

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL. PANORAMA GENERAL

ELENA CANO BAZAGA.

Profa. Derecho Internacional privado. Universidad de Sevilla.

I. LA REGULACIÓN DEL CYBERESPACIO. POSIBLES HERRAMIENTAS JURÍDICAS

Como es sabido, la irrupción de las nuevas tecnologías, esencialmente internet, en la contratación internacional ha supuesto el planteamiento de nuevos problemas jurídicos que demandan soluciones innovadoras en unos casos y la adaptación de las herramientas tradicionales en otros. En estas páginas se presentan las principales cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, surgen en el marco de los contratos de trabajo internacionales, también denominados prestaciones de servicios transnacionales, cuando interviene internet¹.

Para ello conviene recordar que, en general, dos han sido las herramientas propuestas para dar respuesta a la nueva realidad: *la International Cyberlaw*, esto es, la elaboración de una normativa completa especialmente diseñada para internet que resuelva directa y materialmente los problemas jurídicos o el recurso al Derecho Internacional privado con las adaptaciones precisas.

Estableciendo un paralelismo entre las aguas internacionales e internet, quienes propugnan la elaboración de una normativa específica para el ciberespacio, sostienen que al igual que fue necesario recurrir al derecho marítimo internacional para regular una

¹Este trabajo recoge la participación de la autora en las *II Jornadas sobre Relaciones Laborales en la sociedad de la información* que, organizadas por la Federación de Enseñanza UGT, se celebraron en Sevilla durante el mes de noviembre de 2003 (con la colaboración de la Universidad de Sevilla, la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, el Secretariado de Recursos Audiovisuales y nuevas tecnologías y la Diputación de Sevilla), basada en los estudios publicados por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de Leyes y Conflictos de Jurisdicción en internet*, ed. Colex, Madrid, 2001 y por W. SANGUINETI RAYMOND, *Teletrabajo y Globalización*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, con objeto de presentar al alumnado las funciones del Derecho internacional privado en el ámbito de los contratos de trabajo transnacionales.

realidad sobre la que ningún Estado reclama su soberanía, es necesario ahora elaborar una nueva normativa material, pues el espacio por el que navegan los internautas también debe permanecer fuera de la soberanía de los Estados.

El recurso a una ley estatal supondría reproducir en este novedoso ámbito de las relaciones sociales los tradicionales inconvenientes de la utilización de los derechos nacionales para resolver situaciones internacionales: lentitud de la respuesta jurídica, pues se trataría de una solución mediata; falta de adaptación de las normativas estatales a una realidad internacional en constante transformación, tanto porque las leyes estatales se conciben para situaciones estatales controlables por los Estados, como por el retraso de los ordenamientos jurídicos estatales con respecto a los vertiginosos cambios que plantean las nuevas tecnologías; o la necesidad de acudir a los tribunales de cada Estado para la solución de los litigios que en este ámbito se plantean.

Pero la elaboración de un derecho internacional específico para el ciberespacio tampoco está exenta de inconvenientes, empezando por la determinación de quiénes están legitimados para elaborarla. Los efectos de la globalización, no podría ser de otra manera, también se dejarían sentir con fuerza en este ámbito:

- los Estados, que por una parte no están dispuestos a renunciar a regular una realidad que les afecta, se muestran incapaces de consensuar una normativa común a todos ellos, lo que constituiría la solución óptima; la actuación de algunos de ellos, los más desarrollados tecnológicamente, conduciría a una regulación ajena a los intereses de todos los internautas y contaría con el rechazo de los demás Estados, consecuencias que se verían agravadas si fuera un único Estado el que impusiera su normativa a los demás;
- la elaboración de esa normativa específica por los propios internautas, abandonando la democracia representativa y optando por la directa, tampoco es posible en este mundo de mercado globalizado, pues serían las grandes empresas las que finalmente impondrían una regulación de espaldas a los intereses de las pequeñas empresas, los trabajadores y los consumidores. La diversidad de intereses de los internautas impide, en definitiva, que éstos consigan soluciones comunes que respondan adecuadamente a los intereses de todos ellos, las soluciones beneficiarían a los más fuerte en perjuicio de los más débiles, lo cual, además de conculcar la consecución de la justicia material, no es ni debe ser aceptado por los Estados, que consintiendo el desplazamiento del legislador estatal por el *legislador empresarial*, estarían renunciando a regular un sector importante de las relaciones entre particulares y propiciando la desprotección de la parte más débil de las mismas.

Por otra parte, aunque la elaboración de una *Internacional Cyberlaw* fuera factible, no se soslayaría con ello la intervención estatal y por ende los inconvenientes de ella derivados pues, en caso de litigio, sería necesario recurrir al aparato coactivo de los Estados para que fueran los tribunales nacionales los encargados de dotar de ejecutividad las decisiones alcanzadas en aplicación de esa hipotética normativa especial para internet.

Por ahora, ha sido el recurso al Derecho Internacional privado la vía utilizada para intentar resolver los problemas que las relaciones en el ciberespacio plantean, incluidas las laborales. Como es sabido, el Derecho Internacional privado sigue siendo predominantemente estatal, lo que permite respetar el principio de soberanía de los Estados, tanto en el marco del derecho aplicable al fondo de asunto litigioso como en el ámbito de la eficacia de las decisiones adoptadas, pero conlleva inseguridad jurídica puesto que al contar cada Estado con su propio sistema de Derecho Internacional privado, ante el mismo supuesto la solución puede ser diferente dependiendo del tribunal estatal al que nos dirijamos. Este tradicional inconveniente se intenta paliar mediante la elaboración de normativas de Derecho Internacional Privado comunes para los Estados, utilizando convenios internacionales, leyes modelo, reglamentos comunitarios, directivas, etc.

Además, hay que tener en cuenta que no existen todavía en el Derecho Internacional Privado de los ordenamientos jurídicos estatales normas específicas para resolver los problemas que plantean las nuevas tecnologías, lo que exige la adaptación, en la medida de lo posible, de la normativa clásica a una nueva y cambiante realidad.

II. LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional Privado está formado por el conjunto de normas que, dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, regulan las situaciones privadas en la que existe cualquier elemento extranjero, lo que las convierte en internacionales. La conexión de la situación con más de un ordenamiento jurídico pone en marcha el mecanismo del Derecho internacional privado para que sus normas elijan entre dichos ordenamientos cuál o cuáles deben resolver el fondo del asunto y, en caso de litigio, qué tribunales deben conocer - tienen competencia judicial internacional – para resolverlo.

Muchas de las relaciones que se establecen en el comercio electrónico, entendido como *la contratación a través de internet, o de modo más amplio, como toda actividad de intercambio de datos por medios electrónicos*, son internacionales y en consecuencia objeto del Derecho Internacional Privado. Las relaciones comerciales en la red, entre empresas (*business to business*), entre empresa y consumidor (*business to consumer*) y entre empresa y trabajador (*Cyberwork* o *trabajo online*), que contienen algún elemento de extranjería desde la perspectiva de uno de los ordenamientos implicados conforman el denominado comercio electrónico internacional.

Cuando de esas relaciones jurídicas a través de la red surgen litigios (una de las empresas no presta los servicios que prometió, el producto vendido al consumidor resulta no ser el ofrecido, el empresario despidió al trabajador, etc.) se recurre a las normas de Derecho Internacional Privado para localizar al tribunal con competencia judicial internacional que, a la hora de resolver, aplicará, a su vez, su normas de Derecho Internacional Privado para elegir el ordenamiento del Estado que va a regular el fondo del asunto, conforme al cual el tribunal dictará sentencia.

El Derecho internacional Privado sigue siendo una disciplina en gran medida instrumental, en el sentido de que sus normas no suelen resolver materialmente los problemas, suele ser un instrumento al servicio de los tribunales para encontrar la solución material: a través de las normas de Derecho Internacional Privado el tribunal comprobará si tiene o no competencia para resolver la demanda que se le ha presentado y localizará el ordenamiento de uno de los países con el que el asunto está conectado para que sea el derecho interno de ese Estado el que resuelva materialmente el fondo del asunto.

Proyectada esta doble función de esta disciplina jurídica a las relaciones que conforman el comercio electrónico internacional, contratos entre empresas, contratos concluidos por consumidores y contratos de trabajo o prestaciones de servicios transnacionales, nos vamos a dedicar, en las líneas que siguen, a estos últimos resaltando las peculiaridades que presenta la regulación del trabajo *on line* o teletrabajo.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES

En el Derecho Internacional Privado español dos son los instrumentos legales principales que se dedican a determinar qué tribunales tienen competencia judicial internacional en los litigios derivados de las prestaciones de servicios transnacionales, o contratos de trabajo internacionales, incluido el teletrabajo o trabajo *on line*: el *Reglamento (CE) núm. 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*² (conocido entre los operadores jurídicos con el nombre “Reglamento Bruselas I”) y cuando éste u otro instrumento de origen internacional no resulte aplicable, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en concreto su artículo 25.

1. El reglamento Bruselas I

El Reglamento Bruselas I está vigente en todos los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE) a excepción de Dinamarca (en las relaciones con Suiza, Noruega e Islandia se aplica el Convenio de Lugano que contiene las mismas soluciones).

El Reglamento Bruselas I se aplica, en general, cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro de la UE o cuando la empresa tiene sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro. Si el demandado no está domiciliado en la UE o la empresa no tiene sucursales, agencias u otro establecimiento en un Estado Parte, el tribunal español que conoce del litigio podría acudir al artículo 25 de la LOPJ para fundamentar su competencia.

Las normas del Reglamento Bruselas I (artículos 18 a 21) tratan de proteger a la parte más débil de la relación contractual, al trabajador. De manera que mientras que al traba-

²DOCE núm. L 12, de 16 de enero de 2001; corr. de errores DOCE núm. L 307, de 24 de noviembre de 2001; y DOCE núm. L 176, de 5 de julio de 2002.

jador se le ofrecen distintas posibilidades para presentar la demanda contra el empleador, esto es, puede acudir a los tribunales de más de un Estado de la UE – puede litigar en varios países -, el empleador sólo puede presentar la demanda contra el trabajador ante los tribunales del país en el que éste está domiciliado.

Vamos a distinguir las dos posibles situaciones:

A) El trabajador es el demandante

Cuando el trabajador es el demandante, conforme al artículo 19, puede presentar la demanda, a su elección, ante los tribunales del domicilio del empresario, ante los tribunales del lugar donde el trabajador desempeña su trabajo o ante los tribunales elegidos en el acuerdo atributivo de jurisdicción:

- el **foro del domicilio del empresario** no plantea ningún problema en la contratación electrónica. Para resolver el litigio serían competentes los tribunales del Estado, participante en el Reglamento, donde la empresa tiene su domicilio en el momento de presentación de la demanda. El concreto tribunal se determina por las normas de derecho procesal interno del Estado en cuestión. En esta solución no influye ni la situación física de los ordenadores desde los que se trabaja o desde los que se contrató ni la situación física del servidor en el que se aloja la página *web* que permitió la contratación electrónica.

Según el Reglamento, se entiende por domicilio de las personas jurídicas, de la empresa en nuestro caso, el país donde se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. En cualquiera de dichos países puede el trabajador presentar su demanda contra el empleador.

- En cuanto al **foro del lugar de prestación de los servicios**, el Reglamento distingue tres posibles situaciones:
 - a) cuando el trabajador desempeña habitualmente su trabajo en un mismo país, supuesto en el que resultan competentes los tribunales de dicho país. Se trata del caso más frecuente en el trabajo por internet o teletrabajo. El empresario que opta por mantener a sus trabajadores en sus respectivos domicilios de sus respectivos países obtiene un beneficio económico claro, al no tener que sostener una estructura de trabajo para sus trabajadores – oficinas, talleres, etc., -. Desde la perspectiva del DIPr es justo tratar de reequilibrar las desiguales posiciones de las partes permitiendo que el teletrabajador, en caso de litigio, pueda acudir a los tribunales del país donde trabaja habitualmente, país que coincide, normalmente con el de su domicilio o residencia.
 - b) Una segunda situación se produce cuando el trabajador desempeña su trabajo en varios Estados. En este supuesto el trabajador puede demandar al empresario ante los tribunales del país donde esté el establecimiento que empleó al trabajador en el momento de presentación de la demanda.

- c) *La tercera situación se produce cuando el trabajador desempeña su trabajo en un país pero es trasladado temporalmente a otro. También es este caso puede presentar la demanda ante los tribunales del país comunitario al que ha sido temporalmente desplazado.*
- el tribunal señalado en el **acuerdo atributivo de jurisdicción**. Los acuerdos atributivos de jurisdicción suelen ser cláusulas que se insertan en los contratos y en las que las partes eligen determinados tribunales por si en el futuro surgen litigios. Estos acuerdos, cuyos requisitos son muy flexibles cuando estamos ante un contrato entre empresas, son mucho más rigurosos cuando en los contratos interviene una parte considerada más débil, ahora el trabajador (pero también el asegurado o el consumidor). Para proteger esa situación de debilidad e intentar reequilibrar las posiciones de las partes, el Reglamento sólo admite los acuerdos atributivos de competencia cuando se producen una vez que ha surgido el litigio. Se supone que en ese momento el trabajador no va a aceptar litigar ante un tribunal que resulte poco conveniente para sus intereses.

El Reglamento establece que se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. Esto quiere decir que cabe la elección *on line* del tribunal estatal competente: intercambio de *e-mails* o pulsación de un link que contienen una cláusula de sumisión siempre que sea reproducible o almacenable en soporte electrónico. En definitiva, lo que se exige es que exista un registro duradero del acuerdo a los efectos de prueba procesal.

B) El empleador es el demandante

El empleador o empresario sólo puede presentar la demanda contra el trabajador ante el tribunal del Estado miembro en el que está domiciliado el trabajador. Se supone que el trabajador está familiarizado con los tribunales de su domicilio, que es donde tiene su centro de vida, y que dichos tribunales son los que le generan mayor confianza (artículo 20).

2. El artículo 25 de la Lopj

Cuando el Reglamento comunitario no resulte aplicable, esto es, cuando el demandado no está domiciliado en el territorio de la UE o cuando la empresa no tiene ningún establecimiento, agencia o sucursal en la UE, se acude a lo previsto en el artículo 25 de la LOPJ que determina cuándo los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional en el orden social.

Este artículo no establece ninguna diferenciación atendiendo al dato de quién (trabajador o empleador) plantea la demanda, sino que explicita las distintas situaciones que implican que los tribunales españoles resulten competentes para resolver el asunto.

Se trata de los supuestos en que:

- *los servicios se han prestado en España o el contrato se ha celebrado en España.* En la contratación *on line* se considera que el contrato se celebra en el país del que parte la oferta por e-mail o en el que se creó la página *web* que permite la contratación.
- *el demandado tenga su domicilio en territorio español, una agencia, una sucursal, delegación o cualquier otra representación en España.*
- El empresario y el trabajador tienen nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato. Esta posibilidad no debe utilizarse, al tratarse de un foro exorbitante. Si la única conexión del litigio con nuestro país es la nacionalidad de las partes implicadas, la sentencia que dicten posteriormente nuestros tribunales no va a ser reconocida fuera de España.

IV. LA LEY APLICABLE A LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES

El Derecho Internacional Privado español que localiza el ordenamiento aplicable a las prestaciones de servicios transnacionales, incluido el contrato de trabajo *on line*, está contenido en el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales³ (en adelante CR). Los criterios que emplea el Convenio no se ven alterados por el hecho de que se trate de contratación electrónica.

Cuando al tribunal español, competente conforme al Reglamento Bruselas I o, en su caso, conforme al artículo 25 LOPJ, se le presente una demanda por el empleador o el teletrabajador, consultará el artículo 6 del Convenio de Roma para localizar el derecho estatal conforme al que debe dictar sentencia.

Al igual que ocurre en el ámbito de la determinación de la competencia judicial internacional, el *forum*, en el sector del ordenamiento aplicable al fondo del asunto, el *ius*, las normas del Convenio tienen el objetivo de proteger al trabajador como parte más débil de la relación contractual.

El artículo 6 del CR determina la ley aplicable al contrato de trabajo con el objetivo de impedir que el empresario imponga una elección de ley al trabajador aprovechando su posición de fuerza.

En primer lugar, esta disposición establece que **el contrato se rige por la ley elegida por las partes**. En consecuencia, en principio el trabajador y el empresario pueden pactar por qué ley, por qué ordenamiento jurídico se rige su contrato, respetándose así el tradicional juego de la autonomía de la voluntad, en este caso conflictual, en el ámbito contractual.

³JOCE, L 266, de 9 de octubre de 1980; modificado por el Convenio de 18 de mayo de 1992, relativo a la adhesión de España y Portugal al Convenio de Roma, JOCE, L 333, de 18 de noviembre de 1992; BOE n° 171, de 19 de julio de 1993, corr. de errores en BOE n° 189, de 9 de agosto de 1993. El Convenio de Roma se encuentra en vigor para España desde 1993.

Lo más frecuente suele ser que dicho pacto o acuerdo de elección de ley se efectúe a través de una cláusula inserta en el contrato que el trabajador asume cuando lo firma. Pero la posibilidad de elección de ley por las partes ve reforzados sus límites cuando en la relación interviene un trabajador y ello, como decíamos, con el objetivo de proteger a éste, puesto que el Convenio de Roma exige que la elección de la ley aplicable no tenga como resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de **la ley objetivamente aplicable**.

Esta regla obliga al juez a comparar la ley elegida y la ley objetivamente aplicable (la que se aplicaría si no hubiera elección). El órgano jurisdiccional, obviamente aplicará el ordenamiento que resulte más favorable para el trabajador.

En segundo lugar, en cuanto a la ley objetivamente aplicable, el artículo 6 del CR distingue dos situaciones:

a) *cuando el trabajador realiza su trabajo habitualmente en un mismo país*. En este caso se considera que la ley objetivamente aplicable es la ley de ese país, la *lex loci laboris*. Por ejemplo, un contrato de prestación de servicios de un español para una empresa francesa en el que los servicios se prestan habitualmente en España, se regiría por el derecho material español. El Convenio establece que si el trabajador es desplazado temporalmente a otro país, se sigue aplicando la misma ley. En nuestro ejemplo, si el trabajador español prestara los servicios temporalmente en Portugal, se seguiría aplicando la ley española.

Por el contrario, si el desplazamiento es de larga duración se aplica la ley del país de desplazamiento. En nuestro ejemplo se aplicaría por el juez español la ley portuguesa. El Convenio deja al juez la tarea de determinar a partir de qué duración un desplazamiento deja de ser temporal.

b) *cuando el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país*. En esta segunda situación se considera que la ley objetivamente aplicable es la ley del país en que se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador.

Del sistema instaurado por el Convenio de Roma se deriva que en caso de litigio, el juez tiene que comparar la ley elegida por las partes con la ley objetivamente aplicable (la del lugar donde se prestan los servicios o la del establecimiento del contratante, según la situación de que se trate) y sólo aplicará la ley elegida por las partes si la protección que le asegura al trabajador sus disposiciones imperativas es más favorable que la prevista en la ley objetivamente aplicable. En esas disposiciones imperativas se incluyen las referidas a la seguridad e higiene en el trabajo, los convenios colectivos que según el derecho del país de que se trate son obligatorios para el trabajador, etc.

Finalmente, el CR prevé que el tribunal pueda no aplicar ni la ley elegida por las partes ni la ley objetivamente aplicable cuando de las circunstancias del caso litigioso se deriva que el contrato presenta los vínculos más estrechos con otro país. Supuesto en el que se aplicará la legislación de éste.

V. REFLEXIÓN FINAL

Las soluciones previstas por el Derecho Internacional privado en materia de prestaciones de servicios transnacionales no fueron concebidas para los litigios que surgen en el marco de las nuevas tecnologías. Si las nuevas reglas introducidas por el derecho comunitario en sentido amplio ya exigían operadores jurídicos (jueces, tribunales, abogados, asesores...) altamente especializados, la irrupción de internet no hace sino elevar dicha exigencia. La falta de especialización contribuye a la lentitud de las respuestas jurídicas y al aumento de los costes económicos de los litigios internacionales, a la vez que se genera un clima de inseguridad jurídica.