

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXV

Núm. 2.134

Septiembre de 2011



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-11-001-7

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-11-001-7

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXV • SEPTIEMBRE 2011 • NÚM. 2.134

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—El contrato de servicios y la propuesta de modernización del código civil español

—Competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo en el ámbito de la Unión Europea

EL CONTRATO DE SERVICIOS Y LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL*

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Lleida

Resumen

La Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, hecha pública por la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación española en 2009, introduce una nueva concepción del contrato civil, de manera especial incorpora el nuevo concepto de cumplimiento contractual que se defiende en los textos legales europeos sobre la compraventa y en el borrador del Common Frame of Reference, así como en la normativa europea sobre los Derechos de los consumidores. En este artículo se da cuenta de tales avances en cuanto pueden referirse, no solo al contrato de compraventa, regulado ex novo en la Propuesta, sino también al contrato de servicios. Se propone centrar la mirada también en este contrato y acometer su regulación.

Palabras clave

Contrato de servicios. Principio de conformidad. Deber de información del prestador del servicio en el momento de formación del contrato. Terminación anticipada del contrato y derecho de desistimiento del cliente.

Abstract

The Proposal for the Modernization of the Spanish Civil Code in Obligations and Contracts, published by the First Section of the Spanish General Commission of Codification in 2009, introduces a new notion of private contract and incorporates also the new concept of contractual performance adopted by the European regulations on the contract for the sale of goods, the Draft Common Frame of Reference and the European regulation on Consumer Rights. This article analyzes these issues in relation to the contract for the sale of goods, regulated by the Proposal and to the service contract. It focuses on the service contract and its regulation.

Keywords

Service Contracts. . Conformity. Pre-contractual duties of information. Client's right to terminate. Withdrawal.

* Fecha de recepción: 16-5-2011. Fecha de aceptación: 31-5-2011.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "El Proyecto De Marco Común De Referencia (Libros II y IV): Comentario Académico desde El Derecho Contractual Español" financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN DER2009-13269-C03-01), y en las actividades del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya "Dret civil Català i Dret privat europeu", AGAUR nº 2009 SGR 689 así como del Centre d'Estudis Jurídics Europeus i Mediació, centro de investigación propio de la Universidad de Lleida.

Sumario

I. Introducción.

II. Las referencias al contrato de servicios en la Propuesta de Modificación del Código civil

II. 1. El deber de información del prestador del servicio

II.2. El desistimiento del cliente en los contratos celebrados a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles

III. Algunas sugerencias para la regulación del contrato de servicios en el futuro Libro IV del Código civil español

I.- INTRODUCCIÓN

En derecho español parece que hay consenso doctrinal en la necesidad de reformar, para modernizarlo tras más de un siglo de vigencia, el derecho de los contratos que se contiene en nuestro Código civil¹. Específicamente en relación con el contrato de servicios se han realizado algunos intentos, baste recordar el proyecto de ley de modificación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra². Sin embargo, la situación sigue siendo la de un derecho contractual español poco competitivo en el espectro comparado y escasamente adecuado a las necesidades del tráfico jurídico y económico actual. En este contexto, la presentación de la Propuesta de Anteproyecto de Ley, hace dos años, para la reforma del Libro IV del Código civil sobre Obligaciones y Contratos, efectuada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, constituyó una muy buena noticia³.

Destaca en esta propuesta, con luz propia, la voluntad clara de los nuevos codificadores de modernizar el derecho civil español siguiendo la senda abierta por la Unión Europea a través de las diferentes propuestas, tanto doctrinales como propiamente legislativas, que constituyen lo que hoy conocemos como Derecho Europeo de los Contratos. Señalan los autores de la propuesta que su objetivo es establecer reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, de manera que la suerte de los contratos y las obligaciones resulte ser aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico.

¹ MORALES MORENO A. M., "La modernización del derecho de obligaciones", Madrid, 2006, p. 28.

² Proyecto de Ley 123/000043, BOCG de 12 de abril de 1994. Proyecto de Ley 123/000043, BOCG de 12 de abril de 1994. Tal iniciativa respondía según su Exposición de Motivos, a la conveniencia señalada una y otra vez por la doctrina de reformar los contratos que el Código civil español agrupa bajo la denominación de arrendamiento de obra y servicio, proponiendo una regulación ex novo que rompiera absolutamente con el sistema anterior. La Asociación de Profesores de Derecho civil aplaudió y alentó tal iniciativa legislativa con la celebración monográfica de unas Jornadas sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicio y obra, celebradas en Jaén durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1995. Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA J. (coord.), "Contratos de servicio y de obra. Proyecto de ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de servicios y obra", Jaén, 1996.

Cabe destacar, en cuanto a la Comunidad Autónoma de Cataluña, que en el año 2004 el Observatori de Dret Privat elaboró un primer borrador denominado "Trabajos preparatorios del libro sexto del Código civil de Cataluña en materia de obligaciones y contratos", en el que se contiene una propuesta de regulación para el denominado contrato de servicios y de ejecución de obra. Mucho más recientemente, se han presentado los resultados del grupo de trabajo constituido en el seno del Observatori de Dret Privat de Catalunya tratando de seguir el modelo que para esta modalidad contractual se propone en el Marco Común de Referencia europeo. Cfr. ARROYO I AMAYUELAS E. "Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del Marc Europeu", FERRER I RIBA J., "Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte", Ponencias pronunciadas en las XVI Jornades de Dret Català a Tossa los días 23 y 24 de septiembre de 2010, en prensa; MARTÍN CASALS M. "La codificació del dret civil de Catalunya: de la Compilació al Codi civil", Ponencia pronunciada en las XXI Jornades Jurídicas organizadas en la Universidad de Lleida los días 11 y 12 de noviembre de 2010, en prensa.

³ Boletín de Información. Año LXIII, Madrid, enero de 2009. En adelante PMCCOC.

Asimismo, se busca la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos⁴.

Sin embargo, y a pesar de este planteamiento ambicioso, la Comisión no ha elaborado hasta la fecha una propuesta de modificación del Código civil en el sentido de dotar de regulación completa y coherente a uno de los contratos con mayor presencia en la economía internacional actual: el contrato de servicios. En efecto, la importancia económica de los servicios dentro de la Unión Europea es enorme, se estima que los servicios son el motor del crecimiento económico y que representan un 70 % del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de los Estados miembros⁵. En cuanto a España, los servicios representan el 66,7% del PIB y el 66,2% del empleo total⁶. No obstante, por lo que a la legislación vigente se refiere, solo existen ciertas normas de Derecho público relativas al sector de los servicios, especialmente en el ámbito administrativo y laboral, entre los que destacan la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo⁷ o las denominadas “Ley Paraguas” y “Ley Ómnibus”⁸, de transposición de la Directiva de servicios que ha dado lugar a la modificación de al menos 47 leyes estatales y autonómicas, y muchas más disposiciones reglamentarias⁹. Existen, además, otras normas de Derecho privado cuyo origen y fuente de inspiración no es otro que el Derecho europeo de los contratos, contenidas en leyes sectoriales más antiguas, que fueron promulgadas en su día para solucionar problemas puntuales de algunas concretas modalidades de servicios, y para la transposición de las diferentes directivas europeas¹⁰.

No cabe duda de que tales iniciativas están facilitando el desarrollo de sus tareas a los prestadores de servicios, y cierto es, asimismo, que la especificidad de determinadas

⁴ Cfr. Exp. Motivos de la PMCCOC, p. 11.

⁵ Cfr. Considerando (4) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; véase también BARENDRECHT M. y otros, “Principles of a European Law. Study Group on a European Civil Code. Service Contracts (PEL SC)”, Munich, 2007, p. 127.

⁶ Ministerio de Economía y Hacienda, 17 de octubre de 2008, Presentación del Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios. Una vez promulgada la norma, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, el legislador español comienza el preámbulo de la misma con la siguiente afirmación literal: “El sector de los servicios es el sector más importante, tanto de la economía europea como de la española, en términos económicos y de empleo y el que ha experimentado un mayor desarrollo en los últimos años”. BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009, p. 99570.

⁷ Cfr. CERVILLA GARZÓN M^a. D., “El nuevo régimen jurídico común de la prestación de servicios (estudio detallado de la incidencia de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo en el régimen del Código civil)”, La Ley, nº 7181, de 25 de mayo de 2009, pp.2-7.

⁸ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ya citada, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Cabe destacar que, pese a su contenido mayoritariamente administrativo, existen, no obstante, en esta norma, algunas disposiciones de derecho privado destacando especialmente la relativa al deber de información al cliente o destinatario del servicio; Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que es el origen de una verdadera avalancha de disposiciones normativas legales y de desarrollo. A modo de ejemplo cabe citar el Real Decreto 136/2010, de 12 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, el Real Decreto 244/2010, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación o, en el ámbito autonómico, la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de las Cortes de Castilla-La Mancha de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

⁹ Cfr. VILLAREJO GALENDE H. (dir.), “La Directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo”, Granada 2009. Este libro contiene una serie de comentarios efectuados por administrativistas, miembros de la Administración y de Agrupaciones de empresarios que analizan los retos que se abren tanto para empresas como para administraciones, a partir de la transposición en España de la directiva de servicios. También resulta interesante el comentario de PULIDO QUEVEDO M. sobre la Ley Omnibus: “el objeto de estas medidas fue dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados”, cfr. “Ley de libre acceso de actividades de servicios y su ejercicio”, Derecho de los Negocios, 2010, núm. 233, p. 36.

¹⁰ Cfr. por ejemplo, el RD 1457/1986 de 10 de enero, sobre la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos y la normativa autonómica que lo complementa, o la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, o, finalmente, la Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente, y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que había sido precedida por algunas normas autonómicas sobre estos aspectos que afectan a los servicios sanitarios (véase la Ley 21/2000, de 21 de diciembre de 2000, del Parlamento de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica). El sector de seguros y el de los servicios financieros también cuenta con normativa sectorial propia derivada de la especificidad de los mismos.

profesiones o sectores empresariales pueden justificar la existencia de leyes especiales. Precisamente por ello, resulta obvia la necesidad de impulsar los trabajos de la Sección civil de la Comisión General de Codificación en la elaboración de una propuesta de regulación completa y coherente de esta modalidad contractual de Derecho privado que, sin duda, debe disponer de un espacio dentro del futuro Libro IV del Código civil español. Una normativa que sirviera como base y fundamento del resto de legislación que afecta a este sector de la economía, y como criterio fundamental para el juez del orden jurisdiccional civil en la resolución de los numerosos conflictos que con frecuencia se plantean en la ejecución de las diversas modalidades del contrato de servicios. Sorprende ciertamente el retraso de la Comisión en esta tarea si consideramos que en la Propuesta de Modificación sí se acomete la reforma de la otra gran figura contractual que constituye la base de nuestra actividad económica, el contrato de compraventa¹¹.

II.- LAS REFERENCIAS AL CONTRATO DE SERVICIOS EN LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

A pesar de que no se ha optado por la regulación sistemática y completa del contrato de servicios, se puede decir que, en cierta medida y con respecto a determinadas cuestiones, este contrato sí quedaría afectado por la Modificación del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, en el caso de que este Anteproyecto llegara a convertirse en norma vigente.

La Comisión de Codificación aborda, en las secciones cuarta, quinta y sexta del Capítulo II sobre la Formación del Contrato, con carácter general y para toda modalidad contractual, las especiales prerrogativas que asisten a los consumidores en la fase de formación del contrato. Lo cierto es que el objetivo de los codificadores es subsumir en estos escasos siete artículos toda la normativa civil hoy vigente en España a través del Libro II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tal vez con la intención de recuperar, para el Código civil, toda la normativa de derecho privado contractual contenida en este casi código del consumo que es el Texto Refundido de la LGDCU¹². En efecto, ésta podría ser su ubicación natural y así parece entenderlo también el legislador europeo¹³, aunque lo cierto es que algunos países europeos no han seguido esta dirección a la hora de modificar o reformar su legislación civil sobre obligaciones y contratos¹⁴. En cualquier caso, tan ambicioso

¹¹ De hecho, la aplicación al contrato de compraventa de la nueva teoría general del contrato propuesta por la Comisión de Codificación ha inspirado ya interesantes estudios doctrinales. Cfr. FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., "La formación del contrato en la Propuesta para la modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos", Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, Mayo 2011, núm. 2131, pp. 1-19; CLEMENTE MEORO, M.E. "La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española", Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, Mayo 2011, núm. 2131, pp. 1-19 FENOY PICÓN, N. "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento" ADC, 2010, fasc. I, pp. 47-136; VAQUER ALOY, A. "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?" ADC, 2011, fasc. I, pp. 6-39; SALVADOR CODERCH, P. "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos", InDret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 4/2009, pp. 1-60; MARÍN GARCÍA, I. "La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos" InDret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 2/2009, pp. 1-17.

¹² R. D. Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, arts. 59 y ss. Cfr. REYES LÓPEZ, M^a.J. "Manual de Derecho Privado de Consumo", Madrid, 2009, pp. 196 y ss., también son de obligada consulta los comentarios recientemente publicados sobre toda la normativa vigente en materia de consumidores: CÁMARA LAPUENTE, S. "Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RD 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea", Madrid, 2011.

¹³ Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, COM(2010)348 final, p. 11

¹⁴ Cfr. Ante-Proyecto de Reforma del Código civil francés en materia de contratos, obligaciones y prescripción, <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>

Puede verse un elenco de artículos doctrinales sobre esta reforma en el número 6 de 2007 de la European Review of Contract Law, así como en el libro Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala'), editado por CARTWRIGHT, J.; VOGENAUER S., y WHITTAKER, S., Oxford, 2009. En cuanto al Derecho civil alemán, el legislador sí que ha optado por integrar todo el consumer law dentro del nuevo Código civil, cfr. ZIMMERMANN, R. "El nuevo derecho alemán de obligaciones", Barcelona, 2008, p. 183

propósito hace necesaria, urgentemente, una esmerada y detenida labor de desarrollo de los artículos 1261 a 1267 propuestos, que se revelan escasos y poco claros. La doctrina jurídica en materia de protección a los consumidores en el ámbito contractual aparece ampliamente desarrollada en nuestro país desde el año 1984 en que se promulgó la primera ley general para la defensa de esta parte más débil en el negocio jurídico, y por ello no es viable pretender su asunción en el Código civil a través de un texto legal tan escueto y enrevesado en su redacción, como el que se observa en la PMCCOC.

Por otro lado, las especiales características del contrato de prestación de servicios obligan a una serie de numerosas referencias contenidas en el Título II de la Propuesta dedicado a la teoría general del contrato, en las que se pretende aplicar, de forma específica, a los servicios, la más moderna doctrina europea. Comentaremos, de este modo, las referencias a los contratos de prestación de servicios que aparecen en los artículos 1265 y ss. PMCCOC, en relación a dos cuestiones de gran importancia, a saber, el deber de información del prestador del servicio y el derecho al desistimiento que asiste al cliente.

II.1. El deber de información del prestador del servicio

Los artículos 1265 a 1268 PMCCOC contienen, ciertamente diseminados entre otras muchas cuestiones que son objeto de regulación, una serie de requerimientos de información que afectan al empresario en la fase de formación del contrato. El objetivo es reforzar las cautelas para asegurar la observancia por parte del empresario de su deber de actuar con transparencia en los supuestos en los que:

- a) el contrato se formaliza fuera del establecimiento mercantil o
- b) el contrato se celebra a distancia¹⁵.

En este sentido, parece claro que los codificadores están asumiendo como propio uno de los principios fundamentales del Derecho europeo de los contratos, a saber, que la información constituye una concreción del deber de buena fe que ha de presidir las relaciones negociales precontractuales¹⁶. En concreto, el apartado sexto del artículo 1267 PMCCOC desarrolla el contenido de la información que el profesional deberá facilitar al consumidor antes de la

y ss.; ROTT, P. "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", *German Law Journal*, vol. 07, nº 12, pp. 1.109-1.136.

¹⁵ La principal fuente de inspiración, en el ámbito propiamente legislativo europeo, la encontramos en las Directivas sobre los derechos de los consumidores, véase la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la Directiva 1993/13/EEC del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de Abril de 1993 sobre las cláusulas no negociadas en los contratos con consumidores, la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Las últimas noticias sobre el desarrollo de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores pueden encontrarse en el sitio http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm.

¹⁶ Desde la perspectiva de los trabajos doctrinales sobre Derecho europeo de los contratos, the duty of Good Faith, no responde a una definición objetiva que se identifique con una conducta determinada, sino que actúa como principio que engloba y fundamenta todas las obligaciones que pueden exigirse a las partes contractuales, incluso aunque no haya una norma de derecho positivo que ordene tal comportamiento. El artículo II.- 3:301 del Draft Common Frame of Reference establece la obligación de negociar con buena fe e impone a quien no lo haga la responsabilidad por los daños que su conducta pueda causar a la otra parte: "a person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by breach", von BAR, C., CLIVE E., y SCHULTE-NOLKE H., "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference", Munich, 2009. En adelante me referiré a esta versión de 2009 con la abreviatura DCFR. Existe, desde el mes de mayo de 2011, una nueva versión del Common Frame of Reference que reproduce esta normativa en su artículo 27, de la Sección 6ª del Capítulo segundo del Libro II "Making a binding contract". Los codificadores españoles contemplan la obligación de actuar conforme a la buena fe en la formación del contrato en el artículo 1245 PMCCOC. Cfr., entre la doctrina, VAQUER ALOY A., "Farewell to Windscheid?. Legal concepts present and absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)", *European Review of Private Law*, 2009, 4, p. 508; LANDO O. "Is Good Faith an Over-arching General Clause in the Principles of European Contract Law?", *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the national Systems*, (ANDENAS, M., DIAZ ALABART, S., MARKESINIS, B., MICKLITZ, H., y PASQUINI N. eds.), London, 2007, pp. 601-613.

celebración del contrato¹⁷. Lo más llamativo de esta disposición es que recoge un compendio resumido del artículo 22 de la Directiva de Servicios, hoy artículo 22 de la ley 17/2009, en el que se generaliza para todos los prestadores de servicios la obligación de información precontractual, sin perjuicio de otras obligaciones de información que pudieran imponerse en virtud de la legislación de protección a los consumidores¹⁸. El artículo 22 de nuestra nueva ley de libre acceso a las actividades de servicios transcribe esta disposición de la directiva y la completa con dos aspectos que también aparecen en el art. 1267 PMCCOC: la obligación de informar sobre el derecho de desistimiento del consumidor, plazo y forma de su ejercicio, y sobre la fecha de entrega, ejecución del contrato y duración del mismo, aunque este último punto solo deberá ser objeto de la información precontractual a petición expresa del destinatario del servicio.

En consecuencia, la norma de transposición de la directiva europea de servicios, que en principio tiene una vocación generalista y está centrada en aspectos que no entran dentro de la esfera estricta del Derecho privado, está desarrollando con mayor precisión y concreción que los codificadores españoles en su propuesta de modificación del Código civil, los deberes de información precontractuales de los empresarios en general y de los prestadores de servicios en particular. Así, el derecho comunitario vuelve a aportar soluciones a las legislaciones nacionales¹⁹, y avala la idea expuesta sobre la necesidad y conveniencia de una regulación específica y completa de Derecho privado en materia de servicios, en la que se establezca detalladamente el contenido de la obligación de información que afecta a los prestadores de servicios en todos los supuestos de desarrollo de su tarea²⁰.

¹⁷ Señala el artículo 1267.6 PMCCOC: “El profesional deberá facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato y con suficiente antelación información clara sobre los siguientes extremos: a) Su identidad y dirección; b) Las características esenciales del bien o servicio; c) El precio, incluidos todos los impuestos; d) Los gastos de entrega y transporte en su caso; e) Las modalidades del pago y las de entrega o ejecución; f) La existencia de derecho de desistimiento a que se refiere el apartado 11; g) El coste de la comunicación a distancia, h) El plazo de vigencia de la oferta y el precio, i) La duración mínima del contrato si es de ejecución permanente o repetida; j) Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de que el profesional disponga o que esté adherido”.

¹⁸ Art 22 (1) y (3) Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006: “Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores pongan a disposición del destinatario la información siguiente: a) nombre, estatuto y forma jurídica del prestador, dirección geográfica donde tiene su establecimiento y los datos que permitan ponerse rápidamente en contacto y comunicar directamente con él y, dado el caso, por vía electrónica; b) en caso de que el prestador esté inscrito en un registro mercantil u otro registro público análogo, dicho registro mercantil y su número de inscripción, o los medios equivalentes de identificación que figuren en dicho registro; c) en caso de que la actividad está sometida a un régimen de autorización, los datos de la autoridad competente o de la ventanilla única; d) en caso de que el prestador ejerza una actividad sujeta a IVA, el número de identificación mencionado en el artículo 22, apartado 1 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme; e) por lo que se refiere a las profesiones reguladas, todo colegio profesional u organismo análogo en el que esté inscrito el prestador así como el título profesional y el Estado miembro en el que fue otorgado; f) condiciones y cláusulas generales, en su caso, utilizadas por el prestador; g) la existencia, en su caso, de cláusulas contractuales utilizadas por el prestador sobre la legislación aplicable al contrato y/o sobre los órganos judiciales competentes; h) la existencia, de haberla, de una garantía postventa no impuesta por la ley; i) el precio del servicio, cuando el prestador fije previamente un precio para un determinado tipo de servicio; j) Las principales características del servicio si no quedan claras por el contexto; k) el seguro o garantías (...) a) cuando el precio no lo fije previamente el prestador para un determinado tipo de servicio, el precio del servicio o, si no se puede indicar el precio exacto, el método para calcular el precio, de forma que el destinatario puede comprobarlo, o un presupuesto suficientemente detallado; b) en el caso de las profesiones reguladas, referencia a las normas profesionales aplicables en el Estado miembro de establecimiento y los medios para acceder a ellas; c) la información relativa a sus actividades multidisciplinares y asociaciones que estén directamente vinculadas con el servicio en cuestión y sobre las medidas adoptadas para evitar conflictos de intereses (...) los posibles códigos de conducta a que esté sometido el prestador, así como la dirección en que dichos códigos se pueden consultar por vía electrónica y en qué idiomas están disponibles; cuando un prestador esté sometido a un código de conducta o sea miembro de una asociación u organización profesional que prevea el recurso a medios extrajudiciales de resolución de litigios, la información correspondiente (...)”.

¹⁹ Sobre la función del Derecho comunitario derivado en la armonización indirecta del Derecho Contractual europeo en numerosas materias, véase CÁMARA LAPUENTE S., “Un derecho privado o un Código civil para Europa; planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho Privado Europeo*, (CÁMARA LAPUENTE S. dir.), Madrid, 2003, pp. 47 y ss. y GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (BOSCH CAPDEVILA E. dir.), Barcelona, 2009, p. 533.

²⁰ Téngase en cuenta que la actual propuesta de modificación del Código civil sólo afectaría, en caso de entrar en vigor, a las obligaciones de información precontractual de los empresarios que contraten con clientes que tengan la condición de consumidores, y únicamente si la contratación se ha llevado a cabo a través de mecanismos de contratación a distancia.

a) Información sobre objetivos y resultados del servicio. El artículo 1267.6 PMCCOC, en su apartado b), se refiere a las características esenciales del servicio. Ello nos hace pensar en una información no ya únicamente formal sobre el profesional o su empresa, ni siquiera únicamente sobre la importante cuestión del precio, sino algo mucho más específico relativo a las características del concreto servicio encargado en relación con los objetivos que el cliente pretende conseguir. Y si ponemos en relación este artículo con el apartado C del Libro IV DCFR, sobre el contrato de servicios, encontramos una disposición de estas características bajo la rúbrica de *pre-contractual duties to warn*²¹. Establece expresamente esta normativa que, antes de la formalización del contrato, el prestador del servicio está vinculado por la obligación jurídica de advertir al cliente cuando percibe que está o pudiera estar desorientado en sus pretensiones, o que su desconocimiento de la materia le hace perseguir un objetivo inalcanzable. Así, determina que advertirá al cliente de las características del servicio y de que puede no alcanzar el objetivo que se propone con el servicio que está encomendando. También ha de advertirle cuando el cliente puede resultar perjudicado en sus propios intereses o, por último, si la obtención del referido objetivo puede llegar a ser más costoso o demorarse más tiempo de lo que en un principio cabría esperar. La inobservancia de esta norma lleva aparejada para el agente consecuencias concretas y determinadas, a saber, no podrá instar ninguna modificación del contrato de servicios en función de las circunstancias adversas que vayan presentándose en el desarrollo del encargo y de las que no advirtió oportunamente a su cliente. Ello sin perjuicio de las indemnizaciones que el cliente tenga derecho a reclamar por los daños y perjuicios sufridos.

Es lo cierto que, en un legítimo y razonable afán de desarrollar su propio negocio, el prestador del servicio siempre tiende a incidir más en los aspectos positivos que en los negativos del servicio que se le propone llevar a cabo. No obstante, el deber de advertir sobre los riesgos y dificultades aparece dentro del contexto de una obligación que no solo es de informar sino más bien de asesorar al cliente, siempre que éste no conozca ya los riesgos del servicio, o tuviera que conocerlos en razón de su profesión o de su nivel de formación. Desde luego en el DCFR queda clara la voluntad de extender la obligación de asesoramiento y advertencia no sólo a los supuestos de contratación con consumidores en sentido estricto, sino en general a todos los supuestos en los que no se contrate con otros profesionales del sector al que corresponda el servicio que se trata de prestar.

Y volviendo a la normativa propuesta para el futuro Código civil español, cabe preguntarse si esta obligación precontractual de informar y asesorar al cliente puede interpretarse no sólo en sentido negativo, como una advertencia cuando las cosas pueden no ir tan bien como cabría esperar, sino además, en sentido positivo, relacionándola con la información publicitaria y la protección al cliente que acude a un profesional o prestador de un servicio porque ha sido informado acerca de su prestigio, o del bajo coste por el que realiza la tarea de que se trate; o simplemente, para proteger al cliente que, tras mantener una entrevista con el prestador del servicio que despierta en él la confianza suficiente, se decide a contratar el servicio. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 de la Directiva de servicios, hoy artículo 22 de la Ley 17/2009, entiendo que la tesis es absolutamente razonable y se ajusta a la función que en nuestra sociedad realiza la publicidad y las actividades de marketing, no sólo con respecto a

²¹ Cfr. DCFR, Artículo IV.C.- 2:102, apartados 1 a 3,“1. The service provider is under a pre-contractual duty to warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested: a) may not achieve the result stated or envisaged by the client; b) may damage other interests of the client or c) may become more expensive or take more time than reasonably expected by the client.2. The duty to warn in paragraph 1 does not apply if the client: a) already knows the risks referred to in paragraph 1, or b) could reasonably be expected to know of them. 3. If a risk referred to in paragraph 1 materialises and the services provider was in breach of the duty to warn of it, a subsequent change of the service by the service provider under IV.C.- 2:109 (unilateral variation of the service contract) which is based on the materialisation of the risk is of no effect unless the service provider proves that the client, if duly warned, would have entered into a contract anyway. This is without prejudice to any other remedies, including remedies for mistake, which the client may have. Véase sobre la metodología y objetivos de los académicos en la elaboración de una regulación civil sobre el contrato de servicios: JANSEN, C.,“Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method”, Service Contracts (ZIMMERMANN, R. dir.), Tübingen, 2010, pp. 43-57.

productos o bienes materiales, sino también respecto de servicios de todo orden que pueden ser ofertados²².

Además, la información sobre los objetivos y resultados que un servicio puede proporcionar al cliente implican un compromiso por parte del prestador de obtener tal resultado. Ello enlaza con una cuestión de enorme calado como es el concepto de incumplimiento aplicado al contrato de servicios. De acuerdo con el artículo 1188 PMCCOC hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten. El preámbulo de la propuesta de modificación ofrece la siguiente argumentación de este concepto de incumplimiento: “Conforme al nuevo sistema, la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, con independencia de que la inejecución sea o no imputable al deudor”. Así pues, si el prestador del servicio, a través de una información precontractual precisa y determinada, se compromete a la satisfacción del interés del cliente en forma de obtención de un resultado objetivo derivado de su tarea, este resultado constituirá el contenido del cumplimiento contractual exigible para determinar la conformidad de la prestación de servicios. Esta idea del resultado prometido y comprometido con el cliente aplicado a los contratos de servicios conduce, además, a la confluencia del concepto de responsabilidad contractual implantado para la compraventa en la propuesta de modificación del Código civil (obligación de dar una cosa que resulte conforme con el contrato) en el contrato de servicios. Nuevo concepto el de la conformidad que se aplica con soltura al contrato de compraventa, y que precisa de un análisis detenido y pormenorizado para su aplicación a las diversas modalidades de prestaciones de servicios, así como un adecuado desarrollo normativo dentro de la parte especial de contratos del futuro libro IV de nuestro Código civil²³.

b) Información sobre el precio. Con respecto a la información sobre el precio del servicio incluidos todos los impuestos que lo gravan, la nueva ley de servicios distingue el supuesto en el que el prestador del servicio determine sus tarifas en la propia oferta escrita, y el caso en el que haya de ser resultado de una negociación entre las partes, o de las concretas circunstancias de cada servicio, estableciendo que si no se puede indicar el precio exacto se informará sobre el método empleado para calcularlo, de forma que el destinatario pueda comprobarlo, o se proporcionará un presupuesto suficientemente detallado²⁴.

c) Otras informaciones. En cuanto a los criterios de imputación de responsabilidad del profesional o prestador del servicio, también ha de indicarse al potencial cliente si aquél se encuentra sometido a un código de conducta o es miembro de una asociación u organización profesional que prevea el recurso a medios extrajudiciales de resolución de litigios²⁵.

²² Véase también R. D. Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, al que luego me referiré por extenso, art. 61 que ordena la integración de la oferta publicitaria de bienes y servicios en el contenido de todo contrato. Respecto al derecho contractual europeo, cfr. DCFR, Chapter 3, Section I, Book II, Marketing and pre-contractual duties”. SCHAUER, M. “Contract law of the Services Directive”, *European Review of Contract Law*, 2008, vol. 4. p. 7; SCHULZE R., “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”, *ADC*, 2006, pp. 42 y ss.; MANKOWSKI P., “Information and formal requirements in EC Private Law”, *European Review of Private Law*, 2005, 6, pp. 779-796. STORME M. E., “Information requirements and remedies in the principles of European Contract Law”, *Revista Catalana de Dret Privat*, volum. 4, 2004, pp. 93-104.

²³ Señala al respecto A. VAQUER: “Si nos mantenemos en la literalidad del art. 1188 de la propuesta, la “no realización de la prestación” nos conduce a un concepto clave en el nuevo derecho de obligaciones: la falta de conformidad. Este no es un concepto desconocido en derecho español. En virtud de la transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DVC), la falta de conformidad ya es parte de nuestro derecho, aunque por ahora sólo en el ámbito del derecho del consumo, con lo que conviven remedios procedentes de dos tradiciones, la falta de conformidad con origen en el CISG y el derecho comunitario y europeo y el saneamiento con origen en las acciones edilicias romanas, con los problemas de coherencia interna del sistema que de ello derivan” A. VAQUER ALOY, “El principio de conformidad...”, p. 8. Cfr. GARCÍA RUBIO, M^a P. “La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, *La Ley*, 2003, p. 1529 y ss.; MORALES MORENO A. M., “Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La Compraventa”, *ADC*, 2003, p. 1623-1626.

²⁴ Cfr. Art. 22.3 a) Ley 17/2009.

²⁵ Cfr. Art. 22.3 e) y f) Ley 17/2009.

Toda esta información debe proporcionarse de forma clara e inequívoca, y tempestiva, esto es, antes de la celebración del contrato o, cuando no haya contrato por escrito, antes de la prestación del servicio²⁶. Por último, el legislador español ha señalado algunas materias que son de información suplementaria y se pondrán a disposición del destinatario previa su solicitud²⁷.

En nuestro derecho vigente de contratos, aún siendo claro que las obligaciones nacen de los contratos los cuales obligan, también, al cumplimiento de todas las consecuencias que, según su naturaleza vengan impuestas por la buena fe²⁸, también lo es que la falta de información relevante por parte del profesional, antes de celebrar un contrato de servicios, puede constituirse en una causa válida para solicitar la declaración de anulabilidad del contrato formalizado por el cliente sin contar con esos datos esenciales, todo ello al amparo del artículo 1300 del Código civil y concordantes. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, siendo doctrina consolidada la obligación del profesional de llevar a cabo un asesoramiento e información previa suficiente, en sectores como el de los servicios prestados por médicos o por abogados²⁹. Respecto a la normativa sectorial vigente actualmente en España, ya se ha regulado detalladamente el deber de información en la prestación de servicios sanitarios en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que afecta exclusivamente al servicio que prestan los profesionales de la salud³⁰, de la misma manera que para los prestadores de servicios de la sociedad de la información, el artículo 10 de la Ley 34/2002 constituye un claro reflejo normativo de este principio básico del derecho europeo³¹. Por último cabe mencionar que el deber de información es una obligación legal para los prestadores de servicios de reparación de vehículos desde la promulgación, hace más de dos décadas, del artículo 12 del RD 1457/1986³².

Así pues, ya tenemos un concepto clave para la futura regulación civil española sobre el contrato de servicios: la obligación precontractual de información que afectará al prestador del servicio en sentido amplio, esto es, tanto en relación con su identificación y descripción de las condiciones del servicio ofertado, como en el sentido de asesoramiento y advertencia al futuro cliente sobre su caso particular.

²⁶ SCHMIDT-KESSEL M., "Die Informationspflichten des Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie", GPR, 2008, vol. 1, p. 65.

²⁷ Art 22.4 Ley 17/2009. Por su parte la [Directiva 2002/65/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores](#), norma especial para esta modalidad de servicio que, por ello, queda expresamente excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE, también regula esta posibilidad de que los Estados miembros establezcan obligaciones suplementarias de información precontractual, insistiendo en la necesidad de que lo comuniquen a la Comisión. Art. 4 (3).

²⁸ Cfr. Art. 1258 Cc.

²⁹ Cfr. STS de 29.06.2007: El Tribunal Supremo señala que la información que se facilita al paciente es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis ad hoc* propia de la actividad médica. A nuestro juicio, esta resolución aparece claramente inspirada en los principios de Derecho contractual europeo cuando establece que "en el caso de autos no hubo falta de información sino una información incompleta, y el riesgo que se deduce de la misma permite sostener, en atención a lo que se califica de orden natural de las cosas presidido por la regla de la razonabilidad, que la recurrente habría elegido el mismo método de esterilización, incluso después de haber sido advertida del riesgo de un nuevo embarazo". La STS de 23.05.2001 se refiere al deber de información previa que afecta al abogado con respecto a la viabilidad de la demanda, aunque los argumentos empleados para fundamentar esta obligación se alejan bastante del razonamiento jurídico: las exigencias técnicas, deontológicas y morales que afectan a estos profesionales, la lealtad y honestidad que han de presidir el desempeño del encargo recibido.

³⁰ Véase el trabajo que sobre la Ley 41/2002 ha publicado DOMÍNGUEZ LUELMO A., "Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)", Valladolid, 2007. Cfr. también BELLO JANEIRO D., "Sentencia de 23 de Octubre de 2008: Fecundación in vitro. Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Técnica casacional. Obligación de medios o de resultado. Medicina curativa y satisfactiva. Aplicación de la Ley de Consumidores a los servicios sanitarios. Resultado desproporcionado. Consentimiento informado", [Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 80, 2009](#), pp. 779-806; REYES LÓPEZ M^a.J., "Manual cit.. p. 178 y ss. Sobre las obligaciones profesionales de letrados y asesores, véase DE ANGEL YAGÚEZ, R. "La responsabilidad civil del abogado", *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, 2/2008, pp. 1-54; CERVILLA GARZÓN, M^a. D. "La prestación de servicios profesionales", Valencia, 2001, pp. 249 y ss.

³¹ Cfr. PERALES VISCASILLAS, P. "Publicidad y Formación del Contrato. La formación electrónica del contrato en el Draft Common Frame of Reference", RCE, 2009, nº 100, pp. 1-18, <http://vlex.com/vid/574446028>; COUTO CALVIÑO, R. "[Reflexiones acerca de la firma electrónica y el nuevo mercado de servicios de certificación](#)", RCE, 2007, nº 8, pp. 3-37.

³² Cfr. LAMA AYMÁ A., "El contrato de obra para la reparación de vehículos de motor", RDP, 2008, nº 5, p. 32.

II.2. El desistimiento del cliente en los contratos celebrados a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles

La especificidad del contrato de prestación de servicios no permite que la doctrina de protección a los consumidores en la fase de formación del contrato, diseñada en la PMCO, tal vez pensando únicamente en el contrato de compraventa, pueda aplicarse sin excepciones o más bien, sin las pertinentes adaptaciones, al contrato de servicios. Cabe destacar, a este respecto, la regulación del derecho de desistimiento que asiste al cliente-consumidor en todas las modalidades contractuales, siempre que se celebren fuera de los establecimientos mercantiles o a distancia. El desistimiento del consumidor aparece definido como un derecho de que éste goza sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna. Se afirma además que el desistimiento es, para el consumidor, un derecho irrenunciable que no está sujeto a forma alguna. En cuanto al plazo para su ejercicio, queda vinculado al deber de información que afecta al empresario o profesional, estableciendo que el plazo de siete días hábiles comenzará contarse desde que el cliente reciba toda la información necesaria y, en su defecto, se extenderá hasta los tres meses desde la celebración del contrato. La ampliación del plazo en los supuestos de incumplimiento del deber de información también aparece recogido en el Derecho contractual europeo, en el artículo II.- 3:109 DCFR: “*Remedies for breach of information duties*”, específico para la contratación entre profesionales y consumidores³³. La falta de información por parte del empresario se sanciona retrasando el inicio del cómputo del plazo de que dispone el consumidor para ejercer su derecho de desistimiento. No obstante, en el DCFR los plazos para el ejercicio del desistimiento del consumidor se extienden hasta los catorce días como mínimo, con un máximo de un año desde la formalización del contrato cuando no se presta la información³⁴.

A mi entender estas disposiciones presentan mayores dificultades de aplicación al contrato de servicios que al de compraventa, especialmente por la consecuencia que del desistimiento se deriva, esto es, la restitución recíproca de las prestaciones. No es lo mismo proceder a la restitución de un bien, en un contrato con obligaciones de dar de cumplimiento instantáneo que no instauran una relación duradera entre los contratantes, que en un contrato de prestación de un servicio del que nace una concreta obligación de hacer y en el que resulta evidente el perjuicio que sufrirá el profesional cuando el consumidor desista una vez iniciada, o incluso concluida, la prestación. La cuestión se torna indemnizatoria porque se trata de decidir si, en estos supuestos, el profesional perjudicado ha de quedarse en la misma situación que tendría si el contrato no hubiera tenido lugar.

Para paliar esta situación los autores de la propuesta de modificación del Código civil excepcionan el supuesto de los servicios y acortan el plazo para el desistimiento del consumidor. Así, en el artículo 1267.11, párrafo tercero, determinan que salvo pacto en contrario, en los contratos que tengan por objeto servicios se extinguirá el derecho de desistimiento antes de que transcurra el plazo para su ejercicio, cuando el profesional haya empezado a prestar aquellos con el consentimiento expreso del consumidor y siempre que a éste se le haya facilitado la información prevista en este artículo. Junto a ello, determinan la no aplicación de estas normas protectoras de los consumidores a determinadas modalidades contractuales de prestación de servicios como los financieros, el de construcción y arrendamiento de inmuebles, los servicios

³³ Art. 3:109. 1: “If a business has a duty under II.3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided”. Este artículo trae causa, a su vez, del art. 2:208. 1, redactado por los autores del Acquis Group, que ha desarrollado en profundidad el consumer law europeo. Cfr. “Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services”, Munich, 2009.

³⁴ Cfr. Art. II.- 5:103 DCFR: Withdrawal period (en el Feasibility Study de 2011 es el artículo 42 del capítulo 4 de la parte II y habla de 14 días y 6 meses), y también 5:103 de los Acquis Principles. También en la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores se establece un plazo, en condiciones normales, de 14 días, cfr. art. 12 de la Propuesta de Directiva. Para los supuestos en que la información se proporcione al cliente, pero ésta sea incorrecta, entendemos que a través de la aplicación de principio de buena fe en las relaciones precontractuales, el derecho de desistimiento del consumidor recibiría el mismo tratamiento que en los supuestos de falta de información. En cualquier caso, el citado artículo 2: 108 de los Acquis Principles hace mención al supuesto de información deliberadamente incorrecta.

de organización de viajes, alojamiento u otras actividades de esparcimiento contratados para una fecha determinada³⁵. El resultado es un deficiente redactado de estos artículos, que pretenden ser una norma general pero se extienden mucho más en la enumeración de las excepciones a la misma, y que en su conjunto resultan de difícil aprehensión y aplicación práctica.

Toda esta complejidad de la redacción de los artículos que componen la parte general del derecho de contratos no hace sino confirmar la necesidad de una regulación especial para los contratos de servicios en la que se traten ésta y otras cuestiones con la especificidad correspondiente a la citada modalidad contractual. Porque lo cierto es que en el sector de los servicios, el desistimiento del cliente que en el margen de una semana, o dos como predica la propuesta legislativa europea, recibe una oferta más ajustada de precio de otro prestador de un servicio, mientras el primer contratado ya se ha puesto a realizar su tarea, se percibe como un supuesto cercano al incumplimiento contractual, que exige una composición entre los intereses contrapuestos en juego, lo cual en modo alguno puede consistir en dejar a los contratantes como si el contrato no se hubiere celebrado.

Junto a ello ha de tenerse en cuenta que la actual normativa vigente en materia de desistimiento, aplicable a los contratos de servicios que se formalizan con consumidores, es la recogida en el Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y usuarios³⁶. Ya existe en nuestro país derecho legal de desistimiento del consumidor en los contratos de servicios celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, sin justa causa y sin penalización. Luego los prestadores de servicios pueden encontrarse en ocasiones claramente perjudicados en su posición jurídica si no se promulga una normativa de Derecho privado, específica para esta modalidad contractual.

III.- CONCLUSIÓN. ALGUNAS SUGERENCIAS PARA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS EN EL FUTURO LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

11

Para terminar cabe mencionar algunos otros aspectos que aparecen en el DCFR académico de 2009, que hay que considerar sosegadamente para su incorporación a una regulación moderna del contrato de servicios en nuestro país. En efecto, la publicación del proyecto de Marco Común Europeo se ha convertido en una gran oportunidad para el legislador español puesto que ofrece modelos de reglas jurídicas³⁷. Así, y aunque la última versión del *Common Frame of Reference* se rinde a las directrices del legislador europeo que reduce sustancialmente la materia objeto de armonización³⁸, centrándose sobre todo en el contrato de compraventa, parece adecuado comentar, desde una perspectiva española, los preceptos que sobre el contrato de servicios nos ofrece este trabajo académico, importando todas aquellas cuestiones que contribuyan a mejorar nuestro derecho positivo.

³⁵ Precisamente para los supuestos de prestaciones de servicios denominadas “viajes combinados” ya es derecho vigente, a través del Libro cuarto del TRLGDU, el supuesto denominado por el propio legislador “resolución unilateral” del contrato por parte del consumidor, en cualquier momento y sin necesidad de que concurra fuerza mayor, pero sujeto a indemnización al prestador del servicio de conformidad con una serie de parámetros recogidos en la norma. Cfr. Art. 160 TRLGDCU. Véase el comentario que al respecto realiza GÁLVEZ CRIADO A., “La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios”, Valencia 2008, p. 107: “En este caso, el legislador apuesta por fijar una indemnización, en forma de penalización, a favor del organizador o detallista, que parece una solución equilibrada para los intereses del propio consumidor en cuanto que se priva al organizador y al detallista de la pretensión de cumplimiento, el consumidor conoce de antemano las consecuencias económicas del ejercicio de su derecho de desistimiento, y además, se evita la inclusión en el contrato de cláusulas más perjudiciales para él con la misma finalidad”.

³⁶ Cfr. arts. 68-79 TRLGDCU, en los cuales no se contempla la reducción del plazo por el hecho de que el prestador del servicio hubiera iniciado su tarea, ni tampoco la indemnización o penalización –salvo en el mencionado supuesto de los viajes combinados–.

³⁷ Cfr. COLLINS H. , “The Common Frame of Reference for EC Contract Law: A Common Lawyer’s Perspective”, en “L’Armonizzazione del Diritto Privato Europeo”, Milano, 2004, pp. 109 y ss.

³⁸ Cfr., sobre el devenir del proceso de armonización del derecho contractual europeo, el sitio http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm

Uno de los aspectos que deseo destacar es el de la sistemática, la posibilidad de redactar una parte general en materia de contrato de servicios, al modo en que lo hace el DCFR, IV. C, en los capítulos 1 y 2, artículos 1:101 y ss., en la que se aborde la definición del tipo contractual unitariamente, para después poder dotarlo de una regulación positiva con todas las especificaciones que pudiera precisar cada modalidad de servicios que fuera objeto de regulación³⁹. Esta parte general abandonaría, por superación y de una manera definitiva, la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultado y desarrollaría un tipo contractual que englobe todos los contratos en los que tiene lugar la realización de un servicio a favor de la otra parte, a cambio de una remuneración⁴⁰. De ahí se pueden inferir una serie de rasgos esenciales del contrato, a saber, estamos ante un contrato oneroso y sinalagmático, en el que el servicio se realiza en el desarrollo de un negocio profesional o empresarial, y que se sustenta en la confianza del cliente en la capacitación personal y material del prestador del servicio para realizar la tarea encomendada. Con la consecuente repercusión de estas notas definitorias en la regulación de los remedios ante un posible incumplimiento contractual.

Así, lo que constituye el objeto de la obligación para el prestador del servicio consiste en llevar a cabo una tarea que requiera una formación o unos conocimientos, y unos medios materiales y humanos. Y dicha tarea siempre ha de perseguir un resultado, la obtención de los objetivos del cliente, que es quién marca las directrices. Poco o nada queda en este planteamiento de la tradicional dicotomía sostenida por nuestra jurisprudencia entre obligaciones de medios, en las que no cabe el enjuiciamiento de la tarea por los resultados positivos o negativos que de la misma se deriven, y las obligaciones de resultado, los tradicionalmente conocidos como contratos de obra, en el que aquél es el criterio de juicio básico para determinar la responsabilidad del agente⁴¹. En el DCFR se parte del planteamiento básico de que todos los servicios generan para el agente una obligación jurídica de hacer y de que en ningún caso debe entenderse que el resultado perseguido queda fuera del contenido de la obligación jurídica del prestador del servicio, más bien lo importante será determinar, claramente, en cada caso, cuál es el resultado que realmente puede esperar el cliente del servicio que se le va a prestar y, en consecuencia, cuándo han de ponerse en marcha los remedios previstos para el incumplimiento del prestador del servicio⁴².

Como el contrato de servicios en el derecho contractual europeo persigue el equilibrio de las partes contratantes, es lógico que el deber de información al que antes nos hemos referido se configure como una obligación de ambas partes contractuales, tanto el profesional como el cliente, puesto que ambos han de proporcionarse recíprocamente la información necesaria para que la prestación del servicio se produzca de la mejor manera posible y se obtengan los resultados perseguidos. Además esta obligación afecta no solo al momento de la formación del contrato sino también a todo el desarrollo de la relación jurídico-privada⁴³.

³⁹ Cfr. ORTEGA DÍAZ, J. F. "Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 705, 2008, pp. 221-268. Este autor incide en la situación de nuestra legislación civil en la materia, vacía de contenido, y en la necesidad, primero de establecer un tipo contractual unitario para todos los tipos de servicios y, segundo, de dotar de regulación positiva a ese tipo contractual. Se muestra de acuerdo con esta tesis VILLANUEVA LUPIÓN, C. "Los contratos de servicios", Madrid, 2009, p. 61.

⁴⁰ Véase nuestro trabajo "Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR", en "Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas" (BOSCH CAPDEVILA E. dir.), Barcelona, 2009, pp. 475-490.

⁴¹ Cfr. STS, 07.03.2007: "nos encontramos ante un contrato de arquitecto que puede resultar enmarcado dentro de los de obra o de arrendamiento de servicios y, sobre esta cuestión, la Sala Primera tiene establecido que si lo convenido fuere la realización de un trabajo, labor o actividad en sí misma considerada, se trata de arrendamiento de servicios, y si, por el contrario, lo que se pacta es un resultado, sin consideración al trabajo o actividad que lo produce, el contrato se integra como de obra". Entre las muchas sentencias que reflejan esta doctrina en relación a la actividad de médicos y abogados, pueden consultarse: STS, 06.06.1983; STS 21.05.1984; STS, 16.07.1990; STS 25.05.1992, STS, 09.07.1992; STS, 23.10.1992; STS, 02.02.1993; STS 25.04.1994; STS, 15.12.1994; STS 28.06.1997; STS 30.06.1998; STS, 14.05.1999; STS, 10.11.1999; STS, 27.07.2006; STS 18.12.2006; STS 24.01.2007. Véanse otras resoluciones judiciales ordenadas y comentadas por ORTEGA DOMÉNECH J., en "El contrato de obra en la jurisprudencia", Madrid, 2007.

⁴² VILLANUEVA, ob. cit. p. 119.

⁴³ Cfr. IV.C.- 2:103 Obligation to co-operate: 1. The obligation of co-operation requires in particular: a) The client to answer reasonable request by the service provider for information in so far as this may reasonable be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract; b) the client to give directions regarding the performance of the service in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations

El DCFR pretende regular la actividad desplegada por una multitud de agentes económicos pero como mínimo, las siguientes tareas: a) todas las relacionadas con la construcción, b) la actividad de mantenimiento y reparación de bienes, c) el depósito y custodia, d) el diseño y la elaboración de proyectos, e) la información y el asesoramiento profesional, y f) la actividad médica⁴⁴. Se trata de los sectores de servicios más frecuentes en la práctica, y se encuentran regulados en los capítulos 3 y siguientes del Libro IV-C del DCFR. Así, la propuesta de normativa europea prescinde de toda distinción basada en una clasificación de las obligaciones de hacer, según sean obligaciones de medios u obligaciones de resultado. Por el contrario, opta por establecer una categoría general amplia, y una regulación determinada de estas seis modalidades de servicios cuyas reglas podrán aplicarse, además, por analogía, a cualquier otro tipo de servicio, que responda a las características básicas del tipo contractual general. A mi entender, la reforma del Código civil español sólo debería abarcar la regulación sistemática y completa del tipo contractual general, de la categoría jurídica que se encierra dentro del concepto de contrato de servicio, sin pretender aprisionar dentro de esta regulación civil algunos o todas las variedades de servicios que nuestra sociedad puede llegar a demandar. De hecho, la existencia de abundantes normas sectoriales en el panorama legislativo español es una muestra clara de la necesidad de regulación especial para algunos servicios concretos⁴⁵.

Una segunda cuestión importante a considerar para la regulación del contrato de servicios es el llamado derecho a la terminación del contrato, prerrogativa esencial que asiste al cliente –consumidor o no– de un contrato de servicios en todo momento de la relación jurídica. Este derecho de resolución unilateral del contrato se halla regulado en el artículo IV.C.- 2:111 (*Client's right to terminate*)⁴⁶ y, sin embargo, no encuentra su reflejo en ninguna norma de la propuesta de modernización del Código civil, siquiera sea dentro de la teoría general de las obligaciones⁴⁷. Tampoco puede identificarse con el desistimiento *ad nutum* que se atribuye al cliente-consumidor en la propuesta de modernización del CC, durante los siete primeros días o los tres meses posteriores a la formalización del contrato, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles o a distancia. Por el contrario, parece que el fundamento del derecho a la resolución unilateral del contrato en el derecho europeo es la pérdida de la confianza del cliente en el prestador del servicio, que puede producirse en cualquier momento de la relación contractual, y que da derecho a una pretensión indemnizatoria para el profesional que ha observado todas sus obligaciones contractuales. Asimismo, en el DCFR este derecho lleva consigo una obligación de preaviso, como un mecanismo dirigido, precisamente, a paliar el perjuicio causado al profesional con la decisión del cliente.

Esta sería, a nuestro juicio, la opción más ajustada a la naturaleza del contrato de servicios, mucho más respetuosa con la igualdad de las partes contractuales que la solución de la propuesta de modificación del Código civil español, que cercena en la práctica el derecho del consumidor a desistir del encargo realizado obligándole a respetar la vigencia del contrato si el profesional ya ha comenzado a realizar la prestación. Ante un contrato como el de servicios, que da lugar al nacimiento de una obligación de hacer en muchos supuestos *intuitu personae*⁴⁸,

under the contract; c) the client, in so far as the client is to obtain permits or licences, to obtain these at such time as may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract; d) The service provider to give the client a reasonable opportunity to determinate whether the service provider is performing the obligations under the contract, and e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this may reasonably be considered necessary to perform their respective obligations under the contract.

⁴⁴ La actividad de los profesionales de la salud queda excluida por el contrario, expresamente, en la Directiva de Servicios y, en consecuencia, en la Ley española de transposición de la misma. Cfr. Art. 2.2 f) de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre.

⁴⁵ Además de las normas sectoriales citadas en este trabajo, existe normativa especial reguladora de los servicios financieros, de los servicios relativos al sector de los seguros, y otros. Cfr. a este respecto TRIGO GARCÍA, M^a. B. "Derecho contractual europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia, un caso paradigmático", en Derecho contractual europeo cit., pp. 581 y ss.

⁴⁶ "The client may terminate the contractual relationship at anytime by giving notice to the service provider. (...) 4. When the client was not justified in terminating the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III".

⁴⁷ Quizá su ubicación natural hubiera sido junto a la resolución por incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, cfr. arts. 1199 y ss. PMCCOC.

⁴⁸ El artículo 1161 Cc se refiere a este tipo de obligaciones de hacer e introduce para ellas la excepción a la regla general del artículo 1158, de acuerdo con la cual la obligación puede ser pagada por un tercero, aun en contra de la voluntad del deudor

esto es, un encargo fundado en las cualidades y capacidades personales del prestador del servicio, entendemos que es más conforme a Derecho que la capacidad de resolución unilateral del contrato por el cliente se prolongue durante toda la vida del contrato, y también lo es que el profesional conserve su expectativa de reclamar por el perjuicio que tal decisión, no fundada en incumplimiento contractual o fuerza mayor, pueda causarle. Así lo entiende, *de facto* nuestro Tribunal Supremo⁴⁹ y, en este sentido, los codificadores han perdido una buena oportunidad de plasmar en su proyecto de reforma del Código civil un aspecto que ya está desarrollado por la jurisprudencia. El propio legislador español ha contemplado recientemente el derecho a la resolución unilateral del contrato al regular la especial relación jurídica de prestación de servicios de los trabajadores autónomos económicamente dependientes⁵⁰. Esta normativa contempla la exigencia de preaviso a que hacíamos referencia al comentar la norma europea y, además, configura el derecho a la terminación del contrato como bilateral, esto es, también desde la perspectiva del profesional que, en cualquier momento del desarrollo de la relación jurídica continuada de prestación de un servicio, puede optar por la resolución del contrato, por supuesto, preavisando y, en su caso, indemnizando al cliente si tal decisión le produjera un perjuicio. Por todo ello, entendemos que la terminación del contrato de servicios es otra de las cuestiones importantes que han de ser objeto de regulación, de forma ordenada y sistematizada, en la reforma de nuestro derecho privado vigente, a través de la elaboración de una parte general dedicada a la regulación del contrato de servicios.

y del acreedor. Cfr., por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., en “Comentarios al Código civil”, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. coord.), Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 1.379.

⁴⁹ Cfr. por ejemplo, STS de 10. 07.2007: “La jurisprudencia destaca, como recuerda la citada STS de 23 de marzo de 1998, que en este tipo de contratos tiene especial importancia la extinción de la relación jurídica contractual por decisión unilateral de una de las partes, que se funda en la relación de confianza, intuitu personae, propia del mismo ([SSTS de 30 de marzo de 1992](#) y [9 de febrero de 1996](#)) La resolución unilateral lleva consigo la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo pactado en el contrato, si es el caso, pues los contratantes, en el uso de su libertad de obligarse, pueden subordinar la denuncia unilateral del contrato al abono de una indemnización, aun cuando se produzca por pérdida de la confianza en el abogado. Sin embargo, como se desprende de la [STS de 29 de abril de 1998](#), esta indemnización se excluye por incumplimiento resolutorio si se prueba suficientemente un incumplimiento grave que justifique la extinción del contrato por privar a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, y la STS de 29.04.1998: “Lo que conduce al tema de resolución unilateral, que no es lícita a no ser que se trate de contrato «intuitu personae», basado en la confianza, en cuyo caso la resolución unilateral lleva consigo la indemnización de daños y perjuicios, que solamente se excluye si se prueba suficientemente una causa grave que justifique la extinción del contrato.

⁵⁰ La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, califica como económicamente dependientes a aquellos profesionales por cuenta propia que ejercen su profesión de forma directa pero fundamentalmente para un sólo cliente, cuya remuneración asciende al 75% o más del total de sus ingresos profesionales (cfr. art. 11.1). Para estos profesionales, el artículo 15.3 de la Ley prevé el derecho del desistimiento del cliente sin causa justificada, y el derecho del trabajador autónomo económicamente dependiente a percibir la correspondiente indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO I AMAYUELAS E. “Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del Marc Europeu”, Ponencias pronunciadas en las *XVI Jornades de Dret Català a Tossa* los días 23 y 24 de septiembre de 2010, en prensa.

BARENDRECHT M. y otros, “Principles of a European Law. Study Group on a European Civil Code. Service Contracts (PEL SC)”, Munich, 2007.

BELLO JANEIRO D., “Sentencia de 23 de Octubre de 2008: Fecundación in vitro. Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Técnica casacional. Obligación de medios o de resultado. Medicina curativa y satisfactiva. Aplicación de la Ley de Consumidores a los servicios sanitarios. Resultado desproporcionado. Consentimiento informado”, [Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 80, 2009](#), pp. 779-806.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., coord. “Comentarios al Código civil”, Cizur Menor (Navarra), 2009.

CÁMARA LAPUENTE, S. “Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RD 1/2007)) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea”, Madrid, 2011.

CÁMARA LAPUENTE S., “Un derecho privado o un Código civil para Europa; planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho Privado Europeo*, (CÁMARA LAPUENTE S. dir.), Madrid, 2003.

CERVILLA GARZÓN, M^a. D. “La prestación de servicios profesionales”, Valencia, 2001.

CERVILLA GARZÓN M^a. D., “El nuevo régimen jurídico común de la prestación de servicios (estudio detallado de la incidencia de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo en el régimen del Código civil)”, *La Ley*, nº 7181, de 25 de mayo de 2009.

CLEMENTE MEORO, M.E. “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Mayo 2011, núm. 2131, pp. 1-19.

COLLINS H. , “The Common Frame of Reference for EC Contract Law: A Common Lawyer’s Perspective”, en “L’Armonizzazione del Diritto Privato Europeo”. Giuffrè, 2004, pp. 109 y ss.

COUTO CALVIÑO, R. “[Reflexiones acerca de la firma electrónica y el nuevo mercado de servicios de certificación](#)”, *RCE*, 2007, nº 8, pp. 3-37.

DE ANGEL YAGÜEZ, R. “La responsabilidad civil del abogado”, *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, 2/2008, pp. 1-54.

DOMINGUEZ LUELMO A., “Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)”, Valladolid, 2007.

FENOY PICÓN, N. “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento” *ADC*, 2010, fasc. I, pp. 47-136.

FERRANDIZ GABRIEL. J. R., “La formación del contrato en la Propuesta para la modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Mayo 2011, núm. 2131, pp. 1-19.

FERRER I RIBA J., “Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte”, Ponencias pronunciadas en las *XVI Jornades de Dret Català a Tossa* los días 23 y 24 de septiembre de 2010, en prensa.

GÁLVEZ CRIADO A., “La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios”, Valencia 2008.

GARCÍA RUBIO, M^a P. “La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, *La Ley*, 2003.

GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (BOSCH CAPDEVILA E. dir.), Barcelona, 2009.

GONZÁLEZ GARCÍA J. (coord.), “Contratos de servicio y de obra. Proyecto de ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de servicios y obra”, Jaen, 1996.

JANSEN, C., “Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method”, *Service Contracts* (ZIMMERMANN, R. dir.), Tübingen 2010, pp. 43-57.

LAMA AYMÁ A., “El contrato de obra para la reparación de vehículos de motor”, *RDP*, 2008, nº 5.

LANDO O. “Is Good Faith an Over-arching General Clause in the Principles of European Contract Law?”, *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the national Systems*, (ANDENAS, M., DIAZ ALABART, S., MARKESINIS, B., MICKLITZ, H., y PASQUINI N. eds.), London, 2007, pp. 601-613.

MARTÍN CASALS M. “La codificació del dret civil de Catalunya: de la Compilació al Codi civil”, Ponencia pronunciada en las *XXI Jornades Jurídicas organitzades en la Universitat de Lleida* los días 11 y 12 de noviembre de 2010, en prensa.

MANKOWSKI P., “Information and formal requirements in EC Private Law”, *European Review of Private Law*, 2005, 6, pp. 779-796

MARÍN GARCÍA, I. “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho, nº 2/2009, pp. 1-17.

MORALES MORENO A. M., “La modernización del derecho de obligaciones”, Madrid, 2006.

MORALES MORENO A. M., “Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La Compraventa”, *ADC*, 2003, p. 1623-1626

ORTEGA DIAZ, J. F. “Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 705, 2008, pp. 221-268.

ORTEGA DOMENECH J., en “El contrato de obra en la jurisprudencia”, Madrid, 2007.

PERALES VISCASILLAS, P. "Publicidad y Formación del Contrato. La formación electrónica del contrato en el Draft Common Frame of Reference", RCE, 2009, nº 100, pp. 1-18.

REYES LÓPEZ M^a.J., "Manual de Derecho Privado de Consumo", Madrid, 2009.

ROTT, P. "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", German Law Journal, vol. 07, nº 12, pp. 1.109-1.136.

SALVADOR CODERCH, P. "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos", InDret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 4/2009, pp. 1-60.

SCHAUER, M. "Contract law of the Services Directive", European Review of Contract Law, 2008, vol. 4. p. 7 y ss.

SCHMIDT-KESSEL M., "Die Informationspflichten des Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie", GPR, 2008, vol. 1, p. 65y ss.

SCHULZE R., "Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo", ADC, 2006, pp. 42 y ss.

STORME M. E., "Information requirements and remedies in the principles of European Contract Law", Revista Catalana de Dret Privat, volum. 4, 2004, pp. 93-104.

TRIGO GARCÍA, M^a. B. "Derecho contractual europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia, un caso paradigmático", en Derecho contractual europeo cit., pp. 581 y ss.

VAQUER ALOY, A. "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?" ADC, 2011, fasc. I, pp. 6-39

VAQUER ALOY A., "Farewell to Windscheid?. Legal concepts present and absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)", European Review of Private Law, 2009, 4, p. 508.

VILLAREJO GALENDE H. (dir.), "La Directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo", Granada, 2009.

VILLANUEVA LUPIÓN, C. "Los contratos de servicios", Madrid, 2009.

VOGENAUER S., y WHITTAKER, S., Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala'), editado por CARTWRIGHT, J.; Oxford, 2009.

VAR, C., CLIVE E., y SCHULTE-NOLKE H., "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference", Munich, 2009

ZIMMERMANN, R. "El nuevo derecho alemán de obligaciones", Barcelona, 2008.

COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA*

CARLOS MARTÍN BRAÑAS
Profesor Contratado Doctor
Departamento de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Resumen

La Unión Europea encuentra sus raíces en un claro deseo de lograr un marco común en el que hacer más fáciles las relaciones entre los estados miembros, fundamentalmente aquellas de naturaleza económica, siendo, sin duda, el contrato individual de trabajo pieza fundamental de éstas, convirtiéndose la determinación del órgano judicial competente para resolver los posibles conflictos que puedan suscitarse en su ámbito, en un elemento que ha impulsado el interés del legislador europeo.

Palabras clave

Carácter tuitivo, interpretación autónoma, sumisión, domicilio del demandado, trabajador demandante, empresario demandante, normativa interna.

Abstract

European Union finds its roots in a clear desire for a common framework to make easier the relations between member states, primarily those of economic nature, being, without doubt, the individual employment contract cornerstone of these, making determining the competent court to settle any disputes that may arise in its field, an element that has driven the interest of the European legislator.

Keybords

Protective character, self understanding, submission, address of the defendant, applicant worker, applicant employer, internal regulations.

* Fecha de recepción: 1-6-2011. Fecha de aceptación: 6-6-2011

El presente trabajo forma parte de la labor realizada en el marco del Proyecto "El Derecho Procesal Civil Europeo y la implantación de la e-Justicia en la Unión Europea (Plan de estudio y difusión entre operadores jurídicos)/European Civil Procedure and e-Justice implementation within the European Union (A planning for its study and diffusion among legal practitioners)"[Action Grant de la Comisión Europea Nº JLS/2008/JCIV/AG/1008].

Sumario

1. Introducción.

2. Características básicas de la normativa en materia de contrato individual de trabajo prevista en el reglamento 44/2001.

3. La conexión entre el reglamento 44/2001 y la legislación interna española:

a. Fueros competenciales previstos en el reglamento 44/2001 en los supuestos que versen sobre el contrato individual de trabajo:

a.1. Acuerdos de sumisión;

a.2. Fueros alternativos:

a.2.1. Fuero de competencia general o del domicilio del demandado;

a.2.2. Fueros especiales:

a.2.2.1. Acciones ejercitadas por el trabajador frente al empresario;

a.2.2.2. Acciones ejercitadas por el empresario frente al trabajador; b) especialidades derivadas de la aplicación de la ley orgánica del poder judicial

b. Especialidades derivadas de la aplicación de la ley orgánica del poder judicial

1. INTRODUCCIÓN

Con el devenir de los tiempos, es cada vez más frecuente encontrarnos con supuestos de relaciones jurídicas en las que está presente un elemento de extranjería (movilidad de trabajadores, creación de empresas multinacionales, etc.), ya sea a nivel europeo o mundial. Esta novedosa situación hace que los Tribunales deban resolver, con cierta frecuencia, sobre la competencia que poseen para resolver estos litigios. Cuestión ésta que no es ni baladí, ni exenta de dificultad, desde el momento en que para su resolución, tendrá el juzgador que acudir a normas de muy diferente ámbito (nacionales, internacionales y comunitarias), afectando los efectos que se deriven de la aplicación de una u otra normativa a la tutela judicial efectiva de las partes. El legislador europeo no es ajeno a esta evidencia, trataremos en las siguientes páginas de abordar parte de esa problemática.

Centrándonos más en el objeto nuclear de esta aportación, el contrato individual de trabajo, diremos que tampoco escapa a la dificultad que hemos señalado. La determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de litigios relativos a contratos individuales de trabajo, no siendo éste el único ámbito de las relaciones jurídicas en donde podemos apreciar similares circunstancias¹, nos plantea la necesidad de acudir al conjunto normativo que integra el sistema de Derecho internacional privado español en esta materia. Para llevar a cabo esta labor y partiendo desde una óptica eminentemente básica, podríamos tomar como premisa inicial, simple pero que servirá para encauzar este trabajo, la siguiente:

* Cuando el demandado se encuentre domiciliado en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea serán, dependiendo de su ámbito de aplicación, las disposiciones de origen convencional o, en su defecto, las de naturaleza estatal pertenecientes a cada uno de los Estados a los que pertenezcan los contratantes, las que nos servirán para determinar la nacionalidad del órgano judicial con jurisdicción para resolver los posibles conflictos que pueden surgir en esta materia.

* Desde la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil², éste se convierte en la norma básica del sistema, aplicándose a todas las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a dicha fecha³, siempre que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro de la Unión.

* Finalmente, resultará, de aplicación, como último resorte normativo, el artículo 25 Ley Orgánica del Poder Judicial en aquellos supuestos en los que no concurren fueros exclusivos, ni acuerdos de sumisión, ni expresa ni tácita, conforme a las previsiones de los artículos 22, 23 y 24 R. 44/2001, tratándose de un demandado que se encuentre domiciliado en un tercer Estado que no sea ni miembro de la Unión Europea, ni tampoco lo sea del Acuerdo de Espacio Económico Europeo y siempre que no haya suscrito con España un tratado bilateral sobre esta materia.

El Reglamento de la Unión Europea 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ha venido a sustituir, en materia de competencia judicial internacional, al tradicional Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968⁴ y al de Lugano de 16 de

¹ Similar problemática podemos encontrar en otros ámbitos de las relaciones jurídicas (contratos de seguro y contratos celebrados con consumidores y usuarios).

² Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. L 12, de 16 de enero de 2001).

³ Referencia expresamente realizada por el R. en su artículo 66.1, siendo fijada su fecha de entrada en vigor el día 1 de marzo de 2002, como prevé el artículo 76 R..

⁴ El 19 de octubre de 2005, la Comunidad firmó un acuerdo con Dinamarca extendiendo las disposiciones del R. 44/2001 a este país. El Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil fue aprobado en nombre de la Comunidad mediante decisión del Consejo de 27 de abril de 2006 (DO L 120 de 5 de mayo de 2006). Convenio relativo a la competencia judicial y a

septiembre de 1988⁵. Las Secciones 3ª, 4ª y 5ª del Capítulo II, relativo a la competencia, del Reglamento 44/2001, prevén una serie de normas que afectan a tres aspectos concretos del tráfico jurídico⁶, uno de los cuales ha suscitado nuestro interés convirtiéndose en el objeto del presente trabajo: los contratos individuales de trabajo.

Especial relevancia presenta el tema de los conflictos suscitados en materia de contratos individuales de trabajo, pues no debemos olvidar que aunque en España las cuestiones litigiosas surgidas de un contrato de trabajo pertenecen a un ámbito jurisdiccional específico (orden jurisdiccional social), en el marco de la Unión Europea, sin embargo, se consideran materias de naturaleza civil y mercantil, quedando, en consecuencia, afectas por el Reglamento 44/2001⁷.

Ciertamente, tanto el Convenio de Bruselas como el actual Reglamento 44/2001, versan sobre materia civil y mercantil, pero el propio Tribunal de Justicia de la Unión ha tenido oportunidad de señalar que si bien es evidente que el Convenio de Bruselas se refiere a materia civil o mercantil, sin embargo, no se puede negar que a lo largo del texto normativo se respira un criterio amplio de interpretación que permite considerar al contrato individual de trabajo incluido dentro del ámbito objetivo de esta normativa⁸. Precisamente, derivado de lo anterior, el propio Tribunal de Justicia viene declarando que debe entenderse que la relación jurídica suscitada de un contrato de trabajo ha de ser considerarse integrada en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, y ello por dos razones:

* En primer lugar, por el hecho incontrovertido de su inclusión expresa en el propio Reglamento (Sección 5ª R.) y,

* En segundo, por la evidente naturaleza civil que se desprende del propio contrato de trabajo⁹.

Por todo lo anterior, debemos partir de la base de entender aplicable este Reglamento a toda reclamación o demanda ligada a la celebración de un contrato de trabajo o al desenvolvimiento de la relación laboral, siempre que dicho contrato o relación cumpla con los requisitos previstos en la aquél para que quede dentro de su ámbito de aplicación¹⁰.

la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DOCE núm. C 189, de 29 de julio de 1990).

⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1994), DO L 339, de 21 de diciembre de 2007.

⁶ La Sección 3ª del Capítulo II versa sobre “competencia en materia de seguros”, y la 4ª sobre “competencia en materia contratos celebrados por los consumidores”.

⁷ Esta circunstancia ya era puesta de manifiesto por el antiguo Convenio de Bruselas, el cual en su artículo 5.1 establecía:

“Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador.”

El Reglamento reconoce la importancia de estas los contratos de trabajo cuando no sólo reconoce su existencia en un concreto precepto, como hacía el CB, sino que le asigna una Sección completa en su Capítulo II.

⁸ Este flexibilidad interpretativa que presenta el Reglamento, es señalada por el Tribunal de Justicia, en sentido ver las SSTJUE de 15 de enero de 1987, asunto C-266/85, caso Shenavai / Kreischer, apts. 6 y ss.; 13 de julio de 1993, asunto C-125/1992, caso Mulox IBC/Geels, apts. 10 y 11. Y, especialmente la de 8 de marzo de 1988, asunto 9/87, caso Arcado/Haviland, declarando el Tribunal expresamente, en su apt. 11, que:

“...procede considerar el concepto de materia contractual como un concepto autónomo que hay que interpretar para la aplicación del Convenio, remitiéndose principalmente al sistema y a los objetivos de dicho Convenio, para garantizar al mismo su plena eficacia...”

⁹ Apunta, también, estas dos razones, García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P., “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, AS, 2002, V, p. 697.

¹⁰ Esta extensión del ámbito objetivo del Reglamento es descrito por García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, op. cit., p. 698.

El Reglamento 44/2001 introduce ciertos cambios respecto a la regulación prevista en su predecesor, no siendo excesivamente radicales, pero que buscan obtener una mayor facilidad y equilibrio a la hora de determinar la nacionalidad del órgano judicial al que se le concede la competencia para conocer de aquellos litigios suscitados en materia de contratos individuales de trabajo¹¹. Simplemente, el legislador de la Unión utiliza este texto legal para unificar en una única Sección, la 5ª del Capítulo II, el conjunto de disposiciones relativas a esta cuestión, ya previstas, de manera dispersa, en los artículos 5.1 y 17 del antiguo Convenio de Bruselas y que ahora sistematiza y reorganiza el Reglamento¹².

No obstante, antes de continuar, se hace preciso señalar que el Tribunal de Justicia ha recordado que la jurisprudencia comunitaria relativa al Convenio de Bruselas continúa siendo de aplicación para el Reglamento comunitario, aunque debiendo adoptar las necesarias precauciones, pues este último presenta algunas reglas de competencia en materia de contrato de trabajo que se diferencian claramente de las fijadas por el Convenio¹³.

Por último, antes de continuar el análisis del Reglamento 44/2001, debemos recordar que cuando debamos concretar cuál es la nacionalidad del órgano judicial competente para conocer de un determinado conflicto suscitado en el ámbito de la Unión, cayendo dicho asunto dentro del ámbito de aplicación del Reglamento que analizamos, tendremos que:

- * En primer lugar, determinar si el objeto del litigio se encuentra inmerso en alguna de las materias previstas en el artículo 22 R. (Sección 6ª), relativas a cuestiones de competencia exclusiva.
- * En segundo, de no existir previsión exclusiva alguna, devendrá aplicable cualquier pacto de prórroga de competencia de naturaleza tácita suscrito entre las partes (art. 24 R.).
- * En defecto del anterior, deberemos acudir al criterio competencial previsto en los pactos de sumisión expresa acordados entre las partes (arts. 23 y 21 R.).
- * Finalmente, como último recodo en el que podremos apoyarnos, se plantea un foro concurrente y alternativo¹⁴ al foro general del domicilio del demandado (arts. 2 y 3 R.), constituido por los artículos 18 a 20 de la Sección 5ª del Reglamento 44/2001.

¹¹ En este sentido la propia Comisión expresamente afirma que “las disposiciones sobre la competencia jurisdiccional en materia de contratos de trabajo no se han modificado mucho en el fondo, sino que más bien se han agrupado en una sección específica, a semejanza de lo establecido para los contratos de seguros y de consumo”, (Documento COM -1999- 348 final, p. 17).

¹² Apuntan esta línea reformadora, entre otros, Enrich Schroeder, V. y Sánchez Sánchez Crespo, J, “Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) nº 44/2001 de fecha 22 de diciembre de 2000 y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, GJUEC, Enero/febrero de 2002, nº. 217, p. 66; García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, op. cit., p.696; Salerno, F., “Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001 (la revisione Della Convenzione di Bruxelles del 1968)”, terza edizione, Padova, 2006, p. 222; Fotinopoulou Basurko, O., “Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados”, AS, 2008, vol.1, Nº. 10, p. 74); Sabido Rodríguez, M., “Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)”, AS, 2008, nº 9, p. 67.

¹³ En estos términos se expresa la STJUE de 22 de mayo de 2008, asunto C-462/06, caso Laboratoires Glaxosmithkline/Jean-Pierre Rouard, app. 14-25.

¹⁴ Características señaladas por Fotinopoulou Basurko, O., “Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados”, op. cit., p. 78; Sabido Rodríguez, M., “Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)”, op. cit., pp. 68 y 69.

2. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO PREVISTA EN EL REGLAMENTO 44/2001

Como ya se ha adelantado, el primer rasgo diferenciador de esta normativa reside en su naturaleza protectora respecto a la figura del trabajador, entendiéndose que éste constituye la parte más débil de la relación laboral, circunstancia ésta que le confiere la posibilidad de disfrutar de diversos foros, no teniendo, el legislador europeo, la misma consideración con la figura del empresario que sólo podrá demandar al trabajador ante los Tribunales del Estado en el que éste tenga su domicilio, salvo pacto de sumisión expreso o tácito, el cual, en todo caso, siempre requerirá del previo consentimiento del trabajador¹⁵.

De lo anterior se desprende¹⁶:

a) Que el empresario ve limitada su capacidad de acción, viéndose constreñido a presentar, necesariamente, su demanda frente al trabajador ante los Tribunales del Estado en el que se encuentre domiciliado dicho operario (art. 20 R.), buscando que la acción se inicie ante un órgano judicial cercano al mismo.

b) Que si, por el contrario, fuere el trabajador quien interpusiese la demanda frente al empleador, éste podrá elegir entre los Tribunales del Estado donde se encuentre domiciliada la empresa demandada o bien, ante los Tribunales de otro Estado miembro, ya sea donde desempeñe habitualmente su trabajo o, en el último Estado en el que lo hubiera desempeñado o, en caso de no hacerlo en un único Estado, ante los Tribunales del lugar donde estuviera o hubiera estado el establecimiento que contrató al trabajador y que ahora resulta demandado.

c) Que en el supuesto en que el demandado no esté domiciliado en un Estado de la Unión, no podríamos aplicar el R. 44/2001 y tendríamos que acudir a la normativa interna de cada Estado para determinar la competencia internacional que resulte aplicable al caso.

Por otra parte, no debemos olvidar, que el segundo rasgo caracterizador de esta normativa, revistiendo también vital importancia, está constituido por el hecho de que en esta materia, atendiendo a lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión, debemos intentar llevar a cabo una interpretación autónoma de los términos utilizados por el propio Reglamento

¹⁵ Este carácter tuitivo que presenta la normativa europea reguladora de la competencia judicial en materia de contrato individual de trabajo es puesta de manifiesto, de forma unánime, por la doctrina científica, este sentido, podemos citar entre otros a Guzmán Zapater, M., "El artículo 5.1º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", RIE, 1985, Vol. 12, núm.2, p. 405; Calvo Caravaca, Alfonso L. y Carrascosa González, J., "Artículo 17", en Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Madrid, 1994, pp. 364 y 365; García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P., "La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario", op. cit., p. 702; Salerno, F., Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento..., op. cit., pp. 224 y 227; Rivas Vallejo, M. P., "Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales", AL, 2007, núm.5, p. 586; Sabido Rodríguez, Mercedes, "Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)", op. cit., pág. 68; Maneiro Vázquez, Y., "Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales", RL, febrero de 2010, nº. 4, año XXVI, pp.18 y 29.

Este carácter tuitivo que debe presidir la interpretación de las normas competenciales en materia de contrato individual de trabajo es reconocida expresamente por el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 26 de mayo de 1982, asunto 133/81, caso *Ivenel/Schwab*, apt. 16; 13 de julio de 1993, asunto C-125/1992, caso *Mulox IBC / Geels*, apt. 18; 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, caso *Rutten/Cross Medical*, apts.17 y 20.

¹⁶ Diversos pueden ser los sistemas para lograr esa especial protección de la parte más débil en la relación contractual, pudiendo obtenerse un resultado óptimo acudiendo a la combinación de tres mecanismos: foros próximos al contratante protegido, limitar el juego de la autonomía de la voluntad y el establecimiento de control de competencia en sede de competencia/ejecución, en este sentido ver Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., "Derecho procesal civil internacional, Madrid, 2000, pp. 111-112; Sabido Rodríguez, M., "Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)", op. cit., pp. 67-68.

44/2001, constituyendo ésta la única vía a través de la cual “...*garantizar la aplicación uniforme del Convenio, cuyo objetivo consiste, en particular, en unificar las reglas de competencia jurisdiccional de los Estados contratantes, evitando, en la medida de lo posible, la multiplicidad de los criterios de competencia judicial respecto a una misma relación jurídica, y en reforzar la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad, permitiendo, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado...*”¹⁷.

Precisamente, teniendo muy presente lo que acabamos de apuntar en relación con la necesaria interpretación autónoma que exige el Reglamento, se desprende sin dificultad, la necesidad de intentar precisar el sentido que debe conferirse, en el ámbito de la Unión, al concepto de “contrato de trabajo” que, a ninguno se nos escapa, representa el elemento central en esta materia. El Tribunal, interpreta este concepto indicando, por un lado, las características subjetivas que lo conforman (concepto de trabajador), mientras que, por el otro, describe cuál debe ser el componente objetivo del mismo (concepto de “contrato de trabajo”), así:

a) Respecto al primero de los términos (concepto de trabajador), se hace necesario, en primer lugar, apuntar que la labor de determinar sus rasgos identificativos, lejos de ser realizada por el legislador comunitario, ha tenido que ser llevada a cabo por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia, al hilo de la aplicación del artículo 48 del antiguo Tratado de la CE y actual artículo 45 del TFUE. De esta jurisprudencia podemos extraer que a efectos de la Unión debe entenderse el concepto de “trabajador” siempre de una forma no restrictiva¹⁸, pero además:

* El concepto de trabajador debe definirse conforme a criterios objetivos, que caracterizan la relación laboral con arreglo a los derechos y deberes de las personas afectadas, radicando la característica esencial de la relación laboral en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución¹⁹.

* El Derecho de la Unión no impone requisitos adicionales para que una persona pueda ser considerada como trabajador, y los Estados miembros no pueden subordinar unilateralmente la concesión de las ventajas sociales que de esa situación se derivan al cumplimiento de un determinado período de actividad profesional, por corto que éste sea²⁰.

* Para que una persona pueda ser calificada como trabajador, debe ejercer actividades reales y efectivas para el empresario, excepto aquellas de tan poca entidad que tengan un carácter meramente marginal y accesorio²¹.

¹⁷ El Tribunal de Justicia se manifiesta en estos términos, ver a modo de ejemplo las SS del TJUE de 11 de enero de 1990, asunto C-220/88, caso Dumez, apt. 18; 13 de julio de 1993, asunto C-125/1992, caso Mulox IBC / Geels, apts.10 y 11; 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, caso Rutten/Cross Medical, apts.12, 13 y 18.

¹⁸ Interpretación no restrictiva que, de forma reiterada, ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, podemos encontrar este posicionamiento en las siguientes SSTJUE: 3 de julio de 1986, asunto 66/85, caso Lawrie-Blum/ Land Baden-Württemberg, apt. 16; 31 de mayo de 1989, asunto 344/87, caso Bettray/Staatssecretaris van Justitie, apt. 11; 26 de febrero de 1991, asunto C-292/89, caso The Queen / Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen, apt. 12; 26 de febrero de 1992, asunto C-3/90, caso Bernini/Minister van Onderwijs en Wetenschappen, apt. 14; 8 de junio de 1999, asunto C-337/97, caso Meeusen, apt. 13; 11 de junio de 2003, asunto C-413/01, caso Ninni-Orasche, apt. 23.

¹⁹ En relación con estos criterios objetivos podemos consultar las SSTJUE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, caso Lawrie-Blum/ Land Baden-Württemberg, apt. 17; 21 de junio de 1988, asunto 197/86, caso Brown/Secretary of State for Scotland, apt. 21; 31 de mayo de 1989, asunto 344/87, caso Bettray/Staatssecretaris van Justitie, apt. 12; 26 de febrero de 1992, asunto C-3/90, caso Bernini/Minister van Onderwijs en Wetenschappen, apt. 14; 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96, caso Martínez Sala/Freistaat Bayern, apt. 32; 8 de junio de 1999, asunto C-337/97, caso Meeusen, apt. 13; 11 de junio de 2003, asunto C-413/01, caso Ninni-Orasche, apt. 24.

²⁰ En este sentido se manifiesta del Tribunal de Justicia, ver SSTJUE de 21 de junio de 1988, asunto 197/86, caso Brown/Secretary of State for Scotland, apt. 22; 11 de junio de 2003, asunto C-413/01, caso Ninni-Orasche, apt. 25.

²¹ Previsión que podemos encontrar en las SSTJUE de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81, caso Levin/Staatssecretaris van Justitie, apt. 23; 3 de junio de 1986, asunto 139/85, caso Kempf/ Staatssecretaris van Justitie, apt.10; 21 de junio de 1988, asunto 197/86, caso Brown/Secretary of State for Scotland, apt. 21; 31 de mayo de 1989, asunto 344/87, caso Bettray/Staatssecretaris van Justitie, apt. 13; 26 de febrero de 1992, asunto C-3/90, caso Bernini/Minister van Onderwijs en Wetenschappen, apts.

* El órgano jurisdiccional, para verificar el presente requisito, ha de basarse en criterios objetivos y apreciar globalmente todas las circunstancias del asunto que tengan relación con la naturaleza tanto de las actividades de que se trata como de la relación laboral en cuestión²².

* No sólo debe ser considerado como trabajador una persona que efectivamente se encuentre desempeñando una determinada labor por cuenta ajena, sino que también debe ser considerada como trabajador aquélla persona que, aunque coyunturalmente no se encuentre efectivamente realizando trabajo alguno, sin embargo busque realmente un empleo²³.

b) De todo lo anterior se desprende, sin ser preciso realizar puntualización alguna adicional, la necesidad de intentar precisar el sentido que debe conferirse al segundo de los elementos que hemos destacado, el concepto objetivo de “contrato de trabajo”. Para ello, nos es, indudablemente, de utilidad la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha ido estableciendo al respecto²⁴. En atención a ella, podemos entender el contrato de trabajo como aquel negocio jurídico bilateral, de carácter duradero, cuya finalidad no es otra que la creación de relaciones de prestación de servicios, debiendo quedar el trabajador integrado en el marco de una organización ajena, pudiendo apreciarse una dependencia del trabajador respecto del empleador²⁵.

3. LA CONEXIÓN ENTRE EL REGLAMENTO 44/2001 Y LA LEGISLACIÓN INTERNA ESPAÑOLA

Con el gradual desarrollo que ha sufrido la normativa de la Unión Europea desde su nacimiento, se ha planteado una mayor dificultad a la hora de aplicar el Derecho a los diversos conflictos suscitados en el tráfico jurídico. En especial, ese problema se manifiesta en campos, como el que es objeto del presente trabajo, donde pueden resultar de aplicación normas de naturaleza nacional, otras de origen comunitario y, finalmente, puede incluso ser necesario acudir a previsiones contenidas en un tratado internacional²⁶.

En el análisis que abordamos en este momento, debemos partir de la base de que los órganos judiciales tienen la obligación inicial de apreciar su competencia o incompetencia para conocer del asunto controvertido al que deban dar solución, sin que en ningún caso puedan aplicar reglas de competencia que no formen parte de su ordenamiento jurídico²⁷.

14, 15 y 17; 8 de junio de 1999, asunto C-337/97, caso Meeusen, apt. 13; 11 de junio de 2003, asunto C-413/01, caso Ninni-Orasche, apt. 26.

²² A modo de ejemplo podemos acudir a la STJUE de 11 de junio de 2003, asunto C-413/01, caso Ninni-Orasche, apt. 27..

²³ Pueden servirnos para comprobar cómo el Tribunal de Justicia destaca esta salvedad las siguientes SSTJUE: 26 de febrero de 1991, asunto C-292/89, caso The Queen / Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen, apt. 13; 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96, caso Martínez Sala/Freistaat Bayern, apt. 32.

²⁴ No olvidemos que el considerando 19 del Reglamento, recordándonos esta circunstancia, expresamente establece que “Procede garantizar la continuidad entre el Convenio de Bruselas y el presente Reglamento {44/2001} ... la misma continuidad debe aplicarse por lo que respecta a la interpretación de las disposiciones del convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

²⁵ Concepto apuntado por García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, op. cit., p.700.

Ver, en estos términos, las SSTJUE de 26 de mayo de 1982, asunto 133/81, caso *Ivenel/Schwab*, apt. 20; 15 de enero de 1987, asunto 266/85, caso *Shenavai/Kreischer*, apt. 16; 15 de febrero de 1989, asunto 32/88, caso *Soc. Six Constructions/Humbert*, apt.10; 13 de julio de 1993, asunto C-125/1992, caso *Mulox IBC / Geels*, apt. 15.

²⁶ Apuntan esta dificultad añadida, De no Alonso-Misol, E. “Las empresas multinacionales como partes procesales: aspectos jurisdiccionales y procedimentales cuestionables”, Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones laborales, (director J.J. Jiménez Sánchez) pp. 405-426; Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p.18.

²⁷ Esta circunstancia, que puede llegar a ser tenida como una dificultad adicional añadida, es apuntada por, Menéndez Sebastián, P., “Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero”, Valladolid, 2006, p.27; Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p.19.

Sin olvidar lo anterior, debemos comenzar por señalar que el R. 44/2001 constituye una norma propiamente de la Unión, abandonando el concepto de mero acuerdo interpartes. Con esta norma se pretende ayudar a lograr un “espacio de libertad, seguridad y justicia” en el ámbito europeo, intentado unificar el conjunto de normas sobre conflictos de jurisdicción civil y mercantil, así como la simplificación de los trámites de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en la Unión. Como punto de partida, deberemos señalar que este Reglamento, como heredero directo del Convenio de Bruselas respecto del cual introduce en materia de contrato de trabajo ciertas modificaciones, sirve para “establecer una regulación más exhaustiva y sistemática en materia de contrato de trabajo”²⁸.

Por último y antes de continuar con nuestro análisis, es preciso señalar el dato referente a que la competencia internacional haya terminado regulándose, dentro del ámbito de la Unión, por medio de un Reglamento y no de una Directiva presenta una indudable importancia práctica, pues esta circunstancia dota de mayor relevancia a la norma de la Unión que a la normativa interna de cada uno de los Estados miembros e, incluso, que a la recogida en los convenios internacionales suscritos entre los Estados a los que el Reglamento es de aplicación²⁹, pues es de recordar que, al contrario de lo que acontece con las Directivas, los Reglamentos de la Unión constituyen derecho directamente aplicable en los Estados miembros desde su aprobación y entrada en vigor³⁰.

Por último y antes de continuar con nuestro análisis, es preciso señalar el dato referente a que la competencia internacional haya terminado regulándose, dentro del ámbito de la Unión, por medio de un Reglamento y no de una Directiva. Esta circunstancia que, en un principio, puede parecer poco relevante, sin embargo, muy al contrario, presenta una indudable importancia práctica, pues semejante elección dota de mayor relevancia a la norma de la Unión que a la normativa interna de cada uno de los Estados miembros e, incluso, que a la recogida en los convenios internacionales suscritos entre los Estados a los que el Reglamento es de aplicación³¹, pues es de recordar que, al contrario de lo que acontece con las Directivas, los Reglamentos de la Unión constituyen derecho directamente aplicable en los Estados miembros desde su aprobación y entrada en vigor³², circunstancia que no acontece con las Directivas.

²⁸ Estas finalidades perseguidas por el legislador europeo a la hora de introducir el R.44/2001, son puestas de manifiesto por, entre otros, Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p.20; también resaltan el importante papel que desempeña el Reglamento 44/2001 para el logro de un espacio judicial único común, Sánchez Carrión, J. L., “El nuevo marco de competencia judicial en materia civil y mercantil en el Derecho comunitario”, AJA 2002, año XII, núm. 545, p.1; García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, op. cit., p.696.

²⁹ Sin embargo, podemos encontrar ejemplos en la jurisprudencia nacional en los que los Tribunales no respetan esta prelación, sino que, al contrario, comienzan aplicando el artículo 25 LOPJ, con la intención de desestimar la competencia de los juzgados y tribunales españoles, para a continuación analizar la aplicación de las previsiones contenidas en el Reglamento 44/2001. Siendo más correcto, iniciar la resolución del asunto aplicando el mencionado Reglamento de la Unión y, sólo para el caso en que éste no sea de aplicación, proceder a emplear, en segundo lugar, los convenios internacionales suscritos por España, acudiendo en última instancia, de ser necesario, a la normativa interna española. A modo de ejemplo ver Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 de noviembre de 2006 (JUR 2007\207036).

³⁰ Importancia que también es subrayada por parte de la doctrina científica, a modo de ejemplo puede consultarse, entre otros, García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, op. cit., p.696; Menéndez Sebastián, P., “Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero”, op. cit., p.34; Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p.21.

³¹ Sin embargo, podemos encontrar ejemplos en la jurisprudencia nacional en los que los Tribunales no respetan esta prelación, sino que, al contrario, comienzan aplicando el artículo 25 LOPJ, con la intención de desestimar la competencia de los juzgados y tribunales españoles, para a continuación analizar la aplicación de las previsiones contenidas en el Reglamento 44/2001. Siendo más correcto, iniciar la resolución del asunto aplicando el mencionado Reglamento de la Unión y, sólo para el caso en que éste no sea de aplicación, proceder a emplear, en segundo lugar, los convenios internacionales suscritos por España, acudiendo en última instancia, de ser necesario, a la normativa interna española. A modo de ejemplo ver Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 de noviembre de 2006 (JUR 2007\207036).

³² Importancia que también es subrayada por parte de la doctrina científica, a modo de ejemplo puede consultarse, entre otros, García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, op. cit., p.696; Menéndez Sebastián, P., “Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con

Es incuestionable que el siguiente punto de este trabajo deba versar sobre el contenido de esa normativa europea en materia de contrato individual de trabajo (Reglamento 44/2001), y sobre su aplicación por los tribunales españoles.

A. FUEROS COMPETENCIALES PREVISTOS EN EL REGLAMENTO 44/2001 PARA LOS SUPUESTOS QUE VERSEN SOBRE EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Llegados a este punto, es el momento de abordar un análisis más detallado de la sistemática utilizada por el Legislador de la Unión, al regular la competencia del órgano judicial comunitario, cuando deba enfrentarse éste con supuestos en donde se suscita una problemática relacionada con el contrato individual de trabajo, pudiéndonos limitar a distinguir dos posibles criterios de atribución competencial: a) Acuerdos de sumisión y, b) Fueros alternativos.

a.1. Acuerdos de sumisión

Como punto de partida, debemos destacar que de no existir previsión exclusiva atributiva de la competencia a unos concretos órganos judiciales y antes de analizar los fueros previstos en los artículos 18 a 20 de la Sección 4ª del Capítulo II del Reglamento, será necesario comprobar la concurrencia de posibles pactos atributivos de competencia a los Tribunales de un Estado miembro, ya sean éstos últimos de naturaleza expresa o tácita.

Atendiendo a su ubicación, no se nos escapa el hecho de que la regulación que presenta la sumisión en el ámbito del R. 44/2001 presenta una configuración algo confusa:

* Por un lado, se regula la prórroga de competencia con carácter general, esto es, para todos los supuestos, en la Sección 7ª R., artículos 23 (sumisión expresa) y 24 R. (sumisión tácita)³³.

* Sin embargo, por otro, esta regulación que, como hemos señalado, está diseñada para ser aplicada, de manera general, a todo tipo de contrato en el que se haga uso de un pacto atributivo de competencia a los tribunales de un concreto Estado. No obstante, a modo de excepción, estos supuestos de sumisión se encuentran sometidos al cumplimiento de determinados requisitos definidos por el texto normativo cuando se trata de un específico contrato, cual es el de trabajo, caso en el que deberemos acudir a las previsiones contenidas en la Sección 5ª del R., artículo 21³⁴.

Debemos empezar destacando que la capacidad de la autonomía de la voluntad se encuentra configurada en el ámbito del Reglamento 44/2001 en los mismos términos que en el propio ordenamiento procesal español³⁵. Por ello, al igual que ocurre en el ordenamiento interno, la sumisión tácita es siempre preferente a la expresa, hasta tal punto que, aún existiendo

elemento extranjero”, op. cit., p.34; Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p.21.

³³ Respecto a este concepto de sumisión, ya sea tácita o bien expresa, contemplado en los artículos 23 y 24 R. puede consultarse, entre otros, Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, op. cit., pp. 225-228; Gaudemet-Tallon, H., “Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement núm. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano”, París, 2002, pp. 119-123. Calvo Caravaca, Alfonso L. y Carrascosa González, J., “La sumisión tácita como foro de competencia internacional y el artículo 24 del Reglamento núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000”, en *AAVV, Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, (Dir. Areal Lureña, S y Calvo Caravaca, A. L.), Madrid, 2005, pp. 203-216.

³⁴ En la redacción que presentaba el antiguo artículo 17 del Convenio de Bruselas no existía una normativa específica aplicable al contrato de trabajo, pero no se tardó en comprobar cómo el empleador –parte contratante fuerte- podía en ocasiones, de no existir control alguno, imponer el trabajador –parte contratante más débil- el tribunal más conveniente a sus intereses, a través de la inserción de cláusulas de elección de foro en el propio contrato de trabajo. Esta fue la razón fundamental, por la que al confeccionarse el Reglamento 44/2001 se introdujo un párrafo específico cuya finalidad no era otra que de la lograr una mayor protección del trabajador. Opinión destacada por Fotinopoulou Basurko, O., “Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados”, op. cit., 78p. 6.

³⁵ Ver artículos 54 y ss. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

un pacto expreso verificado entre las partes, con arreglo al cual declaran su voluntad de someterse a la jurisdicción de los tribunales de un determinado Estado en caso de conflicto (sumisión expresa), esta previsión decaerá por el mero hecho de que planteado un litigio por una de las partes ante la jurisdicción de un Estado diverso a aquel al que previamente ambas partes se sometieron de forma expresa, si la parte contraria decidiese comparecer ante este segundo tribunal, sin alegar la incompetencia de dicho órgano, quedará sometida a la jurisdicción de ese último tribunal –sumisión tácita- (art. 24 R.)³⁶.

Sin embargo, para que estos acuerdos atributivos de competencia tengan preferencia sobre las normas previstas en la Sección 5 del Reglamento, será necesaria la concurrencia de un conjunto de requisitos, en referencia a dos de los elementos que configuran la relación:

a) Respecto al concreto pacto de sumisión: para que un acuerdo de sumisión tenga efectividad es preciso que³⁷:

- * Una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión.
- * El acuerdo atributivo de competencia debe celebrarse:
 - Por escrito.
 - Verbalmente con confirmación escrita, o bien.
 - En una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas.

b) Respecto al contrato individual de trabajo: sólo se producirá esa preferencia si el acuerdo de sumisión³⁸:

- * Es posterior al nacimiento del litigio. El concepto de “litigio” utilizado por el Reglamento debe interpretarse en su sentido lego, esto es, no es su sentido técnico como pleito o proceso, sino más bien como sinónimo de conflicto, controversia, discrepancia, etc.³⁹. Será, precisamente, el surgimiento de ese “conflicto” el que haga previsible el posterior nacimiento de un proceso, por lo que las partes ante esta situación se encontrarán en una posición óptima para valorar con mayor presión lo que a su derecho convenga en relación con el tribunal que deba conocer⁴⁰. En este momento no influyen sobre el consumidor elementos

³⁶ Esta circunstancia coincidente es destacada por diversos autores entre la doctrina científica, entre otros, y a modo de ejemplo puede acudir a Gothot, P. y Holleaux, D., “La convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)”, París, 1986, p.21; Menéndez Sebastián, P., Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero, op. cit., p.45; Fotinopoulou Basurko, O., “Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados”, op. cit., p. 77; Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p. 24.

También la Sentencia del TJUE de 24 de junio de 1981, asunto C-150/80, caso *Elefanten Schuh GmbH/Jacqmain*, apts. 7 y ss.

³⁷ Algún autor sostiene que esta previsión constituye un conjunto de formalismos excesivos que sólo pueden dificultar, en la práctica, la reclamación de un derecho sometido a un plazo de caducidad tan escueto como el derecho a vacaciones o al disfrute de un permiso, ver Rivas Vallejo, M. P., “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales”, op. cit., p. 565.

³⁸ El antiguo artículo 17, in fine del Convenio de Bruselas, establecía que :

“...En materia de contratos individuales de trabajo, los convenios atributivos de competencia sólo surtirán efecto si son posteriores al nacimiento del litigio o si el trabajador los invoca ante otros tribunales distintos del tribunal del domicilio del demandado o del que se indica en el punto 1 del artículo 5...”.

³⁹ En estos términos, Herrero Perezagua, J. F., “Jurisdicción y competencia en materia de consumidores”, Navarra, 2007, pág. 74.

⁴⁰ En estos términos, Guzmán Zapater, Mónica, “La prorrogación de competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores”, REDI, 1987, vol. XXXIX, núm. 2, pág.463; Herrero Perezagua, J. F., “Jurisdicción y competencia en materia de consumidores”, op. cit., págs. 74 y 75.

que podrían distorsionar su decisión, relativas a la propia celebración del contrato, sino que la opción por un tribunal distinto de los que deberían conocer del asunto, salvo pacto en contrario, se fundamenta en su propia conveniencia⁴¹. No existe ejercicio de poder alguno del fuerte sobre el débil y, por tanto, no es preciso aplicar las restricciones que para la sumisión prevé el legislador.

* Permite al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 5ª del Reglamento. Esta opción se encuentra diseñada, claramente, en beneficio del trabajador, comportando incrementar las opciones de éste en su calidad de demandante, sumándose a los fueros legales aquél que las partes hayan designado convencionalmente. Para que esta opción sea plenamente eficaz se requiere la cláusula por la que se permite esta prórroga de jurisdicción debe indicar con claridad que es el trabajador la parte favorecida y que lo es en cuanto se incrementan sus facultades de opción, de no ser así la cláusula deberá ser tenida por no puesta⁴².

a.2. Fueros alternativos

Si nos encontramos ante una carencia absoluta de normas de atribución competencial exclusiva y ante la inexistencia de cualquier pacto de sumisión, sea ésta expresa o tácita, sólo nos quedará la posibilidad de acudir a dos criterios, concurrentes y excluyentes, que servirán para, en último lugar, determinar la nacionalidad del órgano judicial que ha de conocer del concreto asunto controvertido. Pudiendo optar entre:

* El fuero general del domicilio del demandado (art. 3.1 R.) y,

* El fuero especial por razón de la materia regulado en la Sección 5ª del Reglamento 44/2001 (arts. 18 a 21).

a.2.1. Fuero de competencia general o del domicilio del demandado.

Como ya se ha adelantado, la aplicación del Reglamento 44/2001 requiere que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro, con independencia de cuál sea su nacionalidad (art. 2 R.), convirtiéndose de esta manera el domicilio del demandado en el foro de competencia general que preside la regulación prevista por este Reglamento. Será el propio Reglamento el que nos informe de cómo determinar ese domicilio, así de sus artículos 59 y 60, se desprende que:

* En los casos de personas físicas, los tribunales que conozcan de la cuestión controvertida deben acudir a su ley interna para dar solución a dicho asunto, salvo en aquellos supuestos en los que una de las partes en conflicto no estuviera domiciliada, precisamente, en el Estado en donde está situado el Tribunal que conoce pero, sin embargo, si posea dicho domicilio en otro Estado miembro, situación en la que el juzgador deberá acudir a la legislación de este segundo Estado para determinar cuál es el domicilio a tener en cuenta.

* De tratarse de una sociedad o persona jurídica, se entenderá que su domicilio se encuentra en el lugar en que esté situada su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal.

Con independencia de cual fuere la nacionalidad de las partes, debe considerarse que todo demandado podrá defenderse de mejor manera en el Estado en el que tenga fijado su domicilio⁴³. Esta circunstancia explica, sin duda y sin ir más lejos, la previsión contenida en

⁴¹ En estos términos, Herrero Perezagua, J. F., "Jurisdicción y competencia en materia de consumidores", op. cit., pág. 75.

⁴² Muy descriptiva, aunque, bien es cierto, versa sobre contratos celebrados con consumidores, la STJUE de 24 de junio de 1986, asunto 22/85, caso Rudolf Anterist/ Crédit Lyonnais, en particular apt. 14.

⁴³ O como expresamente nos dice el Tribunal de Justicia "...en el supuesto de un contrato de trabajo en cumplimiento del cual el trabajador ejerce sus actividades en más de un Estado contratante, el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la

el artículo 18.2 R., según la cual “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 la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro”⁴⁴.

También podemos encontrar en el Reglamento otros indicios que nos hacen pensar que el domicilio del demandado se convierte en el elemento básico a la hora de precisar la competencia judicial. Así, si atendemos a que las previsiones contenidas en la Sección 5ª, Capítulo II del Reglamento serán de aplicación sin perjuicio de la estipulación contenida en el artículo 5.5 R. (art. 18.1 R.), podremos comprobar cómo, atendiendo al cual, se establece un foro especial que interviene alternativamente al del domicilio del demandado, en cuya virtud se otorga competencia para conocer de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento a los tribunales donde se halle la agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento.

Si de otra forma, como ya hemos adelantado, resulta que el demandado no tiene su domicilio en alguno de los Estados miembros de la Unión, la competencia judicial se determinará, en cada Estado miembro, atendiendo a las previsiones establecidas por el ordenamiento jurídico de dicho Estado, salvo concurrencia de los foros exclusivos recogidos en el artículo 22 R. y, en su caso, sumisión expresa en los términos recogidos en el artículo 23 R. (art. 4.1 R.).

a.2.2. Foros especiales.

Planteado lo anterior, nos encontramos con una situación en la que, si ante la disyuntiva de elegir entre el foro de naturaleza general constituido por el lugar donde tenga su domicilio del demandado (art. 2 R.) o, bien, acudir a las previsiones contenidas en la Sección 5ª, Capítulo II del Reglamento, terminamos optando por la segunda posibilidad, lo haremos a favor de unas reglas que dulcifican, en cierto sentido, el sentido que inspira al primer criterio, así:

a.2.2.1. Acciones ejercitadas por el trabajador frente al empresario

En aquellos supuestos en los que el empleado aparezca en la parte activa del proceso, esto es interponga la demanda frente al empresario, atendiendo a las previsiones del Reglamento, podrá plantear la misma y siempre que el empleador tenga su domicilio en un Estado miembro:

1.- Ante los tribunales del Estado en que estuviere domiciliado el empleador (art. 19.1 R.).

En esta primera previsión, el legislador de la Unión se limita, simplemente, a seguir el criterio general establecido por el propio Reglamento, esto es, el tribunal competente es aquel perteneciente al Estado miembro donde se encuentre domiciliado el demandado.

2.- Ante los tribunales de otro Estado miembro distinto, por tanto, a aquél en el que el empresario posea su domicilio (art. 19.2 R.), en este caso, además el trabajador puede presentar esa demanda:

obligación que caracteriza al contrato, a efectos de dicha disposición, es aquél en el cual o desde el cual el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones respecto a su empresa....). Ver STJUE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/1992, caso Mulox IBC / Geels, apt.26.

⁴⁴ Novedad ésta que viene a introducir una notable mejora de carácter técnico en relación con la regulación del contrato de trabajo, al introducir en materia laboral una “noción autónoma del domicilio de las personas jurídicas”, en este sentido García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P., quienes además afirman que esta previsión normativa “proporciona al trabajador el mayor número de foros para poder demandar al empresario, en un obvio intento de dotarle de mayores fuerzas”, ver García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. “La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario”, op. cit., pp. 702-703.

Este contenido que presenta el actual artículo 18.2 R., ya se preveía en el antiguo artículo 13.3º b del Convenio de Bruselas, pero limitando su ámbito de aplicación a los supuestos en los que el contratante fuera un consumidor.

a) Ante los órganos judiciales del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante los tribunales del último lugar en que lo hubiere desempeñado (art. 19.2.a R.).

En esta regla se utiliza como criterio atributivo de la competencia para conocer, el lugar de prestación de los servicios, ya referido al lugar habitual de esa prestación o, de no poder concretarse éste, aquel en donde se hubiera desempeñado el servicio en último lugar⁴⁵. A ninguno se nos escapa la gran dificultad que presenta el hecho de precisar los contornos de un concepto tan indeterminado como el de “lugar habitual de prestación de servicios”, dificultad ésta que, por otro lado, también ha sido puesta de manifiesto, tanto por la jurisprudencia nacional, como por la doctrina científica⁴⁶.

Derivado, directamente, de todo lo anterior debemos señalar que esta necesaria tarea de intentar precisar los perfiles de este concepto, recae directamente sobre el Tribunal de Justicia de la Unión, siendo además, precisamente él, el que pone de manifiesto la conveniencia de que esto sea así, manifestando que sólo así puede garantizarse la aplicación uniforme del Convenio de Bruselas, hoy Reglamento 44/2001, lográndose la finalidad de unificar las reglas de competencia jurisdiccional de los Estados miembros, evitando de esta forma la multiplicidad de los criterios de competencia judicial respecto a una misma relación judicial y reforzando la protección jurídica de las personas establecidas en la Unión, permitiendo, además, que el demandante determine fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercer una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado⁴⁷.

Resultado de esta labor, el Tribunal termina precisando que deberemos considerar como lugar habitual de trabajo “*aquel en el que el trabajador cumple sus obligaciones respecto a su empresa*”, conclusión a la que se llega teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una protección adecuada para el trabajador, como parte contratante más débil desde una perspectiva social, y no olvidando que dicha protección está mejor garantizada si los litigios relativos a un contrato de trabajo son conocidos y resueltos, precisamente, por el órgano jurisdiccional del lugar en el que el trabajador hace efectivas sus obligaciones laborales, siendo éste el lugar donde el trabajador puede, con menores gastos, acudir a los tribunales o defenderse ante los mismos⁴⁸. Así:

* Ese lugar no será otro que aquél “*En el que el trabajador ejerce de hecho las actividades pactadas con su empresa*”⁴⁹, conceptualización ésta que determina los contornos del concepto de “obligación”⁵⁰.

⁴⁵ La segunda opción ofrecida por este apartado del artículo 19 R. supone una novedad respecto a la previa normativa recogida en el anterior Convenio de Bruselas.

⁴⁶ También destacan esa dificultad Sabido Rodríguez, M., “Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)”, op. cit., p. 69; Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p.23.

Esta autora nos cita las SS de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2006 y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 12 de mayo de 2008, donde podemos apreciar el complejo análisis casuístico que obliga a realizar a los órganos judiciales esta previsión, pudiendo dar lugar a flagrantes contradicciones.

⁴⁷ En estos términos se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, podemos consultar las SSTJCE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, caso Mulox IBC/Geels, apt. 11; 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, caso Rutten, apt. 13; 10 de abril de 2003, asunto C-437/00, caso Pugliese/Finmeccanica SpA, apt. 16.

⁴⁸ Ver STJUE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, caso Mulox IBC/Geels, apts. 17-19; 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, caso Rutten/Cross Medical, apts. 15 y 17; 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00, caso Weber/Universal Ogden, apt.40; 10 de abril de 2003, asunto C-437/00, caso Pugliese/Finmeccanica SpA, apt. 18.

⁴⁹ Definición que puede consultarse en diversas sentencias del Tribunal de Justicia, ver STJUE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, caso Mulox IBC/Geels, apt. 20; 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, caso Rutten/Cross Medical, apt. 15; 28 de septiembre de 1999, asunto C-440/97, caso GIE Groupe Concorde y otros, apt. 14; 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00, caso Weber/ Universal Ogden, apt.41; 10 de abril de 2003, asunto C-437/00, caso Pugliese/Finmeccanica SpA, apt. 19.

⁵⁰ En este sentido, ver STJUE de 26 de mayo de 1982, asunto 133/81, caso Ivenel/Schwab, apt. 20; 15 de enero de 1987, asunto 266/85, caso Shevanai/Kreischer, apt. 11; 15 de febrero de 1989, asunto 32/88, caso Soc. Six Constructions/Humbert, apt. 10; 13 de julio de 1993, asunto C-125/1992, caso Mulox IBC / Geels, apt.14.

* Se trata del “Lugar en el que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo por cuenta de su empresa o ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales”⁵¹.

* En el supuesto en el que el trabajo en cuestión se realice efectivamente en más de un Estado de la Unión, será preciso sortear una situación en la que confluyan una multiplicidad de órganos judiciales competentes, evitando de esta forma el riesgo de que concurren diversas resoluciones contradictorias entre sí, intentando facilitar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales fuera del territorio del Estado en que hayan sido dictadas. En consecuencia, lo más adecuado será considerar, en estos casos, que el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que caracteriza al contrato de trabajo, no será otro que aquel en el que o desde el cual el trabajador cumpla principalmente los elementos esenciales o más relevantes de sus obligaciones respecto a su empresa⁵².

Una interpretación, en estos términos, se justifica por la existencia de una conexión especialmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional que debe conocer de ella con vistas a la sustanciación adecuada del proceso. Por ello, parece indudable que el juez del lugar en el que debe cumplir el trabajador la obligación, asumida por él, de ejercer las actividades convenidas en el contrato, resulta ser el más apto para resolver los litigios a los que pueda dar lugar ese contrato de trabajo⁵³.

b) Ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador, si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (art. 19.2.b R.).

Esta segunda previsión, contenida en el artículo 19.2 R., presenta, a nuestro modo de ver⁵⁴, una clara regla de carácter subsidiario en relación con su predecesora, de tal forma que sólo será competente el órgano judicial del lugar en el que se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador, cuando ese trabajador no desempeñe de forma habitual su actividad en un Estado concreto de la Unión.

Sin embargo, esta previsión, presenta, de inicio, un nada baladí problema interpretativo, cuál es el de concretar cuál debe ser el sentido que debemos otorgar al concepto de “establecimiento”. Parece lo más razonable dotar a este concepto de un sentido lo más amplio posible, pudiendo llegarse a atribuir dicha configuración a cualquier lugar en el que el trabajador desarrolle su actividad laboral, aún incluso sin que éste tenga personalidad jurídica (por ejemplo, el domicilio del empleador, siendo éste una persona física)⁵⁵.

En todo caso, sea cual sea la interpretación que otorguemos al concepto de “establecimiento”, compartimos totalmente la conclusión a la que llega algún autor, de entre la doctrina científica, cuando afirma que se trata de un foro cuya consagración debe ser valorada positivamente,

⁵¹ Puede consultarse en estos términos la STJUE de 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00, caso Weber/ Universal Ogden, apt.44.

⁵² Semejante finalidad es puesta de manifiesto de forma reiterada por el Tribunal de Justicia, ver SSTJUE de 5 de enero de 1987, asunto C-266/85, caso Shenavai / Kreischer, apts.19; 11 de enero de 1990, asunto C-220/88, caso Dumez, apt. 18; 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, caso Mulox IBC/Geels, apts. 21, 22, 24 y 25; 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, caso Rutten/Cross Medical, apt. 18; 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00, caso Weber/ Universal Ogden, apts. 42, 43 y 49; 10 de abril de 2003, asunto C-437/00, caso Pugliese/Finmeccanica SpA, apt. 19.

⁵³ Razonamiento destacado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ver STJUE de 26 de mayo de 1982, asunto 133/81, caso Ivenel/Schwab, apts.11, 15 y 19; 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, caso Mulox IBC/Geels, apt. 17; 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, caso Rutten/Cross Medical, apt. 16.

⁵⁴ Partidaria de este posicionamiento se muestra Sabido Rodríguez, M., “Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)”, op. cit., p. 71.

⁵⁵ Abogan por conceder esta configuración amplia al concepto de establecimiento Tirado Robles, M. C., “La competencia judicial en la Unión Europea. Comentarios al Convenio de Bruselas”, Barcelona, 1995, p. 46. También, Manerio Vázquez, quien apunta que de esta forma se logra evitar que un trabajador que realiza habitualmente su actividad en dos o más estados distintos, se vea obligado a litigar ante Tribunales de diferentes países cada vez que la sucursal o la agencia a la que pertenece se desplace de un lugar a otro, ver Manerio Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p. 24.

desde el momento en que debido a su carácter subsidiario respecto al foro del lugar de prestación habitual de los servicios, responde no sólo a la tutela de los intereses del trabajador, parte, normalmente, más débil de la relación jurídica contractual, sino también a las necesidades del propio mercado de trabajo⁵⁶.

a.2.2.2. Acciones ejercitadas por el empresario frente al trabajador

Muestra de ese carácter tuitivo que preside esta regulación y que nos acompaña constantemente, es la previsión contenida en el artículo 20.1 del Reglamento, en donde el legislador de la Unión, al contrario de lo que acontece cuando es el trabajador quien ocupa la posición activa proceso, en lugar de conceder al empresario cuando actúa como demandante varios fueros competenciales entre los que poder optar, sin embargo sólo le concede la posibilidad de acudir a los órganos judiciales del Estado miembro en el que aquél tuviere su domicilio (art. 20.1 R.).

En todo caso, debemos recordar que el propio artículo 20 R. advierte que las previsiones contenidas en la Sección 5ª, Capítulo II R. no afectarán al derecho del empresario a poder reconvenir ante la demanda presentada por el trabajador ante otro tribunal que resulte competente para conocer de una demanda principal conforme a las previsiones de esta Sección 5ª R. (art. 20.2 R.).

Para finalizar este breve análisis y a modo de conclusión, baste con señalar que el elemento sobre el que gira la normativa analizada no es otro que el diferente tratamiento que el Reglamento dispensa a trabajador y empresario, dependiendo de si el demandante es uno o el otro. En el primer caso, esto es el actor es el trabajador, se establece un primer fuero, siendo éste el general del domicilio del demandado, caracterizándose por su naturaleza alternativa respecto a un segundo conformado por el lugar de prestación habitual de servicios, sin embargo, en el segundo supuesto, de ser el empresario el demandante, tan sólo se prevé un único fuero aplicable, cual es el del domicilio del demandado, esto es, el del trabajador.

B. ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

A pesar de la primacía que presenta, como hemos destacado en este trabajo, tanto la normativa europea, presidida por el Reglamento 44/2001, como las previsiones contenidas en los convenios de carácter bilateral suscritos por España con terceros países, no debemos olvidar que se puede dar la circunstancia de que aparezcan supuestos en los que ninguna de esas normas resulte de aplicación, casos en los que no tendremos otra salida que acudir a la normativa interna reguladora de esta materia, en concreto al artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto del que, en primer lugar, tendremos que resaltar el hecho de caracterizarse también por un espíritu tuitivo, claramente establecido para defender a la parte más débil de la relación laboral, esto es, el trabajador⁵⁷.

Dos son las cuestiones que, de una primera visión de esta regulación interna, merecen ser destacadas, básicamente por constituir elementos diferenciadores respecto a las previsiones contenidas en el Reglamento 44/2001:

⁵⁶ Opiniones en este sentido podemos encontrar en Palao Moreno, G, "Las normas de Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización", AEDIP, 2005, núm. 5, p. 322; Sabido Rodríguez, M., "Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)", op. cit., p. 71.

⁵⁷ Este carácter tuitivo podemos considerar que constituye la primera y, quizás, más importante coincidencia existente entre la normativa de la Unión y nuestro ordenamiento interno en esta materia. Señalan esta circunstancia, entre otros, González Campos, J. D., "La competencia judicial internacional: Aspecto generales", en Derecho internacional privado, dir. Abarca Junco, A. P. Madrid 2008, Vol. I, Tema XI, p. 353; Sabido Rodríguez, M., "Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)", op. cit., p. 72.

a) La normativa nacional no hace la distinción efectuada por el Reglamento, diferenciando entre aquellos supuestos en los que el trabajador adopta la posición activa en el proceso, de aquellos otros en los que aparece como demandado, permitiendo un tratamiento diverso en uno y otro caso. Esta ausencia de distinción puede suponer una clara limitación al carácter tuitivo que, como hemos manifestado, preside esta regulación, relativizando, en consecuencia, la inicial intención del legislador nacional de otorgar al trabajador una especial protección⁵⁸.

b) En segundo lugar, también debemos fijarnos en el hecho de que nuestra LOPJ, a diferencia de lo que hace la normativa de la Unión, presenta un catálogo cerrado de fueros sin permitir la sumisión de las partes ante la jurisdicción de unos concretos órganos jurisdiccionales, evitando con ello la intervención de la autonomía de la voluntad en la determinación de la competencia judicial internacional⁵⁹.

Tras esbozar las dos diferencias más sobresalientes, a nuestro modo de ver, que presenta nuestra LOPJ en relación con la regulación que el contrato de trabajo presenta en la normativa de la Unión (R. 44/2001), se plantea como necesario realizar un breve repaso de las previsiones contenidas en el artículo 25 LOPJ, de donde se desprende que:

* El artículo 25 LOPJ sólo resulta aplicable de manera subsidiaria, en aquellos supuestos en los que el Reglamento 44/2001 no resulte aplicable, no esté presente cualquier otra normativa contenida en tratados internacionales suscritos por España, regulando esta materia. Por tanto, cuando no concurren fueros exclusivos ni acuerdos de sumisión, y la empresa demandada tenga su domicilio en un tercer país no miembro de la UE⁶⁰.

* Cuando resulte aplicable el artículo 25 LOPJ, teniendo siempre presente las previsiones que acabamos de señalar, el legislador nacional establece unos criterios de atribución competencial que persiguen asegurar la competencia a los órganos judiciales españoles, acudiendo a tres criterios atributivos (art. 25.1 LOPJ):

1.- Criterio personal: tendrán competencia para conocer cuestiones litigiosas suscitadas en relación con el contrato individual de trabajo los órganos judiciales españoles, tanto en aquellos casos en los que el demandado tenga su domicilio en territorio español o bien una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España, como en aquellos otros en los que el trabajador y el empresario tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato.

2- Criterio territorial: también gozan de competencia para conocer los tribunales españoles, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español.

3.- Criterio de defensa del trabajador: finalmente, el artículo 25.1 LOPJ regula el caso especial de un contrato de embarque, estableciendo que serán los órganos

⁵⁸ Esta primera distinción, así como las consecuencias que puede conllevar es puesta de manifiesto por, entre otros, Sabido Rodríguez, M., "Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)", op. cit., p. 72.

⁵⁹ Esta exclusión que imposibilita la intervención de la autonomía de la voluntad a la hora de determinar el órgano judicial internacionalmente competente y que supone una de las diferencias destacables que presenta nuestra LOPJ frente a las previsiones contenidas en el Reglamento 44/2001 es destacada por, Sabido Rodríguez, M., "Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)", op. cit., p. 72. Sin embargo, debemos señalar que en la actualidad la doctrina científica se muestra, con carácter general, más cercana al criterio que preside la normativa europea, a modo de ejemplo, ver Esteban de la Rosa, G. y Molina Navarrete, C., "Reglas de competencia judicial internacional en el orden social: recientes problemas aplicativos", LL 2001, Núm. 2, p. 1603.

⁶⁰ Ver, en este sentido, Maneiro Vázquez, Y., "Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales", op. cit. p. 27.

jurisdiccionales españoles los que tendrán atribuida competencia para conocer de los conflictos que pudieran suscitarse en ese ámbito, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

* Tendrán competencia los órganos jurisdiccionales españoles para conocer cuestiones relativas al control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español (art. 25.2 LOPJ),

* En materia de Seguridad Social, desde el momento en que queda expresamente excluida de la aplicación del Reglamento 44/2001 atendiendo a las previsiones contenidas en su artículo 1.2.c, resulta de aplicación, en todo caso, el apartado tercero del artículo 25 LOPJ, según el cual serán competentes los órganos judiciales españoles para conocer de las demandas que se dirijan frente a Entidades gestoras españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España (art. 25.3 LOPJ).

Las razones que esgrime el legislador de la Unión para realizar esta última exclusión debemos buscarlas en la naturaleza de Derecho público que caracteriza a las normas en materia de seguridad social, que aunque tratándose, indudablemente, de materia muy unida a la relación laboral, sin embargo, como consecuencia inmediata de la directa conexión que puede apreciarse en esta materia con la normativa administrativa y financiera, en muchos casos nos vemos abocados a someter los posibles conflictos suscitados, en esta materia, a los tribunales pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁶¹.

Por último, no podemos culminar este epígrafe sin, al menos, intentar describir someramente los dos elementos, a los que ya hemos aludido, que, sin duda, presentan un especial interés al constituir los principales puntos de divergencia existentes entre la normativa nacional y las previsiones contenidas en el R. 44/2001, nos estamos refiriendo:

a) Por un lado, como ya hemos adelantado, nuestra LOPJ no prevé, en precepto alguno, la posibilidad de que se suscite un acuerdo de competencia entre las partes mediante el cual decidan el concreto órgano judicial con competencia para conocer de un determinado supuesto litigioso, esto es, no se contempla la posibilidad de que las partes se sometan a la jurisdicción de un concreto órgano judicial, ni expresa ni tácitamente, como criterio determinante del fuero aplicable. Como hemos podido observar, nuestra LOPJ se limita a ofrecer un listado cerrado de opciones determinantes de la competencia judicial, al considerar el legislador nacional que estamos en presencia de materia de orden público procesal, por tanto, debe quedar excluida la participación de la autonomía de la voluntad, anulándose, de esta forma y de raíz, toda posible validez a los pactos de sumisión, suscritos entre las partes, con la finalidad última de someter la cuestión litigiosa al conocimiento de los jueces y tribunales extranjeros o, en su caso, a los españoles⁶².

⁶¹ Semejante razonamiento es, también, señalado por, entre otros, García Murcia, J. y Menéndez Sebastián, P. "La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario", op. cit., p.697; Zarzalejo Carbajo, M. M., "La determinación de la competencia judicial internacional en materia de protección social", en Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales, Coord. Correa Carrasco, Madrid, 2008, p.497; Maneiro Vázquez, Y., "Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales", op. cit. p.28.

Sobre esta problemática en el Convenio de Bruselas puede consultarse la Sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 1979, asunto 25/79, caso *Sanicentral S.A./Collin*, apt. 3.

⁶² Ver en este sentido, Maneiro Vázquez, Y., "Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales", op. cit. p.30.

b) Por otro, al contrario de lo que sucede con la regulación prevista en el Reglamento, la LOPJ no contempla la diferente posición que puede adoptar el trabajador, atendiendo a si ocupa la posición activa o pasiva del proceso. Semejante omisión supone, de hecho, retirar al trabajador parte de la protección que, en principio, se le viene concediendo, con carácter general, en esta materia, desde el momento en que se le considera como parte más débil de la relación contractual de trabajo. En este sentido, cuando la LOPJ omite cualquier referencia al fuero aplicable atendiendo a la posición procesal ocupada por el trabajador se está produciendo, en realidad, una clara limitación del nivel de protección perseguido a favor del trabajador⁶³.

⁶³ Esta situación es señalada, entre otros, por Sabido Rodríguez, M., “Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)”, op. cit., p. 72; Maneiro Vázquez, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, op. cit. p.30.

BIBLIOGRAFÍA

- **CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER**, “Artículo 17”, en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

*”*La sumisión tácita como foro de competencia internacional y el artículo 24 del Reglamento núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000*”, en AAVV, *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, (Dir. Areal Lureña, S y Calvo Caravaca, A. L.), Edit. Colex, Madrid, 2005.

- **DE NO ALONSO-MISOL, ENRIQUE** “*Las empresas multinacionales como partes procesales: aspectos jurisdiccionales y procedimentales cuestionables*”, en el volumen AAVV *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones laborales*, Dir. Jiménez Sánchez, edit. CGPJ, Madrid, 2006.

- **ENRICH SCHROEDER, VALERIA Y SÁNCHEZ SÁNCHEZ CRESPO, JORDI**, “*Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) n^o 44/2001 de fecha 22 de diciembre de 2000 y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/febrero de 2002, n^o. 217.

- **ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA Y MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL**, “Reglas de competencia judicial internacional en el orden social: recientes problemas aplicativos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 2, 2001.

- **FOTINOPOULOU BASURKO, OLGA**, “Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados”, *Aranzadi Social*, vol.1, N^o. 10, 2008.

- **GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ**, “*La nueva regulación de la competencia en materia contractual en el ámbito comunitario*”, *Aranzadi Social*, V, 2002.

- **GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE.**, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement núm. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Edit. LGDJ, París, 2002.

- **GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D.**, “*La competencia judicial internacional: Aspecto generales*”, en *Derecho internacional privado*, dir. Abarca Junco, A. P., Vol. I, Tema XI, edit. UNED, Madrid, 2008.

- **GOTHOT, PIERRE. Y HOLLEAUX, DOMINIQUE**, *La convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, Edit. Júpiter, París, 1986.

- **GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA**, “*El artículo 5.1^o del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 12, núm.2, 1985.

* “*La prorrogación de competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores*”, *Revista Española de derecho Internacional*, vol. XXXIX, 1987, núm. 2.

- **HERRERO PEREZAGUA, JUAN FRANCISCO**, *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, edit. Aranzadi, Navarra, 2007.

- **MANEIRO VÁZQUEZ, YOLANDA**, “*Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales*”, Relaciones Laborales, febrero de 2010, nº. 4, año XXVI.
- **MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ.**, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, edit. Lex Nova, Valladolid, 2006.
- **PALAO MORENO, GUILLERMO**, “*Las normas de Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización*”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, núm. 5, 2005.
- **RIVAS VALLEJO, MARÍA PILAR**, “*Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales*”, Actualidad Laboral, núm.5, 2007.
- **SABIDO RODRÍGUEZ, MERCEDES**, “*Sucesión internacional de empresas y pluralidad de demandados en pleitos laborales, tras la STJCE 22 mayo 2008 (TJCE 2008, 113)*”, Aranzadi Social, nº. 9, 2008.
- **SALERNO, FRANCESCO**, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001 (la revisione Della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, terza edizione, Edit CEDAM, Padova, 2006.
- **SÁNCHEZ CARRIÓN, JOAQUÍN LUIS**, “*El nuevo marco de competencia judicial en materia civil y mercantil en el Derecho comunitario*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, año XII, núm. 545, 2002.
- **TIRADO ROBLES, MARÍA DEL CARMEN**, *La competencia judicial en la Unión Europea. Comentarios al Convenio de Bruselas*, edit. Bosch, Barcelona, 1995.
- **VIRGÓS SORIANO, MIGUEL Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J.**, *Derecho procesal civil internacional*, Edit. Civitas, Madrid, 2000.
- **ZARZALEJO CARBAJO, MARÍA MERCEDES**, “*La determinación de la competencia judicial internacional en materia de protección social*”, en *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Coord. Correa Carrasco, Edit. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

