

**STSJ, Social, Canarias 7 marzo 2005**

(= contrato de embarque y tráfico internacional de mano de obra entre empresas)

**SAP Barcelona 16 dic**

***Cuestiones:***

1º) ¿Qué soluciones deben observarse en DIPr. español para los casos de tráfico de mano de obra entre empresas de distintos países?

2º) ¿Juega algún papel en este caso la llamada “Ley del pabellón”?

3º) ¿Son aplicables, a juicio del tribunal, el art. 1.4 ET y el art. 10.6 CC a este supuesto?

4º) ¿Se aprecia en este caso una incorporación por referencia de preceptos de la Ley española, o una auténtica elección de Ley española?

5º) ¿Qué ámbito presenta, en este caso, la cláusula de escape recogida en el art. 6 CR?

**STSJ, Social, Canarias 7 marzo 2005**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

... Entrando de lleno en la determinación de dicha cuestión, hemos de decir que la contrata y subcontrata entre empresas es un medio perfectamente lícito de colaboración que viene impuesto por la dinámica de la economía, pero lo que el ordenamiento jurídico laboral no tolera es el tráfico de mano de obra. Por eso el artículo 43 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores (prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el fin de cederlos temporalmente a otro empleador. No es, sin embargo, cesión ilegal la que realizan las empresas de trabajo temporal, debidamente autorizadas y bajo control de la Administración, ni la actividad de intermediación que llevan a cabo las agencias privadas de colocación, porque en este caso no se contrata a los trabajadores para cederlos a otras empresas, sino que se establece con ellos una relación meramente comercial con el propósito de ayudarlos a encontrar un empleo. Como dice el Profesor Sagardoy Bengoechea, mediante la cesión ilegal de trabajadores lo que se pretende es crear una estructura compuesta por: a) la empresa que proporciona el trabajo (empresa real); b) la empresa que contrata a los trabajadores (empresa

ficticia); c) los trabajadores contratados por la segunda empresa, que prestan sus servicios en la primera; a través de la cual la empresa real aparenta ser ajena a las relaciones laborales que se establecen entre los trabajadores contratados y la empresa ficticia, para así no verse obligada por la normativa laboral y de Seguridad Social. De tal forma, como señala el Profesor Martín Valverde, el supuesto prohibido por el Estatuto de los Trabajadores es el de la interposición en el contrato de trabajo, que se define como combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra u otras y frente a terceros una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre al titular verdadero y real de las mismas. ....

CUARTO ... Se plantean en el presente motivo de censura jurídica dos cuestiones diferenciadas, a saber, la de la determinación, por un lado, de la jurisdicción nacional competente para conocer y, por otro, la de la legislación aplicable a un litigio derivado de un contrato de trabajo en el que aparece un elemento de extranjería. Tales cuestiones ya han sido abordadas y resueltas extensamente por esta Sala en su sentencia de fecha 21 de marzo de 2003 Recurso de Suplicación 861/2002, en la que textualmente se dice: «Planteada así la cuestión hay que subrayar con carácter previo, a la hora de concretar el ordenamiento estatal llamado a regular los contratos individuales de trabajo que cuenten con un elemento de extranjería, tanto la importancia de deslindar entre las dimensiones jurisdiccional y conflictual el , como destacar el carácter prioritario de la determinación de los tribunales internacionalmente competentes, frente a la posterior operación relativa al establecimiento del ordenamiento estatal llamado a regular un contrato individual de trabajo en el que encuentren presentes elementos de extranjería.

De esta forma, en primer lugar es preciso diferenciar claramente la cuestión propia de la determinación de los tribunales internacionalmente competentes, de aquella relativa a la localización de la Ley estatal aplicable a un posible litigio derivado de un contrato internacional de trabajo.

Entrando en la primera de las cuestiones (determinación de los tribunales internacionalmente competentes) aunque la cuestión no se ha suscitado por ninguna de las partes quiere precisar la Sala la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la litis, que encuentra su amparo, al tener uno de los codemandados su domicilio en un país de la Unión Europea, en el Reglamento de la Comunidad Europea 44/2001 de 22.12.2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (artículos 2 y 18 a 21) que sustituye a los Convenios de Bruselas y Lugano sobre la materia; y que, además, de no existir estas disposiciones estaría en todo caso amparado por el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que hoy sólo es aplicable a los supuestos que queden fuera de la cobertura del Reglamento citado. Así pues, es competente el orden social para el enjuiciamiento del conflicto planteado en el que aparece un elemento de extranjería.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones (localización de la Ley estatal aplicable a un posible litigio derivado de un contrato internacional de trabajo), antes de entrar en el examen de la normativa jurídica que permitirá tal localización estima la Sala procedente hacer algunas precisiones acerca del litigio planteado y en concreto de la problemática del ejercicio de la actividad pesquera y sus repercusiones laborales.

Como se sabe, el ejercicio de la actividad pesquera está sometido a un régimen de autorizaciones (licencias y permisos temporales) que restringen notablemente el alcance de la genérica libertad de empresa en su formulación constitucional. Esta tradicional restricción (que prácticamente supone la existencia de una especie de prohibición relativa en la actividad) tiene por objeto, fundamentalmente, hacer frente a los conocidos problemas de sobreexplotación de los caladeros que, necesariamente,

imponen medidas de racionalización y control para asegurar la protección de los limitados recursos y, con ello, la de la población dependiente de ellos. De este modo, tanto a nivel nacional como comunitario existen multitud de normas que tienen por objeto establecer las condiciones de acceso a las pesquerías, bien sea imponiendo un régimen de explotación a cada una de las modalidades de pesca (inscripción preceptiva en censos y registros específicos, previa constatación del dato fáctico de la habitualidad de la presencia en un determinado caladero), bien, a través de la articulación jurídica de los derechos de acceso, aspecto éste donde confluyen la normativa comunitaria y la nacional (lo que se manifiesta especialmente en el régimen del sistema de cuotas).

Este conjunto de restricciones en el ejercicio de la actividad y, sobre todo, las razones que las fundamentan, han abocado a los empresarios del sector a adoptar fórmulas organizativas complejas dirigidas, en última instancia, a propiciar el acceso a los recursos y a mejorar las condiciones de explotación de los mismos. Ello se ha plasmado, por un lado, en un incremento notable del fenómeno de concentración empresarial en el sector (especialmente perceptible en el ámbito de la pesca industrial) y, por otro, en la utilización generalizada de las fórmulas societarias habilitadas tradicionalmente a tales efectos ("empresas pesqueras conjuntas" "empresas mixtas pesqueras", "asociaciones temporales de empresas") y que actualmente se contemplan en el régimen previsto para las denominadas "sociedades mixtas".

Desde una perspectiva estrictamente socio-laboral, hay que destacar, por un lado, la favorable incidencia de tales soluciones en el mantenimiento de los niveles de empleo y, en consecuencia, en la atenuación del rigor de la crisis que afecta al sector. Pero, por otro lado, no es posible desconocer el peligro que tales fórmulas organizativas suponen para la efectividad de los derechos de los trabajadores del sector, máxime cuando, entre los "beneficios" que propician, se buscan también los derivados de una eventual reducción de los costes sociales. De ahí que se ha hecho preciso el establecimiento de medidas complementarias destinadas a garantizar que, en estos supuestos, la promoción de la actividad económica no vaya en detrimento del mantenimiento de unos niveles de protección social adecuados, permitiendo, en definitiva, equilibrar los diferentes intereses en juego.

En todo caso conviene destacar que la relación del trabajo marítimo-pesquero está profundamente marcada por las peculiaridades que presenta el lugar de la prestación de servicios que es el buque, considerado como centro de trabajo, lo que afecta no sólo a los aspectos constitutivos de la relación y, en general, las condiciones en que el trabajo se desarrolla, sino, además, al estatuto jurídico aplicable que está estrechamente vinculado a una serie de condicionantes de índole administrativa que rodean la inscripción o registro del buque.

Ello es lo que permite hablar de la extraterritorialidad del trabajo marítimo pesquero, extraterritorialidad que plantea complejos problemas en la resolución de los conflictos suscitados por los llamados contratos de embarco internacionales, debido a la tendencia de las empresas armadoras a adoptar fórmulas societarias complejas (donde se combinan factores como la nacionalidad de la empresa, el registro del buque y su pabellón); tal es el caso de las empresas mixtas, utilizadas por los armadores españoles como medio de solventar los problemas de acceso a los caladeros, y en muchos casos para eludir la legislación laboral española bastante más rigurosa que la de esos terceros países con los que se establecen los conciertos pesqueros y bajo cuya nacionalidad aparecen formalmente adscritas las empresas mixtas.

De ahí que tanto el legislador, como la doctrina y la propia jurisprudencia vayan buscando criterios que permita impedir aquella elusión o huida del derecho más protector, y lleven a mantener la protección social de los trabajadores por la vía del

mantenimiento del sistema jurídico con el que en verdad existe conexión.

En este sentido la doctrina postula la aplicación, para salvar los obstáculos derivados de la aplicación taxativa del llamado "principio del pabellón" que deviene determinante a la hora de decidir la legislación aplicable: a) de las técnicas habitualmente acuñadas por la jurisprudencia a tales efectos (levantamiento del velo) de gran virtualidad para resolver aquellos supuestos conflictivos no previstos ordinariamente por el legislador, que junto a otras específicas, como la "doctrina de las banderas de conveniencia" tiene por objeto evitar que la aplicación del criterio de la legislación del país de la bandera suponga un perjuicio para el trabajador; b) la propia legislación, en esa línea de protección social, a propósito de las empresas mixtas, ha venido estableciendo que los españoles que pasen a trabajar en estas empresas lo harán, en todo caso, a efectos de la garantía de sus derechos en materia de Seguridad Social, como pertenecientes a una de las empresas españolas participantes en aquella (art. 7 del RD 830/85; y c) la jurisprudencia aplica, en general estos mismos criterios, y así ha venido aplicando la normativa laboral del Estado distinto del pabellón cuando la mayor parte de los elementos del contrato de embarque vinculan dicha relación laboral con la legislación de aquel Estado (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 9.5.88 y 7.11.99 y la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 17.7.92).

En esta línea cabe traer a colación en Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera de 8.7.89 que afirma: "...Ahora bien, mediante una ficción legal, las Empresas pesqueras conjuntas, formalmente extranjeras, se equiparán a las nacionales como consecuencia de una realidad subyacente más fuerte que su apariencia de régimen jurídico, ya que son sustancialmente nuestras, aun cuando hayan de adoptar otra vestidura para poder actuar en determinados países, cuyo nacionalismo exacerbado exige tal enmascaramiento...". Hechas estas precisiones al objeto de destacar la problemática que el sector pesquero, y en concreto las sociedades mixtas plantean en relación con el derecho aplicable al contrato de embarque, y para, además, destacar la existencia de una clara tendencia orientada a conseguir la aplicación de la legislación más ventajosa desde el punto de vista social, que se trata de evitar con la finalidad de reducir costes empresariales, y que además, suele ser la del trabajador (en este caso la española); procede entrar en el examen del motivo, y en concreto en la cuestión de la determinación de la norma sustantiva aplicable al conflicto suscitado.

La parte recurrente cita los artículos 1.4 y 1.5 del Estatuto de los Trabajadores y el 10 y el 12 del CC, para negar la aplicación de la legislación española.

Ello obliga a la Sala a clarificar el marco normativo en el que hemos de manejarnos con el fin de localizar el ordenamiento estatal que estará llamado a regular el fondo del contrato en cuestión. Para ello, nada mejor que transcribir el precepto de nuestro ordenamiento que resuelve dicho problema desde 1993, año en el que España ratificó el Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Se trata del artículo 2 del mismo, donde se establece con toda claridad el carácter erga omnes o universal del dicho texto convencional cuando dice: "La Ley designada por el presente convenio se aplicará incluso si tal Ley es la de un Estado no contratante". Ello supone el actual desplazamiento de las normas que componen nuestro sistema de interno en la materia en la gran mayoría de ocasiones (los artículos 10.6 del CC y 1.4 del Estatuto de los Trabajadores).

De este modo, siempre que nos encontremos en el ámbito de aplicación del texto convencional no cabrá la remisión a otros preceptos distintos de los del propio Convenio de Roma de 1980. ¿Cuál será, entonces, con arreglo al Convenio de Roma, el criterio o fuero a seguir para determinar la legislación aplicable? El Convenio establece como primer fuero la autonomía de la voluntad, al disponer que los contratos se regirán

por la Ley elegida por las partes, de forma expresa o tácita. Al no ser de aplicación al supuesto ahora planteado este criterio, pues se está planteando una supuesta sucesión de empresa y una novación contractual, habrá que acudir a los fueros que establece el artículo 6 que dice literalmente: "... No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) Por la Ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o b) Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la Ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la Ley de este otro país...". Establece, pues el Convenio de Roma un triple fuero objetivo que se concrete en: a) La Ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo; b) si no trabaja habitualmente en un mismo país, la Ley del país en que esta el establecimiento que haya contratado al trabajador y c) una cláusula de escape a aplicar cuando del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la Ley de este otro país. Llegado a este punto quiere llamar la atención la Sala acerca de lo que el sistema diseñado por el legislador comunitario cuenta con la citada cláusula de "escape" o "excepción", conforme a la cual aquellos contratos en los que el juego de los criterios de conexión conduzca a un ordenamiento estatal escasamente conectado con los mismos se regirán por la Ley del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato de trabajo; conjunto de elementos entre los que cabe incluir, el lugar donde se sitúe el establecimiento de la empleadora, la residencia habitual del trabajador, la residencia habitual o nacionalidad común de los contratantes, la moneda pactada para el pago del salario, el lugar de pago o ingreso del salario, la existencia de relaciones previas entre las partes, etc. Esta cláusula se va, pues, a aplicar con respecto a determinadas relaciones laborales en las que se encuentre presente un elemento de extranjería en las que el criterio tradicional conduciría a un ordenamiento escasamente conectado con la relación, lo que sucede: a) con relación a ciertos contratos de embarque, en los que la mayor parte de los elementos del mismo vinculen la relación laboral con un determinado ordenamiento estatal, distinto del país de pabellón y b) en los supuestos en que varía el estatuto personal de la empresa empleadora, ya sea por motivo de transferir su sede social a otro Estado o por participar en un procedimiento de fusión internacional que le obligaría a variar su personalidad, con el objeto de permitir la continuidad en el régimen jurídico de su contrato». Partiendo de lo expuesto hay que tener en cuenta, según la resultancia fáctica y los datos obrantes en autos: -a) que la sociedad «Intercontinental Fisheries Management, SA», a pesar de su nombre, es de nacionalidad española y tiene su domicilio social en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria; -b) que el actor es español y fue contratado en España, -c) que en el contrato de trabajo temporal suscrito por el actor y la empresa «IFM, SA» el 18 abril 1991 se hacía constar expresamente que «en lo previsto en este contrato se estará a lo dispuesto en la legislación vigente que resulte de aplicación y particularmente en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, el Real Decreto 2.104/84 y el Convenio Colectivo de Pesca»; -d) que en el contrato de trabajo por tiempo indefinido suscrito por las mismas partes el día 1 de noviembre de 1998 se hacía constar expresamente que «en lo no previsto en este contrato se estará a la legislación vigente que resulte de aplicación y, particularmente a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores»; -e) que durante todo el tiempo durante el que se desarrolló la relación laboral del actor el mismo estuvo dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar de la Seguridad Social española; -f) que el actor venía

percibiendo su retribución en España, primeramente en pesetas y luego en euros; -g) que la empresa «IFM, SA» practicaba al actor las retenciones previstas en la legislación española a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

A la vista de tales datos estima la Sala que la conclusión obligada es la aplicación de la cláusula que, como fuero principal, establece el artículo 3 del Convenio de Roma de 1980, es decir, la de la autonomía de la voluntad, pues las partes eligieron expresamente a la hora de concertar los dos contratos de trabajo que les unieron la legislación española como la aplicable al desenvolvimiento de los mismos. Pero es que, incluso si a efectos meramente dialécticos aplicáramos los criterios previstos en la cláusula de excepción o escape del artículo 6 del referido Convenio de Roma, también llegaríamos a la conclusión de que la relación laboral del actor estaba totalmente conectada con el derecho español. La alegación mantenida por las empresas recurrente, según la cual el contrato de trabajo celebrado entre el actor y la empresa «IFM, SA» el 1 de noviembre de 1998 (cuatro días antes de que las dos empresas codemandadas suscribieran un contrato de representación a los solos efectos de la seguridad social de los trabajadores españoles que prestaban servicios para «Marona, SA») es un contrato meramente aparente y sin virtualidad jurídica de ningún tipo, ha de ser rechazada de plano y sin necesidad de que esta Sala despliegue el más mínimo esfuerzo de argumentación en contrario, pues dado su carácter absolutamente infundado y gratuito y la carencia del más mínimo rigor jurídico, se descalifica por sí misma. Finalmente hemos de apuntar que las tesis mantenidas por las empresas recurrentes se apoyan en el artículo 1 párrafo 4º del Estatuto de los Trabajadores, precepto de derecho interno español que, como ya hemos señalado con anterioridad, no es la norma jurídica aplicable.

QUINTO Establecida ya la aplicabilidad de la legislación laboral y de Seguridad Social española...

\* \* \* \*