

LA IMPERATIVIDAD INTERNACIONAL DEL
PRINCIPIO COMUNITARIO DE NO DISCRIMINACION
POR RAZON DE LA NACIONALIDAD
(Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE *Boukhalfa*,
de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho
internacional privado)

Por MIQUEL GARDEÑES SANTIAGO (*)

I. INTRODUCCION

La sentencia *Boukhalfa*, de 30 de abril de 1996 (1), proporciona al TJCE una magnífica ocasión para precisar el alcance *ratione territorii* de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y, en concreto, de la prohibición de discriminación entre nacionales de la Unión. Frente a la opinión de que el ámbito de aplicación de dichas reglas quedaría circunscrito al interior del territorio de los Estados miembros, el TJCE sostiene la posibilidad de una proyección extraterritorial de las mismas, al alcanzar a situaciones que no se desarrollan en el interior de la Unión. Con ello, el TJCE confirma el carácter rigurosamente imperativo de la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad, que será aplicable a toda situación que presente un vínculo suficiente con la Unión, aunque no se sitúe en el interior de la misma.

(*) Ayudante del Area de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Barcelona.

(1) As. C-214/94, todavía no publicada.

II. HECHOS

La legislación alemana sobre los empleados del Ministerio de Asuntos Exteriores (2) establecía dos categorías de personal al servicio de las representaciones exteriores de la RFA: por una parte, los empleados destacados por el Ministerio y, por otra, los «agentes locales». En cuanto a estos últimos, se distinguía según tuvieran o no la nacionalidad alemana: en el primer caso, su relación de empleo se regía por el Derecho y convenios colectivos alemanes y, en el segundo, se regía por el Derecho local (3).

A este último régimen se hallaba sometida la demandante, la señora *Boukhalfa*. Se trataba de una ciudadana belga, residente en Argel, que trabajaba para la embajada alemana en Argelia desde 1982. Su contrato, concluido en Argel, estaba sometido, conforme a la legislación alemana, al Derecho argelino. A pesar de ello, estaba afiliada al régimen de pensiones previsto por el Derecho alemán y se encontraba parcialmente sujeta al impuesto sobre la renta de dicho país. En 1991 la demandante, en desacuerdo con la aplicación que se le hacía del régimen previsto para los agentes no alemanes, reclamó para sí la aplicación del régimen más favorable previsto para los agentes locales alemanes. Ante la negativa de las autoridades, recurrió ante la jurisdicción alemana, alegando que el hecho de aplicar un trato menos favorable a los agentes locales comunitarios no alemanes era contrario al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. En cambio, las autoridades de la RFA sostenían que el ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación se limitaba, conforme al artículo 227 TCE, al territorio de los Estados miembros. Llegado el asunto al *Bundesarbeitsgericht*, éste planteó recurso prejudicial ante el TJCE (4) que, en su sentencia de 30 de abril de 1996, dio la razón a la demandante, al sostener que la prohibición de discriminación era aplicable al caso.

(2) *Gesetz über den Auswärtigen Dienst*, BGBL I, p. 1842.

(3) El art. 33 de la citada ley incluía una norma de conflicto según la cual las condiciones de trabajo de los agentes locales de nacionalidad no alemana «*se determinan en función del Derecho del país de acogida y teniendo en cuenta los usos locales. Se les garantizarán condiciones sociales apropiadas teniendo en cuenta la situación local*» (traducción en el párrafo 3 de las conclusiones del Abogado General LEGER, presentadas el 14.11.1995).

(4) Vid. par. 5 a 9 de las conclusiones del A.G.

III. LA JURISPRUDENCIA RELATIVA AL ALCANCE TERRITORIAL DE LAS DISPOSICIONES SOBRE LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES

Con carácter general, la igualdad de trato (5) en materia de libre circulación de trabajadores (arts. 6 y 48 TCE, más legislación de desarrollo) significa que todo beneficio de que gocen los trabajadores de un Estado miembro en virtud de la legislación nacional debe extenderse a los nacionales de los demás Estados (6), no siendo admisible, por tanto, la existencia de discriminación alguna motivada por la nacionalidad (7).

Por lo que se refiere al alcance territorial de este principio, el TJCE ya había tenido ocasión de manifestar que el solo hecho de que un trabajador lleve a cabo sus actividades fuera del territorio de la Comunidad no es motivo para excluir la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario (8). En efecto, ya en la sentencia *Walrave*, de 12 de diciembre

(5) Sobre el principio de igualdad de trato en general, véase K. LENAERTS: «L'égalité de traitement en Droit Communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *CDE*, núm. 1-2 1991, pp. 3-41.

(6) Sobre la regla de no discriminación en el ámbito de la libre circulación de trabajadores, véase M. COLINA ROBLEDOS, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO: *Derecho social comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pp. 111-156; N. CATALÁ y R. BONNET, *Droit social européen*, Ed. Litec, Paris 1991, pp. 89-95; sin embargo, ha habido casos —muy excepcionales— en que el TJCE ha rehusado aplicar la regla de igualdad de trato: sentencias de 31.5.1979 (as. 207/78, Rec. 2019) y de 14.3.1996, (as. C-315/94).

(7) Dejaremos de lado en este comentario el interesante problema de la discriminación indirecta, entendida como aquella situación en la que, aunque la discriminación se base en criterios distintos a la nacionalidad, como por ejemplo la residencia, en la práctica produzca el mismo resultado o perjudique en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros. Sobre esta cuestión, véase P. GARRONE: «La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, julio-sep. 1994, pp. 425-449.

(8) También dejaremos de lado la problemática específica de los desplazamientos intracomunitarios de mano de obra, especialmente en el marco de la libre prestación de servicios. Sobre esta cuestión, vid. J. CARRASCOSA y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable a los contratos de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1993-II, pp. 382-407. Vid. sentencias *Rush Portuguesa*, de 27.3.1990 (as. C-113/89, Rec. I-1417) y *Vander Elst*, de 9.8.1994 (as. C-43/93), así como la posición común del Consejo (*DOCE C 220*, de 29.7.1996) sobre la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 28.6.1991 (*DOCE C 225*, de 30.8.1991).

de 1974 (9), el TJCE sostuvo que la regla de no discriminación, por su carácter imperativo, se imponía a todas aquellas relaciones jurídicas que pudieran localizarse en la Comunidad «*en razón del lugar donde se establecen o del lugar donde producen sus efectos*» (10), es decir, siempre que existiera un vínculo suficiente con algún Estado miembro, jurisprudencia que ha sido confirmada con posterioridad en diversos asuntos: así, en la sentencia *Prodest*, de 12 de julio de 1984 (11), dijo que el hecho de que un trabajador comunitario, empleado por una empresa de otro Estado miembro, fuera enviado temporalmente a trabajar a un Estado tercero no excluía la aplicación del Derecho comunitario (par. 6) y, por tanto, era aplicable el principio de no discriminación (par. 8 y 9). Más tarde, en la sentencia *Lopes da Veiga*, de 27 de septiembre de 1989 (12), el TJCE reiteró que el Derecho comunitario era aplicable a toda situación que guardara una «*relación suficientemente estrecha*» (par. 15) con el territorio de la CE, descargando en el juez nacional que había planteado el reenvío la responsabilidad de apreciar si existía o no una conexión suficiente aunque, para ayudarle en su apreciación, el TJCE le mostró el camino a seguir, al indicarle una serie de indicios que debía «*tomar en consideración*» (13). Por último, en la sentencia *Alderweld*, de 29 de junio de 1994 (14), el TJCE consideró que existía una vinculación estrecha con la Comunidad, que se deducía del hecho de que el trabajador hubiera sido empleado por una empresa establecida en un Estado miembro y estuviera afiliado a su seguridad social (par. 14). La conclusión que se obtiene de los precedentes anteriores es que, para que el Derecho comunitario y, en consecuencia, la regla de no discriminación sean aplicables es suficiente

(9) As. 36/74, Rec. 1405.

(10) Par. 28. La traducción del francés es mía.

(11) As. 237/83, Rec. 3153.

(12) As. 9/88, Rec. 2989, nota J. M. DE DIOS, en *RJC*, núm. 2, 1990, pp. 539-541.

(13) Como, por ejemplo, que el trabajador realizara su actividad en un buque abanderado por un Estado miembro, al servicio de una naviera establecida en dicho Estado, que estuviera sujeto a la seguridad social de ese mismo Estado y a su impuesto sobre la renta y que su relación laboral se rigiera por la ley de dicho Estado (par. 17). Ante semejante acumulación de indicios, no parece que el juez nacional pudiera razonablemente dudar que existiera una conexión suficiente con el ordenamiento de un Estado miembro.

(14) As. C-60/93, Rec. I-2999, en la que se discutía el caso de un ciudadano holandés destacado a un país tercero como empleado de una empresa alemana.

que exista un vínculo suficiente con algún Estado miembro, no siendo imprescindible, por tanto, que el empleo se lleve a cabo en el interior de la Comunidad (15).

IV. LA DECISION DEL TJCE

A la vista de los precedentes anteriores, la decisión del TJCE no puede sorprender. En primer lugar, recuerda que el art. 227 TCE no excluye la posibilidad de que las normas comunitarias puedan tener efectos fuera del territorio de la CE, afirmando que de su jurisprudencia se deduce que el Derecho comunitario puede aplicarse a actividades ejercidas fuera de la Comunidad, siempre que exista una conexión suficientemente estrecha con el «territorio» de la misma. Esta regla también debe aplicarse, siempre según el TJCE, cuando la relación laboral «*está suficientemente vinculada al Derecho de un Estado miembro*» (par. 15) (16). Esta distinción entre vinculación con el «territorio» de un Estado y con el «derecho» del mismo se debe a la necesidad de dar respuesta a uno de los principales argumentos sostenidos por el Gobierno alemán para oponerse a la aplicación de las normas comunitarias al caso, consistente en la alegación de que la demandante había residido siempre en Argelia, incluso antes de ser contratada, y que ejercía su actividad en dicho país de manera permanente, de lo que deducía la ausencia de contacto alguno con el territorio alemán o de cualquier otro Estado miembro.

Sin embargo, a falta de una conexión estrictamente territorial, entiende el Tribunal que existía un vínculo jurídico suficiente con el ordenamiento germano y, en consecuencia, con el Derecho comunitario. Dicho vínculo derivaría de diversos factores: el contrato de trabajo había sido concluido conforme al derecho del Estado empleador, contenía una cláusula de atribución de competencia en favor de la jurisdicción alemana, la demandante estaba afiliada al régimen de pensiones de la seguridad social alemana y, finalmente, estaba parcialmente sujeta al impuesto sobre

(15) Debe añadirse que el Tratado por el que se crea el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2.5.1992 y que entró en vigor el 1.1.1994, extiende las reglas intracomunitarias de libre circulación a los nacionales de los Estados de la AELC (arts. 28 a 30 y anexos V a VII); sobre el EEE, en general, vid. O. JACOT-GUILLARMOD (ed.): *EEA Agreement (comments and reflexions)*, Ed. Schulthess, Zurich 1992.

(16) El subrayado es mío.

la renta de dicho Estado (par. 16). Además, resulta interesante comprobar que, a diferencia de lo ocurrido en casos anteriores, el TJCE no deja en manos de la jurisdicción reenviante la facultad de apreciar si se dan indicios suficientes que justifiquen la existencia de una conexión estrecha y lo decide por sí mismo, concluyendo que la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad *«es aplicable a todos los aspectos de la relación laboral que se rigen por el Derecho de un Estado miembro»* (par. 17), de lo que se deduciría la inaplicabilidad de la diferencia de trato entre los agentes locales de nacionalidad alemana y aquellos que tengan la nacionalidad de otros Estados miembros.

V. EL «SOMETIMIENTO» AL REGIMEN JURIDICO DE UN ESTADO MIEMBRO

Uno de los aspectos de la sentencia que, en mi opinión, requiere un análisis más detenido es el de la afirmación de que el principio de no discriminación se aplica *«en relación con todos los aspectos de la relación laboral regidos por la legislación del Estado miembro empleador»* (par. 22). Aparentemente, puede parecer contradictorio que se considere que el Derecho alemán rige el contrato, puesto que, como se ha visto, las normas de conflicto del Derecho alemán remitían al Derecho argelino, en tanto que ley local (art. 33 GAD). Sin embargo, considera el TJCE que el contrato de la demandante *«se celebró con arreglo al Derecho del Estado miembro que la emplea y precisamente en virtud de este Derecho se estipuló que sus condiciones de trabajo se determinarían en función del Derecho argelino»* (par. 16). La misma idea se desprendía del párrafo 53 de las conclusiones del Abogado General, en las que se afirma que el contrato *«... se concluyó conforme al Derecho alemán y más en concreto la GAD. En efecto, es únicamente por la aplicación de las disposiciones de la GAD que la relación de trabajo de la demandante se determina en función del Derecho argelino, menos favorable. En definitiva, ello significa que la demandante está sometida al régimen jurídico de un Estado miembro»* (17).

De las afirmaciones anteriores se deduce un concepto extraordinariamente amplio de «sometimiento» al régimen jurídico de un Estado miembro, entendido como la posibilidad por parte de un Estado de designar la

(17) Presentadas el 14.11.1995. La traducción del francés es mía.

ley aplicable a un determinado contrato (en este caso, limitando la aplicación de la ley alemana a los propios nacionales), que no coincide con el concepto habitual de ley aplicable al contrato en Derecho internacional privado. En efecto, aunque es cierto que el sometimiento del contrato de la señora *Boukhalfa* a la ley argelina deriva de una norma de conflicto contenida en el propio Derecho alemán (el art. 33 GAD), la aplicación de la norma de conflicto en este caso, al remitir a la *lex loci laboris*, designa una ley aplicable distinta de la alemana. Entonces, *stricto sensu*, el «régimen jurídico» del contrato se regirá por dicha ley y no por la alemana. Cuestión distinta es que la regla de no discriminación, por su carácter e importancia, deba aplicarse a toda relación que presente un vínculo suficiente con un Estado miembro, aunque la ley de ese Estado no sea propiamente la *lex causae*.

El problema específico que plantea este caso (18) —y es lo que lo hace especialmente interesante— es que el elemento discriminatorio se sitúa, no en el derecho material, sino en la propia norma de designación del derecho aplicable, puesto que era la norma de conflicto del Derecho alemán la que provocaba una discriminación por razón de la nacionalidad, al supeditar la aplicación de la ley germana a la posesión de dicha nacionalidad. Por tanto, lo que se discutía era la compatibilidad de la propia norma de conflicto con el Derecho comunitario, como se desprende claramente del párrafo 19 de la sentencia, a cuyo tenor: «...si bien el Derecho argelino determina las condiciones de trabajo de la Sra. Boukhalfa, ello se debe a la aplicación del artículo 33 de la GAD, cuya compatibilidad con el Derecho comunitario discute precisamente en el litigio principal» (19).

Por supuesto, lo anteriormente afirmado no significa que la utilización de la nacionalidad como punto de conexión sea *per se* contraria al Derecho comunitario. En mi opinión, sólo lo será en la medida en que opere

(18) Otros fallos del TJCE de gran interés para el Derecho internacional privado han sido las sentencias *Micheletti*, de 7.7.1992 (as. C-369/90, nota de A. BORRAS, en *RJC*, núm. 2, 1993, pp. 290-293; J. L. IGLESIAS BUHIGUES: «Doble nacionalidad y Derecho comunitario: a propósito del asunto C-369/90, Micheletti, sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992» en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Ed. Tecnos, Madrid 1993, pp. 953-967); *Hubbard c. Hamburger*, de 1.7.1993 (as. C-20/92, nota de A. BORRAS, en *RJC*, núm. 2, 1994, pp. 269-273) y *Firma Mund*, de 10.2.1994 (as. C-398/92, vid. F. J. GARCIMARTIN e I. HEREDIA: «El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia de 10 de febrero de 1994», *Gaceta Jca. CE* (D-23), 1995, pp. 39-79) y, más recientemente, la decisión *Data Delecta c. MSL Dynamics*, de 26.9.1996 (as. C-43/95).

(19) El subrayado es mío.

como condición para el disfrute de un régimen jurídico más favorable, siempre que la situación entre dentro del ámbito de aplicación del Tratado, es decir, que esté en juego el ejercicio de los derechos conferidos por éste (20). Tal sería el caso de la sentencia *Boukhalfa*, puesto que de lo que se trataba era de la aplicación de disposiciones específicamente destinadas a la protección del trabajador, que obviamente tienen una gran incidencia en el ejercicio de la libre circulación de asalariados.

En definitiva, de la decisión comentada se deduce que, al dictar y aplicar sus normas de Derecho internacional privado, los Estados deben tener en cuenta los principios fundamentales del Derecho comunitario (21), entre los que sobresale el de no discriminación por razón de la nacionalidad, exigencia que obliga tanto a los jueces y autoridades de aplicación como al propio legislador.

VI. LA REGLA DE NO DISCRIMINACION POR RAZON DE LA NACIONALIDAD COMO NORMA MATERIAL IMPERATIVA

La decisión anterior invita a reflexionar sobre los criterios que deben guiar la aplicación en el espacio de la regla de no discriminación por ra-

(20) El artículo 6 TCE establece la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad «en el ámbito de aplicación del presente Tratado». Al respecto, señalan GARCIMARTIN y HEREDIA que, para que el Derecho comunitario sea aplicable, lo único que se precisa es que el sujeto se encuentre en una posición jurídica amparada por éste, esto es, en el ejercicio de alguna de las libertades comunitarias fundamentales. Entonces, no sería imprescindible que las disposiciones nacionales afectadas pertenezcan a una materia que sea de la competencia de la CE, siendo suficiente la demostración de que la norma nacional que prevé la discriminación afecta al ejercicio de los derechos conferidos por el Tratado («El artículo 6 del TCE...», cit., pp. 49-55). Es más, en la sentencia *Phil Collins*, de 20.10.1993 (C-92 y 326/92, Rec. I-5145), el TJCE estableció que el artículo 7 TCE (hoy 6) puede aplicarse autónomamente, sin necesidad de vincularlo a la aplicación de las disposiciones específicas del Tratado reguladoras de cada una de las libertades.

(21) Podría establecerse aquí un cierto paralelismo con la incidencia que los principios constitucionales internos han tenido sobre los sistemas nacionales de Derecho internacional privado. En España, por ejemplo, fue necesaria la modificación de diversas normas de nuestro sistema conflictual por ser contrarias al principio de no discriminación por razón de sexo (Ley 11/1990, de 15.10.1990; BOE del 18, sobre la misma, vid. nota de A. BORRAS: «La Ley 11/1990, de 15 de octubre: de la no discriminación por razón de sexo a la discriminación entre los ordenamientos jurídicos», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII (1991) 1, pp. 272-275).

zón de la nacionalidad. En mi opinión, de la doctrina jurisprudencial existente puede deducirse que se trata de una auténtica norma material imperativa, en el sentido del Derecho internacional privado (22), puesto que el principio de igualdad de trato, recientemente reforzado por la proclamación en el TUE de la ciudadanía de la Unión (art. 8 y ss. TCE), constituye una regla rigurosamente imperativa que debe desplegar sus efectos, no sólo en el plano intracomunitario, sino también en aquellas situaciones en que la situación se localice fuera del territorio de la Unión, siempre que exista una vinculación suficiente con algún Estado miembro (23). Este carácter rigurosamente imperativo se deduciría de la función de la norma que, en mi opinión, sería doble: por una parte, aseguraría la protección del trabajador en el contexto de su relación de empleo (24) (fun-

(22) Categoría normativa que se reflejaría en disposiciones como el artículo 7.2 del Convenio de Roma o el art. 8.1 Cc. Sobre esta última disposición: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: *Comentario al Código civil*, Ed. Min. de Justicia, Madrid 1991, pp. 71-74 y F. J. GARCIMARTIN: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (tomo I, vol. 2), Ed. Edersa, Madrid 1995, pp. 95-110. Sobre las normas materiales imperativas en general, véase: P. FRANCESCAKIS: «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit des lois», *RCrDIPR*, 1966, vol. I, p. 12 y ss; A. MARÍN LÓPEZ: «Las normas de aplicación necesaria en Derecho Internacional Privado», *REDI*, vol. XXIII, núm. 1, 1970, pp. 9-41; H. EEK: «Peremptory norms in Private International Law», *R. des C. T.* 139 (1973-II), p. 1 y ss; G. SPERDUTI: «Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public» *RCrDIPr*, 1977, p. 257 y ss; T. G. GUEDJ: «The theory of the lois de police, a functional trend in continental private international law; a comparative analysis with modern american theories», *AJCL*, vol. 39, núm. 4, 1991, pp. 661 y ss; A. MARQUES DOS SANTOS: *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado (Esboço de uma Teoria Geral)*, Ed. Almedina, Coimbra 1991.

(23) La prohibición de discriminación es oponible no sólo ante el Estado o la autoridad pública, sino también ante los operadores privados (art. 7.4 del Reglamento 1612/68, de 15.10.1968; DOCE L 257, de 19.10.1968); vid., asimismo, el par. 83 de la sentencia *Bosman*, de 15.12.1995 (as. C-415/93, nota A. BORRAS, en *RJC*, núm. 3 1996, pp. 880-883), a cuyo tenor «...la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas quedaría comprometida si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera quedar neutralizada por los obstáculos resultantes del ejercicio de la autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no son de Derecho público».

(24) En este sentido, podría compararse a las normas de protección del trabajador que los tribunales nacionales suelen considerar internacionalmente imperativas, como por ejemplo las que rigen el despido; en la jurisprudencia española, véase, por ejemplo, la sent. del TS (sala 4.ª), de 10.12.1990 (*REDI*, vol. XLIII (1991) I, nota de S. ALVAREZ GONZÁLEZ, pp. 546-551).

ción de protección individual) y, por otra, tendría un importante significado político o simbólico, especialmente después de la proclamación de la ciudadanía de la Unión en el TUE (función institucional), por lo que formaría parte del «núcleo duro» del orden público comunitario (25).

La consecuencia de este carácter internacionalmente imperativo es que la regla de no discriminación por razón de la nacionalidad deberá aplicarse siempre que el asunto se plantee ante una jurisdicción de un Estado miembro: si la *lex causae* es la del foro (o la de otro Estado miembro de la Unión), la regla de no discriminación deberá aplicarse en tanto que norma integrante de la misma, en virtud de los principios de aplicabilidad directa y primacía (26). Si, como en el presente caso, la ley aplicable al contrato es la de un Estado tercero, la regla de no discriminación deberá aplicarse igualmente, esta vez en tanto que norma material imperativa del foro, cuya aplicación prevalece sobre la remisión que las normas de conflicto puedan hacer a otro Derecho, puesto que el elemento de orden público comunitario inherente a la regla es demasiado fuerte como para ceder ante una ley extranjera.

En el hipotético caso de que la cuestión se planteara ante un juez de un Estado que no fuera miembro de la Unión, entiendo que la regla de no discriminación sería aplicable siempre que la *lex causae* fuera la de un Estado miembro. Cuesta imaginarse, además, en qué medida la regla de no discriminación entre ciudadanos de la Unión pudiera violentar el orden público del Estado tercero, por lo que no parece que puedan existir obstáculos a su aplicación. En cambio, si la *lex contractus* fuera la de un Estado tercero, la aplicación de la regla de no discriminación dependería de si la jurisdicción del Estado tercero ante la que se plantee el asunto puede aplicar o tomar en consideración normas materiales imperativas no pertenecientes ni a la *lex fori* ni a la *lex causae*, a través de un mecanismo análogo al del artícu-

(25) En general, acerca de la dimensión comunitaria del orden público, vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ: «Derecho aplicable y orden público comunitario», *RIE*, núm. 3, 1993, especialmente pp. 927-938.

(26) En general, sobre el efecto directo, la primacía y la articulación entre Derecho comunitario y Derechos nacionales, vid. V. ABELLÁN y B. VILA: *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, Ed. Ariel, Barcelona 1995, pp. 101-119; sobre la incidencia del efecto directo y la primacía en la función del juez nacional y, en concreto, sobre la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, vid. STRUYCKEN: «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du Droit international privé», *Rec. des C.*, vol. 232 (1992-I), especialmente pp. 323-326.

lo 7.1 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (27), que permite «dar efecto» a las normas materiales imperativas de un Estado distinto del foro y del de la *lex causae*, siempre que la situación presente un vínculo estrecho con dicho Estado (28). Sin embargo, es preciso reconocer que no son muchos los ordenamientos que prevén expresamente esta posibilidad (29).

VII. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO ESPAÑOL

La sentencia *Boukhalfa* tiene una importante incidencia en el Derecho español (30): además de poner de relieve la existencia de una norma material imperativa en nuestro ordenamiento, invita a reflexionar sobre la suerte del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores (31) (en adelante

(27) BOE de 19.7.1993, corr. err. 9.8.1993.

(28) El asunto *Alnati*, decidido por el *Hoge Raad* holandés en su sentencia de 13.5.1966 (*RCrDipr* 1967, p. 522) puede considerarse el precedente jurisprudencial inmediato de esta disposición. Sin embargo, esta posibilidad no se encuentra exenta de polémica, como lo prueba el art. 22.1 del propio CR, que permite que los Estados signatarios puedan reservarse, en el momento de la firma o ratificación, la posibilidad de no aplicar el artículo 7.1, reserva de la que han hecho uso Estados como Alemania, Gran Bretaña, Irlanda o Luxemburgo (vid. BUCHER: «L'ordre public et le but social des lois», *Recueil des C.*, 1993-II, núm. 239, p. 90).

(29) El ejemplo más destacable sería el del artículo 19 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado, de 18.12.1987 (vid. A. KARRER y K. W. ARNOLD: *Switzerland's Private International Law Statute*, Ed. Kluwer, Dèventer 1988), aunque también existiría algún otro, como el del artículo 3079 del Código civil de Quebec, de 18.12.1991 (texto en *RabelsZ*, núm. 2 1996, pp. 327-352).

(30) Acerca del contrato de trabajo en Derecho internacional privado español vid. A. MARÍN LÓPEZ: «El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español», *Anuario de Estudios Sociales Y Jurídicos*, 1977, pp. 214 y ss; F. J. ZAMORA CABOT: *Acercamiento al Derecho laboral internacional* (tesis doctoral), Univ. Complutense, Madrid 1980; M. E. ZABALO ESCUDERO: *El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español*, Ed. Bosch, Barcelona 1983; I. GUARDANS: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1992, pp. 397-458; E. CASAS BAAMONDE: «Conflicto de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Relaciones Laborales*, 1993-II, pp. 67-78 y M. VIRGOS: «Comentario al art. 10.6» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 694-703.

(31) Texto refundido en RDLeg. 1/1995, de 24.3.1995 (BOE del 29); Sobre el art. 1.4, vid. M. MOYA: «Reflexiones en torno al párrafo 4º del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores», *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, 1979-1980,

ET), a cuyo tenor la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, aunque sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo, disposición que se enfrenta actualmente, además de a su formulación contraria al artículo 6 TCE (32), a la entrada en vigor del Convenio de Roma en nuestro país, ya que su artículo 6 desplaza a las normas autónomas anteriores, esto es, los artículos 10.6 Cc y 1.4 ET (33).

En efecto, tras su entrada en vigor en España, el 1 de septiembre de 1993, la disposición que en nuestro ordenamiento rige la ley aplicable al contrato de trabajo es el artículo 6 CR, disposición que, salvo excepciones, opta por la *lex loci laboris* (34), criterio compartido por la mayoría de legislaciones nacionales (35) y que también se encuentra presente en otras normas de conflicto de nuestro ordenamiento, que contemplan situa-

pp. 349 y ss., y J. GALIANA ROMERO: «Un criterio de aplicación extraterritorial de la legislación laboral española: el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores» en AA.VV.: *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores*, Ed. IES, Madrid 1981, pp. 127 y ss. Sobre esta disposición, véanse las sentencias del TS (sala 6.ª), de 9.2.1987 (*REDI* vol. XLI (1989) 1, pp. 333-334) y de 19.2.1990 (*REDI*, vol. XLII (1990) 2, pp. 665-666), y del TCT de 12.4.1988 (*REDI*, (1989) 1, p. 334).

(32) Vid. M. VIRGOS: «Comentario al art. 10.6...», cit. p. 695.

(33) Ello se produce por el carácter «universal» del mismo, ya que, de acuerdo con su art. 2, la ley designada por el Convenio se aplica sea o no la de un Estado contratante; vid. M. VIRGOS: «Artículo 10.6...», cit. pp. 694-695; J. A. PÉREZ BEVIA en *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid 1995, p. 274 y M. E. CASAS BAAMONDE: «Conflictos de leyes...», cit., p. 68.

(34) Aunque permite la elección de ley, establece que dicha elección no debe privar al trabajador de la protección de las disposiciones imperativas de la ley que resultaría aplicable a falta de la misma (ap. 1), que normalmente será la *lex loci laboris*, ya que, en ausencia de elección, el contrato se rige por la ley del Estado en que el trabajador realice habitualmente su trabajo y, si no realiza su trabajo habitualmente en un mismo país, por la ley del país del establecimiento que contrate al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato tenga vínculos más estrechos con otro país. Este último inciso permite aplicar otras leyes, como la de la nacionalidad común de las partes, por lo que disposiciones como el art. 1.4 ET devendrían superfluas (vid., al respecto, GUARDANS: *Contrato internacional...*, cit., pp. 410-411).

(35) Véase, en este sentido, F. MORGENSTERN: *Conflictos internacionales de Derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ed. OIT/Ministerio de Trabajo, Madrid 1987, pp. 44-48, que lleva a cabo un detallado estudio del derecho comparado en este sector.

ciones específicas (36). Por tanto, en mi opinión, la única posibilidad de supervivencia del artículo 1.4 ET pasaría por considerar que los respectivos ámbitos de aplicación no son perfectamente coincidentes, puesto que el artículo 6 CR se refiere únicamente al contrato *individual* de trabajo, como resulta claramente de su encabezamiento y del informe GIULIANO-LAGARDE (37). En cambio, el artículo 1.4 ET se refiere, en términos más amplios, a «la legislación laboral española», lo que podría indicar un mayor ámbito de aplicación material, que incluyera, además del contrato de trabajo, otros aspectos, como los convenios colectivos (38) o la seguridad social.

En consecuencia, el artículo 6 CR desplazaría al artículo 1.4 ET únicamente en lo relativo a la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo. En cambio, en otros sectores del Derecho del trabajo, podría considerarse que el art. 1.4 ET subsiste, al menos como norma supletoria, en la medida en que las normas relativas a dichos sectores no delimiten su ámbito de aplicación espacial (39). Por otro lado, en lo

(36) Por ejemplo, el RD 426/93 (BOE de 14.4.1993), por el que se regulan las Secciones de Asuntos Laborales y de Seguridad Social de las Oficinas Consulares, dispone la aplicación de la «legislación local» en materia laboral y de seguridad social al personal laboral contratado al servicio de dichas Secciones (art. 8.1).

(37) DOCE C 282, de 31.10.1980, cuyo ap. 2, par. 6 establece claramente que el artículo 6 se aplica a los contratos individuales de trabajo y no a los convenios colectivos.

(38) Sobre la función normativa y la naturaleza cuasilegal de los convenios, véase PALOMEQUE LÓPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994, pp. 214-217. Acerca de los problemas que suscitan los convenios colectivos en la esfera internacional, véase P. RODIERE: *La convention collective de travail en droit international (contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle)*, Ed. Litec, Paris 1987.

(39) El Derecho de la seguridad social, por ejemplo, posee normas específicas que se ocupan de su ámbito de aplicación en el espacio que, en tanto que *lex specialis*, prevalecen sobre las normas generales. La norma básica al respecto sería el art. 7, apartados 1 y 3, de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994, de 20 de junio; BOE del 29), a cuyo tenor estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social todos los españoles que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio español (prestaciones de modalidad contributiva), así como los españoles residentes en España (prestaciones de modalidad no contributiva). La referencia exclusiva a los españoles como posibles beneficiarios, que podría plantear problemas de incompatibilidad con el Tratado CE, así como con otros tratados, se corrige con la referencia, en el apartado 5 de la disposición, a la aplicación preferente de lo dispuesto en tratados internacionales. Obsérvese que se exige la resi-

relativo a la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo, el artículo 1.4 ET todavía podrá aplicarse a aquellos contratos concluidos con anterioridad a la entrada en vigor del CR en España, puesto que su artículo 17 establece que el Convenio se aplicará únicamente a los contratos celebrados tras su entrada en vigor.

En consecuencia, puede decirse que, en el ámbito gobernado por el artículo 6 CR, la ley aplicable al contrato se determinará con arreglo al mismo. En su aplicación, por supuesto, el juez nacional deberá respetar el principio de no discriminación con respecto al resto de ciudadanos comunitarios, principio que forma parte del orden público del foro. En cuanto a la aplicación del artículo 1.4 ET, en la medida en que pueda conservar alguna aplicabilidad en aspectos distintos al del contrato individual de trabajo, o en la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, la sentencia *Boukhalfa* pondría de relieve la improcedencia de la utilización de un elemento discriminatorio en la formulación de la norma de conflicto. La solución pasaría en este caso por una corrección hermenéutica del precepto, que hiciera caso omiso de su autolimitación a los trabajadores españoles y extendiera su aplicación a los nacionales de otros Estados miembros, de tal manera que, siempre que éstos se encontraran en la situación prevista en el mismo, les fuera de aplicación la ley española, al menos cuando, de no aplicarse la ley española, quedarán en una situación comparativamente desfavorable.

VIII. CONCLUSIONES

El valor de la sentencia comentada se centra en dos cuestiones básicas: en primer lugar, confirma el carácter internacionalmente imperativo

de la actividad en territorio español, por lo que en principio no cabría «extender» la aplicación de la legislación española fuera de nuestro territorio. Dicha regla general, sin embargo, puede exceptuarse por convenios o por normas particulares, como por ejemplo la OM de 27.1.1982 (*BOE* de 16 de febrero), que regula el caso de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas; o bien el RD 2234/81, de 20.8.91 (*BOE* de 6 de octubre) que regula la seguridad social del personal al servicio de la Administración Pública en el extranjero. En general, sobre las cuestiones de seguridad social en el ámbito internacional, vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ: *Aspectos internacionales de la seguridad social*, Ed. Ministerio de Trabajo, Madrid 1991 y B. GONZALO GONZÁLEZ: *Introducción al Derecho internacional español de seguridad social*, Ed. CES, Madrid 1995.

de la regla de no discriminación, cuya aplicabilidad dependería únicamente de la existencia de una conexión suficiente de la situación con el ordenamiento de algún Estado miembro, sin que pueda exigirse una localización «física» de la situación en el territorio del mismo. La existencia o no de la conexión derivará de una serie de indicios apuntados por el TJCE en su jurisprudencia y cuya apreciación en cada caso concreto corresponderá a las autoridades y jurisdicciones nacionales. Para la aplicación de la regla de no discriminación no sería imprescindible que la ley aplicable al contrato fuera la de un Estado miembro, debido precisamente a la naturaleza de norma material imperativa de dicha regla.

En segundo lugar, la originalidad de la decisión comentada estriba en que el elemento de discriminación se halla no en el Derecho material de un Estado miembro, sino en sus normas de conflicto. Resulta claro, entonces, que las normas de conflicto del Derecho interno no quedan al abrigo de los principios fundamentales del Derecho comunitario, de lo que se deduciría que deben respetar la regla básica de no discriminación por razón de la nacionalidad en aquellas situaciones que entren dentro del ámbito de aplicación del Tratado CE, como por ejemplo aquellas que inciden en la libre circulación de trabajadores.

La incidencia de la sentencia comentada sobre el ordenamiento español es importante; además de poner de relieve la existencia de una auténtica norma material imperativa en nuestro ordenamiento, invita a reflexionar sobre la suerte de la norma de extensión contenida en el artículo 1.4 ET. Es evidente que, tras la entrada en vigor del Convenio de Roma en nuestro país, la ley aplicable al contrato individual de trabajo debe designarse conforme al artículo 6 del mismo, que en consecuencia desplaza a los artículos 10.6 Cc y 1.4 ET. Esta última disposición, sin embargo, puede aplicarse a los contratos de trabajo celebrados antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma en España. Además, cabría plantearse la posibilidad de que el artículo 1.4 ET todavía fuera aplicable en ámbitos de la legislación laboral distintos del contrato individual de trabajo, ni que fuera como norma supletoria, para el caso en que dichas disposiciones no delimitaran su ámbito de aplicación territorial. Entonces, en la medida en que pueda conservar alguna aplicabilidad, debe interpretarse de conformidad con el principio básico de no discriminación entre ciudadanos de la Unión, lo que implicaría la extensión de todo beneficio de que puedan gozar los trabajadores españoles a los trabajadores del resto de países de la Unión Europea.

JURISPRUDENCIA

