

ACCIÓN DE DESPIDO LABORAL, LEY APLICABLE
Y CUESTIÓN CALIFICATORIA VINCULADA A LA
PRESCRIPCIÓN. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA
N.º 300/2020 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE MADRID, SALA DE LO SOCIAL

LABOUR DISMISSAL ACTION, APPLICABLE LAW AND
QUALIFICATION ISSUE LINKED TO THE PRESCRIPTION:
FOR THE PURPOSE OF JUDGMENT NO. 300/2020 OF THE
SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF MADRID, LABOUR
CHAMBER

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

*Investigadora Becaria predoctoral. Gobierno Vasco
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Recibido: 04.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5982>

Resumen: La resolución judicial objeto del presente comentario resuelve de manera satisfactoria tres cuestiones claves vinculadas al ámbito del DIP: la calificación de la institución de la prescripción, la ley aplicable a un pleito de naturaleza laboral con dimensión transfronteriza y por último, la interacción entre los bloques normativos que entran en juego. En particular, la decisión judicial descarta la calificación como procesal de la institución de la prescripción y deriva de ello de forma correcta la aplicación de la *Lex Contractus* (en este caso, la ley dominicana). Sorprende en todo caso la ausencia de toda referencia a la norma de conflicto aplicable al litigio resuelto, concretada en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Palabras clave: prescripción, cuestión calificatoria, reenvío, norma de conflicto, bloques normativos.

Abstract: The judicial resolution that is the subject of this comment satisfactorily resolves three key issues related to the scope of the International Private Law: the qualification of the statute of limitations, the determination of the law applicable to a lawsuit of a labor nature with a cross-border dimension and finally, the interaction between the normative blocks that come into play in the litigation case. In particular, the resolution discards the procedural qualification of the prescription and derives from it the application of the *Lex Contractus* (Dominican Law) to it. In any case, the absence of any reference to the conflict rule applicable to litigation, such as the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations, is surprising.

Keywords: prescription, qualifying question, renvoi, conflict rule, normative blocks.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Supuesto de hecho. III. Competencia Judicial Internacional. IV. Incorrecta secuencia argumental formulada en el recurso de suplicación. V. Confusión argumental de la Abogacía del Estado: norma de conflicto y reenvío. VI. La cuestión calificatoria. VII. Consideraciones finales.

I. Consideraciones introductorias

1. Este comentario se ciñe a las cuestiones de Derecho Internacional Privado que emergen en la resolución objeto del mismo, dejando al margen las cuestiones jurídico-materiales de orden sociolaboral suscitadas en el marco de litigio. Desde un punto de vista subjetivo el caso concierne el despido de una trabajadora de nacionalidad española que desarrolla su actividad estrictamente laboral (sin función alguna de representación diplomática) en el Consulado de España en Santo Domingo (República Dominicana).

2. La Sentencia nº 300/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección nº5 de lo social) tiene por objeto el recurso de suplicación (nº 322/2019) interpuesto por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº20 de Madrid en autos nº 898/2018. Este último recurso fue presentado a raíz de la sentencia de instancia por la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por la actora, condenando al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación al abono a la actora (empleada del Consulado de España en Santo Domingo) de un importe en concepto de diferencias salariales por desarrollar funciones de categoría superior (auxiliar administrativo) a la que realmente ostentaba (subalterno).

3. En el recurso de suplicación se invoca de forma confusa y equívoca por parte de la Abogacía del Estado la aplicación de la ley sustantiva o material española (en particular, el Estatuto de Trabajadores, en adelante ET) argumentando literalmente que: *“En el segundo motivo del recurso, se denuncia, de conformidad con la letra c) del artículo 193 de la LRJS, la aplicación indebida de los artículos 12.2 del Código Civil, en relación con el 59.2 del Estatuto de los Trabajadores y 243 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, argumentándose que si la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra que no sea la española, siendo las normas relacionadas con la prescripción normas de tipo procesal, a la actora se le debió aplicar el plazo anual de prescripción contenido en el artículo 59 del ET por entender que la prescripción que en él se regula “no se refiere a la creación del derecho, sino a un ejercicio, lo que presupone su existencia previo, por su titular. No es, por tanto, la prescripción del ejercicio de las acciones, que tiene como fundamento último el principio de seguridad jurídica al impedir que pueda ser demandado indefinidamente, “sine die” quien, en su caso debiera abonar las cantidades reclamadas por el demandante, un derecho regulado por la ley material, sino por la procesal que regula el ejercicio no la existencia del derecho en cuestión”.*

4. No obstante, y frente a tal invocación argumental, la sentencia objeto de estudio descarta tal calificación, y señala que: *“Esta Sección acoge, sin embargo, los argumentos para justificar la aplicación de las normas extranjeras en materia de prescripción de acciones derivadas del contrato de trabajo, se contienen no solo en la sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 24-5-04, RS nº 5602/03, como bien se apunta en la impugnación del recurso, sino en la sentencia de la Sección Tercera de 18-3-16, RS nº 671/15, en la que se explica que el plazo de prescripción es de carácter sustantivo o material, de hecho la excepción se ha venido considerando una excepción de fondo o de carácter material y no una excepción procesal y así se ha señalado por esta Sala en un supuesto muy similar en sentencia de 11 de diciembre de 2015...”* El reproche carece de fundamento porque si bien el artículo 12 del CC (EDL 1889/1) dispone que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española, el plazo de prescripción de cinco años marcado por la legislación uruguaya es de naturaleza sustantiva o material, no procesal que haga prevalente la aplicación del plazo de un año del art. 59 del ET, debiéndose de recordar para que un plazo se pueda calificar de procesal es preciso que tenga como punto de partida una actuación de igual clase, como una notificación, una citación o un emplazamiento. Los plazos sustantivos son los establecidos para ejercitar los derechos jurídico-materiales, como pueden ser, por ejemplo, los plazos de prescripción y caducidad fijados en el Código Civil y en leyes especiales para ejercitar ciertos derechos, facultades o poderes y que en la mayoría de casos se concretan en el ejercicio de una acción judicial que, además, de ser la específica actuación exigida al titular del derecho para

evitar su caducidad, sirve a la vez para iniciar el proceso. Solo gozan de condición de plazos procesales aquellos que marcan los tiempos del proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial, y en el caso enjuiciado el ejercicio de la acción dentro de los cinco años reclamando las diferencias salariales es anterior al inicio del proceso laboral”.

II. Supuesto de hecho

5. En la sentencia recurrida en suplicación por la Abogacía del Estado se consignaron los hechos declarados probados. La actora, que interpuso la demanda frente al Ministerio en reclamación de cantidad, presta servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación desde el año 2006 en el Consulado de España en Santo Domingo, y ello en virtud de sucesivos contratos temporales. La categoría de dicho puesto consta en nómina de ordenanza y en el último contrato temporal (de fecha 19 de abril de 2009) consta la categoría de auxiliar.

6. Unos meses más adelante, en agosto del 2009, las partes suscribieron un contrato de trabajo indefinido, con categoría de subalterno (en la hoja de servicios figura la categoría profesional de subalterno).

7. Respecto a las tareas/funciones llevadas a cabo por la actora, en los autos consta Acta de manifestaciones de 6 auxiliares administrativas y una oficial, compañeras de la actora en la Oficina Consular de España en Santo Domingo realizadas ante el Cónsul Adjunto de España en fecha 12 de noviembre de 2018. La citada Acta (que se dio por reproducida) consigna las manifestaciones de las comparecientes en relación a las funciones que la actora realizó sucesivamente. Cuatro de ellas coincidieron en el Departamento de Visados, tres en el Registro Civil y una en el de Matrícula.

8. Desde el mes de mayo de 2017 la actora trabaja en el Departamento de atención a los nacionales del consulado, en el Registro de Matrícula. Dicha función la realiza bajo la supervisión de la Oficial Administrativo o del Cónsul Adjunto. Es importante subrayar que la actora no realiza funciones que impliquen toma de decisión alguna. También realiza las tareas de atención al resto de unidades que le encomienda el Cónsul General, dentro de su categoría. Anteriormente trabajaba en el Departamento de Registro Civil donde realizó diversas labores de asistencia a otras compañeras, pero sin adoptar decisiones o resolver expedientes.

En los períodos que estuvo en los departamentos de Visados Registro Civil y Matricula, la actora realizó las mismas funciones que sus compañeras auxiliares.

9. Respecto a las nóminas percibidas por la actora desde el inicio de la relación laboral, la demandante manifestó que existía una gran diferencia entre el salario percibido por ella y los salarios que percibieron sus compañeras que ostentaban el mismo puesto de trabajo, categoría auxiliar.

10. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación al abono a la actora de las diferencias salariales por desarrollar funciones de categoría superior (auxiliar subalterno) a la que realmente ostentaba (subalterno) y frente a dicho pronunciamiento se interpuso el recurso de suplicación.

III. Competencia Judicial Internacional

11. Siguiendo el lógico y adecuado razonamiento de aproximación internacional privatista al litigio cabe analizar en primer lugar la dimensión relativa a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para el conocimiento del mismo. Tal cuestión no ha sido objeto de debate en la *litis*: en ausencia de previsión de tal cuestión en el contrato que ligaba a ambas partes, la parte actora formula la demanda ante los tribunales españoles correspondientes al domicilio de la parte demandada

(foro general) no suscitándose controversia alguna en cuanto a la competencia judicial ni cuanto al *prius* relativo a la propia jurisdicción de los tribunales españoles. Por tanto, y desde una óptica de Derecho Internacional Privado, el debate se centra en la determinación del ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la reclamación salarial objeto del litigio y a la norma de conflicto que éstos deberán utilizar para resolver tal cuestión.

12. La ausencia de toda referencia a la cuestión de la competencia judicial internacional y en particular al foro o criterio de competencia de atribución invocable para justificar la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de este supuesto jurídico privado internacional residenciado en el orden jurisdiccional social justifica la inclusión en este comentario o Nota de diferentes referencias jurisprudenciales que muestran un acertado manejo de las fuentes normativas relativas a la determinación de la competencia judicial internacional en este orden o materia social:

Así, y entre otras, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019¹, al señalar en su Fundamento Jurídico primero que,

“La Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Justicia de Baleares en la sentencia de fecha 11 de julio de 2016 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó el recurso de demandante, y declaró la competencia de los Tribunales españoles, del Juzgado de procedencia, para conocer de la pretensión de despido formulada en la demanda, acordando, en consecuencia la devolución de los autos para que el Juzgado resolviera tal demanda. En su extensa y razonada justificación jurídica, la sentencia analiza detalladamente la incidencia que para la resolución del problema tienen los arts. 4.1, 18, 21 y 23.5 del Reglamento CE 44/2001, “Bruselas I” aplicable al caso por razones temporales, partiendo en su explicación de la ineficacia de la cláusula de atribución de jurisdicción pactada en la estipulación novena del contrato, para concluir, desde aquellos preceptos, con cita de varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en particular de la de 19 de julio de 2012- asunto C-154/11- analiza el alcance y literalidad del art. 18 del Reglamento, en los siguientes términos: “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro”.

13. En el supuesto litigioso ahora planteado no llegó a suscitarse debate alguno en relación a la existencia de inmunidad de jurisdicción, toda vez que ambas partes litigantes admitieron de forma incuestionada la jurisdicción y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles; pero el debate acerca del alcance de la regla de inmunidad de jurisdicción se ha formulado con cierta frecuencia ante instancias judiciales españolas en litigios que, como el del presente supuesto, se centran en el ámbito de una acción de despido laboral. Sobre tal específica cuestión de la invocación de la inmunidad de jurisdicción cabe citar la sentencia antes mencionada del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019, al indicar en su fundamento jurídico cuarto que,

“Desde esa perspectiva normativa debe decirse que la sentencia recurrida aplicó debidamente los preceptos que ahora vamos a examinar, teniendo en cuenta que estamos en presencia de la situación de hecho antes descrita: se trata del despido de un trabajador de nacionalidad holandesa, domiciliado en Palma de Mallorca, que tenía suscrito un contrato de trabajo como capitán de yate con una empresa domiciliada en la isla de Guernsey- no perteneciente por tanto a la Unión Europea- y que la actividad del trabajador se llevaba a cabo en ese yate, que tiene su centro de operación o base estable en el puerto de Palma de Mallorca. El artículo 4.1 del Reglamento 44/2000 previene con carácter general que “Si el demandado no estuviera domiciliado en un Estado Miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuestos en los artículos 22 y 23”.

¹ STS 19 noviembre 2019 (RJ 2019/4241).

14. Otra línea de reflexión jurisprudencial reciente y vinculada a pleitos derivados de acciones de despido con elemento de internacional viene representada por pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.² Los tres asuntos presentan una doble coincidencia inicial: se trata de Reclamaciones relacionadas con la vinculación contractual de los/as demandantes para ejercer trabajos por cuenta ajena al servicio de oficinas diplomáticas; y el objeto fundamental de la demanda, aunque no necesariamente el único, es la declaración de que el Estado del foro ha vulnerado su derecho a un proceso equitativo y la obtención de una satisfacción equitativa en el sentido del art. 41 CEDH.

El argumento de fondo es que los tribunales del Estado demandado respectivo les han privado de tal derecho como consecuencia de que, en algún estadio de la tramitación de su acción judicial, se ha procedido a aplicar la inmunidad de jurisdicción al Estado empleador.

IV. Incorrecta secuencia argumental formulada en el recurso de suplicación

15. El Abogado del Estado realiza una interpretación incorrecta de lo dispuesto en el antecedente 3º de la resolución judicial ahora comentada. Dicho antecedente dispone lo siguiente:

“La cláusula 7 del contrato establece que a la trabajadora le será de aplicación el régimen laboral establecido por la Legislación de la República Dominicana y la resolución de 31 de enero de 2008 de la SGAP por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la AGE sobre condiciones de trabajo de personal laboral en el exterior; y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el funcionamiento interno de las Representaciones relacionadas con su actividad.

El Código de Trabajo de la República Dominicana obra en los folios 52 a 160.

La Resolución de 31 de enero de 2008 de la SGAP por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la AGE sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior (BOE de 6 de febrero de 2008), obra a los folios 174 a 178”.

16. Es importante subrayar que, frente al tenor literal de la argumentación expuesta por la Abogacía del Estado, de la que cabría inferir que hay una doble y acumulativa elección conflictual de ley aplicable a dicha relación laboral, en realidad, en dicho contrato laboral existe un doble juego de la autonomía de la voluntad de las partes: primero, un ejercicio de autonomía conflictual (concretado en la cláusula 7 del contrato en la elección de ley dominicana como aplicable a tal relación laboral) y en segundo lugar, un ejercicio de autonomía material o sustantiva de las partes (plasmado en el clausulado de dicho contrato y en la incorporación por referencia de la resolución de 31 de enero de 2008 de SGAP por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba a su vez el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la AGE sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior). Es decir, mediante tal incorporación por referencia se contractualiza (contenido material no conflictual) el tenor de la resolución citada pero no se realiza una elección conflictual de ley.

17. Otra cuestión para el análisis y debate frente a la incorrecta argumentación de la Abogacía del Estado es la relativa a la concreción de la norma de conflicto utilizable para validar tal autonomía conflictual de las partes. En ese sentido, y como es sabido, el artículo 3.1 del Reglamento Roma I dis-

² En particular cabe mencionar tres sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: STEDH 23 marzo 2010 (Gran Sala), *Cudak c. Lituania*, no. 15869/02, §§ 11-18; STEDH 29 junio 2011 (Gran Sala), *Sabeh El Leil c. Francia*, no. 34869/05, §§ 7, 8 y 15; STEDH 17 de julio de 2012 (Gran Sala), *Wallishauser c. Austria*, no. 156/04, § 8. Vid. al respecto J. BONET PÉREZ, “La inmunidad de Jurisdicción del Estado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la relación laboral al servicio de oficinas diplomáticas”, en J. FORNER DELAYGUA/ C. GONZÁLEZ BEILFUSS/ R. VIÑAS FARRÉ (Coords.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 225-230.

pone que “*El contrato se regirá por la Ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”. Ésta constituye la regla primera y principal, así como el “*principio general*” recogido por el Reglamento Roma I para determinar la Ley estatal reguladora de los contratos internacionales. Cabe citar en apoyo de esta interpretación de la norma contenida en el Reglamento Roma-I, la STJUE 18 de octubre 2016,³ que en su parágrafo 42 establece lo siguiente:

“Para determinar el alcance exacto del artículo 9 del referido Reglamento, es preciso señalar que del artículo 3, apartado 1, y, en lo que respecta, más concretamente, a los contratos de trabajo, del artículo 8, apartado 1, del mismo Reglamento se desprende que la autonomía de la voluntad de las partes del contrato en lo que atañe a la elección de la ley aplicable constituye el principio general consagrado por el Reglamento Roma I”.

18. La cita del expresado Reglamento europeo puede verse en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2019 ⁴ relativa a la aplicación de la Ley de Arabia Saudí a la extinción contractual de la relación laboral de un administrativo contable, al servicio de la oficina económica y comercial de España en Riad, al señalar en su Fundamento Jurídico tercero:

“No es esto lo que se ha resuelto en el caso que analizamos, que, ante el vacío regulatorio del tema de extinción contractual, el mismo Acuerdo que ha regulado la relación laboral entre las partes, remite a la legislación del país donde se presten los servicios, que sí lo hace en la forma y con las consecuencias que se han asumido en el fallo de instancia, partiendo además, de un hecho probado, que no se ha cuestionado ante la Sala, cual es que otros trabajadores que han cesado en la prestación de servicios en la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Riad, han percibido finiquitos por renuncia conforme a la legislación de Arabia Saudí”.

19. Tal y como ha sido indicado, el primer punto de conexión previsto en el Reglamento Roma I para determinar la *Lex Contractus* es, pues, la autonomía de la voluntad conflictual que se define como el derecho subjetivo del que disponen los contratantes consistentes en poder elegir la Ley estatal que regula el contrato en el que son partes. La libre elección de Ley aplicable al contrato por las partes permite dotar de seguridad jurídica al contrato, evita controversias entre las partes en torno a cuál es la Ley aplicable del contrato, facilita la labor del tribunal y hace posible que los contratantes sometan su relación jurídica al Derecho material más adecuado a sus intereses.

20. La cláusula de elección de Ley aplicable al contrato evita ulteriores controversias entre las partes en torno a cuál es la Ley del contrato⁵. En este sentido se pronuncia (SAP Islas Baleares 15 octubre 2013 [contrato de retransmisión de carreras de F-1 sujeto al Derecho inglés]⁶). En tal sentido, cuando el contrato está dotado de una cláusula de elección de Ley las partes no litigarán sobre cuál es la Ley reguladora del contrato. Por ello, puede afirmarse que la cláusula de elección de Ley reduce costes de *enforcement* del contrato. Dicha cláusula evita litigar sobre la determinación de la Ley del contrato. Por esta razón, se afirma que la elección, por las partes, de la Ley del contrato, despliega la “función profiláctica”, pues evita conflictos jurídicos.

21. La autonomía de la voluntad conflictual sintoniza con la idea de eficiencia: la Ley elegida por las partes es la que mejor resuelve los conflictos entre las mismas porque es la que les permite sol-

³ STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, § 42.

⁴ STSJ Madrid 21 mayo 2019, (RJ 2019/4462).

⁵ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo III, Tiran lo blanch*, pp. 2892-2922.

⁶ SAP Islas Baleares 15 octubre 2013 (RJ 395/2013).

ventar tales disputas al menor coste posible. Es la Ley que les permite, en una mayor medida, ahorrar costes de transacción en los negocios internacionales⁷.

V. Confusión argumental de la Abogacía del Estado: norma de conflicto y reenvío

22. Cabe mencionar las siguientes incorrecciones técnicas argumentales del Abogado del Estado: En primer lugar, el Abogado del Estado acude al artículo 12 del Código Civil, precepto que como es sabido recoge las soluciones a los problemas técnicos de la norma de conflicto en el marco del Dopr de fuente interna o autónoma español. En realidad, antes de ello, debería identificarse cuál es la norma de conflicto utilizable para seleccionar la ley aplicable a este litigio. De manera implícita el posicionamiento de la Abogacía del Estado parece dar a entender que será la contenida en el propio Título Preliminar del CC (en particular, el art. 10.6 CC, sobre el particular véase sentencia 6) la norma aplicable, cuando en realidad la norma de conflicto aplicable es la contenida en el Reglamento Roma I, art. 8:

“El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”.

23. Al no realizar esta secuencia argumental correcta, y ni siquiera citar el Reglamento europeo trata de resolver cuestiones como la calificatoria o la del supuesto juego del reenvío (entre otras) con las reglas contenidas en el citado artículo 12 del CC, cuando el propio Reglamento Roma-I contiene ya respuestas expresas a ambas cuestiones, soluciones normativas que en atención al doble juego de la primacía del Derecho de la UE y de la eficacia *erga omnes* de dicho Reglamento han de quedar resueltas en todo caso por las previsiones de esta norma europea y no por las soluciones contenidas en el art. 12 del CC.

24. La norma de conflicto aplicable al presente caso es el Reglamento Roma I y en su artículo 20 prohíbe expresa y taxativamente el reenvío. En ese sentido, la gran mayoría de los reglamentos de Derecho Internacional Privado europeo impiden el reenvío con una “fórmula standard” que suele expresarse en los mismos de este modo: “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor de ese país” (entre otros, vid. art. 20 RR-I, art. 24 RR-II, art. 11 RR-III y art. 7.1 R. 2015/848). Dos razones explican esta exclusión general: (a) El legislador europeo entiende que las normas de conflicto europeas conducen en todo caso a la aplicación de la Ley del país más vinculado con la situación jurídica. Por ello, permitir el reenvío produciría el indeseable resultado de provocar la aplicación de una Ley imprevisible para las partes, de una Ley que no es la más vinculada con la situación, de una Ley que comportaría a las partes altos costes de información; (b) El reenvío provoca inseguridad jurídica, de modo que su exclusión permite que la Ley reguladora de la situación jurídica sea la Ley material designada de modo directo por la norma de conflicto europea. De ese modo, la norma de conflicto europea es previsible, certera y estable para las partes.

25. El reenvío se define como el fenómeno que se produce cuando la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país⁸.

⁷ P. MANKOSKI, “Just how free is a free choice of law in contract in the EU?”, *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 466-491.

⁸ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA, ‘Sucesión internacional y reenvío’, *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, julio-diciembre 2207, pp. 59-121.

26. El reenvío de retorno entra dentro de la clasificación más tradicional de las clases de reenvío⁹. *El reenvío de primer grado o reenvío de retorno (Rückverweisung)* se produce cuando, pendiente un caso ante un tribunal español, la norma de conflicto aplicable en España remite la regulación de la situación privada internacional a un Derecho extranjero y la norma de conflicto de dicho ordenamiento remite la regulación de la cuestión al Derecho español.

27. En cuanto al reenvío en las normas españolas de producción interna, se regula en el art. 12.2 del CC: “*La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*”. El art. 12.2 del CC admite, por tanto, el reenvío de retorno. Admite el reenvío en favor del Derecho español. Sin embargo, lo permite sólo dentro de ciertos límites y con carácter no obligatorio para el juez español. Sólo puede activarse el reenvío de primer grado cuando respete los principios inspiradores de la norma de conflicto española aplicable y cuando comporte resultados positivos y justos.

28. Cabe recordar que la primacía del Derecho Internacional Privado europeo sobre el Derecho Internacional Privado español comporta que el art 12.2 CC presente, en la actualidad un ámbito operativo limitado a los supuestos en que no exista norma europea aplicable.

En el caso ahora analizado, y del que está conociendo un juez español, se ha de aplicar en todo caso el Reglamento Roma I y como hemos comentado anteriormente, dicho Reglamento Roma I descarta totalmente la utilización del reenvío. Por todo ello, la argumentación que hace el Abogado del Estado es errónea.

29. Por otro lado, se puede apreciar una segunda interpretación errónea del Abogado del Estado al sostener el carácter procesal de la institución de la prescripción, tal y como de forma más extensa se expondrá a continuación. Según la argumentación del Abogado del Estado, “*las normas relacionadas con la prescripción son normas de tipo procesal y por ello a la actora se le debió aplicar el plazo anual de prescripción contenido en el art. 59 del ET*”. Esta tesis jurisprudencial está superada por jurisprudencia posterior y por el tenor literal del Reglamento Roma I y resulta llamativo que en ningún momento (ni en la demanda ni en la sentencia) se mencione la aplicación de dicho Reglamento, que zanja de raíz todo debate sobre esta cuestión al contener una expresa mención sobre la prescripción.

30. Cabe recordar que el art. 12.6 del CC regula el carácter imperativo de la norma de conflicto: “*Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”. Este precepto hace mención a todas las normas de conflicto (sean de fuente autónoma, convencional o europea) que nuestros tribunales deban aplicar; y en nuestro caso, el Reglamento Roma I aclara el alcance material de la ley designada como aplicable al contrato objeto de litigio; siendo la ley dominicana la válidamente designada como aplicable al mismo conforme al tenor de este Reglamento, y quedando la prescripción adscrita al ámbito material de la ley aplicable no queda duda alguna de la incorrecta propuesta realizada por la Abogacía del estado en su recurso.

31. El primer punto de conexión preferido en DIP de la Unión Europea es la autonomía de la voluntad conflictual o la elección de Ley por las partes. Su presencia puede apreciarse en el artículo 3 del Reglamento Roma I: “*1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

La voluntad conflictual es empleada por el legislador europeo con una doble operatividad. En primer término, opera como un medio de ‘auto-conexión de los particulares con un concreto ordenamiento jurídico’: las partes se vinculan, de modo voluntario, con una determinada Ley estatal aplicable. Por tanto, el particular no es ya objeto sino sujeto de las normas de los conflictos de leyes. En segundo

⁹ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I*, Tirant lo blanch, pp 604-633.

término, opera también como un medio de la regulación privada de las relaciones jurídicas de los particulares. Es, por tanto, y al mismo tiempo, un medio para designar el Derecho objetivo aplicable.

VI. La cuestión calificatoria

32. Como ha sido señalado anteriormente, otro de los motivos que incorrectamente esboza la argumentación del Abogado de Estado se centra en cómo resolver la cuestión calificatoria relativa a la institución de la prescripción. La solución que propone la Abogacía del Estado yerra por dos motivos: en primer lugar, porque utiliza de nuevo el ordenamiento jurídico español de fuente interna o autónoma para intentar calificar la prescripción como una institución de naturaleza procesal (y que, conforme a tal incorrecta calificación quedaría regida por la ley española en cuanto *Lex Fori*); y en segundo lugar porque desoye de nuevo el mandato imperativo contenido en el artículo 12.d) del Reglamento Roma I.

33. En efecto, la cuestión calificatoria no debe resolverse en este caso atendiendo a las previsiones del artículo 12 del CC sino teniendo presente el contenido del citado Roma I que resuelve ya de manera expresa y autónoma esta cuestión que queda vinculada (art. 12 d) al ámbito material o sustantivo de la *Lex Contractus*: “*Ámbito de la ley aplicable 1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo*”.

34. La cuestión de calificación surge cuando una concreta situación privada internacional puede ser subsumida en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. Por ello, se debe calificar esa concreta situación privada internacional. Una vez calificada la concreta situación privada internacional en el supuesto de hecho de una específica norma de conflicto, será ésta la que precise la Ley aplicable a dicha situación privada internacional¹⁰.

35. En cuanto a los problemas de calificación, consisten en la subsunción de un supuesto fáctico (una concreta situación privada internacional) en el concepto jurídico empleado como supuesto de hecho por la norma de conflicto. El problema surge porque, con frecuencia, el mismo supuesto fáctico puede ser subsumido en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. Por ello, se debe decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional. Éste es el auténtico problema de la calificación.

36. La pregunta obligada es la siguiente: ¿tiene sentido acudir al tenor del art. 3 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC) en este supuesto? El art. 3 LEC señala que “*con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios Internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*”. Para la Abogacía del Estado ésta es la norma que marca la pauta de respuesta calificatoria. Incurre en un nuevo error. El Abogado del Estado defiende que la prescripción es un instrumento procesal y que como el asunto se sigue en España, la ley aplicable es la española y por tanto es aplicable el Estatuto de Trabajadores y según esta última ley la acción estaría prescrita. Tal y como hemos comentado anteriormente, este argumento no tiene fundamento jurídico alguno.

¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I*, Tirant lo blanch, pp. 556-579.

37. La cuestión específica relativa a la prescripción y a la concurrencia de normas internacionalmente imperativas relativa al Reglamento Roma II sobre obligaciones extracontractuales puede verse en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 31 de enero de 2019¹¹.

“En el marco de un litigio relativo a la indemnización de los daños indirectos derivados de un accidente de circulación por carretera el Tribunal de Justicia se pronuncia acerca de la interpretación del art. 16 del Reglamento (CE) 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RRII): Leyes de policía “Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligaciones extracontractual”.

La sentencia establece que a los efectos de esa norma una disposición nacional que establece que el plazo de prescripción de la acción de reparación de los daños es de tres años no puede considerarse una ley de policía, a menos que quepa apreciar que esa norma reviste tal importancia en el ordenamiento jurídico nacional que justificar apartarse de la ley aplicable en virtud del art. 4 RR II”.

38. Como precisión adicional, la sentencia señala en su apartado 34 que la aplicación “*de un plazo de prescripción distinto del previsto por la ley designada como aplicable exige que concurran razones particularmente importantes, como la vulneración manifiesta del derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial efectiva que pueda resultar de la aplicación de la ley designada como aplicable en virtud del art. 4 del Reglamento Roma II*”. Ahora bien, cabe pensar que si ese es el caso, es decir si en el supuesto de que se trate la aplicación de la ley designada como aplicable (la española) produjera una vulneración manifiesta de la tutela judicial efectiva, la aplicación de la norma del foro (portuguesa) procedería con independencia de su caracterización como ley de policía.

Aunque la ley del foro no fuera una ley de policía sería aplicable por exigencia de la excepción del orden público, que lleva a excluir la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto cuando es incompatible con el orden público del foro (arts. 26 RR II y 21 RR I). En todo caso, la sentencia no recoge ninguna apreciación en el sentido de que una norma como la española analizada produzca un menoscabo manifiesto de la tutela judicial efectiva¹².

39. Como es sabido, el art. 3 LEC sustituyó al art. 8.2 CC. Este precepto recoge una regla unilateral y señala la ley aplicable a los procesos, al *iter* procesal que se desarrolla ante tribunales españoles. Las normas procesales nacionales presentan una relevancia de primer orden a la hora de decidir el resultado del pleito. Así, las normas jurídicas sobre cómo practicar la prueba de los hechos, la prueba del Derecho extranjero, el sistema de recursos, redacción de demandas y contestaciones, los plazos para las actuaciones procesales, etc., varían de Estado miembro a Estado miembro. De este modo, un litigio puede ser decidido en un sentido o en otro según cuál sea el tribunal competente y las reglas procesales que aplica.

Este escenario perjudica el correcto funcionamiento del espacio judicial europeo. Fomenta el *Forum Shopping procesal* (=se litiga allí donde las reglas procesales favorecen al litigante), y también perjudica la seguridad jurídica y la previsibilidad de soluciones (=el resultado de proceso judicial se vuelve difícil de prever, pues depende de las reglas procesales de los posibles tribunales competentes). Las soluciones a los efectos negativos de la regla *Lex Fori Regit Processum* en la UE pueden ser varias: a) Creación de reglas procesales uniformes europeas comunes a los Estados miembros que regulen ciertos aspectos del desarrollo del proceso civil (=reglas uniformes sobre prueba de los hechos, asistencia jurídica gratuita, o sobre iniciación del proceso, por ejemplo); b) Creación de ciertos procedimientos judiciales standard únicos en toda la UE, cuyas reglas de funcionamiento procesal serían también uniformes (=un proceso civil europeo para ciertos tipos de litigio). Esta segunda vía es la preferida, hasta el momento, por el legislador europeo.

¹¹ STJUE 31 enero 2019, *Da Silva Martins*, C-149/2019, §18.

¹² P. PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO, “Prescripción y normas internacionalmente imperativas en el Reglamento Roma II (STJ 6ª 31 enero 2019. Asunto c-149/18, *Da Silva Martins*” *AEDIPr*, T. XIX-XX, 2019-2020, pp. 517-518.

40. Es cierto que existen cuestiones cuya calificación como procesales o como sustantivas es discutida, como es en nuestro caso la prescripción. Como ejemplo puede citarse que la prescripción liberatoria es considerada en los sistemas anglosajones una cuestión procesal o causa extintiva de la acción, mientras que en los sistemas europeo-continenciales se considera una cuestión sustantiva o límite temporal para el ejercicio del derecho subjetivo que se pretende hacer valer. Por tanto, antes de decidir si una cuestión relacionada con el proceso queda sujeta o no a la *Lex Fori*, es preciso realizar una calificación de la misma con arreglo a la Ley española (art. 12.1 CC).

41. Sólo las cuestiones estrictamente procesales quedan cubiertas por el art. 3 LEC y por la consiguiente aplicación de la Ley procesal española. En tal sentido, existen diversas cuestiones relacionadas con el proceso pero que afecta al fondo del mismo y que, por tanto, no deben quedar sujetas a la regla *Lex Fori Regit Processum*. Se trata de las siguientes: 1) Cuestiones relativas a la situación de las partes en el proceso, como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, que deben regirse por la Ley personal de los litigantes; 2) Cuestiones procesales muy conectadas con el fondo del asunto, como la legitimación procesal, objeto y carga de la prueba, etc., que deban quedar regulados por la Ley que rige el fondo del litigio.

42. En cuanto a la jurisprudencia aplicable al caso concreto, el recurrente cita la sentencia de la Sección Segunda del TSJ de Madrid de 1 de octubre de 2014¹³, la que se dispone que debiera haberse aplicado el artículo 59 del ET por entender que la prescripción que en él se regula “*no se refiere a la creación del derecho, sino a un ejercicio, lo que presupone su existencia previa, por su titular. No es, por tanto, la prescripción del ejercicio de las acciones, que tiene como fundamento último el principio de seguridad jurídica al impedir que pueda ser demandado indefinidamente, “sine die” quien, en su caso debiera abonar las cantidades reclamadas por el demandante, un derecho regulado por la ley material, sino por la procesal que regula el ejercicio no la existencia del derecho en cuestión*”.

43. La jurisprudencia citada anteriormente resulta desfasada y está superada ya por los propios tribunales españoles. Cabe destacar la sentencia de la Sección Tercera del TSJ de Madrid de 13 de Marzo de 2016 en la que se explica que “... *el plazo de prescripción es de carácter sustantivo o material, de hecho la excepción se ha venido considerando una excepción de fondo o de carácter material y no una excepción procesal y así se ha señalado por esta Sala en un supuesto muy similar en sentencia de 11 de diciembre de 2015.*” *El reproche carece de fundamento porque si bien el artículo 12 CC dispone que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española, el plazo de prescripción de cinco años marcado por la legislación uruguaya es de naturaleza sustantiva o material, no procesal que haga prevalente la aplicación del plazo de un año del art. 59 del ET, debiéndose de recordar para que un plazo se pueda calificar de procesal es preciso tenga como punto de partida una actuación de igual clase, como una notificación, una citación o un emplazamiento. Los plazos sustantivos son los establecidos para ejercitar los derechos jurídico-materiales, como pueden ser, por ejemplo, los plazos de prescripción y caducidad fijados en el Código Civil y en leyes especiales para ejercitar ciertos derechos, facultades o poderes y que en la mayoría de casos se concretan en el ejercicio de una acción judicial, que, además de ser la específica actuación exigida al titular del derecho para evitar su caducidad, sirve a la vez para iniciar el proceso. Solo gozan de la condición de plazos procesales aquellos que marcan los tiempos de proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial y en el caso enjuiciado el ejercicio de la acción dentro de los cinco años reclamando las diferencias salariales es anterior al inicio del proceso laboral(.)*”.

VII. Consideraciones finales

44. Aunque de forma excesivamente parca desde el punto de vista argumental, la resolución judicial objeto del presente comentario acierta al mantener como aplicable la legislación dominicana.

¹³ STSJ de Madrid 1 de octubre de 2014 (RJ 256/14).

En ausencia de una explicación fundamentada o basada en términos de Derecho Internacional Privado, deberíamos concluir que la elección de la ley dominicana a dicha relación contractual laboral es plenamente válida atendiendo al artículo 3 del Reglamento Roma I, con arreglo al cual: “1. *El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

Por tanto, las cuestiones de aplicación tales como calificación o reenvío planteadas en el caso han de ser resueltas conforme al tenor de dicho Reglamento y no conforme a lo previsto en el artículo 12 del CC invocado por la parte recurrente.

45. Una vez más la interacción entre bloques normativos en presencia aconsejan un previo y cuidadoso estudio por el juzgador de los elementos e instituciones de DIP que entran en juego. El viejo principio del *iura novit curia* debe, en el marco de cuestiones de Derecho internacional privado, venir unido a un estudio de los elementos internacional privatistas suscitados en la *litis* tanto por la representación procesal de las partes como por el órgano judicial encargado de resolver la controversia suscitada.