

# EL REGIMEN JURIDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS EMBAJADAS ESPAÑOLAS EN EL EXTRANJERO (\*)

## SUMARIO:

- I. *Justificación "a priori" de la aplicabilidad del ordenamiento laboral español; inadecuación de las teorías sustentadas al respecto.*—II. *Planteamiento del problema; determinación de los supuestos a considerar:* 1. La cuestión de la calificación. 2. El conflicto de leyes y las normas de conflicto: a) De origen internacional. b) De origen interno: Normas escritas; Jurisprudencia; Doctrina.—III. *Las posibles soluciones:* A) En cuanto a la reglamentación administrativa del trabajo. B) En cuanto a la determinación de la ley aplicable al contrato. C) En cuanto al ámbito de aplicación de la ley del contrato. D) Consideración especial del *status* de los criados particulares.—IV. *Régimen internacional de las normas laborales de derecho necesario.*—V. *Problemas derivados de la aplicación de las normas de Seguridad Social:* 1. El problema en el derecho interno. 2. Consideración de la cuestión por la O. I. T. 3. Examen del problema por la Comisión de Derecho Internacional y por la Conferencia de Viena sobre prerrogativas e inmunidades diplomáticas. 4. Acuerdos multilaterales de Seguridad Social. 5. Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España con diversos países europeos.—VI. *Conclusión.*

## I

### JUSTIFICACION «A PRIORI» DE LA APLICABILIDAD DEL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL: INADECUACION DE LAS TEORIAS SUSTENTADAS AL RESPECTO

Las Embajadas son órganos de la Administración del Estado, tal como se reconoce en el Decreto 379/70 de 20 de febrero (1), sobre reorganización del Ministerio de Asuntos Exteriores, y como tales órganos gozan de la personalidad jurídica del Estado (art. 1.º de la L.R.J.).

Teniendo en cuenta este hecho, así como las prerrogativas e inmunidades que les son reconocidas a los miembros del personal diplomático por el Derecho

---

(\*) Este estudio ha sido realizado dentro del cursillo de doctorado sobre «Concepto de trabajador en el Derecho español», en la Facultad de Derecho de Valencia (1970-71), bajo la dirección del profesor doctor LUIS ENRIQUE DE LA VILLA.

(1) «BOE», de 21 de febrero de 1970.

Internacional, se podría predicar «a priori» la aplicabilidad del derecho español desde dos puntos de vista :

- a) por el carácter extraterritorial de las Embajadas,
- b) por estimar que la sumisión del personal al servicio de las Embajadas españolas en el extranjero, al régimen jurídico del derecho español del Trabajo, salvaguardaría mejor las prerrogativas e inmunidades diplomáticas.

a) Ambas justificaciones parecen inadecuadas: por lo que respecta a la *extraterritorialidad* es la teoría más importante de las que han tratado de razonar el fundamento de las inmunidades diplomáticas; en su virtud, desde el s. XVII hasta principios del s. XX, se vino aceptando la concesión de un estatuto privilegiado a los agentes diplomáticos en base a la ficción de que éstos, aunque físicamente se hallaran en el territorio del Estado ante el cual estaban acreditados, jurídicamente escapaban a su soberanía porque no habían abandonado su territorio nacional. De ahí se pasó más tarde a considerar que la Embajada formaba parte del territorio del Estado representado.

Esta teoría está hoy generalmente abandonada pues conduce a resultados insostenibles. En efecto, si una Embajada es considerada como territorio extranjero, todo acontecimiento que se produzca dentro de ella deberá entenderse que tiene lugar en el extranjero: los delitos que pudieran cometerse deberían ser juzgados conforme a la ley del Estado acreditante; los delincuentes que pudieran refugiarse en ella sólo podrían ser detenidos mediante el recurso al procedimiento de la extradición...

Además no corresponde a la realidad, ya que su consecuencia lógica sería que el diplomático no está obligado a obedecer las leyes locales ni los reglamentos de policía, siendo así que debe someterse a ellos (es otra cuestión la de que las sanciones por incumplimiento dirigidas contra el mismo queden generalmente en suspenso). Como establece el art. 41 del Convenio de Viena de 1961 (2) sobre prerrogativas e inmunidades diplomáticas: «Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor...»

La *Cour de Cassation* francesa, en 1910, negó todo valor a la ficción de extraterritorialidad (3). Igual ocurrió en una sentencia del Tribunal Supremo italiano de 1921 (4).

---

(2) Ratificado por España el 21 de noviembre de 1967 («BOE», de 25 de enero de 1968).

(3) *Asunto Trochanoff*, *Journal de Droit International*, París, 1910, pág. 551.

(4) *Asunto Couhi*, *Journal de Droit International*, 1922, pág. 193.

Hoy se considera que las prerrogativas e inmunidades diplomáticas tienen un carácter funcional, es decir, el Derecho Internacional únicamente reconoce tal estatuto privilegiado para asegurar a los agentes diplomáticos la posibilidad de actuar con plena independencia en el cumplimiento de sus funciones, y ello en interés colectivo de las relaciones internacionales (5). En todo aquello que no sea necesario para el adecuado desarrollo de su actividad, deberán someterse a las leyes del país ante el que están acreditados.

b) Es en relación a este carácter funcional de las inmunidades diplomáticas donde se debe plantear la cuestión: ¿la sumisión del régimen jurídico del personal al servicio de las Embajadas al derecho del Estado acreditante aseguraría mejor la independencia de los agentes diplomáticos en el cumplimiento de sus funciones? La afirmación parece difícilmente sostenible: el diplomático o la misión diplomática al contratar en nombre del Estado acreditante a una serie de personas para que presten sus servicios en la Embajada, actúan como un dador de trabajo particular, obligado a respetar y a someterse a las leyes locales.

Difícilmente puede afirmarse que esté en juego la noción de soberanía o que la sumisión a la ley del Estado de residencia suponga un menoscabo de las prerrogativas reconocidas al Estado acreditante. Mas bien al contrario. Nos encontramos ante una serie de actos que, las más de las veces, producirán efectos jurídicos dentro de la esfera de influencia del Estado de residencia, por tanto, parece que serían la soberanía y la idea de igualdad del Estado del foro los que resultarían afectados si el Estado acreditante pretendiera situarse por encima del derecho del foro en relación con actos jurídicos de naturaleza privada realizados en el territorio del primero.

## II

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: DETERMINACION DE LOS SUPUESTOS A CONSIDERAR

Una vez descartada la aplicabilidad «a priori» del derecho español, el adecuado tratamiento del problema exige, a nuestro juicio, la distinción de varias cuestiones.

Primeramente hemos de analizar quién forma parte del personal que presta sus servicios en las Embajadas españolas en el extranjero. Con tal fin hemos

---

(5) P. GUGGENHEIM: *Traité de Droit International Public*, Genève (Librairie de l'Université), 1953, vol. I, pág. 497.

partido, con valor puramente informativo, de la referencia que del mismo hace el art. 1.º del Convenio de Viena anteriormente citado :

«A los efectos del presente Convenio :

- a) Por *Jefe de misión* se entiende la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal.
- b) Por *Miembros de la misión* se entiende el jefe de la misión y los miembros del personal de la misión.
- c) Por *miembros del personal de la misión* se entiende los miembros del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión.
- d) Por *miembros del personal diplomático* se entiende los miembros del personal de la misión que posean la calidad de diplomático.
- e) Por *agente diplomático* se entiende el jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de la misión.
- f) Por *miembros del personal administrativo y técnico* se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio administrativo y técnico de la misión.
- g) Por *miembros del personal de servicio* se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio doméstico de la misión.
- h) Por *criado particular* se entiende toda persona al servicio doméstico de un miembro de la misión, que no sea empleada del Estado acreditante.»

De esta enumeración, únicamente vamos a considerar a los miembros del personal recogidos en los apartados f), g) y h). Los miembros del personal diplomático, poseen un status regulado únicamente por el Derecho Internacional y por el derecho interno del Estado acreditante y, en consecuencia, escapan a una posible regulación jurídica del mismo por el derecho del foro.

En lo que respecta al «personal administrativo y técnico» y al «personal de servicio», podemos encontrar algunos indicios de lo que cabe entender por tales en las discusiones que tuvieron lugar en el seno de la Comisión de Derecho Internacional que elaboró el Proyecto del Convenio de Viena : al tratar del «personal administrativo y técnico» se habló de secretarios, taquígrafos, archiveros..., incluyéndose en el «personal de servicio» a porteros, jardineros, personal de limpieza (6).

---

(6) *Annuaire de la Commission du Droit International*, Nueva York (ONU), 1957, Volumen I, pág. 131.

Respecto del «criado particular», conviene resaltar la circunstancia de que el dador de trabajo no es el Estado acreditante sino una persona privada, y ello porque el hecho de que no persiga un fin de lucro, determinará la aplicación de un régimen jurídico diferente o la exclusión del ámbito de aplicación de las normas laborales, como se verá más adelante.

## 1. LA CUESTIÓN DE LA CALIFICACIÓN

Los diferentes miembros del personal citados anteriormente prestan unos servicios, realizan un trabajo. Los aspectos jurídicos de la realización de un trabajo están regulados por el Derecho Laboral. Ahora bien, no cualquier tipo de trabajo es reglamentado por esta rama del Derecho, sino que cada Estado determina el ámbito de aplicación de su Derecho del Trabajo y ello nos plantea un problema previo y fundamental: el de la *calificación* de un contrato como contrato de trabajo y la determinación del concepto de trabajador.

La vinculación existente entre ambos problemas es evidente, ya que, como afirma Alonso García, «la noción de trabajador, desde el punto de vista jurídico no es antecedente o previa, sino que aparece ligada a una relación cuya participación en ella determina su condición... Un contrato de trabajo no puede convenirse por dos individuos cualesquiera si no es dentro de los límites que la propia caracterización del contrato señala» (7).

La calificación se realizará en cada caso «*lege fori*», es decir, de acuerdo con el derecho del país en el que se plantea la cuestión. A título de ejemplo podemos citar lo que ocurre en algunos países:

En la URSS, la característica principal de las relaciones reguladas por el Derecho del Trabajo, es la pertenencia del trabajador a la comunidad de trabajadores de una empresa socialista (granja, oficina...), y consecuentemente, la obligación de trabajar en armonía con la organización interna de la empresa (8).

En Alemania, según la doctrina dominante, aunque no unánime, son trabajadores las personas que están obligadas a trabajar al servicio de otro en base a un contrato privado o a una relación jurídica equiparable a éste.

---

(7) M. ALONSO GARCÍA: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*. Barcelona (Bosch), 1958, pág. 111.

(8) N. G. ALEKSANDROV: *Soviet Labour law*, 3rd edition, Moscow, 1963, pág. 21, apud I. SZÁSZY: *International Labour Law*, Leyden (Sijthoff), 1968, pág. 3.

No tienen significación para el concepto de trabajador las siguientes notas :

- a) que el empleo se preste mediante el pago de un salario,
- b) la clase de actividad de que se trate,
- c) que la prestación de trabajo se realice por encargo de otro (9).

En *Italia*, el art. 2.094 del Código Civil, define al trabajador subordinado como «aquel que se obliga mediante retribución a colaborar en la empresa, prestando el propio trabajo intelectual o manual en dependencia y bajo la dirección del empresario».

El elemento de la subordinación determina características especiales y da lugar a exigencias particulares de defensa del trabajador que, históricamente, han sido la razón primera de la elaboración del Derecho del Trabajo (10).

En *Francia*, dada la inexistencia de una definición legal, los autores, inspirándose en las características del contrato de trabajo progresivamente deducidas por la jurisprudencia, adoptan la siguiente definición: «El contrato de trabajo es un convenio por el que una persona se compromete a poner su actividad a disposición de otra, mediante el pago de una remuneración» (11).

En *España* tampoco existe una definición legal. Los criterios a los que la jurisprudencia y la doctrina condicionan la atribución del carácter de trabajador se refieren a la prestación del trabajo, que ha de ser libre, dependiente, remunerado y por cuenta ajena, y ello siempre que la ley no realice una exclusión del ámbito de aplicación de las normas laborales, en cuyo caso, pese a la presencia de estos cuatro requisitos, la relación jurídica no podrá calificarse de laboral (12).

## 2. EL CONFLICTO DE LEYES Y LAS NORMAS DE CONFLICTO

Si la relación jurídica de cada uno de los diferentes miembros del personal puede calificarse de laboral, la presencia de —por lo menos— un elemento extranjero en la relación (lo será, en todo caso, el Estado-dador de trabajo), plan-

---

(9) A. HUECK y H. C. NIPPERDEY: *Compendio de Derecho del Trabajo*. Traducción y notas de Derecho español por M. RODRÍGUEZ PIÑERO y L. E. DE LA VILLA, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1963, págs. 57 y sigs.

(10) M. GHIDINI: *Diritto del Lavoro*, Padua (CEDAM), 4.<sup>a</sup> ed., 1969, pág. 5.

(11) G. CAMERLYNCK: *Le contrat de travail en Droit français*; en G. BOLDT, G. CAMERLYNCK y otros, *Le contrat de travail dans le Droit des pays Membres de la CECA*, Luxemburgo, «Service des Publications des Communautés Européennes», 1965, pág. 326.

(12) L. E. DE LA VILLA: *En torno al concepto del Derecho español del trabajo*, RT, 1969, núm. 26, págs. 11 y sigs.

teará un problema de *conflicto de leyes*. Dada la presencia de varias leyes que pueden resultar aplicables ¿cuál de ellas será la competente para regular la relación? Para solucionar el problema hay que recurrir a las normas de conflicto, que pueden encontrarse:

- a) En un instrumento internacional.
- b) En una disposición de orden interno.

a) En lo que se refiere a los *instrumentos internacionales*, los más importantes son los *tratados*, que, en materia de Derecho del Trabajo, pueden consistir bien en los Convenios internacionales de trabajo elaborados por la Organización internacional del Trabajo, bien en alguno de los diversos tratados bilaterales o multilaterales relativos al trabajo.

En lo que se refiere a los primeros, los problemas de conflicto de leyes únicamente han sido abordados de forma esporádica (13), y ello porque el objeto de la mayoría de estos convenios es hacer internacionalmente obligatorias ciertas normas generales y las reglas de conflicto aparecen como un medio indirecto de conseguir ese resultado.

En lo referente a los segundos, únicamente los convenios bilaterales contienen normas de conflicto en lo que concierne a los trabajadores fronterizos y a la seguridad social (14).

A las fuentes internacionales hay que añadir los proyectos de codificación de reglas de conflicto preparados por la *International Law Association*, y por el *Instituto de Derecho Internacional*. La primera, en un Proyecto adoptado en 1926 en su sesión de Viena, retuvo como ley aplicable al contrato de trabajo la ley del lugar de ejecución del mismo.

El Instituto de Derecho Internacional, en la reunión de Luxemburgo, en 1937, aprobó un Proyecto de resolución que desmembraba el contrato de trabajo designando las leyes acumulativamente competentes. La *capacidad* y la *forma*, como es usual eran sometidas a leyes diferentes de las que rigen las

---

(13) La primera vez que se incluyó una norma de conflicto fue en el *convenio núm. 19* (ratificado por España el 22 de febrero de 1929, *Gaceta* de 8 de marzo), sobre igualdad de tratamiento en materia de accidente de trabajo de 1926. Los *convenios núms. 35 a 40*, de 1933, sobre el seguro de vejez, invalidez y muerte establecen el principio de la competencia de la ley del lugar de trabajo. Finalmente, los *convenios núms. 64*, de 1939, y 86, de 1947, sobre el contrato de trabajadores indígenas, admiten la competencia de la Ley del lugar de conclusión del contrato. En todo caso, conviene tener presente la naturaleza especial de los convenios de la OIT.

(14) M. SIMON-DEPITRE: «Droit du travail et conflits de lois», en *Revue Critique de Droit International Privé*, París, 1958, pág. 286.

condiciones de fondo y los efectos del contrato. En lo que se refiere a la sustancia misma del contrato, el Proyecto distinguía entre las *condiciones generales de existencia y de validez*, sometidas a la «*lex loci contractus*», y los efectos, respecto de los que se precisaba que la voluntad de las partes juega el papel principal para determinar la ley que deba regirlos, bajo reserva de las leyes imperativas que restringen la libertad contractual. Respecto de las *causas de extinción* del contrato, el Proyecto distinguía entre las causas legales y las fijadas por la voluntad de las partes. Finalmente se ocupaba del problema de las *relaciones entre los convenios colectivos y los contratos individuales* de trabajo, que deberían ser regulados por la ley del lugar en que se ejecute el contrato.

Para la próxima reunión del Instituto, que tendrá lugar en Zagreb en septiembre de 1971, el profesor Szászy ha elaborado un proyecto de resolución para resolver el problema que nos ocupa (15).

b) En lo que se refiere al *derecho interno* de los Estados, las *normas escritas* son escasas. Podemos citar como casos excepcionales, la *Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado* de 1926, que en su artículo 8.º establece que, caso de que el dador de trabajo sea el Estado, una autoridad administrativa o una persona de derecho público, la ley competente para regir el contrato de trabajo será la ley nacional de ese Estado.

Asimismo, el artículo 25 de las *disposizioni preliminari* del *Código Civil italiano*, en caso de silencio de las partes somete el contrato de trabajo a la ley nacional común, y en su defecto, a la ley del lugar de conclusión del contrato.

Finalmente cabe citar los artículos 36 y 37 del *Código Civil general austriaco*, los cuales someten el contrato de trabajo a la ley del lugar de conclusión del mismo, sin que sea posible a las partes elegir una ley distinta cuando el contrato se celebre en Austria, y ello aunque una de ellas sea extranjera.

En lo que respecta a la *jurisprudencia*, las sentencias en materia de accidentes de trabajo han sido muy abundantes, y en los países en los que tales

---

(15) I. SZÁSZY: «Rapport provisoire et projet de résolution en matière de conflits de lois en matière de Droit du travail», en *Institut de Droit International*, 16 ed. Commission, 1970, pág. 47.

El Proyecto provisional de resolución dispone: «La *lex laboris generalis* est la *lex loci laboris*, a savoir, la loi du pays où le travail Droit être exécuté. Cette loi est compétente lorsqu'une *lex laboris specialis* n'est pas applicable.

»Les lois suivantes sont à considérer comme *leges laboris speciales*: ... e), si l'employeur est le chef de l'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou consulaire et si le travailleur est de la même nationalité que l'employeur la *loi nationale commune des parties*. f) Si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité étrangère et si le travailleur est de la même nationalité, la *loi de l'Etat et de l'autorité en question*.» (*Ibidem*, págs. 95 y sigs.)



accidentes eran considerados materia de responsabilidad contractual, los Tribunales tenían que pronunciarse previamente sobre la ley que regía el contrato de trabajo, con lo que, indirectamente, resolvían el problema que nos ocupa. Pero a medida que los accidentes de trabajo se han ido integrando al sistema de la seguridad social, tales sentencias han ido desapareciendo (16).

En lo que se refiere al contrato de trabajo en sí mismo, las sentencias que se han planteado directamente el problema de la ley aplicable no son muy numerosas. En conjunto, la jurisprudencia de los diversos países que se prestan a comparación, aplica las reglas de conflicto dictadas para las obligaciones contractuales, es decir, se admite el juego de la autonomía de la voluntad.

Tal es el principio seguido por los *Tribunales alemanes*, cuyo Tribunal federal de trabajo, en las sentencias de 9 y 13 de mayo de 1959, invocó el derecho internacional común de los contratos, y ello porque en derecho alemán no existe una norma de conflicto escrita que precise la ley aplicable al contrato, con lo cual hay que remitirse al derecho consuetudinario que sigue el principio de la autonomía de la voluntad. En general, la jurisprudencia alemana sigue este principio y en ausencia de elección expresa, investiga la voluntad implícita de las partes (17).

En *Gran Bretaña* se sigue el mismo principio: elección por las partes de la «proper law of the contract» y, en defecto de tal designación expresa o implícita, investigación por el juez de la ley que presenta más vínculos con el contrato, es decir, la que por esta razón habría elegido un contratante «razonable» (18).

En *Francia*, en numerosas sentencias de tribunales inferiores se establece claramente la competencia de la ley indicada por las partes. La *Cour de Cassa-*

(16) En la regulación del accidente de trabajo se ha pasado de la concepción tradicional de la responsabilidad basada en la culpa, a la noción de la llamada responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva, que excluye todo elemento intencional. Ello ha dado lugar a que cada vez se vaya dando más importancia a las consecuencias padecidas que a las causas que pudieron motivarlas. La evolución se orienta en el sentido de sustituir la responsabilidad individualizada de cada empresario por una asunción de los riesgos por la sociedad, de tal forma que la reparación recaería sobre instituciones que le darían un auténtico carácter de social. Para una teoría general, véase P. PIC: *Législation industrielle*, París (A. ROUSSEAU), 1902, págs. 748 y sigs. En lo referente al Derecho español, cfr. M. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (IEP), 1970, págs. 74 y sigs., y B. CREMADES: *La responsabilidad empresarial derivada del accidente de trabajo*, RPS, 1970, número 88, págs. 31 y sigs.

(17) F. GAMILLSCHEG: «Les principes du Droit du travail international», en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1961, pág. 297.

(18) M. S. DEPTRE, op. cit., pág. 297.

tion nunca se ha pronunciado expresamente sobre el problema, sin embargo, en una sentencia rechazó el recurso contra la decisión de un tribunal que había admitido que un francés, al emplearse en una Compañía de ferrocarriles española se había sometido implícitamente a las normas estatutarias de este organismo (19).

En Italia, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 12-3-1934, excluyó de modo absoluto la posibilidad de que las partes se refiriesen a una ley distinta de la italiana cuando el trabajo debiera ejecutarse en Italia (20). Esta sentencia se basaba en la legislación corporativa entonces vigente en Derecho del Trabajo, la cual determinaba el carácter de derecho público de tales normas y su inderogabilidad aunque el contrato hubiera sido celebrado fuera de Italia o aunque las partes fueran extranjeras si el trabajo debía ser ejecutado en Italia. Desde la derogación de la legislación corporativa únicamente hay algunas sentencias procedentes de Tribunales de la Primera instancia. La tendencia que se puede deducir de ellas es la siguiente: si el trabajo ha de ser ejecutado en el extranjero, se aplican las reglas de conflicto valederas para las obligaciones contractuales. Si el trabajo ha de ser ejecutado en Italia, prevalece la legislación italiana, considerada como de aplicación exclusiva, invocándose con tal fin el orden público internacional, incorrectamente en nuestra opinión, como veremos más adelante.

En España, hay que resaltar la escasez de sentencias en materia de Derecho internacional privado del trabajo. Para orientarse en la materia conviene tener presente el marcado carácter intervencionista que inspira la legislación laboral española, carácter expresado en dos principios:

1) Principio de territorialidad. Cualquiera que sea la significación atribuible a este carácter territorial (derecho público, derecho imperativo, de orden público...), lo cierto es que del mismo deriva una obligatoriedad de las normas sólo limitada *rationae territorii*.

2) Principio de inderogabilidad (20 bis). (Cf. a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 30-4-1963, Aranzadi, número 2.405) (21).

Pese a esa caracterización predominantemente imperativa que tiene la legislación laboral española, cabe afirmar que, hoy por hoy, el contrato de trabajo

---

(19) *Revue Critique...*, 1924, pag. 277.

(20) *Rivista di Diritto Internazionale*, Milán, 1934, pág. 557.

(20 bis) V. M. ALONSO OLEA: *La aplicación del Derecho del Trabajo* (Conferencia pronunciada ante la V Asamblea de Delegados Provinciales de Trabajo, en Madrid, el 5 de mayo de 1970), Madrid (MT), 1970.

(21) E. PECOURT: «Notas» a esta sentencia, en *Revista española de Derecho Internacional*, 1965, págs. 53 a 57.

en el que hay algún elemento personal, real o formal vinculado con un ordenamiento extranjero, escapa al influjo de una normatividad exclusivamente territorial. De no ser así no se explicarían sentencias tales como las del Tribunal Supremo de 15-4-1968 (Aranzadi, número 1784) y 15-6-1968 (Aranzadi número 2731), en las que el Alto Tribunal, admite la posibilidad de un conflicto de leyes, conflicto que nunca cabe en materia de disposiciones en las que impera un criterio de territorialidad (normas inmediatamente aplicables), en cuya virtud los Tribunales aplican siempre las leyes de su propio Estado, y nunca las de un país extranjero. En estos casos el único problema es el determinar el campo de aplicación de las leyes en el espacio.

La *doctrina* ha tratado de separarse de las soluciones del Derecho Internacional común en materia de contratos, buscando soluciones particulares que condujeran a la aplicación de la *lex fori* al trabajo realizado en el país del foro.

La justificación que para ello se aduce es incierta: se dice que el Derecho del Trabajo es materia de orden público. El orden público en este caso no es considerado como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, sino que cumple una función positiva que implica la aplicación de una regla dada. Esta tesis es excesiva, el orden público, por la función que le es propia: actuar como cláusula de salvaguardia, no excluye nunca *a priori* la aplicación del derecho extranjero en su conjunto, sino únicamente disposiciones concretas de éste (22).

Otra de las justificaciones propuestas ha sido la de que el Derecho del Trabajo está constituido indivisiblemente de derecho privado y de derecho público de manera que la aplicación del derecho público del lugar de trabajo implica, asimismo, la aplicación del derecho privado. Ha sido, sobre todo, la doctrina italiana de la época en que estaba en vigor la legislación corporativa, la que la ha sostenido, afirmando, además, que la existencia de convenios colectivos de trabajo lleva a someter necesariamente a la ley territorial los contratos individuales concluidos en la materia del ámbito de aplicación de los mismos (23).

El carácter de derecho público de la legislación de trabajo haría salir el contrato de trabajo del ámbito de las relaciones contractuales y la regla de conflicto sería, en consecuencia, la misma que se aplica a las relaciones de derecho administrativo y fiscal; competencia exclusiva en el interior de las fronteras del Estado y competencia estrictamente territorial.

Esta postura doctrinal presenta el inconveniente de actuar unilateralmente en provecho de la *lex fori*, desnaturalizando el contrato, especialmente si se

(22) F. GAMILLSCHEG, *op. cit.*, pág. 278.

(23) V. BALDONI: «Il contratto di lavoro nel Diritto internazionale privato italiano», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1932, pág. 346.

tiene en cuenta que, en principio, existen criterios que permiten discernir lo que en Derecho del Trabajo es materia de derecho público y de derecho privado.

Otras veces se ha criticado la aplicación de las normas generales del Derecho internacional de los contratos haciendo alusión a la naturaleza particular de la relación de trabajo, la cual presenta rasgos que la aproximan a las relaciones jurídicas *intuitu personae*. En suma, que el propósito de la reglamentación laboral sería la protección del trabajador.

Este argumento evoca la idea de que sólo la *lex fori* protege convenientemente al trabajador y que tal no sería el caso de un derecho extranjero eventualmente aplicable en virtud de una elección expresa o implícita o de otra regla de conflicto. Esta presunción carece de fundamento, aunque la *lex fori* reconozca en materia laboral un derecho que ignore la ley normalmente competente para regular el contrato, no siempre será equitativo aplicar la primera, puesto que no se deben considerar aisladamente las ventajas reconocidas por cada ordenamiento. Así, se puede citar, por ejemplo, la indemnización por antigüedad que el derecho italiano impone al dador de trabajo en caso de despido. Tal indemnización puede ser desconocida en otros ordenamientos. Ello no debiera ser razón suficiente para dar preferencia a la aplicación del derecho italiano afirmando su carácter especialmente protector, sino que debería tenerse en cuenta todas las prestaciones —especialmente los salarios— recibidos por el interesado a lo largo de la duración del contrato y que pueden haber cubierto ampliamente el riesgo de despido (24).

El carácter más favorable de un determinado ordenamiento no es suficiente por sí mismo para justificar la aplicación de la *lex fori*. Únicamente la noción de orden público, entendida como cláusula de salvaguardia, puede invocarse con este fin si el derecho efectivamente aplicable es, en efecto, injusto, retrasado o desprovisto de preocupaciones sociales.

Junto a las opiniones anteriormente expuestas, destaca la de los autores que estiman que la imposición de una determinada ley por exigencias del derecho público o del orden público del foro, no llega a absorber completamente la autonomía de la voluntad, la cual puede subsistir en la medida en que el derecho interno admita la posibilidad de que los interesados puedan elegir entre varias leyes la que haya de regir su relación. Ante el silencio de las partes, el problema de cuál sea la ley aplicable se resuelve fácilmente si se presume que éstas han querido someter su negocio jurídico a la competencia de la ley

---

(24) GAMILLSCHLEG, op. cit., pág. 281.

del país de la que determinadas disposiciones les van a ser aplicables imperativamente. Pero se puede admitir una cláusula en sentido contrario si el contrato de trabajo presenta algún vínculo con un ordenamiento extranjero (25).

### III

#### LAS POSIBLES SOLUCIONES

Una vez consideradas las fuentes de que disponemos para el estudio del problema que nos ocupa, las soluciones a los diferentes aspectos del mismo podrían ser las siguientes :

##### A) EN LO REFERENTE A LA REGLAMENTACIÓN ADMINISTRATIVA DEL TRABAJO

Comprendería las materias relativas a la higiene y seguridad del trabajo, a la duración del mismo, al trabajo de la mujer y de los menores, al trabajo nocturno...

La jurisprudencia de los diferentes países que se prestan a comparación coincide en afirmar la competencia imperativa de la *lex loci executionis* por considerar a tales disposiciones como normas de orden público, de policía o de seguridad. La misma solución se aplica en lo referente al régimen de salarios (cuantía mínima, inembargabilidad...).

Otras materias, como por ejemplo el despido, reciben una solución diferente según el país donde se plantea la cuestión : así, en Alemania es considerado materia de derecho privado (26), mientras que en Italia es objeto de reglamentación administrativa (27).

---

(25) H. BATIFFOL : «Droit international privé», en *Librairie générale de Droit et de Jurisprudence*, París, 1967, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 631. En el mismo sentido, cfr. E. RABEL : *The conflicts of laws, A comparative study*, Chicago (Callaghan), 1950, vol 3.<sup>o</sup>, pág. 193, A. ROUAST : «Les conflits de lois relatifs au contrat de travail», en *Mélanges Pillet*, París (Sirey), 1929, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 196-197.

(26) A. HUECK y H. C. NIPPERDEY : op. cit., págs. 187-188. Ello sin perjuicio de la existencia de ciertos límites establecidos por normas imperativas, aplicables a determinados grupos profesionales.

(27) R. BALZARINI : «Il contratti individuali de lavoro», en *Trattato di Diritto del lavoro*, dirigido por V. BDRSI y F. PERGOLESI, Padua (CEDAM), 1958, vol. II, pág. 263, nota 4.

## B) EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO

El contrato de trabajo, pese al creciente en la regulación de su contenido, no ha perdido su naturaleza de negocio de derecho privado, sometido, en consecuencia, a las reglas de conflicto aplicables a las relaciones contractuales.

El medio técnico utilizado por la norma de conflicto para la designación de la ley material aplicable es la relación con que las personas, las cosas o los actos se encuentran con un determinado ordenamiento. Esta relación ha sido denominada «punto de conexión».

En la medida en que las partes hayan designado la ley que debe regular su relación no se planteará mayor problema en cuanto que tal ley designe los puntos de conexión que impongan la legislación competente. Pero cuando tal elección expresa no exista habrá de realizarse una labor de subsunción para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato, tratando de descubrir los indicios de una voluntad tácita o presunta.

En principio, pueden ser tenidos en cuenta todos los puntos de conexión que se aplican en materia contractual. Sin embargo, uno de ellos juega un papel preponderante hoy en día: el lugar de ejecución del contrato. Dada la importante función que el mismo desempeña para determinar la ley aplicable a la reglamentación administrativa del trabajo, es el argumento principal invocado para preconizar la aplicación al contrato de trabajo de la *lex loci executionis*, pues de este modo se evitan las dificultades de la determinación de las materias dejadas a la autonomía de la voluntad y las restantes. Otros motivos a tener en cuenta serían: la uniformidad de tratamiento de los asalariados y la mayor facilidad para conocer la ley aplicable. Por todo ello, un sector importante de la doctrina lo propone como punto de conexión preponderante (28).

Las sentencias que han retenido este punto de conexión son numerosas: así ha sucedido en la *jurisprudencia alemana*, si bien hay que decir que, a menudo, el lugar de ejecución del trabajo coincidía con el lugar de la sede de la empresa (29). La conexión no quedaba alterada en ningún caso por el hecho de que el dador de trabajo fuera el Estado, una autoridad administrativa o una persona moral de derecho público.

En la *jurisprudencia francesa*, la *Cour de Paris* y la *Cour de Cassation* en

---

(28) Cf. BATIFFOL: op. cit., n.º 580. NEUMEYER, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, París-Bruselas (Falk-A. Pedone), 1936, t. 39, vol. I, pág. 440. Es también el punto de conexión retenido por los autores que propugnan la sumisión del contrato de trabajo a una legislación imperativa: J. P. NIBOYET, *Traité de Droit International privé français*, París (Sirey), 1947, t. IV, n.º 1.126, págs. 109-112.

(29) GAMILLSCHEG: op. cit., pág. 273.

dos sentencias ya antiguas, aplicaron el derecho nacional común de las partes que era, al mismo tiempo, la *lex loci contractus* (30). La *Cour de Cassation* ha admitido finalmente en una sentencia de 9-11-1959 (31), que, en principio, es aplicable al contrato de trabajo la ley del lugar de su ejecución.

La misma solución es aplicada por los Tribunales suizos, belgas, holandeses y anglosajones (32).

En *Italia*, la jurisprudencia se ha visto obligada a considerar, en contra de la letra del artículo 25 de las *disposizioni preliminari*, el lugar de ejecución del trabajo como punto de conexión preponderante en el caso de que el contrato debiera ejecutarse en Italia y aunque las partes fueran extranjeras. Ello tuvo lugar durante la época fascista, dado que la organización del trabajo estaba regulada por principios autoritarios de derecho público (33).

Después de la guerra, algunas sentencias han aplicado esta misma solución. Sin embargo, las reglas del Derecho Internacional privado de los contratos fueron aplicadas algunas veces al trabajo ejecutado en el extranjero (34).

La *jurisprudencia austríaca* aplica rigurosamente los artículos 36 y 37 del Código civil general ya citados anteriormente, y que toman como punto de conexión preponderante el lugar de conclusión del contrato. El lugar de ejecución del contrato, en estas condiciones, pierde su significación como punto de contacto.

En general, el lugar de conclusión del contrato como punto de conexión, a pesar de haber sido retenido por un cierto número de sentencias de diferentes países (35), no goza del favor de un importante sector de la doctrina, criticándosele su carácter aleatorio (36).

En cuanto a la *jurisprudencia española*, pese a ser muy escasa, parece dispuesta a la admisión del lugar de ejecución del contrato como punto de conexión subsidiario y en cuanto manifestación del derecho consuetudinario internacional (37).

(30) *Journal de Droit International Privé* (Clunet), París, 1896, pág. 371, y *Revue Critique de Droit International Privé*, 1921, pág. 501, respectivamente.

(31) *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, pág. 566, nota de M. S. Depitre.

(32) GAMILLSCHEG: op. cit., pág. 276, nota 7.

(33) *Rivista di diritto internazionale*, 1934, pág. 557, nota Baldoni a la sentencia del Tribunal de Casación de 12-V-1939.

(34) Sentencia del Tribunal de Apelación de Roma de 29-VII-1955, en *Rivista di diritto del lavoro*, 1955, pág. 519.

(35) V. las sentencias citadas por RABEL: Op. cit., págs. 184-185.

(36) Cf. RABEL: Op. cit., pág. 185. BATTIFFOL: Op. cit., n.º 82.

(37) G. BAYÓN CHACÓN, E. PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid (M. Pons), 1969-70, 8.ª ed., pág. 274.

C) EN LO REFERENTE AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL CONTRATO

a) *La capacidad.*—Para celebrar el contrato y la forma del mismo dependen de puntos de conexión independientes. En lo que se refiere a la primera, la mayor parte de las legislaciones la someten a reglas especiales. Ello no obstante, la capacidad es materia de *estatuto personal* (sujeto a ley nacional en los países continentales de Europa Occidental; a la ley del domicilio en los países anglosajones y a la *lex loci actus* en EE. UU.)

Las reglas especiales están constituidas por las normas de derecho público, las reglas de policía o el orden público del foro.

En *Alemania*, la ley aplicable a la capacidad es la ley nacional del individuo incluso en el caso de que la ley alemana no los considere capaces. Ahora bien, si el contrato se celebra en Alemania, el extranjero incapaz según su ley nacional puede obligarse válidamente si la ley alemana lo considera capaz (artículo 7.º, párrafo 3.º EGBGB).

El *derecho italiano* incluye una norma análoga a la del derecho alemán (artículo 17 de las *disposizioni preliminari*).

Tales disposiciones son aplicaciones al campo laboral del principio que por primera vez desarrolló la jurisprudencia francesa en el *asunto Lizardi*.

El *Derecho francés* sigue el principio de la nacionalidad, pero el atenuante en favor de la seguridad jurídica no juega más que en el caso de que la otra parte actúe de buena fe. La edad mínima para poder trabajar no depende de la ley que rige la capacidad, ni constituye una incapacidad especial, sino que depende del Derecho público de la reglamentación del trabajo. Cuando en Francia no se autoriza el trabajo de un niño no es porque no tenga capacidad para celebrar un contrato de trabajo sino porque el trabajo de los niños es objeto de una prohibición de Derecho público que se impone también a los extranjeros, sea cual sea su estatuto personal (38).

Las disposiciones que limitan la capacidad de la mujer casada dependen de la ley que regula los efectos personales del matrimonio y no de la que rige la capacidad. Sin embargo, la excepción en favor de la seguridad jurídica juega en las mismas condiciones que en materia de capacidad.

b) *La forma.*—Todas las legislaciones admiten la regla *locus regit actum*, pero si la ley del foro exige el cumplimiento de algún requisito especial de forma, ésta deberá ser satisfecha.

En *Alemania* la legislación positiva no exige una forma especial para el con-

---

(38) F. GAMILLSCHEG: *Op. cit.*, pág. 289.



trato de trabajo. Una excepción a este régimen lo constituye, por ejemplo, el artículo 126 del Código civil, que exige el contrato escrito bajo pena de nulidad siempre que el contrato de trabajo se concierte por más de seis meses o se paguen salarios en especie.

En *Italia* domina el sistema de libertad con obligación de forma escrita para el contrato de servicio doméstico (artículo 2.241 del Código civil), para el contrato de prueba (artículo 2.096), y para el celebrado por tiempo fijo, bajo nulidad del plazo establecido si no se consignó por escrito.

En *Francia*, el artículo 19 del Libro 1.º del Código de Trabajo dice que el contrato de trabajo está sometido a las reglas del Derecho común y puede ser constatado en las formas que convenga adoptar a las partes contratantes.

En *España*, el régimen legal es eminentemente aformalista, así, el artículo 3.º de la Ley de Contrato de Trabajo, establece: «El contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da el trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal...», es decir, para que haya contrato de trabajo, basta que exista un trabajo que constituya objeto normal del contrato. Y en aquellos casos en que la ley establece la forma escrita para ciertos contratos —así, el artículo 14 de la Ley de Contrato del Trabajo dice que los contratos deberán constar por escrito en los casos que así lo dispongan las normas legales de trabajo, cuando lo exija una de las partes o cuando se trata de un contrato de grupo— los requisitos de forma no son constitutivos y no determinan, por tanto, ni la nulidad ni la anulabilidad del contrato (excepto en el caso del contrato de aprendizaje) (39).

c) *En lo referente a las condiciones de existencia y de validez del contrato.*—Parece lógico que únicamente la ley del lugar de ejecución del contrato, y la *lex fori*, en la medida en que lo requiera el orden público, serán competentes para decidir sobre las mismas, ya que, de hecho, lo que disponga cualquier otra ley aparentemente conectada con la relación, carecerá de trascendencia (40).

Cuando por alguna razón el contrato es declarado inexistente o nulo al trabajador, la mayor parte de los casos, se le suelen reconocer ciertos derechos que

(39) G. BAYÓN CHACÓN: «Los problemas de forma en el contrato de trabajo», *Revista de Derecho Privado*, abril 1955, pág. 338.

(40) En un sentido diferente cf. NIBOYET: *Op. cit.*, t. V, pág. 541, quien considera que deben ser tenidas en cuenta igualmente las leyes de policía del lugar de conclusión del contrato. No compartimos esta opinión, pues ya estudiaremos más adelante las dificultades que ello presenta en la práctica. El derecho anglo-sajón, por su parte, no reconoce la validez de un contrato más que si es admitida por el derecho del país de su ejecución: DICEY, KAHN - FREUND: *Conflicts of laws*, 7.ª ed., 1958, págs. 788 y ss., apud GAMILLS-CHEG: *Op. cit.*, pág. 480, nota 1.

corresponden al trabajo efectivamente realizado. Tanto si se considera que el fundamento de tales derechos se encuentra en la teoría del enriquecimiento sin causa o en el solo hecho de la prestación del trabajo, la ley competente para determinarlos debe ser la llamada a regir el fondo del contrato.

d) *En lo referente al contenido y a los efectos del contrato.*—La tendencia contemporánea de las diversas legislaciones internas se orienta en el sentido no de favorecer la autonomía individual en cuanto a la concreción de los efectos perseguidos al celebrar un determinado negocio jurídico, sino de reglamentar cada vez más estrechamente numerosos contratos de los que el de trabajo es un ejemplo típico. Esta orientación no podía dejar de repercutir en el Derecho Internacional privado.

Este carácter regresivo de la autonomía de la voluntad determina el que queden excluidos de su ámbito numerosos aspectos del contenido de la relación jurídica laboral, al venir predeterminados por vía legal.

Las causas de *extinción del contrato*, por regla general dependen de la ley del contrato, pero algunas legislaciones establecen ciertas excepciones para determinadas formas de extinción que son sometidas imperativamente a la *lex fori*. Así, en Alemania por ejemplo, las disposiciones relativas a los despidos por crisis y a las licencias por maternidad.

En caso de *despido improcedente*, algunos autores han considerado que se trata de un acto ilícito que determina la competencia de la *lex loci delicti* (41), pero la mayor parte de la doctrina estima que la indemnización de daños y perjuicios que tal despido ocasiona debe regirse por la ley que regula la prestación en la que tienen su origen, es decir, por la ley que rige el fondo del contrato (42).

En materia de *duración del contrato*, la mayor parte de las legislaciones prohíben que tenga carácter vitalicio, o bien fijan un plazo máximo de duración a cuya expiración el trabajador podrá dar por terminado el contrato. Tales disposiciones dependen de la ley que rige el fondo del contrato, bajo reserva de la eventual intervención del orden público del foro contra un contrato que se considera de duración inadmisibile.

Respecto de una defendible intervención de la ley nacional del trabajador en

---

(41) ROUAST: Op. cit., t. I, pág. 480.

(42) BATIFFOL: *Les conflits de lois en matière de contrats*, París (Sirey), 1938, n.º 500: «...les dommages-intérêts sont substitués à l'obligation primitive; prenant sa place, ils doivent, en bonne logique comme en équité être soumis au même régime, c'est à dire à la même loi...»

base a su carácter protector, baste recordar lo anteriormente dicho: salvo prueba en contrario debe presumirse que todas las legislaciones aseguran, en proporciones similares, una protección suficiente.

#### D) CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL «STATUS» DE LOS CRIADOS PARTICULARES

Es conveniente hacer una referencia especial a esta materia porque, en cuanto que son servidores domésticos y, muchas veces, realizan el mismo trabajo que el personal de servicio y en el mismo lugar, podría pensarse en una posible confusión de sus regímenes jurídicos; confusión que no dejaría de tener trascendencia, ya que el hecho de que un servidor doméstico sea contratado por un patrono o por un «amo de casa» puede determinar, según legislaciones, su inclusión o exclusión del ámbito de aplicación de las normas laborales (43) o, cuando menos, un régimen jurídico diferente (44).

Sin embargo, en la práctica tal confusión será bastante improbable desde el distinto régimen jurídico que para unos y otros establece el Convenio de Viena:

A) El personal de servicio forma parte de los miembros de la misión; el criado particular, no (art. 1.º, b y c).

B) Por el distinto régimen de inmunidades.

a) El art. 10 del Convenio de Viena establece: «Se notificará al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido del Estado receptor:

a') El nombramiento de los miembros de la misión, su llegada y su salida definitiva o la terminación de sus funciones...

c') La llegada y salida definitiva de los criados particulares al servicio de las personas a que se refiere el inciso a) de este artículo.

d') La contratación y el despido de personas residentes en el Estado receptor, como miembros de la misión o criados particulares que tengan derecho a privilegios e inmunidades.»

---

(43) Así, en España, el art. 2, c) de la LCT, dispone: «No están comprendidos en la regulación del contrato establecido por esta ley... el servicio doméstico, entendiéndose por tal el que se presta mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella, y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga ánimo de lucro...».

(44) En Italia, el servicio doméstico está regulado como un contrato especial de trabajo por los arts. 2.240 a 2.246 del Código Civil, y por la Ley de 2-IV-1958, n.º 339.

b) El art. 37, 3.º, del Convenio de Viena dispone: «Los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente gozarán de inmunidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciben por sus servicios y de la exención que figura en el art. 33 (exención de la legislación de Seguridad Social del Estado receptor)...»

El párrafo 4.º del mismo art. dispone: «Los criados particulares de los miembros de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él su residencia permanente estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios. A otros respectos, sólo gozarán de privilegios e inmunidades en la medida reconocida por dicho Estado. No obstante, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.» De hecho, teniendo en cuenta que están bajo el control del Estado receptor, podrán ser expulsados, si llega el caso, como cualquier extranjero. Esto no puede ocurrir con el personal de servicio, dado su régimen de nombramiento. El Estado receptor tendrá que declararle *persona non grata* como miembro de la misión que es.

Respecto de los privilegios e inmunidades, tanto del personal de servicio como de los criados particulares, que sean nacionales del Estado receptor o que tengan en él su residencia permanente, ante el silencio del Convenio habrá que atenerse a lo que disponga la legislación del Estado receptor.

En resumen, cabe decir que para determinar cuál sea el *status* del criado particular habrá de llevarse a cabo el mismo proceso que hemos estudiado, pero lo determinante para someterlo o no a las normas laborales será la calificación que del mismo haga la legislación del foro.

En *Alemania*, los trabajadores domésticos están incluidos en el ámbito de aplicación de las normas laborales, considerándoseles como un trabajador más (45).

En *Italia*, la relación de servicio doméstico es considerada como un contrato especial de trabajo, con una regulación específica, excluido de la reglamentación por Convenios colectivos (46).

En *Francia*, no existe inclusión ni exclusión expresa; pero la Ley de 11-II-1950 sobre Convenios colectivos extendió el ámbito de aplicación de sus normas a los servidores domésticos (47).

---

(45) A. HUECK y H. C. NIPPERDEY: Op. cit., pág. 65.

(46) R. BALZARINI: Op. cit., vol. II, pág. 405.

(47) J. RIVERO y J. SAVATIER: *Droit du travail*, París (P.U.F.), 1956, pág. 228. De

Por tanto, las soluciones propugnadas por algunos autores: aplicación de la Ley nacional del cabeza de familia «dado el carácter esencialmente familiar de la relación» (48), o la aplicación de una *lex laboris specialis*, ya sea ésta la anteriormente citada o la Ley nacional común en el caso «de que el servidor doméstico se traslade con la familia a la que preste sus servicios a un país en el que el derecho del trabajo esté aún poco desarrollado» (49), son únicamente construcciones teóricas que carecerán de trascendencia en tanto en cuanto no se hallen recogidas por la legislación que puede resultar aplicable.

#### IV

### REGIMEN INTERNACIONAL DE LAS NORMAS LABORALES DE DERECHO NECESARIO

Una vez examinados estos problemas, se plantea la cuestión de determinar el régimen internacional de las normas laborales consideradas como de derecho necesario y, por tanto, inderogables, por un determinado ordenamiento jurídico que puede resultar competente para regir la relación jurídico-laboral.

En derecho interno, la concurrencia de estas normas con las de carácter dispositivo no plantea excesivos problemas, pues la armonía entre las mismas es resuelta por el legislador. Pero cuando la relación de trabajo presenta algún elemento conectado con un derecho extranjero, las normas que pueden aplicarse proceden de diversos orígenes y la regulación de su compatibilidad puede presentar dificultades. Este es el problema del que nos vamos a ocupar seguidamente.

Cuando el contrato de trabajo es ejecutado en el país del foro, puede resultar aplicable en cuanto ley de contrato el propio derecho interno o bien un derecho extranjero. En el primer caso no habrá mayor problema, puesto que la jerarquía interna de normas será la que regulará la concurrencia del derecho imperativo y del derecho dispositivo en materia laboral. Pero en el caso de que para regular el contrato de trabajo sea competente una ley extranjera se plantearán

---

hecho, la extensión de los convenios colectivos a estos trabajadores planteaba problemas, dada la inexistencia de agrupaciones de dadores de trabajo. Ello no obstante, se celebró un convenio colectivo por los trabajadores del Sena, el cual fue convertido en obligatorio por una disposición legislativa de 12-X-1955. CAMERLYNCK: *Cours de Droit du travail*, París (Les cours de droit), 1959-60, pág. 387.

(48) ROUAST: Op. cit., pág. 204.

(49) I. SZÁSZY: *International Labour Law*, Leyden (Sijthoff), 1968, pág. 125.

dos cuestiones: a) incidencia del derecho imperativo del foro sobre la relación jurídico-laboral ejecutada en el país del foro y sometida a la competencia de un derecho extranjero, y b) posible transcendencia del derecho imperativo extranjero estimado competente para regular el contrato de trabajo.

a) En tal caso, las normas de derecho del foro se aplicarán imperativamente. Los derechos irrenunciables que la ley imperativa del foro reconoce a los trabajadores son susceptibles de ser reclamados por el trabajador extranjero, aunque tales derechos sean desconocidos por la ley extranjera competente para regular el contrato. Es cierto que, a veces, los extranjeros están sometidos a un régimen especial en lo referente a ciertos derechos, pero ello no constituye una excepción a la regla, sino que es una cuestión de derecho material de condición de extranjeros.

Esta imposición de las normas de derecho necesario del foro se justifica por la unidad necesaria del orden jurídico: las leyes están dictadas en interés de la sociedad y, por ello, todo hecho que entra en su campo de aplicación debe ser regido por ellas (50).

b) El derecho imperativo del trabajo presenta un doble aspecto: por una parte, hace nacer derechos y obligaciones entre el trabajador y el patrono; por otra, dado que el origen de tales normas radica en el interés directo del Estado en la satisfacción de los mismos, se establece una relación jurídica entre éste y los primeros, de tal forma que tal relación jurídica es tripartita. En lo que se refiere a la relación entre el trabajador y el dador de trabajo, es fundamentalmente el derecho privado subyacente a las normas de derecho imperativo el que está en cuestión —sin que ello suponga menospreciar el interés del Estado en salvaguardar una determinada estructura socio-económica, y así, a veces, el incumplimiento de tales normas se reprime mediante una sanción de tipo administrativo e incluso penal—. El otro aspecto de la relación podría calificarse de «pura relación de derecho público», en cuanto que el interés del Estado pasa a ocupar el primer plano (tal sería el caso de una disposición prohibiendo la huelga). En todo caso, el juez del foro, al encontrarse con una disposición extranjera que debe aplicar porque así lo determina una norma de conflicto o una disposición imperativa, debe calificarla, es decir, incluirla en una determinada categoría jurídica, y ello lo lleva a cabo según los conceptos jurídicos del foro. O sea, decidirá de la naturaleza imperativa o dispositiva del derecho extranjero según sus propias concepciones y no según las del derecho extranjero en causa. Únicamente aplicará el derecho extranjero en causa en la medida en que se lo permita su propio derecho, es decir, en la medida en que el derecho

---

(50) BATIFFOL: *Droit International Privé*, pág. 287.

extranjero de que se trate sea considerado materia dispositiva por el derecho del foro, puesto que en cuanto lo considere derecho imperativo estará aplicando directamente su propio derecho. El juez del foro raramente toma en consideración el derecho imperativo extranjero en cuanto tal: puede ocurrir que, aparentemente, tome en consideración una ley extranjera de policía o seguridad, o que aplique disposiciones extranjeras que pretenden salvaguardar intereses que igualmente se consideren dignos de tutela por la mayor parte de los derechos positivos (así, las disposiciones sobre el trabajo de las mujeres y niños, sobre la seguridad en el trabajo, sobre protección de maternidad...), pero cuando hace tal cosa se debe exclusivamente a una de las dos razones siguientes: o bien porque considera que el derecho extranjero es materia de Derecho privado, o porque encuentra en él un interés público cuya tutela le viene impuesta imperativamente por su propio derecho, con lo cual lo que hace es aplicar su propio derecho imperativo.

Puede ocurrir que el juez se encuentre con normas extranjeras de derecho imperativo (según la *lex causae* y sin que ello signifique prejuzgar su calificación por el juez del foro), de carácter extraño o desconocidas por el derecho del foro: así una disposición que prohibiera introducir bebidas alcohólicas en el lugar de trabajo, o que obligara al patrono a seguir pagando el salario en caso de huelga...; en tales casos puede ser que el derecho del foro las aplique como materia de derecho privado, dando relevancia a la voluntad de las partes en cuanto ley del contrato, pero también es posible que las excluya por considerarlas excesivas o desprovistas de fundamento. Tal sería el caso, por citar un ejemplo, de una disposición que prohibiera que en un mismo local trabajen hombres y mujeres...

## V

### PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACION DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

El presente estudio quedaría incompleto si no tratáramos de examinar algunos aspectos del derecho de la Seguridad Social en cuanto legislación que puede ser aplicable. Esta materia en la mayor parte de los países está evolucionando de forma rápida y profunda. Se plantea la cuestión de cuál sea su naturaleza, se discute hasta qué punto puede incluirse en el ámbito del conflicto de leyes o si los problemas a que da lugar se resuelven exclusivamente mediante las normas de condición de extranjeros..., en todo caso, las reglas de Derecho internacional en este campo están todavía en proceso de formación.

La tendencia expansiva de la Seguridad Social ha dado lugar a un doble proceso de desarrollo: junto al proceso de ampliación de su ámbito de aplicación personal que tiende a incluir a todos aquellos que realizan un trabajo, se encuentren o no vinculados por un contrato de trabajo, se va evolucionando hacia la superación de criterios nacionalistas, por una parte, procurándose la protección de los extranjeros emigrados, y territorialistas, por otra, extendiéndose sus beneficios a los nacionales emigrantes. En cuanto que algunos de los miembros del personal que presta sus servicios en las Embajadas españolas en el extranjero pueden encontrarse en alguna de tales situaciones, se plantean delicados problemas relacionados con los privilegios e inmunidades diplomáticas.

El problema fundamental es el de determinar si la legislación nacional de seguridad social puede aplicarse a las misiones diplomáticas extranjeras. Es decir, si éstas podrán prevalerse de sus privilegios e inmunidades para sustraerse al cumplimiento de las disposiciones internas de seguridad social, especialmente al pago de las cuotas que pudieran corresponderles por sí mismas —en cuanto dadores de trabajo— o por el personal que en ellas presta sus servicios.

#### I. EL PROBLEMA EN EL DERECHO INTERNO

En algunos Estados, por ejemplo en Francia y Gran Bretaña, la legislación no contiene disposición alguna de la que pueda deducirse la inclusión o exclusión al respecto. Sin embargo, de hecho, la Embajada de Brasil en el Reino Unido abona al «National Health Insurance» las cotizaciones del seguro nacional de enfermedad de todos los ingleses a quienes emplea (51). En la URRS, dado que la legislación establece que las cuotas por los seguros sociales, que son obligatorias, deben ser satisfechas totalmente por el dador de trabajo, cuando una misión diplomática extranjera contrata a un nacional de la Unión Soviética en el contrato de trabajo se inserta una cláusula especial por la que la misión se compromete a abonar la cuota de sus seguros sociales (52). Podrá pensarse que, en la práctica, dada la inmunidad de jurisdicción de que gozan los agentes diplomáticos, la sanción por el incumplimiento de tal obligación quedará en suspenso. Esto es exacto, pero no se olvide que el Estado de residencia dispone de medios jurídicos adecuados para poner fin a tales irregularidades. En efecto, las repetidas infracciones a las disposiciones del derecho interno, puede dar lugar a que el Estado ante el que se halla acreditada la misión diplomática, de-

---

(51) *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1957, vol. I, pág. 127.

(52) *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1957, pág. 128.



clare «persona non grata» al autor de tales arbitrariedades, lo que consiguientemente determinará la retirada del mismo por el Estado acreditante (art. 9.º del Convenio de Viena anteriormente citado). Ello se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que el nombramiento y la presencia de los representantes del Estado acreditante en el Estado de residencia se basa en el acuerdo de ambos.

Otros Estados han establecido disposiciones expresas que excluyen del ámbito de aplicación de sus normas de seguridad social a los extranjeros empleados por una misión diplomática. A saber: el artículo 5.º de la *Ley austríaca de 9-IX-1955, sobre seguros sociales*; el artículo 41 de la *Ley búlgara de 17-I-1949, sobre seguros sociales*; el artículo 5.º de la *Ley checoslovaca de 30-XI-1956, sobre el seguro de enfermedad*; el artículo 4.º de la *Ley griega de 14-VI-1951, sobre seguros sociales*; el artículo 32 de la *Ley húngara de 31-XII-1959, sobre el seguro de enfermedad*; el artículo 5.º de la *Ley polaca de 28-III-1933, sobre seguros sociales*; el artículo 2.º de la *Ley noruega de 2-III-1956, sobre el seguro de enfermedad*, y el artículo 15 de la *Ley yugoeslava de 24-XI-1954, sobre el seguro de enfermedad* (53).

Por su parte, la *Ley nicaragüense de 22-XII-1955, sobre seguros sociales*, excluye de su ámbito de aplicación a todas las personas que prestan sus servicios en las misiones diplomáticas, tanto si se trata de extranjeros como si poseen la nacionalidad del Estado local (54).

## 2. CONSIDERACIÓN DE LA CUESTIÓN POR LA O. I. T.

El problema que nos ocupa no podía dejar de atraer la atención de los órganos competentes de la O. I. T. Numerosos convenios en materia de seguros sociales no hacen discriminación entre extranjeros y nacionales. Tal es el caso del Convenio número 24 sobre el seguro de enfermedad (industria), de 1927, ratificado por numerosos países, entre ellos España (ratificación operada con fecha 24-IX-1932 —Gaceta de 4 de noviembre—).

Austria ratificó este convenio por la Ley de 9-IX-1955, anteriormente ci-

---

(53) PH. CAHIER: *Derecho diplomático contemporáneo*, Traducción y notas para la versión española de J. V. Torrente, M. Oreja y J. González Campos, Madrid (Rialp), 1965, pág. 404, nota 10. En la práctica Yugoslavia y Grecia siguen el sistema siguiente: todo el personal que presta sus servicios en las misiones diplomáticas y que posee la nacionalidad del Estado local, está obligado a título individual a pagar las cuotas de los seguros sociales, no sólo las suyas propias, sino también las correspondientes al dador de trabajo.

(54) *Ibid.*

tada, excluyendo de los beneficios de tal seguro «a los extranjeros que prestan sus servicios a patronos que gozan del privilegio de la extraterritorialidad...». La Comisión de aplicación de Convenios y recomendaciones en su 27.<sup>a</sup> sesión, celebrada del 1 al 13 de abril de 1957, examinó la compatibilidad de tal práctica con las disposiciones del Convenio, formulando a Austria una petición de información en los términos siguientes :

«La Commission a pris connaissance avec intérêt des informations fournies dans le rapport annuel sur les dispositions de la loi du 9-IX-1955, qui font porter effet à la Convention. Elle a noté qu'en vertu de l'article 5, 1, 9), de la loi, sont exclus du champ d'application de ce texte les salariés non ressortissants autrichiens qui travaillent pour des employeurs jouissant du privilège de l'exterritorialité et que la question de l'adaptation de cette disposition à la convention sera examinée. La Commission saurait gré au gouvernement de bien vouloir fournir, dans son prochain rapport, des précisions à cet égard, notamment sur la situation au regard de l'assurance des salariés qui sont ressortissants d'un pays tiers, c'est à dire qui ne sont ni nationaux autrichiens ni nationaux du pays jouissants du privilège de l'exterritorialité. La Commission souhaiterait aussi que le gouvernement indique si ces salariés rentrent dans l'une ou l'autre des exceptions prévues à l'article 2 de la convention et, un particulier, s'ils bénéficient «en vertu de lois ou de règlements ou d'un statut spécial, d'avantages au moins équivalents» à ceux qui son prévus par la Convention. Elle désirerait aussi savoir quel a été le résultat de l'examen de cette question par le gouvernement» (55).

Parece ser que la respuesta de Austria no fue demasiado satisfactoria, se limitó a poner de manifiesto las dificultades que planteaba la aplicación de su legislación nacional en materia de tales seguros a los trabajadores dependientes de patronos que gozan del privilegio de la extraterritorialidad. Sin embargo parece que la Comisión se dió por satisfecha, ya que se limitó a tomar nota de la respuesta austriaca, diciendo :

«Considérant que la question soulevée par le gouvernement dans son rapport en 1957 ne constitue qu'un problème d'importance pratique mineure, étant donné notamment le nombre relativement faible de personnes en question (en particulier les gens de maison) qui ne bénéficient pas d'avantage au moins équivalents; que cette question ne relève que de manière indirecte du droit du travail et des assurances sociales et ressortit plutôt au droit diplomatique puis qu'elle affecte les droits et les devoirs d'employeurs bénéficiant, du-

---

(55) Conférence internationale du travail, 40e. session: «Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations», Genève, 1957, pag. 51.

fait de leur statut particulier, du privilège de l'exterritorialité, la Commission estime qu'il ne semble approprié pour le moment que cette question soit soulevée dans le cadre de l'examen de l'application des conventions et recommandations de l'O. I. T. et elle continuera à suivre la question» (56).

Es decir, la Comisión estimó que tal problema excedía de su competencia y no consideró oportuno pronunciarse sobre el mismo (57).

El problema no se ha vuelto a plantear en el seno de la Comisión para la aplicación de convenios y recomendaciones. Sin embargo, se suscitó de nuevo con motivo de la preparación del Convenio número 118 sobre igualdad de trato (seguridad social) de 1962, cuyo artículo 10, párrafo 3.º dispone:

«La présente convention n'oblige aucun membre à appliquer ses dispositions aux personnes qui, en vertu d'instruments internationaux, sont exemptées de l'application des dispositions de sa législation nationale de sécurité sociale».

### 3. EXAMEN DEL PROBLEMA POR LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y POR LA CONFERENCIA DE VIENA SOBRE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

En la misma época otra Comisión se ocupó indirectamente del problema: la Comisión de Derecho Internacional en el marco del proyecto de Convenio sobre prerrogativas e inmunidades diplomáticas, dedicándole el artículo 31 (artículo 33 del Convenio) formulado en los términos siguientes que serían profundamente modificados por la Conferencia de Viena:

«El personal de la misión y los miembros de sus familias que forman parte de su casa, si no son nacionales del Estado receptor, estarán exentos de la legislación de seguridad social en vigor en dicho Estado, salvo en lo

---

(56) Conférence internationale du travail, 42e. session: «Rapport de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations», Genève, 1958, pág. 36.

(57) Cabría criticar a la Comisión la utilización de una terminología imprecisa: «employeur bénéficiant... du privilège de l'exterritorialité...», evidentemente, se está refiriendo a las personas que gozan de inmunidades diplomáticas, pero el término «extraterritorialidad» referido a las mismas no tiene ningún sentido. Pero especialmente es de lamentar que la Comisión haya eludido el planteamiento de la cuestión en los términos adecuados: «...cette question ne relève que de manière indirecte du droit du travail et des assurances sociales et ressortit plutôt au droit diplomatique...», evidentemente, el problema incidía en la cuestión de las inmunidades diplomáticas, pero difícilmente se podía afirmar la escasa trascendencia del mismo sobre el derecho del trabajo y de los seguros sociales, siendo así que se trataba de la aplicación de un convenio elaborado por la propia OIT. El pro-

que se refiere a los criados y empleados que se hallen sujetos a la legislación de seguridad social del Estado recibiente. Esto no impedirá su participación voluntaria en los sistemas de seguridad social, siempre que lo permita la legislación del Estado receptor.»

Este artículo fue acompañado del siguiente comentario:

«La legislación de seguridad social de un país concede a sus habitantes, a menudo, en forma de seguro, beneficios apreciables cuya contrapartida es el pago de primas anuales por el beneficiario o su empleador (pensión de vejez, seguro contra accidentes de trabajo y enfermedades, seguro contra el desempleo, etc). Si es natural que a los miembros de una misión y a sus familias que sean nacionales del Estado recibiente se les aplique dicha legislación, no lo es necesariamente cuando poseen la nacionalidad de otro país. Según este artículo, que es nuevo, estas personas quedan exentas de la legislación de seguridad social del Estado receptor, por lo que a ellas mismas se refiere, pero no al pago de toda cotización exigible sobre criados o empleados» (58).

Al celebrarse la Conferencia de Viena, en la 25 sesión, W. Jenks, subdirector del B. I. T., expuso la opinión oficial de la O. I. T., sobre la materia del artículo 31: según él, tal artículo enunciaba dos principios complementarios. En virtud del primero, los miembros de las misiones diplomáticas y sus familias, si no eran súbditos del Estado de residencia, quedaban excluidos del ámbito de aplicación de las normas en materia de seguridad social, vigentes en tal Estado. Según el segundo principio, tal disposición no se aplica al personal doméstico y a los empleados, ya que están sometidos al régimen de seguridad social establecido por el Estado de residencia (es decir, tales personas, normalmente, están sometidas al régimen de seguridad social del Estado de residencia, y el hecho de que presten sus servicios en una misión diplomática no es suficiente para excluirlas del ámbito de aplicación de dicha legislación). Según Jenks, tales principios armonizan perfectamente, tanto con los principios de derecho internacional, en materia de inmunidades diplomáticas, como con las tendencias actuales que inspiran la evolución del derecho de la seguridad social. Si bien es cierto que el segundo principio no ha sido aceptado tan ampliamente como el primero, tanto el uno como el otro han sido reconocidos en diversos convenios

blema era el de determinar el alcance de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos en la materia regulada por él, cuestión tanto más fácil de resolver cuanto únicamente se planteaba respecto de un determinado país.

(58) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1958-II, pág. 107.

internacionales (59), y consagrados por el derecho y la práctica interna de los Estados (60).

La validez y la vigencia de tales principios se explica como sigue: la eficacia de un sistema de seguridad social depende, primordialmente, de la continuidad de la protección. Tratándose de los diplomáticos y de sus familias, la

(59) Sin perjuicio de la posterior consideración de diversos convenios bilaterales de seguridad social celebrados por España con determinados países europeos, a título de ejemplo, podemos citar:

*El Convenio germano-austríaco de seguridad social de 30-II-1930*, cuyo artículo 2, c), dispone: «El seguro del personal de las respectivas representaciones diplomáticas y consulares... de uno de los Estados que tengan su sede en el otro Estado, se regirá por las prescripciones legales del Estado que lo haya destacado, cuando dicho personal sea nacional de este último Estado. Se aplicará la misma regla al seguro del personal adscrito a los directores y funcionarios y demás empleados de dichos órganos. Sin embargo, para el seguro de enfermedad se aplicarán las prescripciones legales del Estado donde el asegurado esté destacado, cuando el empleador lo solicite» (*OIT. Código Internacional de Trabajo*, 1955, vol. I, 756, nota 378, Ginebra 1957).

*El acuerdo franco-italiano de seguridad social de 13-VIII-1932*, cuyo artículo 6,1, dispone: «Los obreros y empleados ocupados en uno de los países contratantes estarán sometidos en principio al régimen de seguridad social vigente en el lugar de trabajo...», «este principio tiene las excepciones siguientes: f) Los nacionales de un país contratante que están al servicio de una representación diplomática o consular de ese país, o al servicio de los jefes, titulares u otros funcionarios de esta representación, estarán sujetos a las disposiciones vigentes en ese país» (*Ibid.*, pág. 757, nota 378).

Finalmente, *el Convenio general de seguridad social suscrito por Francia y Bélgica el 17-I-1948*, establece: art. 4, «Las disposiciones del párrafo 1.º del artículo 3 («Los trabajadores asalariados o asimilados a los asalariados por las leyes vigentes en cada uno de esos países, quedarán admitidos a las leyes en vigor en el lugar de trabajo»), serán aplicables a los trabajadores asalariados o asimilados a los asalariados, de cualquier nacionalidad, ocupados en puestos diplomáticos o consulares franceses o belgas, o que estén al servicio personal de los titulares de esos puestos. Sin embargo: 1) quedan exceptuados de la aplicación del presente art. los representantes diplomáticos o consulares de carrera, más los funcionarios al servicio de las Cancillerías. 2) Los trabajadores asalariados o asimilados que pertenezcan a la nacionalidad del país representado por el titular diplomático o consular y que no estén destinados de manera permanente en el país donde estén ocupados podrán optar entre acogerse a las leyes y reglamentos de su lugar de trabajo o a los de su país de origen» (*Ibid.*, pág. 758, nota 378).

(60) A este respecto, nos remitimos a las diversas leyes internas citadas en la pág. 23.

continuidad no puede ser asegurada más que por el Estado acreditante. En lo que se refiere a los empleados y domésticos de las misiones diplomáticas, si pasan toda su vida en un mismo país y no son *incluidos en la seguridad social vigente en el mismo, corren el riesgo de quedar desprotegidos*, en caso de invalidez, o de accidente de trabajo....

Según una encuesta sobre la evolución actual de la legislación de seguridad social efectuada por la Comisión de expertos de la O. I. T. para la aplicación de los convenios y recomendaciones, sobre la base de los informes proporcionados por los delegados de 89 Estados y 87 territorios extra-metropolitanos, se pone de manifiesto que una de las tendencias más características de la evolución actual de la seguridad social es que ésta tiende a aplicarse a efectivos cada vez más numerosos. Por tanto, es inexcusable que los Estados, que en virtud de los principios que inspiran sus propios regímenes de seguridad social, tienden a una ampliación de su ámbito de aplicación, no se decidan a organizar una protección suficiente del personal local que trabaja en las misiones diplomáticas acreditadas ante él, cooperando en la organización de las reglamentaciones necesarias para asegurar una participación continua de los miembros de ese personal en el régimen de seguridad social del país en que trabajen.

El problema más difícil de resolver es el de saber cómo organizar de la forma más apropiada la participación de tales personas en el régimen local de seguridad social. Hay dos maneras de resolver el problema. Una de ellas, consiste en asimilar el personal de las misiones diplomáticas a los trabajadores independientes y hacerles personalmente responsables del pago de las cotizaciones normalmente pagadas por el dador del trabajo (es el sistema que se sigue en Grecia y en Yugoslavia). Este sistema ofrece el inconveniente del riesgo del impago de las cotizaciones por el asegurado cuyo pago de haberes no estuviera al día, con lo que fracasaría el objeto mismo de la seguridad social. El otro sistema consistiría en la aceptación, por parte de la misión diplomática, de encargarse del pago parcial de las cotizaciones, en base a un acuerdo que permitiera conciliar la inmunidad fiscal y jurisdiccional de la misión con la asunción de las responsabilidades sociales que normalmente corresponden al dador de trabajo. A título de ejemplo podría citarse el sistema practicado por las organizaciones internacionales en Suiza, respecto del personal local que no está suficientemente protegido por los regímenes especiales de seguridad social establecidos por las mismas: el personal en cuestión, está sometido al régimen local y las cotizaciones son pagadas de acuerdo con las reglamentaciones establecidas de común acuerdo por tales organizaciones y el estado suizo.

Tales acuerdos no supondrían ninguna reglamentación incompatible con el *status* diplomático del dador de trabajo y evitarían que el mismo prive al

trabajador y a su familia de la protección de que se benefician los demás miembros de la colectividad (61).

El artículo 31, fue profundamente modificado a lo largo de las discusiones (62), pasando a constituir el artículo 33 y quedando finalmente redactado de la forma siguiente :

- 1) Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el agente diplomático estará en cuanto a los servicios prestados al Estado acreditante, exento de las disposiciones sobre seguridad social que están vigentes en el Estado receptor.
- 2) La exención prevista en el párrafo 1.º de este artículo se aplicará también a los criados particulares que se hallen al servicio del agente diplomático a condición de que:
  - a) No sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él su residencia permanente.
  - b) Estén protegidos por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado acreditante o en un tercer Estado.
- 3) El agente diplomático que emplee a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este artículo habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor impongan a los empresarios.
- 4) La exención prevista en los párrafos 1 y 2 de este artículo no impedirá la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado receptor a condición de que tal participación esté permitida por ese Estado.
- 5) Las disposiciones de este artículo se entenderán sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social ya concertados y no impedirán que se concerten en lo sucesivo acuerdos de esa índole.

Dado que el artículo 33 no define lo que debe entenderse por seguridad social, para dar significado a esta expresión y evitar divergencias interpretativas en la medida de lo posible, sería conveniente que los Estados se atu-

---

(61) *Conférence des Nations Unies sur les relations diplomatiques*. Vienne 2 mars 14-IV-1961. Documents officiels, vol. I, págs. 162-163.

(62) Para las discusiones, *ibíd.*, págs. 193-195 y págs. 204-205.

vieran a la definición que se halla implícita en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1952, según el cual, por seguridad social cabe entenderse el conjunto de medidas de carácter público para preservar a la población (o a una gran parte de la misma) del estado económico angustioso en que podría hallarse si no existieran tales medidas cuando dejan de percibirse salarios por razón de enfermedad, desempleo, invalidez, vejez o como resultado de un fallecimiento; para administrar a dichas categorías de la población la asistencia médica necesaria, y para ayudar a las familias con hijos de corta edad (63).

El artículo 33 no establece claramente cuáles son las personas exentas o no de la legislación sobre seguridad social, únicamente habla de los agentes diplomáticos y del personal doméstico privado. La disposición ha de interpretarse en relación con el artículo 37 del mismo convenio, que establece la misma exención en favor del *personal administrativo y técnico* (párrafo 2) «siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente», y del *personal de servicio de la misión*, en las mismas condiciones (párrafo 3). Asimismo, deberá tenerse en cuenta el artículo 38, que menciona los privilegios e inmunidades de los diplomáticos y los otros miembros del personal de la misión y los criados particulares, en el caso de que sean súbditos del Estado receptor o tengan en él su residencia permanente.

De la interpretación conjunta de tales disposiciones, se deduce el régimen siguiente: Están *excluidos* del ámbito de aplicación de la legislación de seguridad social del Estado receptor:

- a) Los agentes diplomáticos (64).
- b) El personal administrativo y técnico, el personal de servicio de la misión y los criados particulares, a condición de que:
  - 1) No sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él su residencia permanente.
  - 2) Estén protegidos por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado acreditante o en un tercer Estado (65).

---

(63) *Introducción a la seguridad social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1970, págs. 17 y 18.

(64) Y ello por la naturaleza especial de la relación que le une al Estado acreditante: es una relación de derecho público que escapa a la normatividad del Estado receptor.

(65) En este sentido, el Decreto del Ministerio de Trabajo n.º 2346/1969 de 25-IX, por el que se regula el Régimen Especial de la seguridad social del servicio doméstico (B.O.E. de 15-10-1969), dispone en el punto 4 de su art. 2.º que los empleados de hogar



Estarán *incluidos* en el ámbito de aplicación de la seguridad social del Estado receptor, los miembros del personal de la misión incluidos en el apartado b) y los criados particulares, sin son súbditos del Estado receptor o tienen en él su residencia permanente, en la medida en que lo admita la legislación de dicho Estado.

La Conferencia, como se deduce de la simple lectura de estos artículos, se cuidó mucho de pronunciarse acerca de la *obligación de cotización* que pudiera corresponder a las misiones diplomáticas o al jefe de misión en cuanto dadores de trabajo en el caso de que contraten personal sometido a la legislación de seguridad social del Estado receptor. Es más, la cuestión ni siquiera se planteó en los debates. El apartado 3 del artículo 33 se refiere únicamente a la obligación que pudiera corresponder al diplomático que, privadamente, contrata a tales personas y, además, la terminología ha sido cuidadosamente escogida: «...habrá de cumplir las obligaciones...», es decir, se quiere poner de relieve que aunque el diplomático esté obligado a pagar las cuotas de seguridad social y a cumplir con las demás obligaciones que corresponden a todo dador de trabajo en materia de seguridad social, de acuerdo con el párrafo 3.º del artículo 29 (inmunidad de jurisdicción) no podrá adoptarse ninguna medida de ejecución contra el mismo. Y, sin embargo, es en materia de exigibilidad de la obligación de cotización donde se plantearán mayor número de problemas.

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en admitir la naturaleza tributaria de la obligación legal de cotización (66), ¿cómo compatibilizar tal obligación con la inmunidad de jurisdicción si tal obligación, en principio, es exigible coactivamente? Como acertadamente puso de manifiesto W. Jenks en la Conferencia de Viena, el único camino para resolver el problema está en la negociación de acuerdos entre el Estado receptor y el Estado acreditante. El sistema adoptado por la URSS, anteriormente citado, sería un buen ejemplo a seguir.

#### 4. ACUERDOS MULTILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL

El párrafo 5.º del artículo 33 respeta los acuerdos multilaterales o bilaterales que pudieran prever disposiciones diferentes. En lo referente a los prime-

---

españoles residentes en el extranjero, al servicio de los representantes diplomáticos, consulares y funcionarios del Estado oficialmente destinados fuera de España, podrán solicitar su inclusión en este Régimen especial, y les será otorgada siempre que reúnan los demás requisitos exigidos.

(66) E. BORRAJO DACRUZ: *Estudios Jurídicos de previsión social*, Madrid (Aguilar), 1962, pág. 103, nota 250 y pág. 105, nota 254.

ros, la cuestión del personal de las misiones diplomáticas ha sido tratado únicamente por el *Convenio europeo sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes*, firmado en Roma el 9-XII-1957 y que está en vigor entre los seis países de la Comunidad económica europea convertido en el reglamento número 3 de la misma. Este convenio tiene en cuenta todos los elementos de la Seguridad social enumerados en el Convenio 102 de la O. I. T., y es aplicable a todos los trabajadores asalariados y asimilados. Su artículo 14 dispone:

1) «Les dispositions de l'article 12 (lequel soumet en principe les travailleurs à la législation en matière de sécurité sociale du territoire où ils sont occupés) sont applicables aux travailleurs salariés ou assimilés, quelle que soit leur nationalité, occupés dans des postes diplomatiques ou consulaires ou qui sont au service personnel d'agents de ces postes.»

2) «Les travailleurs salariés ou assimilés visés au paragraphe 1 du présent article qui sont des ressortissants de la Partie Contractante représentée par le poste diplomatique ou consulaire en question, peuvent opter entre l'application de la législation du pays de leur travail et celle de la législation de leur pays d'origine. Le droit d'option peut être exercé de nouveau à la fin de chaque année civile.»

Hemos considerado de gran interés hacer referencia a este convenio porque —aunque nuestro país, como es lógico no es parte en el mismo— está llamado a constituir en el futuro una auténtica «norma europea de seguridad social» (67).

##### 5. CONVENIOS BILATERALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITOS POR ESPAÑA CON DIVERSOS PAÍSES EUROPEOS

En lo referente a los convenios bilaterales en materia de seguridad social, únicamente nos interesan los celebrados por España con algún otro país en cuanto incluyen disposiciones concretas sobre la cuestión que nos ocupa.

A partir del 21-VII-1956 en que se firmó el Convenio hispano-italiano sobre seguridad social, se ha venido desarrollando una continua e intensa actividad por parte del gobierno español en materia de convenios bilaterales de se-

---

(67) Cf. al respecto G. LYON-CAEN: *Droit Social européen*, París (Daloz), 1969, páginas 291-294.

seguridad social. De los principios inspiradores de los mismos, nos interesan especialmente dos:

1) El principio de reciprocidad, el cual supone mutua correlación entre los derechos y los beneficios concedidos por ambas partes, supeditando la protección del extranjero en territorio nacional a la del nacional en territorio extranjero.

2) El principio de territorialidad, en virtud del cual se declara ley aplicable en materia de seguridad social la ley del lugar del trabajo. Sin embargo —y este es el aspecto concreto que nos va a interesar— determinadas personas quedan excluidas del ámbito de aplicación de la legislación territorial.

El principio de territorialidad aparece formulado en la mayor parte de los convenios bilaterales suscritos por España, en la forma siguiente: «Las personas empleadas en el territorio de uno de los Estados contratantes, así como sus empresarios o patronos, estarán sometidos a las disposiciones legales vigentes en dicho Estado» (68).

En cuanto a las excepciones a la aplicación de la ley territorial referente al ámbito personal, vienen basadas, en líneas generales, en la falta de residencia fija, en la naturaleza de los servicios prestados, o en la concurrencia de ambas circunstancias.

#### 1. Convenio hispano-alemán

Suscrito en Bonn el 29-X-1959 y ratificado por España el 13-X-1960 (Boletín Oficial del Estado de 11-X-1961) (69).

Se hallan exceptuados del ámbito de aplicación de la ley territorial:

- a) Los súbditos de un Estado contratante empleados al servicio del mismo en el territorio del otro Estado contratante, pero que no estuvieren establecidos en el mismo con carácter permanente. La ley aplicable en tal caso será la ley del Estado del que son súbditos (art. 9,1).

(68) Cf. Convenio hispano-alemán, art. 6; Convenio hispano-austríaco, art. 7; Convenio hispano-belga, art. 3,1; Convenio hispano-francés, art. 3,1; Convenio hispano-holandés, art. 6; Convenio hispano-luxemburgués, art. 6; Convenio hispano-portugués, artículo 5,1; Convenio hispano-suizo, art. 3,1.

(69) Este convenio ha sido modificado por el firmado en Bonn el 20-III-1968, ratificado por España el 28-VIII-1969 (B.O.E. de 6-X-1969), manteniéndose la vigencia de estas disposiciones.

En este apartado cabría incluir a los siguientes miembros del personal al servicio de las Embajadas españolas en el extranjero:

1) A los miembros del personal diplomático en todo caso, ya que, aunque tuvieran residencia permanente en el Estado receptor, ya se ha indicado anteriormente que la relación que les une al Estado acreditante escapa a cualquier injerencia del Estado receptor.

2) A los miembros del personal administrativo y técnico, y

3) a los miembros del personal de servicio,

siempre que no residan permanentemente en el Estado receptor, en cuyo caso parece deducirse que estarán sometidos a la legislación territorial. Tal ocurrirá con los criados particulares en todo caso, dado que no están al servicio de uno de los Estados contratantes, sino de un particular.

b) El personal de la Administración pública enviado por un Estado contratante al territorio de otro Estado contratante. La ley competente será la del Estado del que son súbditos (art. 9,5).

Si el súbdito de un Estado contratante, empleado al servicio del mismo en el territorio del otro Estado contratante, se hubiere establecido en el mismo de modo permanente, podrá optar en el plazo de tres meses a partir del comienzo del empleo o de la entrada en vigor del Convenio (el 1-XI-1961), prevaleciendo como fecha inicial la que fuere posterior en el tiempo, entre la aplicación de las disposiciones legales del Estado territorial o las del Estado del que es súbdito (art. 9,2). Para ejercer tal derecho, debe presentar la correspondiente solicitud al Instituto Nacional de Previsión si optase por la aplicación de las disposiciones legales españolas, y a la Caja del Seguro de Enfermedad de Bonn, si optase por la aplicación de las disposiciones legales alemanas (artículo 5 del Acuerdo complementario del Convenio sobre seguridad social) (70).

## 2. *Convenio hispano-austríaco*

Suscrito en Madrid el 15-VII-1964 y ratificado por España el 1-IV-1965 (B. O. E. de 10-I-1966). En vigor desde el 1-II-1966.

El apartado 2 del art. 3.º establece que se hallan excluidos del ámbito de aplicación de la legislación territorial, los miembros de las representaciones diplomáticas de ambas partes contratantes, incluido el personal administrativo y

---

(70) Firmado el 29-X-1959 (B.O.E. de 11-X-1959), en vigor desde el 11-X-1961.

el que estuviere al servicio personal de los miembros de dichas representaciones (71).

Si los empleados administrativos o al servicio personal de diplomáticos en las Representaciones de España en Austria son súbditos españoles, estarán sujetos al régimen de seguros sociales vigente en su país de origen (art. 2, apartado b) del Protocolo final del Convenio) (72).

### 3. *Convenio hispano-belga*

Suscrito en Bruselas el 28-XI-1956 y ratificado por España el 25-IV-1958 (B. O. E. de 13-V-1959) (73).

Unicamente se excluye del ámbito de aplicación de la legislación territorial a los agentes diplomáticos y consulares, y a los funcionarios que pertenezcan al cuadro de la Cancillería (art. 4, párrafo 3).

Se proclama expresamente la aplicación de la legislación del lugar de trabajo a los trabajadores y empleados administrativos contractuales o temporales ocupados en las Representaciones diplomáticas o consulares españolas o que estén al servicio personal de los jefes, miembros o empleados de tales Representaciones (art. 4, párrafo 1,1).

Si tales trabajadores poseen la nacionalidad del país representado por el Puesto diplomático o consular y no están establecidos definitivamente en el país donde estén empleados, podrán optar entre la aplicación de la legislación de su lugar de trabajo o la de su país de origen (art. 4, párrafo 2). Este derecho de opción podrá ejercitarse en el plazo de 6 meses a contar desde la fecha en que el interesado entre al servicio de un puesto diplomático o consular o al servicio personal de un agente de dicho puesto. Tal opción surtirá efecto a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que la elección del interesado hubiera sido notificada al Organismo competente, el cual será: la Oficina Nacional de Seguridad Social, si se opta por la aplicación de la legislación belga, y el Instituto Nacional de Previsión si se elige la sumisión a la legislación es-

---

(71) Por «miembros de las Representaciones diplomáticas», hay que entender los miembros del personal diplomático, en el sentido del art. 1, apartado d) del Convenio de Viena, pues sólo ellos ostentan la representación diplomática del Estado acreditante.

(72) El término «país de origen» puede dar lugar a confusión, pues puede que la nacionalidad de origen se haya perdido al adquirir otra.

(73) Este Convenio ha sido modificado por otro firmado en Bruselas el 28-XI-1956 y ratificado por España el 10-X-1967 (B.O.E. de 30-VIII-1969), manteniéndose la vigencia de estas disposiciones. En vigor desde el 1-VIII-1969.

pañola (apartados 1, 2, y 3 del Acuerdo administrativo relativo a las modalidades de aplicación del Convenio de Seguridad Social, firmado en Bruselas el 30-VII-1969) (74).

Cuando el interesado opte por la aplicación de la legislación de su país de origen, el Organismo competente le enviará una certificación haciéndole constar que queda sujeto a la legislación que aplica mientras esté empleado en el puesto diplomático o consular en cuestión o por un agente de dicho puesto (artículo 2, apartado 4).

#### 4. *Convenio hispano-francés*

Suscrito en París el 27 de julio de 1957 y ratificado por España el 14-II-1958 (B. O. E. de 30-III-1959) (75).

Están excluidos del ámbito de aplicación de la legislación territorial:

- a) Los Agentes diplomáticos y consulares de carrera y los funcionarios que pertenezcan a la plantilla de la Cancillería (art. 4, párrafo 3).
- b) Los trabajadores al servicio de una de las Altas Partes Contratantes sujetos a la legislación de dicho Estado y que sean enviados al otro (art. 4, párrafo 4).

Se incluye en el ámbito de aplicación de la legislación territorial a los trabajadores y empleados administrativos contractuales o temporales ocupados en las Representaciones diplomáticas o consulares españolas, o que estén al servicio personal de los jefes, miembros o empleados de tales Representaciones (art. 4, párrafo 1, a).

En el caso de que tales trabajadores posean la nacionalidad del país al que pertenezca la Representación diplomática o consular, y que no se hallen establecidos definitivamente en el país donde estén empleados, podrán optar entre la aplicación de la legislación del país de que son nacionales o la legislación del país donde trabajen (art. 4.º, párrafo 2).

Este derecho de opción podrá ejercitarse dentro de los tres meses a contar de la fecha en que el interesado comienza a trabajar en la oficina diplomática o consular y con efecto desde esta misma fecha. Para el ejercicio de este derecho

---

(74) B.O.E. de 23 de septiembre 1969.

(75) Este Convenio vino a sustituir al suscrito el 2 de noviembre de 1932, sobre seguros sociales, aprobado por España mediante Ley de 28 de marzo 1933.

de opción es suficiente que el trabajador dirija la petición al Organismo competente del país del lugar de trabajo (art. 2 del Acuerdo administrativo n.º 1 relativo a las distintas modalidades de aplicación del Convenio de Seguridad Social, firmado el 2 de septiembre de 1957) (76).

Para los trabajadores empleados en una oficina diplomática o consular de un país en el otro a la fecha de entrada en vigor del presente acuerdo administrativo (77), el plazo se computará desde esta última fecha (art. 2 del Acuerdo administrativo n.º 1).

### 5. *Convenio hispano-holandés*

Suscrito en Madrid el 17 de diciembre de 1962 y ratificado por España el 20 de septiembre de 1963 (B. O. E. de 26 de noviembre de 1963).

Se excluye del ámbito de aplicación de la legislación territorial a los miembros de las Representaciones diplomáticas y consulares, así como, en su caso, a los funcionarios pertenecientes a la plantilla de la Cancillería, cuando sean súbditos del Estado representado (art. 2.º, párrafo 2).

Los trabajadores asalariados o asimilados a los asalariados ocupados en los puestos diplomáticos o consulares de las Partes Contratantes o que estén al servicio personal de los agentes de estos puestos, estarán sometidos a la legislación vigente en su lugar de trabajo (art. 8.º, párrafo 1).

Si los trabajadores a que se refiere el párrafo anterior son súbditos de la Parte Contratante representada por el puesto diplomático o consular en cuestión, podrán optar en un plazo de tres meses después de la iniciación de su empleo o de la entrada en vigor del presente Convenio (el 1.º de noviembre de 1963), por la aplicación de la legislación del Estado representado (art. 8.º, párrafo 2). Para ello dirigirán una solicitud al organismo de enlace competente del país representado, informando al propio tiempo al empresario (78).

### 6. *Convenio hispano-italiano*

Suscrito en Madrid el 21 de julio de 1956 y ratificado por España el 24 de marzo de 1957 (B. O. E. de 15-III-1958).

---

(76) B.O.E. de 11 de abril 1959.

(77) En vigor desde el 1.º de abril 1959.

(78) Art. 3.º del Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio firmado el 16 de abril 1964, en vigor desde el 1.º de noviembre 1963.

Se excluye del ámbito de aplicación de la legislación territorial a :

- a) Los Agentes diplomáticos y consulares de carrera y los funcionarios que pertenezcan a la plantilla de la Cancillería (art. 4.º, párrafo 3).
- b) Los trabajadores al servicio del gobierno de una de las Altas Partes contratantes que estén sujetos a la legislación del país que les ha enviado (art. 4.º, párrafo 4).

Los trabajadores ocupados en las Representaciones diplomáticas y consulares españolas o que estén al servicio personal de los Jefes, miembros o empleados de tales Representaciones, estarán sometidos a las leyes de seguros sociales vigentes en Italia (art. 4.º, párrafo 1).

Si los trabajadores a que se refiere el párrafo anterior, poseen la nacionalidad del país a que pertenece la Representación diplomática o consular y no se hallan establecidos definitivamente en el país donde están empleados, podrán optar entre la aplicación de la legislación del país del que son nacionales o la de la legislación del país donde trabajen (art. 4.º, párrafo 2). Para el ejercicio de tal derecho de opción, el trabajador presentará una solicitud al Organismo competente, el cual será: en España, el Instituto Nacional de Previsión, y en Italia, el «Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le Malattie», el cual informará de dicha solicitud a los organismos competentes para los demás seguros sociales. La solicitud deberá ser presentada en el plazo de tres meses a partir de la fecha del empleo. Para los trabajadores ya empleados en la fecha de entrada en vigor del Convenio (el 1.º de abril de 1958), el plazo de tres meses se contará a partir de dicha fecha (art. 5.º, apartados 1 y 2, del Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio general, firmado el 25 de noviembre de 1957 (79), en vigor desde el 1.º de abril de 1958).

En el caso de que se elija la legislación del país del que es súbdito el trabajador, así como en lo que respecta a las personas excluidas del ámbito de aplicación de la legislación territorial, los beneficiarios del régimen de seguridad social vigente en el Estado de procedencia, se relacionarán directamente con los organismos aseguradores competentes de tal Estado para todas las cuestiones concernientes a cotizaciones y prestaciones (art. 5, párrafo 3 del Acuerdo administrativo).

---

(79) B.O.E. de 16 de enero de 1959.



### 7. *Convenio hispano-luxemburgués*

Suscrito en Luxemburgo el 22 de junio de 1963 y ratificado por España el 20 de julio de 1964 (B. O. E. de 24 de agosto de 1965).

Se excluye de la aplicación de la legislación territorial a los miembros de las Representaciones diplomáticas y consulares, así como, en su caso, a los funcionarios pertenecientes a la plantilla de la Cancillería, cuando sean súbditos del Estado representado (art. 2, párrafo 2).

Las disposiciones de la legislación territorial de seguridad social serán aplicables a los trabajadores asalariados o asimilados ocupados en los puestos diplomáticos o consulares de las Partes Contratantes o que estén al servicio personal de los agentes de estos puestos (art. 8.º, párrafo 1).

Si los trabajadores a que se refiere el párrafo anterior son súbditos de la Parte Contratante representada por el puesto diplomático o consular en cuestión, podrán optar en un plazo de tres meses a partir de la iniciación de su empleo, o de la entrada en vigor del presente Convenio (el 1.º de agosto de 1965), por la aplicación de la legislación del Estado representado (art. 8.º, párrafo 2). Para ello el trabajador deberá dirigir una solicitud al organismo de enlace competente del país representado, y el cual será: en España, el Instituto Nacional de Previsión y el Servicio de Mutualidades Laborales. Y en Luxemburgo, el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social (art. 3.º, 1 del Acuerdo administrativo firmado el 22 de junio de 1963) (80).

### 8. *Convenio hispano-portugués*

Firmado en Madrid el 11 de junio de 1969 y ratificado por España el 22 de mayo de 1970 (B. O. E. de 28 de julio de 1970).

Se excluye del ámbito de aplicación de la legislación territorial a :

- a) Los Agentes diplomáticos y consulares de carrera y a los funcionarios que pertenezcan a la plantilla de la Cancillería (art. 6, párrafo 3).
- b) Los trabajadores al servicio del Gobierno de una de las Partes Contratantes que estén sometidos a la legislación de dicho país y que sean enviados al otro, los cuales continuarán sujetos a la legislación del país que los ha enviado (art. 6, párrafo 5).

---

(80) B.O.E. de 15 de septiembre de 1965.

Están incluidos en el ámbito de aplicación territorial los trabajadores y empleados administrativos permanentes o temporales, ocupados en las representaciones diplomáticas y consulares de ambas partes contratantes, o que estén al servicio personal de los Jefes, miembros o empleados de tales representaciones (artículo 6, párrafo 1).

Los trabajadores mencionados en el párrafo anterior que posean la nacionalidad del país a que pertenezca la representación diplomática o consular y que no se hallen establecidos definitivamente en el país de empleo, podrán optar entre la aplicación de la legislación de la Parte Contratante de que sean súbditos o la de la legislación de la otra Parte (art. 6, párrafo 2). Tal derecho deberá ejercitarse dentro de los tres meses a contar de la fecha en que el interesado comience a trabajar en la Representación diplomática o consular y con efectos desde la misma fecha, dirigiendo la petición al Organismo competente del país del lugar de trabajo (art. 2 del Acuerdo administrativo relativo a las modalidades de aplicación del Convenio General, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1970) (81), entendiéndose por tal aquel en que el interesado estuviere asegurado en el momento de solicitar las prestaciones, aquel frente al cual tuviere derecho a prestaciones o lo tendría de residir en el territorio de la Parte Contratante en que haya estado ocupado últimamente, o el designado por la Autoridad competente, la cual será: en España, el Ministro de Trabajo, y, en Portugal, el Ministro de Corporaciones y Previsión Social (art. 1.º, f), del Convenio General) (82).

### 9. *Convenio hispano-suizo*

Firmado en Berna el 13 de octubre de 1969 y ratificado por España el 27 de julio de 1970 (B. O. E. de 1.º de septiembre de 1970) (83).

Se excluye del ámbito de aplicación de la legislación territorial a:

- a) Los súbditos de una de las Partes Contratantes enviados al territorio de la otra Parte como miembros de las Misiones diplomáticas y de los Consulados de la primera Parte, los cuales quedarán sometidos a la legislación de esta Parte (art. 5,1).

---

(81) B.O.E. de 14 de agosto de 1970.

(82) El art. 50 del Acuerdo administrativo enumera los diversos Organismos competentes según el seguro de que se trate.

(83) El Convenio hispano-suizo de 21 de septiembre de 1959, quedó derogado a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio: el 1.º de septiembre 1970.

- b) Los trabajadores asalariados de un servicio oficial destacados por una de las Partes Contratantes a la otra, los cuales estarán sometidos a las disposiciones legales de la Parte que les envía (art. 4, c).

Los súbditos de una de las Partes contratados en el territorio de la otra para trabajar en una Misión diplomática o Consulado de la primera Parte, quedarán sometidos a la legislación de la segunda Parte, pero podrán optar por la aplicación de la legislación de la primera Parte durante los tres meses siguientes al comienzo de su empleo. La misma disposición es aplicable asimismo a los súbditos de una de las Partes que estén empleados al servicio personal de una de las personas mencionadas en el apartado correspondiente a la letra a), (art. 5, apartados 2 y 3).

## VI

### CONCLUSION

En materia de seguridad social, los diferentes Convenios vigentes han establecido reglas de conflicto cuyos principios pueden parecer discutibles, pero que son precisas y armoniosas. En los demás aspectos del Derecho Internacional del trabajo, las soluciones son, generalmente, poco coherentes y heterogéneas. Esta situación se explica por el hecho de que, dados los especiales caracteres de la seguridad social, los problemas que se plantean son esencialmente técnicos, y cuando ello tiene lugar en el ámbito internacional únicamente pueden encontrar solución adecuada a través de Convenios muy completos y minuciosos.

El ejemplo dado por este sector del ordenamiento jurídico laboral todavía en formación debería ser seguido en otros aspectos del Derecho del Trabajo en los que predomina una lamentable incertidumbre, así en lo que se refiere al juego de la autonomía de la voluntad en materia de contratación. De hecho, tal autonomía existe tanto en la celebración de un contrato de trabajo como en la de cualquier otro, tal autonomía es esencial en el momento de la extinción de la relación jurídica. Ello no obstante, es evidente que el contrato de trabajo está evolucionando de la concepción contractual a la concepción institucional en el sentido de que la autonomía de la voluntad va perdiendo importancia. Los sistemas jurídicos contemporáneos tienden a colocar al trabajador en una situación legalmente definida y, lógicamente, el conjunto de ese «status» legal debe imponerse a cualquier contrato de trabajo que se ejecute en un determinado país y que sea susceptible de producir efectos en el ordenamiento jurídico del foro. Sin embargo, llevando esta idea a sus últimas consecuencias correríamos el riesgo de afirmar la territorialidad del Derecho del Trabajo.

Es necesario un esfuerzo de sistematización para abandonar el empirismo vacilante y la utilización excesiva de fórmulas vacías como la territorialidad o el orden público que, lejos de explicar los fundamentos de las decisiones, no hacen más que eludirlos.

La solución ideal sería que el legislador estableciera normas de conflicto claras y que formulara reglas precisas en lo referente a la intervención de la excepción de orden público. Ello supondría, por otra parte, una limitación de las facultades discrecionales del juez en la apreciación de unas y otra, con lo que, en general, podría determinarse de antemano qué norma sería aplicable presumiblemente para solucionar los posibles conflictos que pudieran surgir en esta materia.

MARÍA V. CASTILLO DAUDÍ