

# La ley aplicable al despido en el contrato de trabajo internacional

## The law applicable to the dismissal in the international employment contract

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

*Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8940

**Resumen:** Los despidos son una fuente importante de litigiosidad en el contrato de trabajo internacional. Este artículo trata el tema de la determinación de la ley aplicable al despido en el marco del Reglamento Roma I y analiza las especialidades del despido de los trabajadores expatriados conforme a ley española, incluyendo la aplicación de las leyes de policía en España.

**Palabras clave:** Despido, contrato de trabajo internacional, ley aplicable al contrato de trabajo.

**Abstract:** Dismissals are an important source of litigation in the international employment contract. This article addresses the issue of determining the law applicable to dismissals within the framework of the Rome I Regulation and analyzes the specialties of dismissal of expatriates under Spanish law, including the application of overriding mandatory provisions in Spain.

**Keywords:** Dismissal, international employment contract, law applicable to the employment contract.

**Sumario:** I. Introducción. II. La determinación de la ley aplicable al despido. III. La aplicación de la ley española en caso de despido en un contrato de trabajo internacional. IV. El despido bajo ley extranjera y las leyes de policía españolas.

### I. Introducción

1. El despido es una de las instituciones centrales del derecho laboral. En la práctica forense, la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral de la empresa constituye una de las fuentes principales de litigiosidad dentro del ámbito competencial material de la jurisdicción social<sup>1</sup>. Estas afirmaciones son tan válidas para situaciones puramente internas como para situaciones transnacionales. Es más, en este último contexto, puede decirse que el artículo 8 del Reglamento Roma I<sup>2</sup> (RR-I) se proyecta, fundamentalmente, sobre asuntos de despido, como resultado de un cierto vaciamiento del alcance

---

<sup>1</sup> Según los datos oficiales (Estadística de Asuntos Judiciales Sociales, disponible en la web del Ministerio de Trabajo), en 2023, de un total de 340.837 asuntos en la jurisdicción social, 112.196 fueron de despido: es decir, un 32,92 por 100. Si excluimos los asuntos de seguridad social y los conflictos colectivos, los asuntos de despido representan un porcentaje del 45,59, casi la mitad de todos los asuntos individuales sobre contrato de trabajo.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

de este artículo por otros instrumentos y principios jurídicos que gobiernan las relaciones laborales individuales transnacionales. Como ahora se explica, no puede considerarse que el artículo 8 RR-I trate de manera completa los problemas de ley sustantiva aplicable que plantea el contrato de trabajo internacional. Cabe decir, incluso, que son numerosas las cuestiones laborales individuales que escapan a la determinación de la ley aplicable resultante del artículo 8 RR-I, como consecuencia de la tendencia de la legislación laboral de un Estado a aplicarse imperativamente, como ley de policía, a las prestaciones de trabajo que tienen lugar en el territorio de ese Estado.

2. La norma más representativa de esta idea de vaciamiento es la Directiva 96/71/CE<sup>3</sup>. El TJUE la califica como norma especial de conflicto de leyes en el sentido del artículo 23 RR-I<sup>4</sup>. La doctrina internacional-privatista la considera una “solución específica” frente a la “solución general” del artículo 8 RR-I<sup>5</sup>, y la doctrina laboralista la describe como “marco normativo especial que viene a ampliar y corregir las disfuncionalidades del [Convenio de Roma]”<sup>6</sup>. La Directiva se ocupa específicamente del desplazamiento temporal de trabajadores realizado por cuenta de su empresa, en el marco de una prestación de servicios que esta lleva a cabo para un destinatario en el Estado de destino. El tratamiento del despido en la Directiva 96/71 refleja su singularidad, porque permite desvincularlo de esa tendencia estatal a gobernar las prestaciones de trabajo. El despido se singulariza en la Directiva 96/71 porque es la principal materia excluida de la amplísima extensión material del artículo 3.1bis. Recordemos que este apartado, que fue introducido en la reforma de 2018<sup>7</sup>, desplaza la ley aplicable a la relación laboral que resulta del artículo 8 RR-I (“con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral”), en prácticamente todas las cuestiones laborales individuales (“todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo”, ya tengan su origen en disposición estatal ya lo tengan en convenio colectivo o laudo arbitral de aplicación o eficacia general), cuando la duración efectiva del desplazamiento temporal sea superior a 12 meses (18 meses cuando el prestador de servicios presente una notificación motivada). Pero de ese amplísimo alcance de la ley del Estado del desplazamiento temporal se excluyen expresamente “los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo”, además de los regímenes complementarios de jubilación. Resulta claro, por tanto, que en materia de despido, la norma de conflicto a la que hay que atender no es la Directiva 96/71, sino, en exclusiva, el artículo 8 RR-I.

3. En el presente trabajo, además del tema de la ley aplicable al despido, que se aborda en el epígrafe II, se prestará atención a los problemas específicos que plantea el despido del trabajador desplazado o expatriado cuando se aplica la ley española al despido, lo que se hará en el epígrafe III. Finalmente, el artículo abordará en el epígrafe IV la problemática de las leyes de policía españolas en relación con despidos realizados bajo una legislación extranjera.

## II. La determinación de la ley aplicable al despido

4. La ley aplicable al despido se identifica, en principio, con la ley aplicable al contrato de trabajo. La determinación de la ley aplicable no se hace específicamente para el acto de despido -sin

<sup>3</sup> Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

<sup>4</sup> STJUE 8 diciembre 2020, C-626/18, *República de Polonia c. Parlamento Europeo*, 133.

<sup>5</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “El contrato internacional de trabajo y desplazamientos temporales de trabajadores en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales”, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega* (BARCELÓN, CARRERO, DE SOTO, Coord.), CARL, Sevilla, p. 184.

<sup>6</sup> 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 la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 121. Por su fecha de publicación, el estudio se refiere lógicamente al Convenio de Roma, pero la reflexión sería perfectamente trasladable al RR-I.

<sup>7</sup> Directiva (UE) 2018/957 de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

perjuicio de lo que luego se dirá sobre la fragmentación del contrato que puede resultar de la elección de ley aplicable-, sino que se hace para el contrato de trabajo en su conjunto. Y es obvio que el despido forma parte del concepto de contrato en este sentido.

5. Para un operador situado en España o en cualquier otro Estado miembro de la UE (salvo Dinamarca), la cuestión de qué ley nacional es aplicable al contrato de trabajo internacional se resuelve acudiendo al RR-I, con independencia de cuál sea la ley designada en virtud de los criterios que en él se contienen (art. 2 RR-I); la ley designada puede ser la de un Estado miembro de la UE o no. Por otra parte, el RR-I “se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes, y de cualquier otra circunstancia relativa al contrato, como el lugar de ejecución del mismo, lugar de celebración del contrato, etc.”<sup>8</sup>.

6. Desde un punto de vista temporal, para contratos de trabajo anteriores a 17 de diciembre de 2009 (art. 28 RR-I), hay que acudir al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980). Nótese que, a efectos de aplicar el RR-I o el Convenio de Roma, lo relevante no es la fecha del despido, sino la fecha de inicio de la relación laboral. De este modo, si la relación laboral se inició antes de 17 de diciembre de 2009, aunque el despido se produzca en 2024, la determinación de la ley aplicable se hará conforme al artículo 6 del Convenio de Roma. Las soluciones de ambos instrumentos para el contrato de trabajo internacional son muy similares, por lo que la jurisprudencia generada por el Convenio “es aprovechable, *mutatis mutandis*, para la interpretación del Rgto. Roma I”<sup>9</sup>. Lo que sigue a continuación se circunscribe al RR-I, pero prácticamente todo puede extenderse a casos en que deba aplicarse formalmente el Convenio de Roma.

7. El artículo 8 RR-I se ocupa de establecer las reglas conforme a las cuales se determina la ley aplicable al contrato en su conjunto. No establece regla particular acerca de ningún contenido o aspecto concreto o específico del contrato o de la relación laboral. La complejidad de la relación laboral permitiría, en abstracto, fraccionar o separar distintos aspectos de aquella a efectos de la ley aplicable. De hecho, esto se produce a menudo como resultado de la Directiva 96/71. Al margen de este supuesto normativo, cabría, por ejemplo, siempre hablando en abstracto, que la remuneración variable se regulase por una ley y la extinción se regulase por otra. Sin embargo, en defecto de elección de ley aplicable, esta conclusión no es alcanzable mediante la aplicación de las reglas del artículo 8 RR-I. En cambio, el fraccionamiento de la relación laboral sí está al alcance de la autonomía de las partes en la elección de la ley aplicable (autonomía conflictual). Lo que ocurre es que esta autonomía está severamente limitada en el propio artículo 8 RR-I, como ahora mismo se pasa a explicar.

8. Para el RR-I, en general -i.e., en la generalidad de la materia civil y mercantil-, la elección de la ley aplicable por las partes es el principio fundamental en materia de obligaciones contractuales<sup>10</sup>. Aunque el artículo 8 RR-I quiere reflejar la importancia de ese principio específicamente en materia de contrato de trabajo<sup>11</sup>, se trata antes de una “postura estética” que de un “planteamiento de fondo”<sup>12</sup>, porque lo cierto es que la autonomía conflictual en esta materia se encuentra muy cercenada no solo por los límites generales que derivan del artículo 9 RR-I (“leyes de policía”), sino también por las dis-

<sup>8</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2950.

<sup>9</sup> A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, en *Anales de la Real Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009, p. 127.

<sup>10</sup> H. HEISS, “Party autonomy”, en F. FERRARI y S. LEIBLE (Ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 1.

<sup>11</sup> “Este punto de conexión se ubica por encima de los demás, es jerárquicamente superior al resto” (J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El contrato individual de trabajo internacional”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 1 (2024), p. 136).

<sup>12</sup> Véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La regulación comunitaria de la ley aplicable a la relación laboral en el espacio internacional”, en M.E. CASAS BAAMONDE ET AL. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, vol. III, BOE, Madrid, 2023, p. 1916.

posiciones imperativas de la ley aplicable en defecto de elección. Esta última ley se proyecta sobre el contrato de trabajo incluso aunque haya elección de ley aplicable, con la consecuencia de que si aquella contiene disposiciones imperativas (“disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”), estas se imponen a las que resulten de la ley elegida. Dado el elevado contenido en disposiciones imperativas de las leyes laborales, será frecuente que la ley elegida resulte marginada por la “ley objetiva” (i.e., la ley aplicable en defecto de elección). Es importante subrayar que el artículo 8 RR-I no es una “norma de conflicto materialmente orientada” en beneficio del trabajador, ya que no persigue “la aplicación de la ley más favorable”: “lo único que persigue [...] es evitar que los empresarios impongan a los trabajadores una elección de Ley aplicable al contrato de trabajo que pudiera perjudicar los derechos de los trabajadores recogidos en las normas imperativas de la Ley del país de prestación de los servicios”<sup>13</sup>.

9. Cabe que las partes elijan una ley que haya de aplicarse para la extinción del contrato de trabajo o, más concretamente, para el despido. Sin embargo, esta elección no podrá impedir al trabajador esgrimir las disposiciones imperativas de la ley objetiva, lo que este hará, como es lógico, cuando le resulten más beneficiosas, bien porque le confieran una mayor protección procedimental o causal, bien porque le proporcionen un remedio más favorable (la readmisión o una indemnización monetaria más elevada). Surge aquí una de las cuestiones más controvertidas, como es la relativa al modo en que debe realizarse la valoración acerca de cuándo una normativa resulta más beneficiosa. Hay que empezar descartando que la comparación entre normativas nacionales a efectos de determinar cuál es más beneficiosa para el trabajador deba hacerse en conjunto, es decir, tomando la totalidad de la regulación. Las razones para este descarte son, al menos, dos. La primera es que resulta virtualmente imposible comparar legislaciones nacionales institución tras institución. La segunda es que, en un caso concreto, lo que a un tribunal se le pide resolver versa normalmente sobre una sola institución (en nuestro caso el despido), por lo que la comparación debe ceñirse a esta institución. Ahora bien, dentro de la regulación de la institución, pueden encontrarse diversas caras o facetas; por ejemplo, en materia de despido, podemos comparar lo relativo al preaviso, al procedimiento de despido, a las exigencias causales, a la calificación del despido y a los remedios por incumplimiento (indemnizaciones, readmisión, salarios de tramitación). La pregunta es si la comparación de legislaciones ha de desglosarse hasta el punto de limitarla a un específico y concreto aspecto dentro del tratamiento del despido. Puede ocurrir que una ley nacional ofrezca mayores exigencias causales para justificar un despido y, en cambio, menores indemnizaciones en caso de despido injustificado. Parece irrazonable permitir un espiguelo (“cherry-picking”) tan extremo que lleve a aplicar una ley a un aspecto y otra ley a otro aspecto de un mismo caso o asunto judicial. La solución más sensata es determinar una ley aplicable para resolver la totalidad del caso (no una ley para resolver sobre la justificación del despido y otra ley para calcular la indemnización, por ejemplo). Esta ley será la elegida por las partes, salvo que la ley objetiva ofrezca una solución al caso que resulte más beneficiosa para el trabajador. En este sentido, en la materia concreta que nos ocupa, será más beneficiosa una normativa que permita declarar injustificado un despido frente a otra que lo justifique, y si ambas lo declaran injustificado, será más beneficiosa aquella que ofrezca un conjunto de remedios frente al despido injusto que pueda considerarse más favorable al trabajador: por ejemplo, readmisión frente a indemnización, o una indemnización más elevada frente a otra más exigua. En casos de extrema dificultad sobre qué ley es más beneficiosa para el trabajador, debe permitirse que sea este quien decida, de manera que si solicita la aplicación de la ley objetiva por encima de la ley elegida, debe entenderse que lo hace sobre una valoración acerca de qué le resulta más favorable o conveniente.

10. Lógicamente, todo lo anterior se construye sobre la base de que las disposiciones de la ley objetiva acerca de todos estos extremos sean imperativas (“disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”) conforme a lo que establezca esa misma ley, pues de no serlo, habría que estar a la ley elegida. En este punto, se plantea si cabe presumir la imperatividad de la norma laboral o si, por el contrario, quien alegue que una norma laboral es imperativa debe acreditarlo. La STSJ Madrid 13 fe-

<sup>13</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Aranzadi, 2017, p. 715.

brero 2006 (n.º 109/2006) resuelve que el onus probandi de la imperatividad de una norma extranjera corresponde a quien alegue dicha imperatividad. El razonamiento de la sentencia se construye sobre la jurisprudencia que sostiene que “en caso de que se entienda que una relación laboral se rige por una Ley extranjera cuyo contenido no se encuentre acreditado en el proceso, la decisión judicial se tomará aplicando la normativa española, al margen de a quién hubiera debido corresponder la carga de probar tal regulación extranjera”. Y al no probarse en el proceso que la ley italiana sobre cierta paga extraordinaria fuese imperativa, el TSJ opta por aplicar el artículo 26.5 ET que permite la compensación y absorción de salarios, eximiendo del abono de la paga en cuestión por absorción con un salario anual más elevado que el mínimo de referencia. La solución que ofrece esta sentencia es razonable, ya que la prueba del derecho extranjero debe ser completa: debe probarse no solo el contenido de la ley, sino su naturaleza (imperativa o dispositiva).

**11.** Se haya producido o no la elección de la ley aplicable, la determinación de la ley objetiva, es decir, la ley aplicable en defecto de elección, es siempre necesaria; ya que incluso en el caso de elección de ley, la posibilidad de contrastar lo establecido en la ley elegida con lo establecido en las disposiciones imperativas de la ley objetiva conduce a la necesidad de realizar la tarea de identificación de esta última ley. Para llevar a cabo esta tarea, el artículo 8 se construye sobre la base de diversos supuestos o criterios.

**12.** El supuesto general es que el trabajo se desarrolle de manera habitual en un solo Estado. Dice el artículo 8.2 RR-I: “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”. La habitualidad se opone a la temporalidad, pues el precepto a continuación señala que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. Precisamente es la combinación de desplazamientos temporales y de trabajo habitual en un país la que de modo más típico da lugar a la internacionalización del contrato de trabajo. La temporalidad no se define cuantitativamente, no hay una cantidad determinada de tiempo que separe lo habitual de lo temporal. Tampoco la hay, por cierto, en la Directiva 96/71/CE. La definición de temporalidad es, por el contrario, cualitativa: se basa en la expectativa de regreso al país de trabajo habitual. Esta consideración cualitativa se desprende del considerando (36) del RR-I: “la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”. El problema que suscita la consideración cualitativa de la temporalidad es doble, como se pasa a explicar.

**13.** Por un lado, resulta difícil distinguir una situación caracterizada por una sucesión de lugares habituales de trabajo de una situación en que solo existe un lugar habitual de trabajo y todos los demás son temporales. Cabe, en este sentido, hablar de dos patrones de expatriación o movilidad diferenciados: un patrón unitario, de manera que la relación laboral gravita hacia un único centro, siendo los desplazamientos o movibilidades episodios dentro de la unidad de la relación; y un patrón plural, de manera que las sucesivas movibilidades se articulan mediante contratos o relaciones laborales sucesivos, independientes, causando cada uno de los contratos la extinción del anterior<sup>14</sup>.

**14.** Por otro lado, la introducción de una consideración cuantitativa de la temporalidad resulta inevitable, pues de otro modo bastaría para considerar temporal una situación insertar en el acuerdo de expatriación o traslado una cláusula de regreso para el caso de terminación de la expatriación; incluso aunque esta se prolongue durante muchos años o décadas. Calificar de temporal una situación que se prolonga muchos años supone forzar el propio concepto de temporalidad hasta desfigurarla y conduce a resultados absurdos. En el ámbito de los desplazamientos en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, la modificación de la Directiva 96/71/CE introdujo una limitación temporal (12 o 18 meses) que trata de reconducir la duración de los desplazamientos a límites razonables, combinando lo cualita-

<sup>14</sup> Para un desarrollo de esta distinción y su relevancia en la determinación de la ley aplicable, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral”, *Revista de información laboral*, n.º 11, 2016.

tivo con lo cuantitativo. Las limitaciones temporales que se aplican en materia de seguridad social en el Reglamento europeo de coordinación<sup>15</sup> y en los convenios bilaterales o multilaterales podrían resultar útiles orientativamente en materia contractual, lo que, además, presentaría la ventaja obvia de alinear lo contractual y la seguridad social.

**15.** Al abordar la cuestión clave de la temporalidad, es preciso clarificar el mapa de denominaciones. Desplazamiento y expatriación son denominaciones que se utilizan con mucha flexibilidad o cierta imprecisión en la práctica. Ninguna de ellas tiene un significado jurídico preciso en este contexto internacional. Es cierto que la palabra desplazamiento se utiliza en la legislación laboral para referirse a una movilidad geográfica de corta duración, en cualquier caso temporal (art. 40.6 ET), y que esa misma palabra se utiliza también en el ámbito normativo europeo para referirse a la específica movilidad de trabajadores en el marco de prestaciones empresariales de servicios con origen en un Estado y destino en otro, teniendo esta movilidad carácter igualmente temporal, en consonancia con la naturaleza temporal de la prestación de servicios (Directiva 96/71). Pero más allá de esto, la movilidad geográfica de un trabajador en el marco de una relación laboral -la movilidad en el empleo, por oposición a la movilidad por el empleo- puede llamarse desplazamiento, expatriación o, más raramente, misión internacional; serie o conjunto de denominaciones lo suficientemente amplio como para que no haya necesidad alguna de incurrir en anglicismos como “transfer” o “asignación” (basta traducción de “assignment”) internacional. Y lo cierto es que ninguna de estas denominaciones es por sí sola suficientemente significativa para deducir conclusiones jurídicas: para esta última labor, se requiere conocer la duración de la movilidad, la permanencia o extinción del contrato de origen, la posible estipulación de un verdadero contrato de trabajo en destino y la existencia de una novación subjetiva en la posición empresarial.

**16.** Más allá de la duración más o menos prolongada de la expatriación, las tres últimas cuestiones mencionadas pueden ser relevantes para determinar si estamos ante un patrón unitario de expatriación, en el que predomina una sola relación laboral con episodios temporales de movilidad, o ante un patrón plural, en el que se suceden distintas relaciones laborales, cada una de las cuales podría ser susceptible de ser enjuiciada separadamente desde la perspectiva de análisis jurídico que ofrece el problema de determinar la ley aplicable. En este punto, el principio general parece tratar de establecerse en el considerando 36 del RR-I, cuando afirma que “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”. En el plano del ordenamiento interno español, el artículo 6.2 de la Orden ISM/835/2023<sup>16</sup> penaliza “cualquier nueva contratación que se formalice fuera de España”, porque le anuda el efecto de poner fin a la situación asimilada a la de alta de la persona desplazada, definida como quien “siendo empleada en España de una empresa que ejerce sus actividades en territorio español, es enviada por esta a otro país con el fin de realizar un trabajo asalariado por cuenta de dicha empresa” (art. 2). Sin embargo, el propio artículo 6.2 introduce el importante matiz siguiente: “no se considerará nueva contratación la firma de aquellos contratos que se suscriban en el país de destino a los exclusivos efectos del cumplimiento de los requerimientos de la legislación local, siempre que el contrato con la empresa de origen se mantenga en vigor al mismo tiempo, la relación laboral con dicha empresa prime en todo momento sobre la relación con la empresa local [...]”.

**17.** No es difícil derivar tanto de lo establecido en el considerando 36 del RR-I como de la Orden ISM/835/2023 que hay que distinguir dos situaciones: (1) aquellas en que la relación laboral de origen verdaderamente se extingue y se da inicio a una relación laboral nueva en el país de destino con una entidad jurídica distinta (aunque pertenezcan la de origen y la de destino al mismo grupo empresarial),

<sup>15</sup> Nos referimos concretamente al artículo 12 del Reglamento 883/2004.

<sup>16</sup> Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español.

en cuyo caso el patrón plural se impondrá y, por tanto, la cuestión de la ley aplicable debe desdoblarse para cada una de las relaciones laborales independientes; y (2) aquellas otras en que hay, en realidad, un continuum, en que la expatriación forma parte de la relación laboral con la empresa de origen, y ello al margen de que se establezca un contrato de trabajo con la entidad jurídica del país de destino, contrato que debe reputarse accesorio del contrato de trabajo principal con la empresa de origen. A la luz de estas valoraciones, puede realizarse con mayor precisión la tarea de valorar la temporalidad de la expatriación o del desplazamiento a los efectos del artículo 8.2 RR-I.

**18.** En todo caso, las consideraciones críticas vertidas sobre las limitaciones del concepto de temporalidad que plantea el RR-I pueden tratar de solucionarse a través de la cláusula de escape regulada en su artículo 8.4. A diferencia del criterio previsto en su apartado 3, que es de escasísima aplicación en la práctica y que puede calificarse de residual<sup>17</sup>, la cláusula de escape del apartado 4 confiere al juzgador una enorme flexibilidad a la hora de determinar la ley aplicable, ya que puede atender a un “conjunto de circunstancias” a partir del cual concluir que la relación contractual laboral presenta “vínculos más estrechos” con cierto país.

**19.** La expresión “conjunto de circunstancias” es lo suficientemente amplia como para comprender circunstancias objetivas y subjetivas, es decir, circunstancias relativas al objeto del contrato y a las partes del mismo<sup>18</sup>. Cabría quizá conferir preponderancia a las objetivas sobre las subjetivas, en términos generales. Entre las circunstancias objetivas, destacan los lugares de prestación del trabajo (asumiendo que no exista un solo lugar habitual, ya que de existir uno solo lo más probable es aplicar el criterio principal “lex loci laboris”), los de publicación de la oferta de empleo y contratación, la integración organizativa del trabajador (¿dónde se encuentra el equipo en que el trabajador se integra?) y el ámbito de proyección de su trabajo (¿dónde se encuentran los clientes o destinatarios del trabajo?). Entre las circunstancias subjetivas, cabe tomar en consideración la nacionalidad de las partes, el domicilio del trabajador y, curiosamente, la residencia fiscal y el país al que cotiza a la seguridad social. En relación con esto último, el TJUE tuvo oportunidad de señalar, en el asunto *Schlecker*, que hay que “tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador [...] está afiliado a la seguridad social”<sup>19</sup>.

**20.** En conclusión, la ley aplicable al despido será la ley elegida por las partes, salvo que el trabajador acredite que la ley objetiva (la aplicable en defecto de elección) contiene disposiciones que son de naturaleza imperativa con arreglo a esta misma ley (i.e., disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo) que le resultan más favorables. Para el caso de ausencia de elección, si se identifica un lugar habitual de prestación de servicios, la ley aplicable será la de este lugar. De tratarse de un supuesto plurilocalizado, en el que se aprecian varios lugares de trabajo que podrían llegar a calificarse de habituales, seguramente la mejor solución pasa por acudir a la cláusula de escape y buscar el Estado con el que la relación se encuentra más conectada, atendiendo a un conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas.

**21.** La ley aplicable al despido debe extenderse a todos los aspectos que lo conforman. No es aceptable aplicar una ley para los aspectos formales o procedimentales del despido y otra para las cuestiones de justificación o de calificación del despido, o para los efectos de las distintas calificaciones. Por tanto, la comparación de lo más beneficioso para el trabajador debe hacerse para el conjunto de la institución del despido, sin permitir un fraccionamiento artificioso que dé lugar a la obtención de beneficios parciales de distintas legislaciones. Esto se explica suficientemente por el hecho de que toda normativa sobre despido se diseña y se concibe en su conjunto y todos los elementos constitutivos de la regulación del despido son vasos comunicantes. En unas legislaciones se contemplan largos períodos de preaviso y menores indemnizaciones, mientras que en otras, a la inversa, los preavisos son cortos y las indemniza-

<sup>17</sup> Sobre ello, puede verse F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La regulación comunitaria de la ley aplicable...”, cit., p. 1929.

<sup>18</sup> Sobre este tema, más extensamente F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La regulación comunitaria de la ley aplicable”, cit., p. 1930-1931 y, especialmente, del mismo autor, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable...”, cit., pp. 28 ss.

<sup>19</sup> STJUE de 15 marzo 2011, C- 64/12, *Schlecker*, apartado 41.

ciones más cuantiosas. Es evidente que no cabe acogerse parcialmente a lo más beneficioso de distintas leyes de despido. Lo anterior es sin perjuicio de la posible aplicación de leyes de policía del foro, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.2 RR-I, al que luego nos referiremos.

### III. La aplicación de la ley española en caso de despido en un contrato de trabajo internacional

22. El contrato de trabajo internacional presenta, en la expresión de Lousada Arochena y Ron Latas, “un carácter camaleónico”<sup>20</sup>. Entiendo esta caracterización en el sentido de que son múltiples los hechos que pueden dar lugar a internacionalizar el contrato de trabajo. Por ejemplo, el elemento internacional (o de extranjería<sup>21</sup>) puede consistir en que el establecimiento de contratación y el trabajador se encuentran en países distintos; otro ejemplo: el elemento internacional puede surgir del hecho de que el trabajador presta servicios en un país, pero el equipo en el que se integra y la entidad para la que trabaja se ubica en otro. Sin embargo, es razonable afirmar que la mayoría de contratos de trabajo internacionales lo son por el hecho de que el trabajador ha protagonizado algún tipo de movilidad transnacional a lo largo de su relación laboral. El desplazamiento o expatriación del trabajador es la principal causa de internacionalización del contrato de trabajo, y cuando esto ocurre, el impacto en el despido se produce en tres planos: el de la causalidad, el de la antigüedad y el del salario regulador.

23. En los sistemas de despido causal, como es el caso español, las causas de despido son principalmente de dos tipos: causas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador y causas basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (art. 4 Convenio OIT, núm. 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982). Las causas relacionadas con la conducta son causas disciplinarias que requieren una valoración casuística y circunstancial. En esta valoración, los elementos sociales y culturales son importantes. Por ejemplo, cuando tratamos del comportamiento adecuado o aceptado entre hombres y mujeres, hay diferencias culturales importantes entre países, por lo que la valoración de la conducta requiere tener en cuenta las especificidades del país en que tienen lugar los hechos. No obstante, puede ir en detrimento de la justificación causal del despido que el trabajador no haya recibido suficiente información o formación acerca de estas cuestiones socioculturales que tanta importancia tienen para una satisfactoria integración del trabajador en el país al que se desplaza o expatria.

24. Por lo que respecta a las causas basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (causas que en España conocemos como económicas, técnicas, organizativas o de producción), tanto el desplazamiento como la expatriación pueden considerarse fenómenos neutros respecto de la viabilidad de posibles causas de esta naturaleza. Hay que diferenciar entre, por un lado, una causa económica o productiva u organizativa que puede afectar al desplazamiento o expatriación (poniéndole fin, por ejemplo, porque haya terminado la relación con el cliente que justificó la movilidad del trabajador), pero no necesariamente a la relación laboral en sí misma considerada, que puede continuar tras el retorno del empleado, y por otro lado, una causa de esa misma índole que sí puede poner en tela de juicio la viabilidad de la relación laboral con el trabajador desplazado o expatriado. En este último supuesto, es posible que el despido se produzca sin activar previamente el retorno del trabajador o puede también ocurrir que se active el retorno *ante tempus* con el mero objetivo de despedir al trabajador inmediatamente después. En cualquier caso, y como correctamente aprecia la STSJ Andalucía / Sevilla 19 septiembre 2019<sup>22</sup>, en un caso de finalización del proyecto que causa la expatriación, esta finalización no significa “que el contrato del actor podía ser extinguido, toda vez que el mismo era indefinido, y no estaba vinculado a ningún Proyecto en concreto”. Cosa distinta hubiera sido, como también señala esta sentencia, que la empresa entendiera “que con la finalización de dicho Proyecto se habían producido dis-

<sup>20</sup> J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 9.

<sup>21</sup> Véase J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El contrato individual de trabajo internacional”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 1 (2024), p. 117.

<sup>22</sup> Rec. 2219/2018.

funciones en el entorno global de su actividad, que le obligasen a disminuir su producción, y a amortizar puestos de trabajo”; en cuyo caso, la carga que pesa sobre la empresa es la de acreditar “tales extremos, así como la incidencia que dicho Proyecto tenía en su producción global”.

**25.** Muy relacionado con lo anterior, es habitual incluir en acuerdos de expatriación el compromiso del grupo empresarial de recolocar al trabajador en otra posición a la finalización de la expatriación, normalmente en el país de origen (aunque puede ser en otra posición en un tercer país). En estos casos, la finalización de la expatriación, incluso aunque se formalice como una extinción del contrato de trabajo entre la filial y el expatriado, no conlleva la extinción de la relación laboral con el grupo o con la entidad de origen. Esta es la solución, correcta, que proporciona la STSJ Cataluña 4 abril 2023<sup>23</sup> (caso Puig): *“de los hechos probados lo que se infiere es que existe una aparente relación contractual del trabajador con la empresa PUIG MIDDLE EAST FCO, domiciliada en Emiratos Árabes Unidos, para prestar servicios en Dubai, con extinción previa de la relación laboral con la empresa DIVISIÓN PUIG ESPAÑA S.L., cuando realmente estamos ante una relación contractual iniciada en fecha 25 de febrero de 2008 entre el trabajador y la empresa DIVISIÓN PUIG ESPAÑA S.L. con categoría profesional de Director Comercial, que quedó suspendida en virtud de la firma de un acuerdo de fecha 6 de julio de 2015 de expatriación y desplazamiento temporal del trabajador a Dubai, prorrogado en fecha 17 de julio de 2018, en el que se preveía el retorno del trabajador a una empresa del grupo PUIG en España, que quedó truncado por una decisión del grupo PUIG de despedir al trabajador de forma definitiva”*.

**26.** Otro plano en el que puede impactar la movilidad transnacional del trabajador es el cómputo de la antigüedad o años de servicio. En este tipo de movilidad, es frecuente que se produzca un cambio de empleador o, cuando menos, la adición de un nuevo empleador al ya existente con carácter previo. La regla general en este tema parece poder deducirse del considerando 36 del RR-I, al que ya nos hemos referido; al tratar de la cuestión de la temporalidad de la movilidad, sienta un principio de irrelevancia de “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario”. Es cierto que esta irrelevancia no es absoluta y que el considerando en cuestión va referido a la temporalidad, no a la antigüedad, pero hay buenas razones para extender ese principio de irrelevancia a otros aspectos de la movilidad y de la relación laboral de trabajadores desplazados o expatriados. De este modo, cabría sostener que la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el mismo empleador o con otro del mismo grupo empresarial para dar cobertura al desplazamiento o expatriación no supone una ruptura del vínculo laboral originario, no supone una solución de continuidad en la relación laboral global, por lo que la consecuencia sería afirmar que la antigüedad del trabajador es el resultado de sumar la duración de la relación en el país de origen y la duración (o duraciones) de la expatriación (o expatriaciones, si son varias). Esta es la teoría del “contrato de trabajo global”, expresión que puede encontrarse, por ejemplo, en la STJUE de 10 marzo 2011, asunto Casteels<sup>24</sup>. Esta visión del contrato de trabajo global puede apreciarse en la práctica judicial española, como reflej por ejemplo la STSJ Baleares de 4 marzo 2024<sup>25</sup>, que razona que *“algunos trabajadores prestan servicios en distintos lugares del mundo donde se consideran necesarios sus servicios y esta es una decisión que es adoptada por la dirección corporativa. Y es también en ocasiones la dirección corporativa, especialmente con personal directivo, la que decide las condiciones de trabajo en cada momento, las condiciones de los sucesivos traslados y la concreta empresa del grupo que en cada momento actuará como empleadora mediante la suscripción de un contrato instrumental. Esto no se hace necesariamente con intención fraudulenta o abusiva sino por la propia dinámica de las empresas del grupo y su actividad internacionalizada”*. Lo anterior no significa que no puedan encontrarse casos de expatriación que siguen un patrón plural, con separación nítida entre una relación laboral en el país de origen con un empleador y otra relación laboral distinta en el país de destino con otro empleador. Cuando se pueda apreciar esta ruptura de la unidad del vínculo, habrá que entender que cada una de las relaciones laborales computa a efectos de antigüedad

<sup>23</sup> Rec. 4199/2022.

<sup>24</sup> C-379/09.

<sup>25</sup> Rec. 309/2023.

por separado, sin que deban sumarse las respectivas duraciones contractuales. Esta solución la adopta, por ejemplo, la STSJ Cataluña 4 abril 2023 (caso Puig, ya referido), al descontar de la antigüedad con la entidad española el tiempo de prestación de servicios como expatriado para una entidad extranjera.

**27.** El final de la expatriación puede coincidir con el final de la relación laboral, pero esta es tan solo una posibilidad, no una necesidad. En la legislación española no se contempla la obligación empresarial de repatriar al trabajador al finalizar la movilidad transnacional o por otras muchas posibles razones<sup>26</sup>. Sin embargo, y más allá de que obviamente puede pactarse entre las partes la obligación empresarial de repatriar al trabajador al finalizar el desplazamiento o expatriación, podría deducirse una obligación de repatriar a partir del deber general de buena fe. El fundamento de esta deducción es que la movilidad se produce “en el empleo” y “por cuenta del empleador”, por lo que parece lógico concluir que a su terminación -sea conforme a lo previsto en el acuerdo o carta de expatriación, sea por decisión unilateral de la empresa, sea por causas justificadas que atañen a la persona del trabajador-, el empleador debe asumir el coste del retorno del trabajador. De este modo, si el despido acontece mientras el trabajador se encuentra desplazado en el extranjero, con independencia de que pueda comunicarse al trabajador ubicado en el extranjero, la empresa debe asumir el coste del retorno al país de origen.

**28.** Finalmente, uno de los aspectos más controvertidos del despido del expatriado es la indemnización y su cálculo. Conviene recordar que en el derecho español la indemnización se calcula a partir de la determinación del salario regulador, y este, a su vez, se establece en función de lo que el trabajador percibe por todos los conceptos salariales a la fecha del despido. Sin embargo, dado que son frecuentes los sistemas retributivos que incorporan elementos variables y elementos retributivos que se devengan en periodos temporales superiores al mes, la práctica avalada en España por el Tribunal Supremo es atender a lo percibido por el trabajador en los doce últimos meses anteriores al despido. Esta práctica permite detectar remuneraciones que, aunque no se hubieran percibido en el mes anterior a producirse el despido, son relevantes para el cálculo del salario regulador. Y esto tiene importancia de cara al trabajador expatriado, ya que la expatriación conlleva casi siempre una serie de remuneraciones que se dejan de percibir cuando la expatriación termina.

**29.** La sentencia más significativa en este tema es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de enero de 2019<sup>27</sup>. En este caso, el trabajador cuenta con una antigüedad de febrero de 2010 y estuvo expatriado en California desde 1 de noviembre de 2012 a 10 de junio de 2014. En esta fecha se reincorpora a su centro de trabajo de origen, ubicado en Sevilla. Tras su retorno, el trabajador prestó servicios en España por un período de unos cinco meses, tras el cual fue despedido por causas objetivas. Repárese en que a la fecha del despido el trabajador ya no está desplazado en el extranjero y que ya no percibe el “plus de desplazamiento en el extranjero”, que tenía un importe mensual relevante en su etapa de expatriado (3.488,29 euros mensuales). Este plus incluía el alquiler de vivienda, gastos asociados, mobiliario y dietas. La posición de la empresa en este despido es que el plus de expatriación no debe incluirse en el salario regulador, posición avalada en la instancia por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla y en la suplicación por la Sala de lo Social de Sevilla del TSJ Andalucía<sup>28</sup>. Estos pluses de expatriación plantean dos debates. El primero es si tienen naturaleza salarial, lo que el TSJ Andalucía niega. El segundo es si, una vez terminada la expatriación, tales pluses pueden considerarse a efectos de su inclusión en el salario regulador.

**30.** En el recurso de casación para unificación de doctrina que da lugar a la citada STS de 29 enero 2019, el trabajador esgrime como sentencia de contraste otra de la misma Sala de lo Social de

<sup>26</sup> Véase sobre este importante tema, A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, 2012, p. 330 ss.

<sup>27</sup> Rec. 1091/2017.

<sup>28</sup> Sentencia de 15-12-2016, Rec. 87/2016.

Sevilla del TSJ Andalucía, concretamente la de fecha 7 noviembre 2013<sup>29</sup>. En esta sentencia se aborda el caso de un trabajador directivo de ENCE expatriado durante más de nueve años en Uruguay, quien en un momento determinado plantea a la empresa su deseo de volver a España, a lo que la empresa accedió para inmediatamente trasladarlo de nuevo a Uruguay. Tras una serie de desencuentros, que culminaron con una poco defendible democión profesional a “basculista administrativo” (cuyas tareas son control, pesaje y contabilización de la madera que entra en la fábrica), el trabajador planteó demanda del artículo 50 ET, la cual, de estimarse, como es sabido, da lugar a una indemnización idéntica a la de un despido improcedente, y cuya mecánica de cálculo (salario regulador y antigüedad) es exactamente la misma que en caso de despido.

**31.** Yendo al fondo del asunto, la STS de 29 enero 2019 repasa dos precedentes de la propia Sala: STS de 17 junio 2015<sup>30</sup> y STS de 19 julio 2018<sup>31</sup>. La primera de ellas resuelve el caso de un expatriado en Venezuela que es repatriado a España en una fecha en que la entidad española está a punto de cerrar un acuerdo de despido colectivo; en este caso, el Tribunal afirma que “la repatriación a nuestro país tuvo un carácter eminentemente formal”, no llegando el trabajador a percibir efectivamente el “nuevo salario” español. Remacha la sentencia su impecable argumentación añadiendo que mantener el vínculo laboral unas pocas semanas (poco más de dos meses) bajo la fórmula del “permiso retribuido” “no parece constituir más que un artificioso intento de burlar el monto correcto de la indemnización por despido”. La segunda de las sentencias citadas aborda el caso de un expatriado a Canadá al que se le abona el alquiler de su vivienda en Toronto. Lo que se discute es si el importe del alquiler debe computar en el salario regulador del despido. Lo relevante para el TS es, con buen criterio, la duración (real o esperada) de la expatriación. En el caso enjuiciado, la expatriación tenía carácter indefinido; de hecho llegó a tener una duración de tres años. El TS razona que “el decisivo papel corresponde al factor tiempo -previsto o real de la movilidad, por cuanto el abono -por la empresa- del alquiler de la vivienda en el país en que pasan a prestarse los servicios, únicamente puede configurarse como indemnización derivada del trabajo cuando comporta -y en propiedad hasta donde comportase- un gasto adicional que añadir al que el trabajador tenía por el mismo concepto de morada mientras prestaba servicios en España”.

**32.** Sentados los precedentes jurisprudenciales, la STS de 29 enero 2019 considera que el plus de expatriación debe integrar el salario regulador. Para ello, le basta con argumentar que la presunción legal es a favor del carácter salarial de lo que el trabajador percibe de su empresa, razón por la que, si no se aporta dato alguno que desvirtúe esta presunción, la conclusión no puede ser otra que el plus de expatriación tiene efectivamente naturaleza salarial. Conviene recordar que, en términos generales, el plus de expatriación suele comprender un complemento o plus de expatriación en sentido estricto (una cantidad de dinero que compensa la situación misma de expatriación) y una serie de percepciones en conceptos tales como vivienda, dietas, automóvil, escolarización de los hijos, seguro médico, viajes a España y otros gastos asociados al desplazamiento y a la estancia del trabajador en el extranjero. En este sentido amplio, el plus de expatriación suele añadirse a la remuneración digamos “española” del trabajador, de modo que durante la expatriación el trabajador mantiene el salario que percibía en España y, además, las condiciones especiales (o “paquete”) de expatriación.

**33.** Cuestión distinta es si el hecho de que el plus de expatriación no se perciba ya al momento del despido tiene algún efecto. Se trata de un tema que no solo afecta a pleitos de expatriados, ya que la existencia de partidas, percepciones o emolumentos a los que un trabajador deja de tener derecho en un momento dado es un fenómeno relativamente común. La doctrina al respecto, sólida hasta la fecha, viene bien representada por la STS de 27-9-2004<sup>32</sup>, cuya afirmación esencial es que “el salario regulador de la indemnización es aquel que legalmente corresponde al trabajador al tiempo del despido”. En este

<sup>29</sup> Rec. 3158/2012.

<sup>30</sup> Rec. 1561/2014.

<sup>31</sup> Rec. 472/2017.

<sup>32</sup> Rec. 4911/2003.

caso, no se consideró parte del salario regulador un plus de expatriación que se percibió hasta octubre de 2001, siendo así que el despido tuvo lugar el 8 de febrero de 2002. La sentencia es contundente: ni puede computarse a efectos de salario regulador el concepto reclamado, “ya que en el momento del despido y cese, no percibía tal complemento”; ni puede “prorratarse lo percibido en los doce últimos meses a los efectos debatidos”. Son pocas líneas, pero de gran enjundia y valor general, las que nos ofrece esta Sentencia: el plus de expatriación “tenía una finalidad concreta, compensar el traslado al extranjero, es decir, tenía un carácter puntual”, por lo que si cuando acaece el despido “no percibía el complemento” por trabajar ya en España, “no puede incluirse en lo percibido en el momento del cese”. Remacha la Sentencia haciendo referencia a las situaciones que sí permitirían el cómputo a efectos de salario regulador: “no estamos ante un ingreso salarial irregular, ni ante un complemento de devengo periódico superior al mes, ni ante un supuesto fraude que podría llevarnos a conclusión distinta sobre el particular”. La solución que adopta la STS de 29 enero 2019 incorpora matizaciones importantes, porque cuando el acuerdo de expatriación finaliza tiempo antes del despido (casi cuatro meses antes, en este caso), “no puede computarse el plus cuestionado de repatriación en su totalidad”, dice la sentencia, “por cuanto en la fecha del despido ya no se percibía, pero sí en la parte proporcional a los meses correspondientes al año anterior al mismo en que sí se percibió (es decir, promediando el percibo anual del plus para calcular el módulo indemnizatorio)”.

34. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que si el tribunal aprecia un patrón plural de expatriación, en el que a cada traslado corresponde una relación laboral distinta, el despido producido en la empresa de origen se indemnizará sobre la base de cálculo del salario que corresponda en esta empresa, sin tener en cuenta las percepciones salariales en la empresa de destino. Esta solución se encuentra, por ejemplo, en la ya referenciada STSJ Cataluña 4 abril 2023 (caso Puig), en que se razona que “si bien el actor solicita que se incluyan conceptos que le eran abonados cuando fue trasladado y expatriado a Dubai, habiéndose declarado que la relación laboral estuvo suspendida durante el período en que prestó servicios en Dubai, y habiéndose considerado que ha existido despido, el último salario regulador del despido a efectos indemnizatorios, debe ser el último que cobraba el trabajador antes del período de suspensión del contrato (el que cobraba cuando se extinguió el contrato con División Puig España S.L.)”.

#### IV. El despido bajo ley extranjera y las leyes de policía españolas

35. El artículo 9 RR-I reconoce la aplicabilidad de las leyes de policía de la ley del foro, señalando literalmente, en su apartado 2, que “las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”. El apartado 1 proporciona el concepto de ley de policía: “disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”. La regulación del contrato de trabajo tiene una importancia enorme en cualquier Estado, pero especialmente en el Estado Social de Derecho. De ahí que los mínimos establecidos en la regulación del contrato de trabajo puedan considerarse auténticas leyes de policía, es decir, disposiciones “cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica” (art. 9.1 RR-I). La inclusión de las normas de protección de los trabajadores en el concepto de leyes de policía es discutida entre los autores de derecho internacional privado<sup>33</sup>. La referencia del considerando 10 de la Directiva 96/71/CE<sup>34</sup> no es concluyente, aunque al aludir a las normas de policía de una ley distinta de la *lex causae* sugiere la pertinencia de su aplicación especialmente en caso de desplazamiento temporal del trabajador. Se ha

<sup>33</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, cit., p. 505.

<sup>34</sup> “Considerando que el artículo 7 [del Convenio de Roma] dispone que en determinadas condiciones surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía de otra ley, en particular la del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador”.

dicho que “cuando el art. 9 [RR-I] define qué se entiende por disposiciones de policía lo que hace es circunscribirlas a materias de Derecho público”<sup>35</sup>. Pero esta caracterización es escasamente concluyente para el derecho laboral, con un componente público innegable: piénsese en las infracciones y sanciones administrativas de la LISOS, que son estrictamente de derecho público; parece claro que incurrir en una infracción grave o muy grave de la LISOS en territorio español no le puede resultar indiferente al legislador español. Las leyes de policía pueden entenderse en un sentido algo más amplio, sin dejar por ello de proyectar sobre el artículo 9 una interpretación “en sentido estricto”, como exige el TJUE<sup>36</sup>. Así, Gardeñes Santiago considera que la fórmula verbal del artículo 9.1 RR-I “no excluiría que pudieran entenderse comprendidas en ella normas con una finalidad protectora de la parte débil en un contrato, como pudieran ser las normas de trabajo”<sup>37</sup>.

**36.** Resulta evidente que buena parte de las disposiciones mínimas de alcance general en el ámbito laboral persiguen objetivos de política social que van más allá del estricto interés individual de las concretas partes de un contrato de trabajo. Como señala, en esta línea, el TJUE, la protección de los trabajadores constituye una “razón imperiosa de interés general”<sup>38</sup>. Desde otro punto de vista, resulta convincente la idea de que el abuso contra la parte débil de un contrato como el de consumo o el de trabajo debe considerarse una amenaza a la sociedad en su conjunto<sup>39</sup>. Esta es la posición mayoritariamente sostenida en Francia, Reino Unido y Países Bajos, frente a la opinión mayoritaria en Alemania, más cercana a considerar que las leyes de policía se refieren más directamente a intereses netamente públicos del Estado<sup>40</sup>.

**37.** Por lo que se refiere a la posición del TJUE, lo argumentado en *Rush Portuguesa* sigue siendo válido: “el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario: el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto”<sup>41</sup>. La doctrina ya avanzada en la sentencia *Seco*<sup>42</sup>, que parecía limitada a salario mínimo, se extiende en *Rush* a toda norma laboral mínima, legal o convencional, en el Estado en que el trabajo se realiza, aunque se realice en él de manera temporal. Por otro lado, resultaría difícil no considerar las normas mínimas laborales de alcance general como leyes de policía cuando sí se ha considerado como tal una norma de protección de los agentes comerciales. Como expresa el TJUE en el caso *Ingmar GB Ltd.*, “es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En efecto, la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato”<sup>43</sup>. Más fuerza argumentativa podría tener, incluso, lo razonado por el propio TJUE en el caso *Unamar*, también sobre el contrato de agencia. En este

<sup>35</sup> L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, p. 141.

<sup>36</sup> “Como medida de excepción, el artículo 9 del referido Reglamento debe interpretarse en sentido estricto” (STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, apartado 44).

<sup>37</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, p. 176.

<sup>38</sup> STJUE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96, apartado 36.

<sup>39</sup> L.M. VAN BOCHOVE, “Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law”, *Erasmus Law Review*, vol. 7, núm. 3, 2014, p. 150.

<sup>40</sup> L.M. VAN BOCHOVE, op.cit., p. 149-150.

<sup>41</sup> STJUE 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 18.

<sup>42</sup> STJUE 3 febrero 1982, *Seco*, C-62/81, apartado 14.

<sup>43</sup> STJUE 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, apartado 25.

caso, el TJUE no cierra la puerta a considerar como ley de policía una ley belga que establece una mayor protección para el agente comercial que la exigida por la Directiva armonizadora aplicable (Directiva 86/653/CEE); y aun cuando la ley aplicable elegida por las partes del contrato era la de un Estado miembro (Bulgaria) que había correctamente transpuesto la Directiva, el TJUE permite la consideración de la ley belga como ley de policía a partir de “*tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. Tal como ha subrayado la Comisión, así puede suceder en caso de que la transposición en el Estado del foro garantice, en virtud de la extensión del ámbito de aplicación de una Directiva o mediante la opción de un uso más amplio del margen de apreciación que ésta concede, una mayor protección a los agentes comerciales en razón del interés particular que el Estado miembro atribuya a esa categoría de nacionales*”<sup>44</sup>.

**38.** Es evidente, sin embargo, que la operatividad de las normas internacionalmente imperativas de la ley del foro no puede ser tan amplia como para permitir su invocación en todo supuesto en que, aprovechando los foros de ataque, se litigue ante tribunales de un Estado con el que el contrato de trabajo internacional presenta escasa conexión material. Se ha apuntado, por ejemplo, que bastaría “*con elegir el foro de competencia judicial internacional que atribuyera competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado que mayor salario mínimo reconozca, para que las norma que lo regulan fueran aplicables en su calidad de normas internacionalmente imperativas del foro*”; y “*evidentemente, esta solución no puede prosperar*”<sup>45</sup>. Es por ello que la vía que abre el artículo 9.2 RR-I ha de aplicarse con mesura.

**39.** En materia de despido, la virtualidad de las leyes de policía cuando conocen del litigio tribunales españoles parece proyectarse fundamentalmente en relación con el despido libre y con el despido discriminatorio. El despido libre es, como se sabe, característico del derecho de los Estados Unidos. El derecho español y el europeo manifiestan, en cambio, una posición claramente causal en materia de despido. En el caso europeo, el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece el derecho del trabajador a recibir protección “en caso de despido injustificado”, mientras que la Carta Social Europea afirma el derecho a la protección en caso de despido y en su artículo 24 reconoce el derecho a no ser despedido “sin que existan razones válidas para ello”, con el corolario de reconocer “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. En el caso español, el derecho a no ser despedido si no existe una causa justificada se desprende, según la interpretación del Tribunal Constitucional, del artículo 35.1 de la Constitución (STC 118/2019, STC 119/2014, STC 22/1981 entre otras): “el derecho al trabajo se concreta, en su vertiente individual (art. 35.1 CE), ‘en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa’”.

**40.** Sobre la base de este reconocimiento de la causalidad del despido como principio constitucional y europeo, es posible configurar el rechazo de un tribunal español al despido libre, aun cuando resulte aplicable la ley estatal de cualquiera de los que conforman los Estados Unidos. El fundamento para ello puede encontrarse en el artículo 9 RR-I, al entender que la protección frente al despido y la exigencia de causalidad de la decisión empresarial extintiva es una disposición cuya observancia un país como España considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, en particular su organización social o económica. Los pronunciamientos judiciales españoles, sin embargo, no sostienen esta opinión. Así, la STSJ Madrid 5 octubre 2004<sup>46</sup> no ve problema en admitir la aplicación de la ley de Illinois y su notoria admisión del despido libre sin derecho a indemnización; la STSJ Madrid 22 julio

<sup>44</sup> STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, C-184/12, apartado 50.

<sup>45</sup> M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, 2008, p. 317.

<sup>46</sup> Rec. 2975/2004.

2022<sup>47</sup> no cuestiona esa misma aplicación a un trabajador de la embajada de España en Estados Unidos; y la STSJ Madrid 8 junio 2015<sup>48</sup> sostiene que “una vez determinada la aplicación de la legislación de Estados Unidos -circunstancia no debatida por las partes-, es a esa legislación a la que hay que estar, por muy dispares y diferentes de los nuestros que sean sus principios orientadores y sus normas sustantivas”. Es cierto que la STSJ Madrid de 14 noviembre 2022<sup>49</sup> aplica la ley española al despido cuando se había acordado entre las partes la aplicación de la ley de Florida, pero lo hace no con fundamento en el artículo 9 RR-I, sino aplicando la cláusula de escape del artículo 8.4 RR-I y el artículo 1.4 ET, determinando la aplicación de la ley española al despido y extendiendo al trabajador contratado en España para prestar servicios en el extranjero los derechos frente al despido reconocidos en la ley española.

**41.** Los tribunales españoles se muestran mucho más proclives a aplicar el artículo 9.2 RR-I a la hora de enjuiciar decisiones empresariales de poner fin al contrato de trabajo cuando encuentran que estas son discriminatorias o vulneran derechos fundamentales del trabajador. Conviene recordar que la consecuencia del mencionado artículo 9.2 es inaplicar el derecho aplicable sobre la base de que su aplicación es incompatible (“repugnant”) con el derecho español<sup>50</sup>. En este punto, se proyecta sobre el despido la doctrina general conforme a la cual los derechos fundamentales constitucionales pueden esgrimirse como orden público del foro. Un caso paradigmático lo ofrece la STSJ Madrid 20 julio 2016<sup>51</sup>, protagonizado por un empleado de la embajada española en Catar. La ley aplicable a la relación es la catari y el despido se produce, con arreglo a esta ley, sin necesidad de alegar causa alguna, siendo suficiente el abono de la indemnización estipulada legalmente. El trabajador solicita en la jurisdicción española la declaración de nulidad del despido por violación del derecho fundamental a la indemnidad, que es una consecuencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Esta alegación de vulneración de la garantía de indemnidad se asienta en el hecho de que el trabajador mantenía en España un pleito contra la parte empleadora por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un accidente laboral que había sufrido en las dependencias de la embajada en Doha. En la sentencia de instancia, se da la razón a la parte empleadora, al entender que siendo aplicable la legislación catari y habiéndose cumplido por esta parte con lo dispuesto en tal legislación, la demanda debía ser desestimada. En suplicación, la Sala de lo Social del TSJ Madrid manifiesta su disconformidad, sobre la base de una lectura del RR-I que pretende ofrecer una especial protección al trabajador como parte débil de la relación laboral. Razona el TSJ que “*como los derechos constitucionales no son disponibles por la voluntad de los contratantes por afectar al orden público del foro (español), como la no valoración que se ha hecho en la sentencia del Juzgado del derecho fundamental a la indemnidad del actor que es consecuencia del de prestación efectiva de justicia es manifiestamente incompatible con nuestra legislación constitucional también es aplicable en el presente caso el artículo 21 del Reglamento [Roma I] además de los citados anteriormente [artículos 8 y 9 RR-I] para llegar a la conclusión de que en aplicación de la legislación de la Unión Europea y de la española la Juzgadora “a quo” debió pronunciarse sobre la causa de nulidad del despido del actor que ha alegado en su demanda aunque no exista ese derecho en la legislación laboral qatari*”.

<sup>47</sup> Rec. 572/2022.

<sup>48</sup> Rec. 21/2015.

<sup>49</sup> Rec. 599/2022.

<sup>50</sup> J. HARRIS, “Mandatory rules and public policy under the Rome I Regulation”, en FERRARI, F., y LEIBLE, S. (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 297.

<sup>51</sup> Rec. 422/2016.