una persona jurídica independiente, controlada o no por la empleadora, especialmente cuando su actividad principal es, justamente, contratar trabajadores por cuenta y en nombre de otras empresas, como hacen las agencias de embarque.

Esta afirmación, en principio, provoca que la intervención de agencias independientes o intermediarios en la contratación no pueda ser considerada a efectos de determinación de ley aplicable al contrato de trabajo¹⁰², lo cual, entendemos, no se coherencia con la expresión recogida en el artículo 8.3 Reglamento Roma I «a través del cual...»¹⁰³.

Aunque después afirma que «únicamente en el supuesto en que resulte que una de las dos sociedades actuó por cuenta de la otra, podrá considerarse que el establecimiento de la primera pertenece a la segunda, a efectos de la aplicación del criterio de vinculación que establece el artículo 6.2, letra b) CR»¹⁰⁴.

34. En ocasiones, con el ánimo de favorecer la aplicación de la ley laboral y de seguridad social española, las agencias de embarque españolas han sido consideradas «empresarias» de los marinos españoles contratados en España para ser embarcados en buques bajo bandera de conveniencia¹⁰⁵. En esa línea se pronuncia la propuesta de Ley General de Navegación Marítima, al establecer en su artículo 214.2, relativo a contratación de dotaciones que «los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales para prestar servicios en buques extranjeros serán responsables solidarios con tal armador del cumplimiento del contrato celebrado...»¹⁰⁶.

C) Establecimiento colaborador del empresario sin facultad de dirección

35. Como ya hemos puesto de relieve en el apartado 11 de nuestro comentario, estamos en un caso en que ambos establecimientos, el de ocupación efectiva (la empresa belga Navigoble) y el que contrata (la empresa luxemburguesa Navimer), comparten un mismo director aunque no conste que formen parte del mismo grupo empresarial.

Para determinar si Navigoble es también empresa empleadora del personal contratado por Navimer, aunque no se le hayan transferido poderes de dirección¹⁰⁷, el TJUE remite a la valoración de todos los elementos objetivos que permitan establecer la existencia de una situación real que difiere de la que

¹⁰² Cf. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 118. Sin embargo, una opinión contraria se extrae del ejemplo con las ETT que puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 853.

¹⁰³ Según M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIPr*, t. VIII, 2008, p. 413, ya que el Art. 8.3 no especifica que el establecimiento tenga que pertenecer al empresario, podría entenderse que el país en que se ubica la agencia o intermediario como el país del establecimiento contratante pero estaría dando al empresario la posibilidad de localizar ficticiamente las contrataciones en la sede de agencias en países con estándares laborales bajos, por tanto este sería un criterio débil, puesto que no tendría una vinculación significativa con el contrato y, por tanto, debiera descartarse en favor de la sede real del empleador, o de cualquier otro criterio que representara un vínculo más estrecho.

¹⁰⁴ Apartados 49 y 64 de la sentencia. A propósito de las empresas reclutadoras de mano de obra G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 169, considera que para poder aplicar el criterio de vinculación contenido en el artículo 6, apartado 2, letra b) CR es necesario que la empresa reclutadora de mano de obra haya intervenido activamente en la contratación y que el grupo naviero posea un establecimiento secundario con cierta permanencia en ese lugar.

¹⁰⁵ Ver J.L. IRIARTE ANGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 169-170 y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia», *Revista española de Derecho del trabajo*, vol. 108, 2001, pp. 909-927, esp. p. 920.

¹⁰⁶ Propuesta presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (*BOCG-Congreso*, Serie B, Núm. 84-1, 6 de julio de 2012). De acuerdo con O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el Derecho comunitario*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008, p. 142, a propósito de la CJI y la dificultad de determinar el establecimiento contratante cuando intervienen agencias de management, en la nota 343 afirma que «la firma de los denominados acuerdos-tipo de gestión de tripulación Crewman A y Crewman B en conjunción con la noción de «Shipowner» (armador) que realiza el Convenio sobre trabajo marítimo de la OIT 2006 permitiría –sin demasiadas dificultades- imputar a la empresa de management y a la empresa receptora de mano de obra la consideración de empresarias».

¹⁰⁷ Y en ese caso volvemos a estar ante una sucursal, una agencia o cualquier otro establecimiento del empresario en el sentido del artículo 5.5 Reglamento 44/2001, pues únicamente si no están sometidos ni a su control ni a su dirección no estaremos ante este tipo de establecimiento. En este sentido *vid.* STJCE de 6 octubre 1976, *De Bloos*, As. 14/76 y STJCE de 18 marzo 1980, *Blanckaert & Willems*, As. 139/80.

se desprende de los términos del contrato¹⁰⁸. Parece que lo relevante es si de la situación fáctica se puede deducir que Navigoble es utilizada ordinariamente por la empresa empleadora¹⁰⁹.

Esta necesidad de atender a la verdad material en la determinación del empresario¹¹⁰, nos parece que se aleja del criterio formal mantenido, si bien puede ser útil para la búsqueda de una ley más estrechamente vinculada conforme a la cláusula de excepción, pues corresponde a los tribunales de los Estados miembros de la UE participar con sus decisiones en la búsqueda del verdadero empleador a través de criterios de proximidad, tanto en competencia judicial como en la solución del conflicto de leyes, para impedir conexiones lejanas, complacientes o ficticias que, voluntariamente, oscurecen la identidad del empleador¹¹¹.

Se trata de determinar si Navigoble, que parece ser un colaborador independiente que actúa en nombre y por cuenta del naviero, entre cuyos encargos está la gestión de la dotación o tripulación (*crew management*), puede ser considerado también «empleador». En realidad, se busca al verdadero empleador del marino o a sus coempleadores a través de la ley aplicable¹¹².

36. A propósito de esta cuestión la Abogado General, una vez más acogiéndose a la interpretación formal del acto de contratación, entiende que la facultad de dirección no puede ser un criterio pertinente para la calificación de establecimiento, sino para distinguirlo de las actividades por cuenta propia, lo que implica que no es decisivo quién tenga la facultad de dirección, pudiendo ésta ser delegada por el empresario en un tercero. El hecho de que el trabajador reciba instrucciones a través de una sociedad, dada la posibilidad para el empresario de delegar estos poderes de instrucción y supervisión del trabajo, no desvirtúa el cumplimiento de las obligaciones frente al empresario¹¹³.

Por tanto, concluye el TJUE que la facultad de dirección por sí sola no es determinante para considerar que el trabajador, en realidad, fue contratado por una sociedad distinta de la que figura como empleador¹¹⁴, sin que acabe de aclararse si el establecimiento de una sociedad tercera que interviene en el proceso de contratación, aunque no tenga la cualidad de empleador, puede ser considerado «establecimiento que contrata»¹¹⁵.

37. La circunstancia de que en este caso pueda ubicarse un puerto habitual del buque lleva a pasar por alto la práctica habitual de la contratación a través de sociedades *manning* (agencias de embarque o agencias de administración de la tripulación)¹¹⁶ que, si bien a veces actúan como mandatarios del naviero, en otras se convierten en el empleador directo de los trabajadores marítimos¹¹⁷, lo que debería

¹⁰⁸ Apartado 62 de la sentencia.

¹⁰⁹ Cf. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, «Ley aplicable al contrato de trabajo: lugar de contratación vs lugar de trabajo», *Actualidad Laboral*, núm. 5, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, versión *online*.

¹¹⁰ Cf. J.M. MIRANDA BOTO y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Octubre 2011-Febrero 2012», *Actum Social* n° 61. Marzo 2012, *online*.

¹¹¹ P. CHAUMETTE, «le droit du travail des gens de mer en chantier –deconstruction/reconstruction», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, pp. 1250-1252, alude a la práctica de los tribunales de Estados miembros consistente en atribuirse la competencia a título de tribunal del puerto donde el marino trabaja o de lugar real de explotación del buque, ignorando el domicilio del empleador e incluso el lugar de contratación del marino, privilegiando así un vínculo de proximidad para el acceso a la justicia. Y señala que esta misma proximidad hay que buscarla en la vinculación del contrato con un ordenamiento para huir de las leyes del pabellón (impuestas para regir el buque) o la elegida por las partes (impuesta para regir la sociedad de gestión de personal)

¹¹² Tal como lo expresa P. CHAUMETTE, *Prólogo* a la obra de O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. XXVII.

¹¹³ Punto 87 a 90 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

¹¹⁴ Apartado 63 de la sentencia.

¹¹⁵ Y, como afirma F. JAULT-SESEKE, sería deseable una respuesta claramente negativa para evitar las tentaciones de una deslocalización del contrato, incluso aunque con ella condujera a un callejón sin salida, porque ¿dónde situamos el establecimiento que contrata cuando no es aquél en el seno del cual el asalariado realiza efectivamente su trabajo? Cf. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 118.

¹¹⁶ Sobre éstas O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, pp. 46-49 y 180-182.

¹¹⁷ Vid. S.M. CARBONE, *Conflits de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 190; M. A. ASÍN CABRERA, «La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I», *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 373-386, p. 382.

permitir considerar a estas sociedades «establecimiento de contratación» a efectos de ley aplicable al contrato, siempre que además coincida con otros vínculos como el del lugar del establecimiento a partir del cual es efectivamente utilizado el buque o con el lugar de la sede a partir de la cual la empresa del armador tiene su centro de dirección y/o su actividad¹¹⁸.

IV. Valoración crítica

38. No es habitual que el TJUE se extienda en razonamientos que quedan al margen de las cuestiones prejudiciales.

Para dar una respuesta a las planteadas en este caso, el TJUE razona en dos fases. Primero nos ilustra sobre la necesidad de utilizar con carácter prioritario la conexión de la «ley del país de realización habitual del trabajo». Y sólo en segundo lugar pasa a valorar las cuestiones sobre el «establecimiento de contratación».

Y son las consideraciones sobre la conexión ley del país de realización habitual del trabajo, en todo caso *ultra petitem*, las que acaban tomando protagonismo en la sentencia porque hasta ahora, salvo para los casos de transporte de cabotaje nacional, nadie se había atrevido a afirmar con esta rotundidad que en los contratos de trabajo a bordo de buque mercante pueda fijarse un país que sea considerado «lugar habitual de trabajo».

39. El TJUE, probablemente movido por la intención de favorecer la aplicación de la ley más favorable para el trabajador y con el ánimo de que las normas de Derecho belgas no fueran desplazadas por la menos favorable ley luxemburguesa para otorgar al trabajador el derecho a la indemnización que solicitaba, acaba otorgando una igualdad de tratamiento al trabajo realizado en tierra y al trabajo en el mar, obviando que un buque es un centro de trabajo fijo a efectos de ubicar el lugar de prestación del servicio, lo que le diferencia de otros medios de transporte como el camión del caso *Koelzch* que, propiamente, no es un centro de trabajo.

Pero no es esta la única diferencia con el caso *Koelzch*. Valorando los criterios a tomar en consideración para establecer el país de realización habitual del trabajo, entre otras, podemos mencionar las siguientes diferencias:

Primera. En el transporte por carretera, la actividad siempre se desarrolla en un territorio, lo que no ocurre en el transporte marítimo salvo el de cabotaje nacional y no siempre pues incluso en éste también se navega por aguas internacionales, por ejemplo en un transporte marítimo entre Málaga-Melilla, considerado cabotaje nacional, se navega por aguas de Marruecos. Por tanto, no puede diferenciarse, como en *Koelzch*, entre países de mero tránsito, sin destino final, y países con destino final. En el transporte marítimo cada puerto es un lugar de actividad o destino final.

Segunda. El lugar donde se ubican las herramientas de trabajo, que en este caso es el buque, lo es también cada puerto en el que atraca el barco, siempre en cumplimiento de las obligaciones frente al empresario. No puede hablarse propiamente de estacionamiento del barco en un determinado país.

Tercera. El lugar de inicio y de destino puede ser incierto pues no todos los servicios de transporte marítimo internacional son en líneas regulares, como es el caso de la navegación tramp (*tramp Shipping*).

Cuarta. El puerto de embarque y desembarque puede ser igualmente incierto, es algo que depende de las necesidades del buque y de los periodos de vacaciones de la tripulación a bordo.

¹¹⁸ Vid. S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 187. En la nota 225 de la p. 189, nos ilustra con la práctica de los tribunales franceses que no han dudado en aplicar estos criterios para interpretar las reglas de competencia de los artículos 18 a 20 Reglamento 44/2001 a fin de permitir al trabajador prevalerse de la competencia jurisdiccional del Estado del puerto a partir del cual o en el cual el trabajador efectuó sus prestaciones o bien del estado del puerto en el que se encuentra la base efectiva de explotación del buque a bordo del cual se ha efectuado el trabajo, sin otorgar ningún papel al Estado del pabellón o al del puerto donde el buque está matriculado. Se trata de privilegiar una conexión de proximidad para el acceso al derecho y a la justicia.

40. En el caso concreto se entiende que el TJUE haya considerado que puede localizarse un lugar principal, más que habitual, de trabajo. Pero creemos que la línea en la que ha entrado el TJUE acaba en la más pura casuística, lo que se comprueba si contrastamos todos los índices sustanciales o temporales a considerar y cómo acaban siendo valorados.

Resulta que aquí parece fundamental el dato de que el señor *Voogsgeerd* reciba las instrucciones en Bélgica, cuando en *Koelzsch* la misma Abogado General afirmaba que para determinar el país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo no resulta relevante el hecho de que el Sr. *Koelzsch* recibiese instrucciones de Gasa Spedition, con domicilio en Luxemburgo, o directamente de la sociedad Gasa Odense Blomster, con domicilio social en Dinamarca; ese extremo, en ese caso concreto, se dijo que no ayudaba a determinar dónde cumplió el trabajador sus obligaciones frente al empresario.

Nos cuestionamos seriamente si las soluciones son extensibles a todos los contratos de marinos o gente del mar. Y ponemos en duda la afirmación que hace el TJUE en el apartado 47 de la sentencia según la cual «únicamente una interpretación restrictiva del criterio residual (establecimiento) puede garantizar la plena previsibilidad en cuanto a la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo».

41. En realidad, cuando el TJUE lleva a cabo una aproximación extensiva del lugar habitual de trabajo a través del centro efectivo de operaciones, lo que está considerando es un criterio basado en el centro de explotación del buque más que un lugar habitual de trabajo. Otra cosa es forzar la situación, aunque sea, insistimos, con el único ánimo de favorecer la aplicación de la ley alegada por el trabajador.

42. Con la interpretación que impide asimilar el «establecimiento de contratación» con el centro de ocupación efectiva, porque acaba siendo el lugar habitual de trabajo, se deja clara la marginalidad del «establecimiento» a los efectos de ley aplicable. Pero además otra consecuencia indirecta es la de limitar el juego de la cláusula de excepción puesto que la interpretación del lugar habitual de trabajo tal como la ha perfilado el tribunal traduce de forma suficientemente adaptada el principio de proximidad.

Hacemos una llamada de atención sobre la extensión de esta interpretación a las normas de conflicto de jurisdicciones porque, como se ha puesto de relieve, o bien debemos entender que «establecimiento que emplea» no es un concepto similar en conflictos de jurisdicciones y en conflictos de leyes, o se acaba anulando el foro del artículo 19.2, letra b) del Reglamento 44/2001 al asimilar el centro efectivo de ocupación del trabajador (el centro en el que se integra), con el lugar habitual de trabajo del artículo 19.2, letra a) del Reglamento 44/2001.

43. Finalmente, el tribunal no ha resuelto la cuestión fundamental de si el establecimiento de una sociedad tercera que interviene en el proceso de contratación, aunque no tenga la cualidad de empleador, puede ser considerado «establecimiento que contrata», dando la sensación de desconocimiento de las fórmulas de contratación de las tripulaciones en el sector marítimo.

Ciertamente, si no se quiere que la ley del establecimiento que contrata sea una conexión válida cuando estemos ante agencias de embarque para evitar las tentaciones de una deslocalización del contrato por el empleador, necesariamente debemos volver al establecimiento de vinculación efectiva, entrando de este modo en un círculo vicioso.

Definitivamente, no creemos que con esta decisión el TJUE haya contribuido a lograr un puerto seguro para la relación laboral en el tráfico marítimo internacional.