

CLÁUSULAS COMPROMISORIAS. EL JUEZ DE LA UNIÓN COMO JUEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO



Domingo SÁNCHEZ PUERTA

Juzgado de lo Social nº 25 de Barcelona

En el presente trabajo pretendemos abordar, los problemas relacionados con la aplicación del derecho contractual del trabajo por parte del Juez de la Unión, cuando se ve obligado a ello de conformidad con lo previsto en el art. 273 TFUE. Así, es importante, afrontar el concepto, naturaleza y finalidad de dichas cláusulas contractuales firmadas por los distintos órganos y organismos de la Unión, y cuáles son las consecuencias y problemas prácticos o teóricos vinculados a su inclusión en contratos laborales por las instituciones de la Unión a la luz de las últimas resoluciones dictadas tanto por el Tribunal general (en adelante TG) como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

1.- INTRODUCCIÓN

El artículo 272 TFUE contempla la posibilidad de determinar la competencia del TJUE para juzgar en materia contractual mediante la inclusión de las denominadas **cláusulas compromisorias**. Así, el mismo dispone expresamente que “E/

Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta”.

De esta manera, este instrumento que puede estar previsto en el articulado de las cláusulas contractuales que la Unión, sus organismos e instituciones firman con terceros, supone de hecho, vista la previsión del art 274 TFUE¹ una atribución de competencia derogatoria, pues a falta de previsión, en principio la jurisdicción competente para dirimir estas controversias resultará la jurisdicción nacional competente de acuerdo con las normas de derecho internacional privado.

Es por tanto y en principio, de acuerdo con los principios que rigen derecho español, un caso de “sumisión expresa” previsto en el ámbito contractual, cuando una de las partes es la Unión Europea o uno de sus organismos, órganos o instituciones. Una cláusula similar de atribución de competencia que también está prevista en el art 273 TFUE cuando dispone que el Tribunal será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre estados miembros relacionada con el objeto del tratado, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso. Aunque, en este último caso, sólo se ha pronunciado el Tribunal en una ocasión, con la sola problemática de considerar si el contrato en cuestión tenía un vínculo o no con el objeto de los tratados, que finalmente resultan el derecho aplicable a la materia. El art 272 TFUE si bien atribuye igualmente dicha competencia, lo hace en el seno de un contrato entre iguales y sitúa al TJUE en una situación a priori incómoda, pues en puridad aplicando el derecho propio del contrato en cuestión el TJUE se puede situar fuera del derecho comunitario, lo que nos llevará a preguntarnos si, incluso se puede llegar a situar “contra” el propio derecho o los principios generales que rigen el derecho comunitario.

Así, debido a la capacidad jurídica y de obrar que el art 335 TFUE² otorga a la Unión para contratar bienes y servicios en otros aspectos, nos encontramos ante una materia que puede plantear numerosos problemas, siendo su uso muy común, pues la Unión recurre a las obligaciones y contratos con frecuencia, tanto para garantizar el permanente funcionamiento de sus instituciones como para la consecución de distintos proyectos por parte de terceros estando su

1 “Sin perjuicio de las competencias que los Tratados atribuyen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los litigios en los que la Unión sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales.”

2 “La Unión gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas; podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. A tal fin, estará representada por la Comisión. No obstante, la Unión estará representada por cada una de las instituciones, en virtud de la autonomía administrativa de éstas, para las cuestiones relacionadas con el funcionamiento de las mismas.”

respondiendo contractualmente, como recuerda el art 340 TFUE según “ *la ley aplicable al contrato de que se trate*”

Es por ello, que los mismos han dado lugar a una importante jurisprudencia, siempre en evolución de la cual, incluso recientemente, se han dictado sentencias no exentas de polémica³.

2.- NATURALEZA

Algunos autores se han preguntado sobre la naturaleza de las cláusulas compromisorias, ofreciendo las disyuntiva de si nos encontramos ante un pacto arbitral que otorga la potestad para decidir al Juez de la Unión en el seno de un contrato en cuanto árbitro del mismo con capacidad de emitir un laudo; o por otro lado si estamos ante un cláusula atributiva de la competencia jurisdiccional que otorga, en este caso al juez de la Unión, plena competencia jurisdiccional para decidir las controversias surgidas en el seno del mismo.

Dentro de los que consideran la cláusula compromisoria como un pacto arbitral encontramos dos posturas, una, que consideran que nos encontramos ante un puro pacto arbitral que se debe enmarcar en los límites propios (verbi gracia los procedimientos de reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales) del ordenamiento jurídico propio del estado que regirá las relaciones contractuales⁴; y otra, la propia de los que consideran que estamos ante un arbitraje como el previsto por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) instituido por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, el cuál vendría caracterizado por estar basado en el mutuo acuerdo entre estados, teniendo fuerza obligatoria por sí mismo, y sin que el laudo resultante este necesitado de un procedimiento explícito para reconocerle los mismos efectos vinculantes que a una resolución emanada del poder judicial.⁵

La postura mayoritaria mantiene, sin embargo, que nos encontramos ante una verdadera cláusula atributiva de la competencia y jurisdicción debido al hecho de que las normas procesales y de competencia aplicables no son disponibles por las partes (una vez otorgada la competencia al tribunal), y que, efectivamente las resoluciones del TJUE son, en este campo de aplicación directa sin necesidad de un procedimiento de *exequatur*.

Desde el punto de vista puramente legal y procesal, pese a que ha sido calificado por algunos como una cuestión sin demasiada relevancia práctica⁶, considero que, pese a las confusiones que pueda provocar el término de la versión anglosajona

3 Sentencia de 16 de julio 2020 ADR Center C. Commision (C-584/17 P. EU :C :2020 :576). Sentencia 5 de julio de 2018, Jenkinson/Conseil e.a., C-43/17 P, EU:C:2018:531. arrêt du 10 novembre 2021, Jenkinson/Conseil e.a., T-602/15 RENV, EU:T:2021:764

4 Durante, cit. pag. 626 por D' Alessandro, Elena en “*L'art 272del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea:mero accordo attributivo della competenza giurisdizionale i coinvenzione arbitrale?*”

5 Birguglio, cit. pag 627 por D' Alessandro, Elena en “*idem*”.

6 D'Alesandro en la obra citada, pág. 628 establece que ambas tesis finalmente son equivalentes, pues sea cual sea la tesis mantenida, es de aplicación el derecho de la Unión, existiendo de todas maneras el efecto vinculante de las resoluciones judiciales del TJUE.

(*Arbitration clause*), no debiera existir en este momento ninguna duda de que nos encontramos, como ya hemos apuntado más arriba, ante una verdadera atribución de la competencia jurisdiccional que se realiza en virtud de una cláusula incorporada a un contrato, pero que no cambia en absoluto la naturaleza plenamente jurisdiccional del Juez de la Unión. De esta manera, se ha llegado a calificar el término anglosajón “*arbitration clause*” como de “*engañoso*”, estimando que “*donde el Tribunal General pronuncia una Sentencia en virtud de una “cláusula compromisoria” actúa no como un árbitro, sino como un Tribunal que pronuncia sentencias que pueden ser ejecutados directamente*”⁷. Apreciación esta última, que viene plenamente reforzada por la redacción propia del art 274 TFUE que interpretado sistemáticamente con el art 272 TFUE, nos muestra la cláusula compromisoria como una auténtica cláusula derogatoria de la competencia ordinaria del juez nacional en virtud de un pacto de sumisión de ambas partes, similar al previsto para el fuero territorial en el Art 55 de la Ley de enjuiciamiento Civil Española. Si esta afirmación la ponemos en conexión con el hecho de que no existe, en virtud de los tratados, ninguna posibilidad de someter las resoluciones del TJUE a un procedimiento destinado al reconocimiento y ejecución similar al previsto para los laudos arbitrales, llegamos a la conclusión de que cuando acudimos al TJUE ejerciendo la acción prevista en el Art 272 TFUE, este último actúa investido de una auténtica *postestas decidendi* y que nos encontramos ante una verdadera cláusula atributiva de la competencia jurisdiccional.

3.- NORMAS PROCESALES: COMPETENCIA, REQUISITOS DE LA ACCIÓN EJERCITADA Y LEGITIMACIÓN

En relación con las normas de carácter procesal que regulan el ejercicio de la acción derivada del Art. 272 TFU, podemos comenzar señalando que, por lo que respecta a la competencia objetiva para conocer de los asuntos relativos en primera instancia, desde la entrada en vigor el 1 de junio de 2004 de la Decisión del Consejo 2004/407/CE⁸, todas las reclamaciones basadas en una cláusula compromisoria son competencia en primera instancia del TG, con posibilidad de recurso de casación ante el TJUE. Con anterioridad al 1 de junio de 2004 la competencia en materia de cláusulas contractuales se hacía depender del demandante, resultando que, si se trataba de la Unión Europea, es decir de unos de sus entidades, órganos u organismo, se producía una asunción de la competencia de modo automático por el TJUE, con la consecuente pérdida de derechos de los particulares ante la imposibilidad de acudir a una segunda instancia. Así, y en virtud del Art 256 TFUE, tras esta modificación el TG conoce sin excepción de la totalidad de las acciones planteadas en esta materia.

7 Laenerts, Maselis, Gutman, “Eu procedural Law”, pag. 689

8 Decisión del Consejo de 26 de abril de 2004 por la que se modifican los artículos 51 y 54 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia (2004/407/CE, Euratom)

En relación a la acción ejercitada, existe común acuerdo doctrinal en que los requisitos de la acción vinculada al Art. 272 TFUE deben ser los siguientes.

- Debe estar prevista en un contrato de derecho público o privado. En este punto, debemos destacar que en materia de cláusulas compromisorias siempre hablamos de responsabilidad contractual, que, en el caso de no estar prevista la cláusula, debería ser competencia como hemos destacado anteriormente de las jurisdicciones nacionales en virtud de lo previsto en el los Arts. 268 y 340 párrafo II TJUE.
- Debe ser interpretada restrictivamente en tanto que competencia derogatoria⁹. A este respecto es significativo que el Tribunal General base su competencia en materia contractual en “*un análisis riguroso y razonado, con vistas a respetar la distribución competencia entre los tribunales de la Unión y los tribunales nacionales*”¹⁰.
- Debe ser un contrato que vincule a la Unión Europea, entendido como tal cualquiera de sus órganos, organismos, instituciones o entidades con personalidad jurídica para obrar, realizado con un tercero, que puede ser una persona física o jurídica.¹¹
- Debe estar prevista en el contrato. Está conclusión la podemos extraer del Art. 78.4 del Reglamento de procedimiento del Tribunal General que dispone que si la demanda se presenta en virtud de una cláusula compromisoria prevista en el Art. 272 TFUE deberá ir siempre acompañada de un ejemplar del contrato que contiene dicha cláusula. Sin embargo, este formalismo, es interpretado de manera flexible por el Juez de Unión, llegando a decir que el antiguo art. 44.5 del Reglamento de Procedimiento tiene una finalidad probatoria y que la formalidad que establece debe, por tanto, reputarse cumplida cuando los documentos aportados por la demandante permiten al Tribunal tener un conocimiento suficiente del acuerdo adoptado por las partes del litigio consiste en sustraer a los tribunales nacionales la controversia que les enfrenta en relación con el contrato, para someterla a los tribunales de la Unión¹². También ha aceptado la integración contractual de cláusula compromisoria no prevista en el contrato, si la misma sin embargo lo está en la norma reglamentaria que le da base. Así refiere que “*el artículo 1 del Regla-*

9 A esto se refiere la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435.

10 Neframi, E. “Le contentieux des clauses compromissoires », p. 563 en Mahieu, S. (dir.) *Contentieux de L' Union européenne* »

11 Sentencia ADR center/Comission 20 de julio de 2017, T- 644/14.

12 Sentencia del Tribunal de 8 de mayo de 2007, Citymo/Comisión, T-271/04, Rec. p. II-1375, apartado 56 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435, p. 146.

mento nº 1799/1999 dispone que el suministro se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento nº 111/1999. En consecuencia, la cláusula que figura en el artículo 16 de este último Reglamento forma parte integrante del contrato de suministro y debe considerarse una cláusula compromisoria en el sentido del artículo 272 TFUE”¹³.

Por otro lado, en cuanto al *derecho adjetivo aplicable*, en virtud de la naturaleza de este procedimiento en cuestión, resulta claro que se aplicarán las normas propias del derecho procesal europeo, es decir, los estatutos y protocolos tanto del TG como del TJUE, y en ningún caso las normas procesales de carácter nacional, vista la *potestas iurisdictionis* que ejerce el TG cuando conoce de estos asuntos en primera instancia. En esta línea, el Art 272 TFUE ha sido considerado por el propio TG como el marco procesal específico previsto para dirimir estos litigios de un modo prioritario en relación con las normas procesales nacionales¹⁴.

Asunto distinto será, (y esto no lo contempla la norma aplicable), que el propio contrato no otorgue competencia exclusiva al TJUE, pudiendo darse casos de *lis abili pendens*¹⁵. Para encrucijadas de este tipo (encrucijadas difíciles de evitar en una materia donde se deben considerar diversas normas, principios y sistemas jurídicos), la seguridad jurídica y el principio de prudencia aconsejan a las instituciones europeas hacer un estudio sosegado y cauteloso del redactado de las obligaciones contractuales que contraen en pos de evitar problemas de competencia o de ejecución.

Por último y por lo que respecta a las partes procesales, del redactado del Art. 272 TFUE se desprende que no es posible demandar a un tercero que no forme parte del contrato¹⁶. Ahora bien, siendo esto así, el TG ha considerado que, vista la naturaleza de determinadas instituciones de derecho privado como las “estipulaciones en favor de tercero”, es posible su estipulación en un contrato entre dos partes entre las que no se incluya una institución de la UE¹⁷.

13 Sentencia du 17 janvier 2013, Geodis Calberson GE, C-623/11, EU:C:2013:22, p.29 y

14 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435, puntos 117 y 118.

15 Laenerts, Maselis, Gutman, “Eu porcedural Law”, pag. 692 citando el asunto C-214/08 P Guigard v Commission mencionado a su vez por la Sentencia de 18 de abril de 2013, Commission/Systran et Systran Luxembourg, C-103/11 PEU:C:2013:245, p. 64 y 65.

16 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435, puntos 117

17 Sentencia de 19 de septiembre de 2012, Commission/SEMEA, T-168/10 et T-572/10, EU:T:2012:435

4.- DE QUÉ HABLO CUANDO HABLO DEL JUEZ DEL CONTRATO (OBJETO DEL PROCESO, DESLINDE CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA)

El Objeto del proceso según la doctrina procesalista tradicional viene determinado tanto por la petición que se plasma en el suplico de la demanda, como por la causa de pedir o *causa paetendi* que se configura por los hechos y los fundamentos jurídicos que sustentan la petición del demandante, y eventualmente las del demandado, que en el marco de la misma relación contractual presente una demanda reconventional. Por lo que respecta al alcance material de la competencia objetiva y funcional en materia de cláusulas compromisorias, con carácter preliminar debemos decir que a priori la extensión de dicha competencia puede llegar a ser tan ilimitada como ilimitadas son las materias que pueden ser objeto de acuerdo contractual por parte de la Unión en materias tanto de derecho público como derecho privado. Así, el Juez de la Unión está llamado a pronunciarse sobre la validez, aplicación e interpretación de los obligaciones y derechos derivados del contrato, velando por los intereses financieros de las partes, que pueden abarcar, desde la financiación de determinados proyectos hasta la contrata de determinados servicios, entre los que se encuentra desde luego la prestación de servicios por cuenta ajena que regula el contrato de trabajo.

Así pues, vista esta consideración, es necesario determinar caso por caso cuál sea el objeto del proceso, para delimitar el alcance competencial del TG en primera instancia, y poder analizar las problemáticas que estamos encontrando en el terreno práctico, tales como la delimitación en relación con la acción de responsabilidad extracontractual o con la ejercida mediante el recurso de anulación del Art. 263 TFUE, o la posibilidad de recalificar la acción ejercitada en el caso concreto.

En relación con la diferenciación apuntada con la responsabilidad extracontractual, el Juez de la Unión debe en el caso concreto examinar las cláusulas contractuales alegadas para poder determinar si en el caso concreto nos encontramos ante la exigencia de responsabilidad derivada del contrato o no. Es básico para ello examinar la conexión entre la reclamación presentada y las normas pactadas que aparecen en las cláusulas contractuales, poniéndolas en consideración de manera global con los elementos de hecho alegados por las partes.

En materia de responsabilidad extracontractual, la competencia ex. Art 340 párrafo II y Art. 268 TFUE es en todo caso del Juez de Unión¹⁸. De este modo, el TJUE ha mantenido que la alegación de normas jurídicas vinculantes que no han sido respe-

ppuntos 133 a 138.

18 EL TJUE en su Sentencia de 18 de abril de 2013, *Commission/Systran et Systran Luxembourg*, C-103/11 PEU:C:2013:245, p. 66 y 67 mantiene que el TG erró en la interpretación la controversia como no contractual, estimando por ello la falta de competencia del mismo para dirimir la controversia.

tadas por las partes en la ejecución del contrato no puede tener por consecuencia el alterar la naturaleza contractual de la controversia alterando las normas de competencia y jurisdicción¹⁹. Del mismo modo, el TG ha determinado que en un asunto en el que las demandantes se basan únicamente en la vulneración de obligaciones de origen extracontractual, la mera invocación por la otra parte contratante de obligaciones de origen contractual que no forman parte del objeto del litigio no puede tener por efecto modificar el carácter extracontractual del litigio y así modificar las normas que regulan la atribución jurisdiccional de los asuntos²⁰. El TJUE viene a su vez a matizar esta afirmación señalando que cuando la interpretación de uno o varios contratos celebrados entre las partes resulta indispensable para determinar la legalidad o ilegalidad del comportamiento reprochado a las instituciones, el litigio queda fuera de la competencia de los tribunales comunitarios.²¹

En relación con el recurso de anulación, el Art 263 TFUE atribuye al TJUE la competencia para través del mismo para controlar “la legalidad de los actos legislativos, del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros; así como la legalidad de los actos de los órganos y organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”. Prima facie, visto el contenido de dicho recurso de anulación, podemos entender que el mismo está previsto cuando cualquier interesado cuestiona la legalidad de un acto administrativo que emana de las instituciones Europeas en uso de sus prerrogativas de poder público. De esta manera, según reiterada jurisprudencia, esta competencia sólo abarca los actos incluidos en el artículo 288 TFUE que las instituciones deben adoptar cumpliendo los requisitos previstos por el TFUE, haciendo uso de sus prerrogativas de poder público. (en este sentido, los autos del Tribunal de 10 de mayo de 2004, Musée Grévin/Comisión, T-314/03, Rec. p. II-1421, apartados 62, 63 y 81, y Evropaiki Dynamiki/Comisión, citado en el apartado 18 supra, apartado 39)²². En buena lógica y de conformidad con el estudio que estamos llevando a cabo, cuando se ejerce la acción propia del Art 272 TFUE, las instituciones en tanto que actores de una relación contractual *inter pares*, actúan desprovistas de las prerrogativas públicas que le son propias, como contratantes particulares (o como empleadores en el caso del contrato de trabajo).

Esta distinción de efectos, a la hora de determinar la extensión de la jurisdicción y

19 Laenerts, Maselis, Gutman, “Eu procedural Law”, pag. 692

20 Sentencia de 16 de diciembre de 2010, Systran et Systran Luxembourg/Commission, T-19/07, EU:T:2010:526, recurrida en casación y anulada al considerar que nos encontramos ante un caso de responsabilidad contractual y no extracontractual por arrêt du 18 avril 2013, Commission/Systran et Systran Luxembourg, C-103/11 P, EU:C:2013:245

21 arrêt du 18 avril 2013, Commission/Systran et Systran Luxembourg, C-103/11 P, EU:C:2013:245, p. 80.

22 ordonnance du 12 octobre 2011, Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission, T-353/10, EU:T:2011:589, p. 23.

competencia del TJUE no es baladí, ya que, verbigracia, un recurso interpuesto en virtud del artículo 263 TFUE, pero que debería basarse en el artículo 272 TFUE, podría llegar a desvirtuar la competencia jurisdiccional del juez de la Unión, estrictamente resultante de la cláusula compromisoria, la que además, a diferencia del recurso de anulación, sólo permite su ejercicio a las partes legitimadas para ello de conformidad con los pactos contractuales.

Sin embargo, la teoría, siempre tan límpida y cristalina, en ocasiones topa de bruces con la cruda realidad que nos muestra como las zonas “grises” se viene presentando de manera inveterada en todo tipo de cuestiones, desde la más profana hasta la aparentemente más técnica.

Y es que no es difícil imaginar que, incluso en el marco del derecho contractual, tanto público como privado, la administración pública no puede desnaturalizarse y por ello, siempre actúa como tal, presentándose casos en los que puede ser complicado diferenciar cuando actúa como poder investido de prerrogativas públicas y cuando en el marco de una relación puramente contractual. No son así, raros los casos que en derecho comparado, nos muestran una administración pública investida de ciertas prerrogativas, lo que nos lleva a preguntarnos, como tratar los asuntos en los que la Unión ha firmado un contrato derecho público o privado con un tercero y pronuncia actos administrativos en el marco del mismo, cuestión que se ha abordado con las denominadas cartas de débito o en el caso de créditos o subvenciones, en los que se adoptan títulos ejecutivos en el marco de un crédito concedido a un tercero.

Para facilitar la diferenciación de los casos en que ambas acciones pudieran confundirse, se trata por parte de la jurisprudencia y doctrina de determinar cuando los actos administrativos, a pesar de dictarse en un contexto contractual pueden ser separables de los efectos propios del contrato (doctrina de los actos separados). Así, el acto separable del marco contractual no solamente es el acto unilateral, sino el acto unilateral separado del contexto contractual el que determina la posibilidad de ejercer el recurso de anulación²³, siendo también importante para determinar la separabilidad del acto, si el mismo es susceptible de producir efecto frente a terceros no vinculados por la relación contractual²⁴.

En los últimos tiempos la jurisprudencia tanto del TG como del TJUE ha afrontado la cuestión del deslinde entre el recurso de anulación y la acción derivada de una cláusula compromisoria, abordándolos con una orientación pragmática²⁵. Así, en

23 Autos 10 de mayo de 2014 musée Grévin/Commission, op. cit., points 77 et 78, y auto Trib UE, 12 octobre 2011, Lito maieftiko

Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission, T-353/10, rec., p. II-7213, point 28.

24 EFRAMI, N. Le contentieux de clauses compromissoire, p. 543.

25 Sentencia TJUE 9 de septiembre de 2015, Lito Maieftikoo Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentroc.

muchas ocasiones, las cartas mediante las cuáles una institución informa a la otra parte solicitando el reembolso de su crédito, así como las notas de débito basado en los términos del contrato han sido consideradas como un acto inseparable del contrato y por tanto no susceptible de ser impugnado por la vía del Art. 263 TFUE. En relación a las notas de débito el Tribunal ha dicho que *“efectivamente, la nota de adeudo debe entenderse como un requerimiento en el que se indican la fecha de vencimiento y las condiciones de pago, sin que pueda asimilarse a un título ejecutivo, aunque mencione la vía ejecutiva del artículo 299 TFUE como una opción posible entre otras de las que dispone la Comisión para el supuesto de que el deudor no cumpla su obligación en la fecha de vencimiento fijada”*²⁶. Afirma Pelikanova a propósito de este tipo de asuntos que es importante mantener la diferencia entre derecho contractual y derecho administrativo especialmente cuando el Juez de la Unión actúa como juez contractual generalmente en asuntos en que las personas jurídicas privadas o particulares acuden al tribunal por haberse beneficiado de subvenciones financiadas con cargo al presupuesto de la Unión.²⁷

En relación a estos títulos ejecutivos, el Art 299 TFUE (antiguo artículo 256 TCE) dispone que los actos del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados serán títulos ejecutivos y que la ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en donde se ejecute. Así pues, encontramos dudas cuando, en el marco de contratos de derecho público o privado que contengan una cláusula compromisoria, la Unión está emitiendo declaraciones de voluntad que puedan ser consideradas actos encuadrables en el Art 299 TFUE y, hasta que puntos pueden ser impugnados por la vía del Art 2727 TFUE o por la vía del recurso de anulación del Art 263 TFUE, y si, en puridad la propia institución está legitimada para dictarlos en marco contractual.

A este respecto, el último gran hito jurisprudencial en cuestión ha sido el asunto ADR/Commission afrontado tanto en primera instancia por el TG, como en segunda por el TJUE y que ha venido a matizar o a abordar nuevos aspectos (según algunos autores a cambiar la orientación respecto a otros asuntos ya resueltos por el mismo como *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission*, C-506/13 P, EU:C:2015:562)

En este orden de cosas, recordar que la Sentencia dictada en el caso de *Lito Maieftiko* en su punto número 16 refiere que como se desprende de la jurisprudencia constante el recurso de anulación previsto en el Art 263 TFUE se dirige

Comision(C-506/13 P, EU:C:2015:562, Sentencia 16 de julio de 2020 ADR Center c. Commission (C-584/17 P, EU:C:2020:576)

26 Sentencia de 9 de septiembre 2015, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission*, C-506/13 P, EU:C:2015:562, p. 23.

27 Pelikanova «Clauses compromissoires; fin de la distinction entre droit contractuel et droit administratif ? en *Journal de droit européen* . p. 111.

únicamente a la impugnación de actos de las instituciones que producen efectos frente a terceros y que están previstos en el art 288 TFUE, no pudiendo aplicarse en el marco contractual, razón por la cual la Comisión debía evitar la utilización en el marco contractual de fórmulas ambiguas que pudieran ser percibidas como el ejercicio de un poder unilateral de decisión²⁸. En dicha resolución concluía el TJUE que en el caso concreto al tratarse de una simple nota de débito, la Comisión no estaba ejerciendo prerrogativas asimilables al título ejecutivo previsto en el Art 299 TFUE, y que, por lo tanto era inadmisibile una acción basada en el recurso de anulación del art. 263 TFUE.

Por otro lado, en el asunto T.644/14, Sentencia ADR/Center c. Commission el tribunal examinó el ejercicio conjunto de un recurso de anulación contra una decisión de las previstas en el Art 299 TFUE formando título ejecutivo y un recurso contractual relativo a la ejecución o inexecución de un contrato relativo a una subvención. Concluyó el TG, así como las conclusiones de la Abogada General M. Kokott y la Sentencia de Casación de 16 de julio de 2020 C- 584/17, que en el caso concreto, si bien mantenía con la misma claridad que la Comisión no podía en el marco de una relación contractual ejercer potestades ejecutivas de carácter unilateral, sí que era conforme a derecho ejercerlas en el caso concreto pues esa potestad en el marco de la relación contractual de subvención estaba permitida en virtud del Art 79 párrafo II de reglamento de Financiación (hoy artículo 100)²⁹. Dicha interpretación, lejos de ser considerada pacífica en la doctrina ha llegado a ser tachada de incomprensible y contradictoria³⁰.

A este respecto y sin ánimo de extenderme mucho en una materia tan compleja como delicada, me gustaría al hilo de esta problemática apuntar tres consideraciones que desearía que fuesen en la medida de lo posible, útiles en el futuro. La primera, como ya he dejado entrever más arriba, que no siempre es fácil que la administración pública cuando actúa en el marco contractual se pueda desembarazar de su propia naturaleza y pueda actuar sin más como una persona cualquiera que ejerce sus derechos en posición de igualdad. Así, no son raros en el marco del derecho comparado los casos en que la administración ejerce prerrogativas en el marco de contratos de derecho público que pueden tener un determinado clausulado (no debemos olvidar que el Art 272 TFUE habla de contratos de derecho público y privado). Otro aspecto, importante entiendo, es abordar esta cuestión partiendo del concepto de competencia administrativa, es decir, considerando los actos administrativos que la administración pública puede dictar en el caso concreto, es decir la legitimación de la que venga investida para actuar, y por lo tanto qué actos puedan ser impugnables ex. Art 263 TFUE sin perjuicio de que el

28 Lito maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commission, T-353/10, rec., p. II-7213, p. 20.

29 Sentencia ADR center c. Commission C- xxx /17, p. 70.

30 I. Pelikanova, «Clauses compromissaires: fin de la distinction entre droit contractuel et droit administratif», en Journal de droit européen, p. 111.

contrato que vincule a las partes pueda estar regido por la ley nacional aplicable. En último lugar, y considerando que la relación contractual se rige por un derecho nacional, y siendo en estos casos la competencia del TJUE derogatoria del mismo, en principio y por coherencia carecería en principio de fundamento sistemático una norma (siempre hablando desde el punto de vista competencial) que otorgue la Unión competencias unilaterales sobre materias de las que en puridad no puede disponer pues son competencia de los órganos jurídicos nacionales.

En cualquier caso, es importante siempre y en todo momento el estudio caso por caso, y, desde luego sería deseable, que al menos en materia de derecho público europeo (v.g en subvenciones) para evitar problemas de carácter dogmático las partes contratantes dejaran claro cuáles son las facultades de las instituciones y cuál es el derecho aplicable³¹.

En lo que respecta a la diferenciación entre la acción prevista en el Art 263 TFUE y la del art 272 destacar también que en aplicación de principio *pro actione* se admite la recalificación de la acción cuando ejerciéndose la del Art 263 TFUE, la misma por algunas de las razones expuestas es inadmisibile, y sin embargo cumple los requisitos del ART 273 TFUE. Así, señala el Tribunal que *“Por lo que respecta a la posibilidad de recalificar parcialmente el presente recurso como recurso interpuesto sobre la base del artículo 272 TFUE, procede recordar que, según una jurisprudencia consolidada, cuando se le somete un recurso de anulación o un recurso de indemnización, siendo así que el litigio es, en realidad, de naturaleza contractual, el Tribunal procede a recalificar el recurso, si concurren los requisitos de tal recalificación (sentencia de 19 de septiembre de 2001, Lecurreur/Comisión, T-26/00, Rec, EU:T:2001:222, apartado 38; auto de 10 de mayo de 2004, Musée Grévin/Comisión, T-314/03 y T-378/03, Rec, EU:T:2004:139, apartado 88, y sentencia de 17 de junio de 2010, CEVA/Comisión, T-428/07 y T-455/07, Rec, EU:T:2010:240, apartado 57). En cambio, en un litigio de carácter contractual, el Tribunal considera que no puede recalificar un recurso de anulación cuando la voluntad expresa de la parte demandante de no basar su recurso en el artículo 272 TFUE se opone a tal recalificación, o cuando el recurso no se fundamenta en un motivo derivado de la vulneración de las normas*

31 Podemos encontrarlos en incluso el caso de no existir cláusulas compromisorias en favor del juez de la Unión ante posibles casos de litispendencia.

Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission, c-353/10, rec., p. II-7213 señala que (...) La orden de ejecución será consignada, sin otro control que el de la comprobación de la autenticidad del título, por la autoridad nacional que el Gobierno de cada uno de los Estados miembros habrá de designar al respecto y cuyo nombre deberá comunicar a la Comisión y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cumplidas estas formalidades a instancia del interesado, éste podrá promover la ejecución forzosa conforme al Derecho interno, recurriendo directamente al órgano competente. La ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, el control de la conformidad a Derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales.”

*que regulan la correspondiente relación contractual, ya sean cláusulas contractuales o disposiciones de la ley nacional designada en dicho contrato (véase la sentencia CEVA/Comisión, citada en el apartado 58 supra, EU:T:2010:240, apartado 59 y jurisprudencia citada)*³²”

En relación al derecho aplicable al contrato, como ya hemos apuntado resulta indiscutible a causa de la naturaleza derogatoria de la acción prevista en el art 272 TFUE que precisamente, la ley aplicable es la ley nacional aplicable al contrato³³. Así lo ha recordado el Tribunal diciendo que en el marco de la cláusula compromisoria los litigios deben resolverse sobre la base de la ley aplicable al contrato³⁴. En relación a la efectiva aplicación e interpretación del contrato es importante destacar dos cosas. Primero, que por más completo y previsor que sea el clausulado contractual siempre debe estar referido a un determinado ordenamiento jurídico pues incluso en derecho privado, hay principios de orden público que pueden convertir una cláusula en nula, según el ordenamiento jurídico o legislación aplicable en la que nos encontremos (y esto no ha sido ignorado por el Juez de la Unión, por ejemplo, en el caso hipotecario). Y segundo, que, en el caso de que el contrato no prevea cual es el derecho u ordenamiento jurídico aplicable habrá que acudir a instrumentos de conflictos de leyes propios del derecho internacional privado, siendo el más destacable en derecho de la Unión el Reglamento de Roma I del año 2008, al que aludiremos más profundamente con motivo de la especial mención del Juez de la Unión como juez del contrato de trabajo. En relación a los instrumentos de conflictos de leyes propios del derecho internacional privado, señalar que es importante siempre abordarlos en primer lugar acudiendo a las normas tradicionales de la hermenéutica contractual, así como a los instrumentos de derecho internacional privado que puedan ser aplicables a los nacionales partes en el contrato³⁵.

32 Arrêt du 6 octobre 2015, Technion et Technion Research & Development Foundation/Commission, T-216/12, EU:T:2015:746

33 Arrêt du 11 juillet 2019, IPPT PAN/Commission et REA, T805/16, non publié, EU:T:2019:496, point 43 et jurisprudence citée)

34 arrêt du 27 octobre 2021, Egis Bâtiments International et InCA/Parlement, T-610/20, non publié, EU:T:2021:735, p. 23 a 25.

35 No existe unanimidad en la doctrina tradicional acerca de alcance que debe asignarse a la autonomía de la voluntad contractual en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales. Dentro de las principales teorías podemos apuntar la de la localización objetiva de Battifol que determina que es el Juez quien la debe determinar, valorando diversos actos de las partes, otra tesis que apuesta por la plena autonomía de la voluntad, pero con ciertos límites como el orden público, normas de policía y derecho extranjero más conectado con el asunto. Expresión también de esta última es la inglesa denominada “the proper law of the contract” que se identifica con aquella a la que las partes se someten de manera explícita o implícita. Siendo destacable en el ámbito latinoamericano las teorías de Goldschmidt y Boggiano que distinguen entre “autonomía conflictual” y “autonomía material”. La primera supone el derecho de las partes de elegir el derecho aplicable al contrato, no siendo impugnabile la elección del derecho por la vía del orden público pues la mera elección no puede ser contraria al orden público. La segunda permite excluir las normas incluso las de derecho coactivo, resultando esta teoría de autonomía plena, hasta el punto de admitir que se puede excluir cualquier derecho nacional.

Existe por último una teoría intermedia que sostiene que es posible elegir la ley del contrato, con la condición de que esté vinculado hasta cierto punto con el mismo (Villaruel Barrientos, Carlos y Ga-

En materia contractual, también se ha planteado la posibilidad de aplicar en todo caso, incluso en materia contractual los principios generales de derecho y europeo y la Carta de derechos Fundamentales. En este aspecto debemos destacar, a título preliminar que se ha venido admitiendo dicha posibilidad tanto por el TG como por el TJUE, que han venido a afirmar que las instituciones, órganos y organismos de la Unión no deben quedar sustraídos de la vigilancia en relación con el respecto de los principios rectores de la Unión, aun cuando actúan en el marco del derecho privado³⁶. Así han llegado a disponer que *“A este respecto, ha de subrayarse que el derecho a ser oído y la obligación de motivación, que invoca la demandante en el marco de sus motivos primero y tercero, se han reconocido en el artículo 41, apartado 2, letras a) y c), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), a tenor del cual las instituciones, órganos y organismos de la Unión están obligados, por una parte, a respetar el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente y, por otra, a motivar sus decisiones.... Así, el Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar que la Carta, que forma parte del Derecho primario, prevé, en su artículo 51, apartado 1, sin excepción, que sus disposiciones «están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad», y que, por ello, los derechos fundamentales están llamados a regular el ejercicio de las competencias que se atribuyen a las instituciones de la Unión, incluso en un marco contractual (sentencias de 3 de mayo de 2018, Sigma Orionis/Comisión, T-48/16, EU:T:2018:245, apartados 101 y 102, y de 3 de mayo de 2018, Sigma Orionis/REA, T-47/16, no publicada, EU:T:2018:247, apartados 79 y 80; véase también, por analogía, la sentencia de 13 de mayo de 2020, Talanton/Comisión, T-195/18, no publicada, recurrida en casación, EU:T:2020:194, apartado 73).³⁷*

Sin ánimo de resolver de *lege ferenda* esta cuestión, apuntar que esta conclusión tiene desde el punto de vista sistemático tanto luces como sombras. Las luces provienen del hecho de que, incluso en el marco del derecho internacional privado la autonomía de la voluntad plasmada en el instrumento contractual viene limitada por principios de orden público, que en el marco del Derecho Europeo vendrían determinados por los principios generales y la carta de derechos fundamentales

briel en la *Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales*, en *Revista chilena de derecho*, ISSN 0716-0747, Vol. 17, Nº 2, 1990.)

36 Sentencia de 14 de abril 2021, SGI Studio Galli Ingegneria/Commission, T-285/19, non publié, EU:T:2021:190 p. 72 que menciona la Sentencia de 16 juillet 2020, ADR Center/Commission, C-584/17 P, EU:C:2020:576, point 86 y arrêt du 16 juillet 2020, Inclusion Alliance for Europe/Commission, C-378/16 P, EU:C:2020:575, point 81

37 Sentencia de 24 de febrero de 2021, Universität Koblenz-Landau/EACEA, T-108/18, EU:T:2021:104

en cualquier caso³⁸. Las sombras, sin embargo derivan de las premisas sobre las cuáles venimos fundamentando nuestro trabajo, pues si bien en un derecho tuitivo como el derecho del trabajo pueden encontrar dada la flexibilidad del mismo cierto acomodo, sin embargo en otros campos situados claramente en el marco del derecho privado podría ser discutible, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante una competencia derogatoria de un determinado derecho nacional al que puede no serle de aplicación ni la Carta ni los principios generales del Derecho Europeo.

5.- ESPECIAL REFERENCIA AL JUEZ DE LA UNIÓN COMO JUEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

Una vez determinada el régimen jurídico aplicable a la acción ante el TJUE prevista en el Art 272 TFUE, y su aplicación más reciente, cabe preguntarnos cuales son las cuestiones más importantes que, en el marco de aplicación normativo del contrato de trabajo pueden plantear problemas al Juez de la Unión.

Así, por cuanto antecede, una vez determinado que el Juez de la Unión deviene, en virtud de la cláusula compromisoria Juez del Derecho del Trabajo, y por ende desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español juez de la rama social derecho, debemos centrar este apartado en cuáles son las diferencias de principios a nivel de interpretación y aplicación de las normas jurídicas que rigen el contrato de trabajo con respecto al resto del ordenamiento jurídico contractual, para luego concretar aspectos importantes a tener en cuenta a la hora de elegir la ley aplicable al contrato según los principios ya vistos, y la manera de coherencia con los principios de generales de Derecho del Trabajo internacional, terminando por destacar algunas sentencias interesante en la materia cuando el TG ha actuado como Juez del contrato de trabajo.

Lo primero que debemos recordar es la definición del contrato de trabajo y sus elementos para definir su objeto. Peses los riesgos que puede conllevar vista las diferentes legislaciones abordar una definición podemos intentar definirlos con unas notas generales que bien pueden partir de la propia diferenciación que ha establecido el TJUE diciendo que *“... los contratos de trabajo, de la misma manera que otros contratos relativos al trabajo por cuenta ajena, presentan ciertas particularidades en relación con los demás contratos, ...en el sentido de que crean*

38 En los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (los “Principios de La Haya”), el primer instrumento normativo no vinculante elaborado y aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en fecha 19 de marzo de 2015 se establecen en su Art 12 límites señalando que *“Un tribunal judicial puede denegar la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes únicamente en el caso y en la medida en que su aplicación resulte manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público del foro.”*

una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario y en el sentido de que se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos” (Sentencia du 15 janvier 1987, Shenavai, 266/85, EU:C:1987:11, punto 16)

Así partiendo de estas notas podríamos definir pues el contrato de trabajo en marco de las instituciones (órganos u organismos de la Unión) de la Unión, como aquél por el cuál uno de ellos contrata a una persona para que preste servicios retribuidos, por su cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de unas de estas instituciones, que actúa como empleador o empresario. Así, el contrato de trabajo aplicable por el Juez de la Unión (sin perjuicio de los matices de cada legislación aplicable al caso como veremos), requiere un trabajo voluntario, personal, retribuido, dependiente por cuenta ajena y que debe excluir eso si la prestación de servicios por los funcionarios públicos.

En este caso, como sucede en ciertos derechos nacionales, es preciso establecer los límites entre el régimen jurídico aplicable funcionario o agente temporal por la Unión y el que puede ser aplicado al personal contratado en régimen laboral por la Unión o sus Instituciones. Así podemos encontrarnos (como puede pasar en derecho español con el personal estatutario-marco de la administración sanitaria en España), en este caso con zonas grises, que a veces pueden ser difíciles de delimitar y que tienen consecuencias verdaderamente importante en los derechos subjetivos tutelables según se aplique el ordenamiento laboral o el Estatuto de la Función Pública (resultando en ambos casos la competencia del TG en primera instancia), y que en sustancia se aplicarán o no según el personal haya firmado un contrato de trabajo, o por el contrario haya obtenido un nombramiento según el Estatuto de la Función pública europea.

Una vez determinado el objeto de la controversia, es preciso abordar una serie de cuestiones a tener en cuenta a la hora de aplicar el derecho laboral del contrato de trabajo, relacionados con la naturaleza y caracteres generales de las normas a aplicar, las normas existentes en el marco del derecho europeo, la elección de la ley aplicable en este contexto, así como la aplicación de esta materia por parte del Juez de la Unión.

5.1 Naturaleza del Derecho del Trabajo

Recuerdo la primera clase de derecho del trabajo a la que asistí, con el Catedrático de la Universidad de Murcia Jesús M. Galiana, y como nos dejó claro desde el principio que el derecho del trabajo es en esencia un derecho de mínimos y que ello conllevaba tener en cuenta una serie de aspectos a la hora de aplicar las distintas fuentes del derecho laboral. Así, una primera cuestión a tener en cuenta antes de aplicar esta rama del derecho es la relativa a su naturaleza mixta pública-privada. El derecho laboral nace como una rama del derecho que se desgaja del derecho privado, en concreto del arrendamiento de servicios con un carácter

eminentemente tuitivo³⁹. Así, la misma marca su génesis en la búsqueda de equilibrio entre las relaciones entre empleador y trabajadores, que viene a provocar una intervención del estado que se fructifica en el reconocimiento y tutela de los trabajadores que se concreta en determinados derechos mínimos o necesarios ante sus precarias condiciones⁴⁰. Es por ello, que tanto al afrontar la problemática de elegir la ley aplicable al contrato de trabajo, como a la hora de aplicarlo es necesario siempre tener en cuenta unos principios generales que han sido desatacados por la doctrina a la hora de regular esta rama del derecho y ello con independencia de que puedan encontrarse expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico en cuestión que proceda aplicar.

En este punto, y sin perjuicio de que podríamos mencionar numerosos autores y clasificaciones podemos partir para una primera línea base de principios de derecho del trabajo reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, con 187 miembros (en delante OIT), para añadir en su caso, principios generales consolidados tanto en derecho comparado como en derecho de la Unión. Así la OIT estableció los principios y derechos fundamentales del trabajo y su seguimiento que fueron adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima reunión tenida lugar el 18 de junio de 1998, que señaló que todos los miembros por el mero hecho de serlo adquieren el compromiso *“de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:*

- a) a la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;*
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;*
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil, yd) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.*

También debemos destacar en el mismo sentido la declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa que se adoptó el 10 de junio de 2008, y que da cumplimiento a todos los valores constitucionales de la OIT, pues este instrumento constituye una brújula para la promoción de una globalización equitativa basada en el trabajo decente con cuatro objetivos básicos que son promover el empleo; adoptar y ampliar medidas de protección social; promover el diálogo social y el tripartismo, y respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

39 Ha sido definido como “el ordenamiento jurídico como sistema de paz sea social y moralmente justo” (Alonso Olea)

40 ARREDONDO DEL RÍO, J.L., *El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia*, en Revista Summa Iuris; vol, 1, No 1, pp 121-140; julio-diciembre.

En relación a los principios reconocidos de modo general en el contexto internacional de derecho comparado según la doctrina, tenemos el principio de indisponibilidad de las disposiciones de derecho necesario de carácter imperativo (que como veremos tendrán influencia en derecho internacional), el principio de la jerarquía normativa, el principio de la condición más beneficiosa, y el principio de “in dubio pro-operario”. Estos principios son transversales en múltiples ordenamientos y resaltan el carácter protector siempre del ordenamiento laboral. El primero establece que el clausulado del contrato no puede contradecir lo que disponga una norma protectora del trabajador de carácter imperativo, derive de ley o de Convenio Colectivo. El Segundo, el de jerarquía normativa que consiste en la aplicación preferencial de las normas mínimas inderogables; y en caso de concurrencia de la norma más favorable (legal, convencional colectiva o contractual individual). El de la condición más beneficiosa se basa en la conservación de derechos adquiridos (aunque puede tener matices según el ordenamiento a aplicar) y por último el “in dubio pro-operario” llama a resolver las dudas en la aplicación de las fuentes del derecho del trabajo a favor del trabajador.

5.2 Normas Laborales en el marco de la Unión. Derecho Laboral Europeo

Más allá de los principios del derecho laboral aplicable, que configurarían el marco internacional privado del mismo, al mismo desde el punto de vista del derecho necesario aplicable, es necesario recordar también la existencia de extenso marco normativo en el marco de la Unión Europea a nivel laboral del que creo las instituciones estarían vinculadas por las razones que diremos.

Para comenzar destacar la Carta Europea de derechos Fundamentales (2000/C 364/01) (publicada el 18 de diciembre de 2000 DOCE) la misma contiene disposiciones a nivel de derecho fundamental en sus arts. 29 a 33 que son directamente aplicables al contrato de trabajo, y relativas entre otras al derecho a la negociación colectiva, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil, conciliación de la vida personal y familiar o protección en los casos de despido injustificado, señalando expresamente en el Art 30 que “todo trabajador tiene derecho una protección adecuada en los casos de despido injustificado”.

A su vez a nivel primario o “constitucional” **el título X (Arts 151 a 161) del Tratado Fundacional de la Unión Europea** (en adelante TFUE) tiene por rúbrica “política social” y en el mismo se declara sin ambages de ningún tipo que tanto La Unión y los Estados miembros tienen como objetivo “el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada” teniendo presentes tanto la Carta Social Europea⁴¹ como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamen-

41 Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961

tales de los trabajadores, de 1989. En dicho capítulo amén de establecer la obligación de la Unión de promover el diálogo entre los distintos interlocutores sociales” (Art 152 TFUE), se nos dice que también debe promover la Comisión junto con otros cometidos que figuran en los Arts. 154 a 156 TFUE.

A su vez tiene importancia vital la posibilidad de promover los objetivos señalados en el Art 151 otorgándose a la Unión la facultad de apoyar y complementar la acción de los estados miembros en determinadas materias (entorno y condiciones de trabajo, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato igualdad...) pudiendo establecer a tal fin “disposiciones mínimas “ que habrán de aplicarse progresivamente por todos los estados miembros y entre las que se encuentran desde luego tanto las Directivas como las Decisiones del Consejo (ART 153.2 b) TFUE)⁴². Por último en materias propias de derecho del trabajo establece este título la igualdad de retribución entre mujeres y hombres así como la necesidad de coordinar el régimen de vacaciones en todos los países de la Unión.

Así pues, del mencionado título del TFUE se desprende la existencia de un marco comunitario de derecho social y en particular de derecho del trabajo que se ha venido traduciendo en distintas Directivas Europeas que han venido a interpretarse como de aplicación directa en los distintos estados miembros según distintas resoluciones del TJUE, de lo que se desprende claramente como así indica el propio tratado en el apartado 2 letra b) que existe una serie de disposiciones mínimas, que no impiden a los estados miembros “mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”, con lo que claramente podemos entender que dichas disposiciones mínimas son claramente derecho necesario, integrado en el marco de derecho comunitario aplicable al menos tanto a los estados miembros como a las instituciones de la Unión como persona jurídicas responsables.

Desde el punto de vista puramente sustantivo, en el marco de este cuerpo de mínimos de derecho que podríamos considerar “necesario”, tanto Parlamento como Consejo con las iniciativas propias de la Comisión han ido promulgando distintas Directivas en diversos campos de derecho material que han tenido una incidencia decisiva en el derecho europeo, llegando incluso a quedar constatado que las propias instituciones pueden verse afectadas por esta regulación. Así, contamos con la Directiva 79/7 relativa al principio de igualdad y que tiene sin duda una eficacia transversal especialmente en materia de derechos retributivos, cobertura y protección social. También especialmente destacable es la Directiva 1999/70/CE acuerdo marco de aproximación Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, que ha provocado por la vía de diversas cuestiones prejudiciales un cuerpo jurisprudencial de influencia decisiva en el ordenamiento español a través de la denominada saga “De Diego Porras”. A su vez la Directiva

42 Excluye de estas materias ordenación de la protección social y la exclusión social)

2003/88/CE Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de aplicación, como la primera mencionada, transversal y que tiene relevancia tanto a nivel de retribución de vacaciones, guardias o fijación de tiempos mínimos de descanso por las distintas legislaciones. También existe una importante Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, respecto de la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en reciente Sentencia de **11 de noviembre de 2021 (C-948/19)**,⁴³ en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por Lituania, ha señalado que puede ser aplicable a una agencia de la Unión Europea como el Instituto Europeo de Igualdad de Género.⁴⁴

Para concluir este apartado debemos destacar el Pilar Europeo de Derechos Sociales establecido en Goteburgo en el año 2017 que refleja la voluntad por parte del órgano ejecutivo de la Unión de establecer un marco de principios generales mínimos en materia social entre los que se encuentran 20 principios de los que podemos destacar a efectos laborales los relativos a la igualdad de oportunidades, empleo y seguro y estable, protección en caso de despido, empleo seguro y adaptable. Estos principios que conforman el Pilar Social si bien son parte de la *soft*

43 En el caso en cuestión se trataba de un contrato laboral de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una agencia de la Unión Europea que, al no tener una sumisión expresa prevista en el Art 272 TFUE era competencia de los tribunales Lituanos

44 El resumen de la cuestión es: En 2012, fue adjudicataria de un contrato público del Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), una agencia de la Unión con sede en Vilna (Lituania), que tenía por objeto la prestación de servicios de puesta a disposición de personal con carácter temporal. contratos de trabajo con Manpower Lit y trabajaron en el EIGE como asistente e informático, respectivamente. En sus contratos se precisaba que trabajarían para el usuario, - el EIGE - que les indicaría el miembro del personal responsable de impartir instrucciones. Los contratos establecían asimismo su duración, (hasta la fecha en la que el EIGE dejase de solicitar que se cubriera el puesto correspondiente a las funciones en cuestión). extinguieron entre abril y diciembre de 2018, acudiendo los trabajadores en reclamación de los salarios que consideraban adeudados a la Comisión de conflictos laborales de la sección territorial de Vilna de la Inspección de Trabajo. 1) El artículo 1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva la puesta a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), por parte de una empresa de trabajo temporal, de trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo con dicha empresa, con el fin de realizar prestaciones laborales en dicho Instituto. 2) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que puede considerarse que el puesto de trabajo ocupado por un trabajador puesto a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) por una empresa de trabajo temporal constituye el «mismo puesto», en el sentido de dicha disposición, aun suponiendo que todos los puestos de trabajo para los que el EIGE contrate trabajadores directamente incluyan tareas que solo puedan ser desempeñadas por personas sometidas al Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea”. Dicha Comisión consideró que los recurridos en el litigio principal ejercían de hecho las funciones de miembros del personal permanente del EIGE y que sus condiciones retributivas deberían corresponder a las aplicadas por este a sus agentes contractuales

/law comunitaria⁴⁵ sólo ya por existir y por tener previsto un plan de acción para su desarrollo aprobado el 4 de marzo de 2021⁴⁶, podemos señalar que deben al menos tener una eficacia al menos como principios generales del derecho, y desde luego ser considerados también a nivel de interpretación tanto teleológica como sistemática.

5.3 La elección de la ley laboral aplicable al contrato y su posible conflicto con mínimos de derecho necesario “europeo”

En relación a la elección de la ley laboral aplicable, como ya hemos apuntado, es necesario comprobar si en el contrato en cuestión si existe una previsión concreta de cuál es el derecho aplicable. A falta de pacto, entra en juego la normativa de conflicto, que como hemos visto puede variar, pero que, al encontrarnos ante órganos, Organismos e instituciones de la Unión Europea, consideramos que sin perjuicio de la valoración que pueda hacerse caso por caso, los conflictos de leyes en materia de contrato individual del trabajo se deben resolver en un espacio europeo por el Art. 8 del Reglamento Roma I⁴⁷ que a su vez desplazó el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1990.

Dentro de las normas que prevé el Reglamento Roma I para la elección del contrato de trabajo lo primero a destacar es que, si bien sigue el criterio de derecho internacional privado relativo a la libre elección de las partes, de conformidad con el considerando núm. 34 del mismo, dicha elección, siguiendo los principios más básicos de derecho laboral no podrá tener por resultado en virtud de los que dispone el Art 8 derogar disposiciones normativas de carácter necesario.

Comienza en su apartado primero por dar libertad a las partes, poniendo el límite de que la elección “no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, sería aplicable...”: Luego establece como “derecho necesario” el del país que resulte aplicable según las reglas siguientes, siempre a falta de pacto.

El apartado segundo del artículo dedicado al contrato individual y se establece que regirá el país en donde se realiza la prestación. De modo expreso habla de “a ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”.

En el tercer apartado señala que se aplicará el del país donde está situado el es-

45 Recomendación 2017 /761 de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar europeo de Derechos Sociales.

46 COM/2021/102 Final Plan de acción del pilar Europeo de Derechos Sociales.

47 Sentencia de 10 noviembre 2021, Jenkinson/Conseil e.a., T-602/15 RENV, EU:T:2021:764, p.013

tablecimiento a través del cuál ha sido contratado.

En el apartado 4, establece que “si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.”

La aplicación del denominado derecho necesario en el marco de esta norma conflicto, es importante y a su vez puede presentar problemas interpretativos. Es importante porque como hemos señalado, resalta la importancia del derecho del trabajo como derecho social, protector de los derechos de la parte contractual más débil. A la vez, presenta un criterio que, a la hora de delimitar la autonomía de la voluntad de las partes resulta revelador, pues la elección de la ley, es decir del ordenamiento jurídico nacional aplicable al contrato no podrá excluir las normas de derecho necesario de la ley que sería aplicable según los criterios 2, 3 y 4. Esto es, no sólo establece como límite de la autonomía de la voluntad el denominado orden público del país o del foro que sería aplicable como por costumbre se establece en derecho internacional privado, sino que viene a establecer una ley (al final un ordenamiento jurídico concreto) que debe aplicarse de modo prioritario a la ley elegida por las partes en el caso de que las mismas elijan una ley que perjudique o restrinja derechos reconocidos por la primera.

En este punto, se puede por ello plantear el problema de la ley aplicable en el contrato de trabajo, cuando en aplicación del Reglamento Roma I el resultado fuese optar por una ley que no reconociese derechos básicos al trabajador que estén reconocidos en la Carta de derechos fundamentales o en el marco de los principios del pilar social de la Unión europea. Así, nos podríamos encontrar con el problema de una institución que contrata personal laboral sin prever la ley aplicable en el contrato pudiera llegar a determinar cómo ley aplicable una norma laboral que no reconociera derechos básicos del trabajador. Sin necesidad de poner un ejemplo demasiado peregrino, pero podría, en aplicación de las normas de derecho internacional privado determinarse como derecho aplicable, verbigracia, el derecho estadounidense, el cual contiene instituciones como el despido libre o *employment at will*⁴⁸, tan arraigadas como contrarias a los principios básicos del derecho europeo.

Ante esta encrucijada, cabe preguntarse: ¿Es posible entonces que el juez de

48 Como expresó la Corte Suprema de Wisconsin en el caso *Bammert*, el empleo a voluntad es central en una economía de mercado y sirve en interés de ambas partes (empleador y trabajador) porque maximiza la libertad de ambos. Señaló, además, que se puede despedir, incluso, cuando es injusto, desafortunado o duro y que generalmente los trabajadores pueden ser despedidos a voluntad del empleador por cualquier razón, sin causa o una mala causa, salvo que este sea ilegal. Este despido libre o empleo a voluntad hay que señalar que si bien hoy en día continúa siendo la regla general ha conocido excepciones o limitaciones, legales convencionales o jurisprudenciales, llegando a ser denominado por autores norteamericanos como *Cyde Summers* como un anacronismo jurídico asimilable a la pena capital, como ha afirmado *Young*.

la Unión como juez del contrato de trabajo aplique un derecho social marco “necesario” protector que impida la aplicación de normas contrarias a los principios básicos del derecho social europeo?

Desde un punto de vista puramente técnico, podría parecer que, en pura aplicación de la técnica contractual ello no sería posible, y habría que aplicar el derecho elegido por las partes o el derecho aplicable de conformidad con el Reglamento Roma I pues en materia contractual no sería aplicable estos derechos fundamentales o los principios de la carta, ya que no estaríamos hablando del ejercicio de potestades públicas por las instituciones.

Sim embargo, considero que ello, en el marco del derecho de contrato de trabajo interpretado a la luz de las resoluciones tanto del Tribunal General como de TJUE, permiten al juez de la Unión, salvaguardar la aplicación de estos principios, y aplicar los derechos fundamentales de la Carta. Así, por ejemplo, considerar inaplicable un ordenamiento que restringiera la libertad sindical, el principio de igualdad o la limitación del derecho a una indemnización adecuado en el caso de un despido sería posible y necesario.

Posible es, desde mi punto de vista pues si leemos con atención el art 8.4 del Reglamento Roma I, vemos que es posible aplicar la cláusula del art 8.4 como cláusula de salvaguarda, lo cual en el caso de un empleador-institución europea nos puede llevar a determinar como aplicable un derecho que permita aplicar los principios básicos del derecho social europeo. Y esta no sería una decisión carente de fundamento ni doctrinal ni jurisprudencial, como vemos en la **Sentencia TJUE de 12 de septiembre 2013 Schelecker c-64/12**⁴⁹, donde el Alto Tribunal europeo concluye que *“incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país”* y sienta para ello como dice expresamente *la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral* que van desde el país donde se pagan los impuestos, tributos, donde tiene su principal actividad, hasta otros aspectos como el salario o actividad laboral, no siendo por ello baladí determinar cómo derecho aplicable los mínimos de la institución empleadora, en este caso la Unión europea. A su vez esta misma Sentencia señala *“En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador”*. Esta última

49 Dicha Sentencia puntos 39 a 42.

afirmación, a mi juicio, prudente desde el punto de vista iusprivatista, carecería como se desprenderá de las conclusiones de este trabajo de una plena coherencia sistemática en el marco de la aplicación del Derecho Social Europeo⁵⁰.

50 32. De ese modo, a efectos de determinar el Derecho aplicable, el criterio de vinculación del contrato de trabajo de que se trata al lugar en el que el trabajador realiza habitualmente sus funciones debe tomarse en consideración de modo prioritario y su aplicación excluye que se utilice el criterio subsidiario del lugar del domicilio del establecimiento que contrató al trabajador (véanse, en ese sentido, las sentencias antes citadas Koelzsch, apartado 43, y Voogsgeerd, apartados 32, 35 y 39).

33. En efecto, otra interpretación sería contraria al objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma, que es garantizar una protección adecuada al trabajador. A este respecto, del Informe sobre el Convenio relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales de los profesores Giuliano y Lagarde (DO 1980, C 282, p. 1), se desprende que dicho artículo fue concebido para proporcionar una regulación más apropiada en las materias en las que los intereses de una de las partes contratantes no se hallan en el mismo plano que los de la otra y garantizar [de ese modo] la protección adecuada de la parte que debe considerarse más débil social y económicamente en la relación contractual (véanse las sentencias, antes citadas, Koelzsch, apartados 40 y 42, y Voogsgeerd, apartado 35).

34. En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador.

35. Según resulta del tenor y de la finalidad del artículo 6 del Convenio de Roma, el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el apartado 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2009, ICF, C 133/08, Rec. p. I 9687, apartado 62).

36. No obstante, como subrayó el Abogado General en el punto 51 de sus conclusiones, cuando de la totalidad de las circunstancias resulte que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país, corresponde al juez nacional dejar de lado los criterios de vinculación contemplados en el artículo 6, apartado 2, letras a) y b), del Convenio de Roma y aplicar la ley de ese otro país.

37. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el órgano jurisdiccional remitente puede tomar en consideración otros elementos de la relación laboral, cuando los relativos a uno u otro de los dos criterios de vinculación enumerados en el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma, llevan a considerar que el contrato presenta vínculos más estrechos con un Estado distinto del que indican los criterios que figuran en el artículo 6, apartado 2, letras a) o b), de dicho Convenio (véase, en ese sentido, la sentencia Voogsgeerd, antes citada, apartado 51).

38. Esta interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos de trabajo, introducida por el Reglamento Roma I, que sin embargo no es aplicable *ratione temporis* al asunto principal. En efecto, según el artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento, si de la totalidad de las circunstancias resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del contemplado en el apartado 2 o 3, se aplicará la Ley de ese otro país (véase, por analogía, la sentencia Koelzsch, antes citada, apartado 46).

39. De las consideraciones anteriores resulta que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar la ley aplicable al contrato conforme a los criterios de vinculación definidos en el artículo 6, apartado 2, primera frase, del Convenio de Roma, y en particular al criterio del lugar de ejecución habitual del trabajo, contemplado en ese apartado 2, letra a). No obstante, en virtud de la última frase del mismo apartado, cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo, procede dejar de lado la ley del Estado de cumplimiento del trabajo y aplicar la ley de ese otro Estado.

40. A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos. Como destacó la Comisión y señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, el juez que debe resolver un caso concreto no puede sin embargo deducir automáticamente que la norma del artículo 6, apartado 2, letra a), debe descartarse por el mero hecho de que, por su número, las demás circunstancias pertinentes, distintas del lugar de trabajo efectivo, indiquen otro país.

41. Entre los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo.

42. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país.

6.- CONCLUSIONES

1. Cuando el Juez de la Unión actúa, con motivo de la previsión contenida en el Art 272 TFUE como Juez del Contrato de trabajo, debe aplicar no sólo los pactos previstos en el contrato de trabajo sino a su vez, en consideración del ordenamiento jurídico que sea aplicable al caso, las previsiones legales de carácter indisponible del ordenamiento en cuestión (derecho necesario)⁵¹.

2. Tal previsión no es contraria a los instrumentos de conflicto de normas previstos en Derecho Internacional Privado, y en concreto al Reglamento Roma I que expresamente dispone que las normas elegidas no pueden tener como resultado la inaplicación de estas normas de derecho necesario.

51 La Sentencia de 1 de julio de 1982 *Porta/Commission* (109/81, EU:C:1982:253) el Tribunal destaca de un modo indubitado que la ley aplicable al litigio es la italiana y mediante una interpretación de la misma, distingue entre trabajador autónomo y por cuenta ajena, para concluir en su punto 20 en aplicación de la misma que efectivamente la demandante debe beneficiarse de toda ventaja que la ley italiana vincula a un contrato de trabajo por cuenta ajena y de carácter indefinido

3. La cláusula prevista en el Art 8.4 del Reglamento Roma I permite, a la hora de elegir el ordenamiento aplicable al contrato, aplicar el ordenamiento que teniendo en cuenta estos elementos del contrato de trabajo, pudiera tener vínculos más estrechos con el contrato en cuestión. Así lo ha afirmado el TJUE en el caso Schelecker.

4. Esta última previsión, entiendo que otorga al Juez de la Unión la facultad de convertirse en propio y plenamente legítimo juez de derecho del trabajo aplicando en su caso, el principio “in dubio pro operario” que favorecería la elección de la ley más favorable al trabajador. Así la correcta aplicación del artículo 8 del Reglamento Roma I *“requiere en consecuencia, en un primer momento, que el órgano jurisdiccional nacional identifique la ley que habría sido aplicable en ausencia de elección y determine, según esa ley, las normas que no pueden excluirse mediante acuerdo y, en un segundo momento, que ese órgano jurisdiccional compare el nivel de protección que deparan al trabajador estas normas con el que ofrece la ley elegida por las partes. Si el nivel previsto por dichas normas garantiza una mejor protección, estas deben aplicarse.”*⁵². Y concluye el tribunal diciendo que *“cuando la ley que regula el contrato individual de trabajo ha sido elegida por las partes de ese contrato y tal ley es distinta de la que resulta aplicable en virtud de los apartados 2, 3 o 4 de ese artículo, ha de excluirse la aplicación de esta última, a excepción de las «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» con arreglo a ella, en el sentido del apartado 1 del artículo 8, de dicho Reglamento, entre las cuales pueden encontrarse, en principio, las normas relativas al salario mínimo”*.

5.- la importancia del derecho social europeo y los principios de la Carta Europea de derechos fundamentales, considero por lo antedicho, hacen impensable y por ende en la práctica inconcebible que eventualmente el TJUE pudiera aplicar a un contrato de trabajo entre un ciudadano y una institución europea un marco jurídico que no reconociera derechos de protección mínimos necesarios establecidos en el ordenamiento jurídico europeo. Piénsese por ejemplo en una hipotética aplicación del derecho americano en particular que en muchos casos no prevé una protección especial en los casos de despido injustificado.

6.- Es por ello que considero que, debido a que el derecho del trabajo es un derecho de mínimos de naturaleza mixta pública-privada y tuitivo, el mismo debería aplicarse por parte de cualquier juez o tribunal de la Unión (incluido el TJUE) respetando esos mínimos, lo que tendría en buena lógica la consecuencia de no aplicar disposiciones contrarias a dicho marco normativo.

7.- Esta solución, lejos de ser incoherente o insostenible desde un punto de vista técnico-jurídico, es realmente y a la inversa todo lo contrario, pues lo que resulta a mi juicio carente de coherencia sistemática sería que el máximo garante de los derechos europeos, y por ende también del marco laboral que ya hemos visto, llegase a conclusiones que no fuesen compatibles con este marco legal.

52 Sentencia de 15 de julio de 2021, SC Gruber Logistics, C-152/20 et C-218/20, EU:C:2021:600, p. 22 y 27 a 32.

BIBLIOGRAFÍA

ARREDONDO DEL RÍO, J.L., *El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia*, en *Revista Summa Iuris*; vol, 1, No 1, pp 121-140; julio-diciembre

D'Àlessandro. E. « LA Art 272 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea : mero accordo attributivo della competenza giurisdizionale o convenzione arbitrale ? ». *Rivista dell'Arbitrato*, nº 4, 2011, paggs. 622 a 628.

Gamonal Contrera, S. « El despido libre en el contrato de trabajo estadounidense » en *Revista Chilena de derecho privado*, julio año 2017, pag-s 53 a 89.

Laenerts. K. Maeselis, I. gutman, K. *Eu procedural Law*, Oxford University press, pags 686 a 699.

Lasa López, A. “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo » en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* enero.abril (2019).

Llobera Vila , M. « Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores, en *Temas Laborales* núm. 108/2011 págs 115-144.

Neframi, E. « Le contentieux de clauses compromissoires », en MAHIEU, S. (dir) « Le contentieux de l' Union européenne, Larcier, 2014, pags 561 a 581.

Pelikanova, E. «Clauses comprommissaires: fin de la distinction entre droit contractuel et droit administratif », en *Journal de droit européen*.

Pelikanova, E. «La protection juridictionnelle des particuliers pour le Tribunal de première Instance des Communautés Européennes” en “*Le droit à la Mesure de l' nhome en l'honneur de Philippe Léger*.

Villarroel Barrientos, C y G. “la Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales, en *Revista chilena de derecho*, ISSN 0716-0747, Vol. 17, Nº 2, 1990