

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE TRABAJO TRANSFRONTERIZOS

CIVIL LIABILITY FOR CROSS-BORDER WORK ACCIDENTS

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ*

Sumario: I. EL SILENCIO DE LAS NORMAS DE DIPR. II. EN BUSCA DE UN MODELO DE DIPR PARA LOS ACCIDENTES DE TRABAJO INTERNACIONALES. III. DIPR Y TIPOLOGÍA DE ACCIDENTES LABORALES INTERNACIONALES. IV. DIPR E INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LOS ACCIDENTES LABORALES INTERNACIONALES. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La responsabilidad civil del empleador por accidente laboral internacional no ha sido objeto de una regulación expresa. Tras preguntarse por cuál podría ser el modelo vigente derivado de este silencio, se analiza su adaptación a la tipología de accidentes y a la intervención de terceros. Para ello, se presentan cinco epígrafes: I. El silencio de las normas de DIPr: 1. La necesidad de una regulación expresa. 2. Lógica laboral versus lógica de daños. II. En busca de un modelo de DIPr para los accidentes de trabajo internacionales: 1. Competencia judicial internacional: dos modelos insuficientes: A) Modelo basado en la calificación. B) Modelo basado en la jurisdicción. 2. Ley aplicable: un puzzle de partes, daño y relación laboral: A) Ley de la residencia habitual común: la proximidad al empleador y al trabajador. B) La ley del accidente: la proximidad al hecho dañoso. C) La ley del contrato de trabajo: la ley más vinculada a la relación laboral. 3. Autonomía de la voluntad y accidentes laborales: una relación desenfocada: A) Los accidentes de trabajo en las cláusulas contractuales internacionales. B) Cláusulas de elección de ley. C) Cláusulas de elección de tribunales. III. DIPr y tipología de accidentes laborales internacionales: 1. Accidente tipo: siniestro en el lugar de prestación habitual del trabajo. 2. Supuestos especiales por razón de la movilidad del trabajador: A) Accidentes de trabajadores trasladados. B) Accidentes de trabajadores desplazados temporalmente. C) Accidentes de trabajadores transfronterizos. D) Accidentes de trabajadores internacionales de temporada. 3. Supuestos especiales por razón de la internacionalidad de la prestación: A) Accidentes laborales durante prestaciones transnacionales. B) Accidentes laborales durante prestaciones "nómadas". C) Accidentes laborales en espacios internacionales. 4. Supuestos especiales por razón de la irregularidad de la relación: A) Accidentes internacionales de "falsos autónomos". B) Accidentes de trabajadores extranjeros en situación irregular. IV. DIPr e intervención de terceros en los accidentes internacionales: 1. Pluralidad de empleadores y accidentes laborales internacionales: A) Accidentes

Fecha de recepción del trabajo: 1 de abril de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 24 de mayo de 2019.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado (Acreditado a Catedrático). Universidad de Oviedo. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187).

El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

ORCID ID: 0000-0002-6241-6402 espiniell@uniovi.es

laborales en caso de subcontratas internacionales. B) Accidentes laborales en caso de cesión internacional de trabajadores. C) Accidentes laborales en caso de sucesión internacional de empresas. D) Aspectos comunes. 2. El asegurador de la responsabilidad internacional del empleador: A) Acciones acumuladas contra el empleador y su aseguradora. B) Acción directa del trabajador contra la aseguradora. V. Conclusiones.

ABSTRACT: The civil liability of the employer derived from an international work accident has not been expressly regulated. After asking which could be the current model derived from this silence, its adaptation to the typology of accidents and to the intervention of third parties is analysed. With this aim, the essay is composed of five epigraphs: I. The silences of the rules of PIL: 1. The need of express rules. 2. Labour approach versus damages approach. II. Looking for a PIL approach for international work accidents: 1. International Jurisdiction: two insufficient approaches: A) Approach based on characterization. B) Approach based on jurisdictional order. 2. Applicable law: a puzzle of parties, damages and employment relationship: A) Law of the common habitual residence: proximity to the employer and employee. B) Law of the accident: proximity to the harmful event. C) Law of the contract of employment: the most connected law to the employment relationship. 3. Freedom of choice and work accidents: a blurred relation. A) Work accidents in international contracting clauses. B) Choice of law clauses. C) Choice of court clauses. III. PIL and Typology of international work accidents: 1. Standard Case: accident in the place of habitual performance of the work. 2. Special cases by the mobility of the employee: A) Accidents of transferred employees. B) Accidents of temporarily posted employees. C) Accidents of cross-border employees. D) Accidents of seasonal international employees. 3. Special cases by the international nature of the service: A) Work accidents during transnational services. B) Work accidents during nomadic services. C) Work accidents in international spaces. 4. Special cases by the irregularity of the relationship: A) International accidents of "false self-employed persons". B) Accidents of foreign employees in an irregular situation. IV. PIL and intervention of third parties in the international work accidents: 1. Several employers and international work accidents: A) Work accidents in cases of international subcontractors. B) Work accidents in cases of international assignment of workers. C) Work accidents in cases of international succession of firms. D) Common Aspects. 2. The insurer of the international employer's liability: A) Joint claims against the employer and the insurer, B) Direct claim of the employee against the insurer. V. Conclusions.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil.-Accidente de trabajo transfronterizo.-Tipología.-Intervención de terceros.-Competencia judicial internacional.-Ley aplicable

KEYWORDS: Civil Liability.-Cross-border Work accident.-Typology.-Intervention of third parties.-International jurisdiction.-Applicable law.

I. EL SILENCIO DE LAS NORMAS DE DIPR

1. La necesidad de una regulación expresa

1. El accidente de trabajo es el siniestro que sufre el trabajador durante la prestación de servicios o durante la preparación de esa prestación, por ejemplo, durante el desplazamiento al centro de trabajo. En el ámbito del Derecho público, los accidentes laborales transfronterizos han recibido una regulación expresa tanto en el plano de la seguridad social -la protección social del accidentado-, como en el de la extranjería -cómo

afecta el accidente a la situación administrativa del trabajador extranjero¹. La labor de la OIT a este respecto debe ser destacada². Menos tratadas han sido las cuestiones de Derecho privado, principalmente, la posible responsabilidad civil del empleador por el accidente internacional³. Las normas de la OIT en este punto han sido pocas y están desfasadas, como ocurre con el Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (nº 19), hecho en Ginebra, el 5 de junio de 1925⁴.

2. Ciertamente, este es un daño surgido durante la ejecución de un contrato laboral, que, como tal, tiene las suficientes peculiaridades como para ser merecedor de una regulación específica. Pero no solo es merecedor de esta regulación expresa, por razones dogmáticas del tipo de daño, sino también por razones cuasi-constitucionales, pues los accidentes de trabajo pueden estar muy relacionados con libertades europeas como la de circulación de trabajadores⁵.

Lejos de esta regulación expresa, el Derecho internacional privado (en adelante DIPr) no ofrece una norma expresa ni sobre el accidente laboral en particular, ni sobre

¹ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y DE CASTRO FERNÁNDEZ, L.F., *Accidente de trabajo: procedimientos administrativos y soluciones procesales*, Lefebvre, 2018, pp. 141 y ss. En efecto, los accidentes como contingencia profesional pueden dar lugar a prestaciones de seguridad social, cuyo sistema concedente debe determinarse en casos transfronterizos. En el ámbito comparado, vid. GOLLER, M., *Arbeitsunfall- und Berufskrankheitenrisiko bei grenzüberschreitenden Beschäftigungsverhältnissen: Soziale Sicherheit und Arbeitgeberhaftung im internationalen Sozialrecht Deutschlands und Australiens*, Nomos, Baden-Baden, 2007, esp. pp. 27-32. Del mismo modo, los accidentes, en tanto que generen una situación de incapacidad temporal o permanente, pueden afectar a la condición de trabajador y a los derechos de residencia que se tengan en el Estado de acogida, así como a las autorizaciones administrativas relacionadas con la residencia y trabajo.

² Desde la perspectiva del Derecho público, vid. el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (núm. 121), hecho en Ginebra el 8 de julio 1964, y del que España no es parte.

³ Vid., por el valor histórico de su análisis de Derecho comparado, GAMILLSCHEG, F., *Internationales Arbeitsrecht: (Arbeitsverweisungsrecht)*, De Gruyter/Mohr, Berlín/Tubinga, 1959, esp. pp. 311 y ss.

⁴ Es un Convenio aplicable solo entre Estados firmantes y que se halla en una situación provisional y abierto a denuncia, pero de momento en vigor para España. Ya desde la perspectiva de situaciones puramente internas, vid. otros instrumentos que también se encuentran en una situación provisional, abiertos a la denuncia, como es el caso del Convenio relativo a la indemnización por accidentes del trabajo en la agricultura (núm. 12), hecho en Ginebra, el 12 noviembre 1921. Por otra parte, se entiende superado y abierto a denuncia el Convenio relativo a la indemnización por accidentes del trabajo (núm. 17), hecho en Ginebra, el 10 de junio de 1925. Del mismo modo, ha sido retirado el Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (núm. 28), hecho en Ginebra, el 21 junio 1929; y se entiende superada la revisión de este en el Convenio número 32, hecho en Ginebra, el 27 de abril de 1932. También está pendiente de revisión el Convenio relativo a las obligaciones del armador en caso de enfermedad, accidente o muerte de la gente de mar (núm. 55), hecho en Ginebra, el 24 octubre 1936. En el ámbito de la prevención de riesgos, vid. el Convenio relativo a la prevención de los accidentes del trabajo de la gente de mar (núm. 134), hecho en Ginebra, el 30 octubre 1970, actualmente pendiente de revisión. Otros instrumentos sí están actualizados como es el Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (núm. 174), hecho en Ginebra, el 22 junio 1993, del que España no es parte.

⁵ Vid. PALAO MORENO, G., "Las normas de Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización", *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 309-334, esp. pp. 310-317.

los daños en ejecución de contratos, en general⁶. Ello obliga a recurrir a otra técnica, la de la calificación uniforme, ya como daño extracontractual ya como obligación contractual, para determinar el régimen aplicable. Esta técnica se enfrenta a un problema práctico y otro teórico. El inconveniente práctico es que ni siquiera el DIPr ha establecido una calificación de estos daños, ni una opción clara por su consideración como contractual o como extracontractual. Este silencio genera un riesgo jurídico en los operadores por la incertidumbre en la respuesta jurídica que darán los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros de la UE. A la espera de una respuesta del Tribunal de Justicia, la unificación europea de las normas de DIPr en esta materia ha sido demasiado silenciosa⁷.

El inconveniente teórico es que, además de no tener una calificación uniforme, realmente no se puede tener. Sin un Derecho material europeo que armonice la materia, es difícil fundar una calificación europea más allá de lo dispuesto por las legislaciones nacionales⁸. Es más, ya adelanto que cualquiera de las opciones de esta calificación no sería satisfactoria porque conduce a una disyuntiva irresoluble: si el accidente es una cuestión contractual, por producirse durante la ejecución de un contrato; o si es extracontractual por conllevar un hecho dañoso distinto al propio contenido del contrato. La solución en clave de calificación como contractual o como extracontractual ignora que los daños en ejecución de un contrato son un *tertium genus*⁹.

⁶ Otros instrumentos sobre responsabilidad internacional como el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por accidentes de tráfico, hecho en La Haya, el 4 de mayo de 1971, tampoco es aplicable a la responsabilidad del empleador por accidentes *in itinere* o de conductores internacionales. *Vid.* DEINERT, O., *Internationales Arbeitsrecht*, Mohr, Tubinga, 2013, p. 332; *id.*, *International Labour Law under the Rome Conventions*, Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 314. Ello no quita ciertas coincidencias cuando se reclama al empleador en calidad de propietario del vehículo accidentado o cuando un pasajero trabajador reclama a otro trabajador en su calidad de conductor. Ello ha ocasionado algunos pronunciamientos en el Derecho comparado sobre la ley aplicable a la compatibilidad entre distintas indemnizaciones, *vid.* la Sentencia de la *District Court* de Massachusetts en el asunto *King v. Williams Industries, Inc.*, 565 F. Supp. 321 (D. Mass. 1983), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/565/321/1458199>; y la *Supreme Court* de Alabama en el asunto *Powell v. Sappington*, 495 So. 2d 569 (1986), <https://law.justia.com/cases/alabama/supreme-court/1986/495-so-2d-569-1.html> (consultados el 31 de marzo de 2019).

⁷ En esta línea se pronuncia la *High Court* de Inglaterra y Gales en el asunto *Shannon v Global Tunneling Experts UK Ltd & Ors* [2015] EWHC 1267 (QB), disponible en <http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2015/1267.html&query=44/2001+workplace+accident+employer+liability> (consultado el 15.3.2019).

⁸ *Cf.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. 70, 2018-2, pp. 17-47, esp. pp. 26-35, en referencia a las dificultades de una “interpretación sistemática sin sistema”. *Vid.*, en concreto respecto de la delimitación contractual y extracontractual, ARENAS GARCÍA, R., “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 403-425, esp. pp. 414-425, sobre la imposibilidad de una calificación uniforme de distintas acciones, en lugar de una interpretación uniforme de acciones que puedan considerarse similares. *Vid.*, también, SANCHEZ LORENZO, S., “Delimitation entre matiere contractuelle et matiere delictuelle dans l’Espace judiciaire europeen (l’affaire Brogsitter)”, *Annuaire de Droit de l’Union Européenne*, vol. 38, 2014, pp. 472-478, esp. p. 477. Se trata de destacar que, en realidad, el TJUE no califica materias sino acciones, esto es, hechos subsumidos en unos fundamentos de derecho que dan lugar a una *causa petendi*, y, por ello, ya aparecen fundamentados en un derecho nacional.

⁹ Argumentando este carácter híbrido en el ámbito del DIPr comparado, *vid.* la *Supreme Court* de Wyoming en el asunto *Wessel v. Mapco, Inc.*, 1988 WY 46. 752 P.2d 1363,

2. Lógica laboral versus lógica de daños

3. Como se observa, en la solución de los accidentes de trabajo transfronterizos se percibe cierta tensión entre la lógica laboral y la de daños. *De lege ferenda*, como se tratará de analizar, parece preferible partir de una lógica contractual para tener en cuenta adicionalmente la lógica de daños¹⁰. Y es que, mientras que en el ámbito contractual se protege al trabajador como parte en una posición jurídico-económica más débil -y el accidente se deriva directamente de esa relación asimétrica-, en el ámbito extracontractual desaparece este planteamiento.

4. No obstante, *de lege lata* parece deducible una interpretación en sentido contrario, es decir, una lógica de daños que, adicionalmente, incorpora una lógica del contrato. Y ello aunque el peaje a pagar sea que no va a haber una protección al trabajador como parte débil respecto de un daño originado en el marco de una posición de desequilibrio.

A día de hoy, cabe “intuir” que el legislador se inclina por la consideración del accidente de trabajo como extracontractual¹¹. El principal indicio para esta interpretación se encuentra en el artículo 4, apartado 3, del Reglamento “Roma II”¹², que permite aplicar una ley distinta a la legalmente prevista que esté más estrechamente vinculada con el caso. Al definir un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país, el Reglamento “Roma II” señala que puede tratarse de una “*relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión*”. Pues bien, la categoría de accidente laboral como daño en ejecución de un contrato puede encajar en esta idea de un hecho dañoso vinculado a un contrato previo, el de trabajo¹³.

<https://law.justia.com/cases/wyoming/supreme-court/1988/122028.html>, consultado el 17.3.2019. En el marco de la UE, muy interesantes son las Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe en el asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley*, presentadas el 24 de enero de 2019. En ellas se destaca cómo, en casos de acciones con una doble calificación contractual o extracontractual, algunos sistemas nacionales permiten que el demandante pueda elegir la fundamentación de su demanda (apdo. 70).

¹⁰ Ya tempranamente en esta línea, el asunto *Mathews v. Kuwait Bechtel* [1959] 2 QB 57 All. ER 345, extracto en <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/england/EB80AEB3C5698A0E4174268E0FE9398> (consultada el 15.3.2019). En el ámbito de la competencia judicial, se inclina por las normas contractuales la *High Court* de Inglaterra y Gales en el ya citado *Shannon v Global Tunneling Experts UK Ltd & Ors*, no sin ciertas dudas, como el propio Tribunal destaca.

¹¹ Es verdad que el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”, DO L 199, 31.7.2007), no resuelve el problema. Su definición de “daño” como todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso y su aplicación a “cualquier obligación extracontractual” apenas ayudan a estos efectos, *cf.* artículos 2.1 y 2.2 del Reglamento “Roma II”. Y no lo hacen porque lo verdaderamente relevante es lo que “no” se define, el hecho dañoso separable de un contrato. Simplemente se deduce que debe ser un concepto autónomo y uniforme de Derecho europeo, con independencia de las disposiciones de las normas nacionales, *cf.* considerando 11 del Reglamento “Roma II”. De esta forma, el concepto de hecho dañoso queda pendiente de la construcción del TJUE, que, hasta el momento, en el ámbito de los accidentes laborales, no se ha producido.

¹² Citado en la nota anterior.

¹³ *Cf.* CARBALLO PIÑEIRO, L., *International Maritime Labour Law*, Springer, Berlín y otros, 2015, p. 165; UNBERATH H., y CZIUPKA, J., “Artikel 4 Rom II-VO”, en RAUSCHER, Th., *Europäisches*

Otros datos del Reglamento “Roma II” también dejan deducir su aplicación a los accidentes laborales. Así ocurre al regular expresamente las cuestiones de seguridad y comportamiento, cosa que no hace “Roma I”¹⁴. También al ocuparse de la posición de las aseguradoras frente a los perjudicados, incluida la viabilidad de una acción directa del trabajador accidentado, aspectos estos también silenciados en “Roma I”¹⁵. En este mismo sentido, el Reglamento “Roma II” tiene una regulación sobre cuestiones esenciales para los accidentes laborales y que no aparecen en el Reglamento “Roma I”. Tales serían las previsiones sobre la transmisibilidad del derecho a reclamar daños, muy importante en casos de fallecimiento del trabajador¹⁶. Igualmente, la eventual responsabilidad por actos ajenos, básica para reclamar a un empresario principal por actos ajenos de la subcontrata a la que pertenecía el trabajador accidentado¹⁷.

Corroborarían estos indicios de basculación hacia el DIPr extracontractual el hecho de que la responsabilidad civil por daños tiene una autonomía jurídica separable de la relación contractual; incluso, puede derivarse de la comisión de un tipo penal. O, expuesto de otra forma, parece asumible que pueda existir una ley aplicable a la responsabilidad por accidente distinta a la ley aplicable estrictamente al contenido contractual. También que la previsibilidad en la ley del contrato juega de forma distinta a la previsibilidad en la ley del daño, porque el accidente es una circunstancia sobrevenida¹⁸. Esta autonomía de la responsabilidad puede verse en el siguiente supuesto:

CASO TIPO DE DIFERENCIACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL: un trabajador del Estado A, donde reside y trabaja habitualmente, es desplazado ocasionalmente al Estado B donde sufre el accidente.

DESARROLLO: sin entrar todavía en detalle en las normas, parece asumible pensar que la ley del lugar donde se produce el accidente puede tener cierto interés en ser aplicada y mostrar cierta proximidad con el caso. Sin embargo, cuando, al

Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR. Kommentar, Sellier, Múnich, 2011, pp. 681-745 p. 731; von SACHSEN GESSAPHE, K. A., *Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, 2ª ed., BWV, Berlín, 2007, p. 76; ARCHONTAKI, A., y SIMSIVE, P., “Greece” en *Cross-border Litigation in Europe*, Hart, Londres, 2017 p. 319. *Vid.*, más en general, AMORES CONRADI, M. y TORRALBA MENDIOLA, E., “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *REEI*, nº. 8, 2004, pp. 1-34, esp. pp. 7-8; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 241-250, esp. p. 250, señalando cómo precisamente la aplicación de la ley rectora de la relación jurídica previa pretende minimizar los graves problemas de calificación de ciertos daños. En el mismo sentido, *vid.* DE SOUSA GONZÇALVES, A. S., *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 258-259; FRANCQ, S., “Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *Actualités de droit international privé*, Anthemis, Lovaina, 2009, pp. 69-144, esp. p. 94.

¹⁴ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DO L 177*, 4.7.2008. En este Reglamento, la prevención de los riesgos laborales formaría parte de las obligaciones del empleador en el contrato, sin perjuicio de la importancia de las leyes de policía del Estado de ejecución en esta materia (art. 9).

¹⁵ *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “El régimen de las acciones directas en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 297-313.

¹⁶ Artículo 15.e) del Reglamento “Roma II”.

¹⁷ Artículo 15.g) del citado Reglamento.

¹⁸ Es más, aunque es verdad que en la responsabilidad por culpa del empleador puede identificarse un deber contractual incumplido, sus obligaciones relacionadas con la salud y la seguridad, no es menos cierto que en la responsabilidad objetiva o por riesgo ya no existe esa vinculación directa a un deber contractual.

margen del accidente, surge cualquier cuestión de contenido contractual sobre un despido improcedente o sobre un impago de salarios, la ley del lugar del accidente no tiene la más mínima conexión con tal supuesto. Entre otras razones, porque el accidente es una circunstancia sobrevenida, imprevisible y contingente.

5. Los “indicios” expuestos a favor de una consideración del accidente laboral como una cuestión extracontractual en el Derecho de la UE se podrían ver corroborados por las normas de competencia judicial internacional. No en vano, el legislador tiene como objetivo garantizar la coherencia entre el ámbito material del Reglamento “Bruselas I.bis”¹⁹ a los efectos de la competencia y reconocimiento, y el Reglamento “Roma II” a los efectos de la ley aplicable²⁰.

6. En cualquier caso, conviene llamar la atención sobre cierta “tensión” del sistema de la UE, ya que no es tan fácil asegurar una correspondencia entre la voluntad del legislador y la apreciación del intérprete último, el TJUE. En efecto, si podría asumirse que la voluntad del legislador es partir de una lógica de daños propia del artículo 4.3 del Reglamento “Roma II”, no ocurre lo mismo con el posicionamiento del TJUE. En primer lugar, porque el Tribunal ha distinguido, en función de la *causa petendi*, entre responsabilidad contractual derivada de una obligación del contrato²¹ y responsabilidad extracontractual derivada de un deber legal²². Pero, incluso, en segundo lugar, y de una forma más radical, porque el Tribunal cada vez se muestra más favorable a aplicar los foros en materia contractual cuando se trata de responsabilidad extracontractual entre contratantes²³.

II. EN BUSCA DE UN MODELO DE DIPR PARA LOS ACCIDENTES DE TRABAJO INTERNACIONALES

Analizada la falta de referencia expresa a los accidentes laborales, es el momento de delimitar el modelo de DIPr aplicable de una forma genérica. A tal fin, se analizarán

¹⁹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO* n° L 351, 20.12.2012. Repárese en que el Reglamento no se aplicaría a las cuestiones de seguridad social que plantean los accidentes laborales, pero sí a las cuestiones civiles, *vid.* AAP de Cantabria de 24 septiembre de 2015, ECLI:ES:APS:2015:233A. *Vid.* esta idea desde la perspectiva de la ley aplicable en UNBERATH, H, y CZIUPKA, J., *op. cit.*, p. 732.

²⁰ Considerando 7 del Reglamento “Roma II”.

²¹ *Vid.*, en este sentido, en el ámbito del contrato de trabajo, STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV*, ECLI:EU:C:2015:574.

²² *Vid.* STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Kalfelis*, ECLI:EU:C:1988:459. Sobre las dificultades en esta calificación según que la fuente de la obligación sea contractual o legal, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2018, p. 675.

²³ *Vid.* STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-548/12, *Brogstetter*, ECLI:EU:C:2014:148; STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559. En ninguna de estas Sentencias se da relevancia al artículo 4.3 del Reglamento “Roma II” a los efectos de fijar la calificación uniforme. En el ámbito del contrato de trabajo, *vid.* STJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley*. Aunque esta última Sentencia se centra en dilucidar si el contrato podía realmente calificarse como laboral, en ningún momento da relevancia a que la acción ejercitada podía tener carácter extracontractual.

las normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable, que son las que plantean problemas específicos²⁴.

1. Competencia judicial internacional: dos modelos insuficientes

A) Modelo basado en la calificación

7. Respecto de demandados empleadores con domicilio en la UE, Suiza, Islandia o Noruega, se aplicarán el Reglamento “Bruselas I.bis” y el Convenio de Lugano. Son competentes los tribunales del domicilio del demandado²⁵, así como el tribunal del lugar donde se encuentra el establecimiento secundario del empleador al que se vincula el accidente²⁶.

La definición amplia de domicilio en caso de personas jurídicas, domicilio registral, centro de actividad o administración central²⁷, multiplica las posibilidades de demanda por parte del trabajador, si bien el mayor número de trabajadores suele encontrarse en el centro de actividad o establecimiento principal. También podrá presentarse la demanda ante el tribunal del lugar donde se encuentra el establecimiento a

²⁴ Se ha planteado algún caso ante el TEDH sobre la falta de tutela judicial efectiva por no reconocer y ejecutar una sentencia que concedía una indemnización por accidente de trabajo, *vid.* STEDH de 31 de julio de 2012, *Sholokhov v. Armenia y Moldavia*, ECLI:CE:ECHR:2012:0731JUD004035805. Pero el debate de fondo estaba más relacionado con cuestiones procesales que con la materia de accidentes laborales. Aparte de esta cuestión, las normas de reconocimiento no plantean excesivamente problemas, más allá del problema del control de la competencia del juez que dictó sentencia. Este control está presente en el artículo 46 de la Ley de cooperación jurídica internacional y en los convenios bilaterales. En el ámbito del Reglamento “Bruselas I.bis” y del Convenio de Lugano, si la sentencia se considera dictada en materia extracontractual, no habría control de la competencia por razón de la materia. Tampoco si se considerara materia de contrato de trabajo, pues el Convenio de Lugano no lo establece y el Reglamento “Bruselas I.bis” solo lo prevé si el trabajador fuera la parte demandada, lo que es sumamente infrecuente en casos de accidentes laborales. *Vid.* PALAO MORENO, G., “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 111-128. Por último, existe algún ejemplo de denegación del reconocimiento de sentencias por vulneración de competencia exclusiva de los tribunales españoles respecto de prestaciones de la Seguridad Social española por accidente, *cf.* AAP de Cantabria de 24 septiembre de 2015, ECLI:ES:APS:2015:233A.

²⁵ Artículo 4 del Reglamento “Bruselas I.bis” y artículo 2 del Convenio de Lugano. En caso de pluralidad de demandados, podría recurrirse al domicilio de cualquiera de ellos (art. 8.1 del Reglamento “Bruselas I.bis” y art. 6.1 del Convenio de Lugano), como ocurrió en la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 4 julio 2000, AS 2000\1956, en la que se demandaba a una empresa española con otra maltesa, por la implicación de aquella en la relación laboral con el trabajador accidentado. En la doctrina, *vid.* PALAO MORENO, G., *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 228 y ss.; JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Comares, Granada, 2000, pp. 205 y ss.

²⁶ Artículo 7.5 del Reglamento “Bruselas I.bis”; artículo 5.5 del Convenio de Lugano. Estos foros pueden jugar ya se califique el caso como extracontractual o como contractual (art. 20.1 del Reglamento “Bruselas I.bis”; art. 18.1 del Convenio de Lugano). Al presentar la demanda en el domicilio o establecimiento del empleador, la ejecución de la sentencia estimatoria será más sencilla, por aumentar la probabilidad de presencia patrimonial en ese Estado y por no activarse las normas de ejecución transfronteriza. No obstante, aumenta la probabilidad de aplicar una ley extranjera a la responsabilidad y a la prevención de riesgos, así como de practicar determinadas pruebas en el extranjero.

²⁷ *Cf.* art. 63 del Reglamento “Bruselas I.bis”.

cuya explotación se vincula el litigio²⁸. Este puede interpretarse como el establecimiento de ocupación efectiva²⁹; también como establecimiento en el marco de cuyas operaciones se contrata al trabajador (en adelante “establecimiento contratante”)³⁰. En cualquier caso, lo que interesa destacar es que la residencia del trabajador no es criterio de competencia judicial.

8. Por otra parte, la calificación como extracontractual de estos accidentes haría competentes al tribunal del lugar del accidente³¹. Esta misma conclusión puede observarse si se presenta la acción civil ante órgano jurisdiccional que conozca del proceso penal del que se puede derivar la reparación del daño³². Normalmente los tribunales de lo penal de un Estado serán competentes por producirse en ese territorio el accidente laboral³³. La acumulación de la acción civil a este juez de lo penal tiene inconvenientes y ventajas. Inconvenientes, porque la acumulación depende de la admisión por la ley del juez. Ventajas, porque, de ser factible, podría desaparecer el problema de la calificación como contractual de la acción civil.

Aparte de los casos puntuales de competencia del juez de lo penal, por tribunal del lugar del accidente debe entenderse el lugar donde efectivamente se produce el siniestro. Allí se manifiesta el resultado inmediato del hecho dañoso, aunque ciertos daños colaterales se puedan manifestar en otro Estado, por ejemplo, pérdidas por bajas laborales en el Estado de prestación habitual de trabajo. En el lugar donde se produce el accidente también se manifiesta el último hecho de la cadena de causalidad: la no adopción de medidas de prevención de riesgos laborales y el posicionamiento del trabajador en una situación de riesgo. Aunque las órdenes de actuación puedan ser

²⁸ Repárese en que la presencia de un establecimiento en la UE no es equiparable a la consideración de domiciliado en la UE, a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre contrato de trabajo, *vid.* art. 20.2 del Reglamento “Bruselas I.bis” y STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491.

²⁹ Hay en esta interpretación una diferencia respecto de las normas sobre ley aplicable al contrato de trabajo, que obligan a estar al establecimiento contratante, salvo que existan vínculos más estrechos, y todo ello en defecto de lugar habitual de prestación, *vid.* STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, *Voogseerd*, ECLI:EU:C:2011:842.

³⁰ No queda claro si la prestación debe cumplirse íntegramente en el Estado donde se encuentra el establecimiento. Así parecía deducirse de la STJCE de 22 de noviembre de 1978, asunto 33/78, *Somafer*, ECLI:EU:C:1978:205. En esta línea, recientemente, STJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-464/18, *Ryanair*, ECLI:EU:C:2019:311. Sin embargo, la STJCE de 6 de abril de 1995, asunto C-439/93, *Lloyd’s*, ECLI:EU:C:1995:104, destacó que las actividades vinculadas a una sucursal no tenían por qué cumplirse en el mismo territorio.

³¹ Artículo 7.2 del Reglamento “Bruselas I.bis”; artículo 5.3 del Convenio de Lugano. *Vid.*, históricamente, en este mismo sentido, la Recomendación de la OIT sobre la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (R025), adoptada en Ginebra, el 5 de junio de 1925. El tribunal del lugar del accidente es adecuado para una mejor administración del proceso y, en ocasiones, reduce el riesgo de aplicación de un Derecho extranjero. No obstante, aumenta la probabilidad de una ejecución transfronteriza de la sentencia por falta de presencia patrimonial del empleador en el lugar del accidente.

³² Artículo 7.3 del Reglamento “Bruselas I.bis”; artículo 5.4 del Convenio de Lugano.

³³ En el orden penal, *vid.* STS (Sala de lo Penal) de 12 de septiembre de 2018, ECLI: ES:TS:2018:3109, declarando la incompetencia de los tribunales españoles para accidentes ocurridos en el extranjero respecto de trabajadores extranjeros, siendo la única conexión con España que una empresa española poseía una parte del capital social de la empresa empleadora.

dictadas desde otros Estados, este sería un hecho causal indirecto, siendo un hecho inicial de la cadena causal pero no un hecho último³⁴.

9. En cualquiera de los casos, además de los tribunales del domicilio del demandado, del establecimiento de ocupación efectiva del trabajador, y del lugar del accidente, debería ser competente el tribunal de prestación habitual del trabajo, por la vinculación de este tipo de daños a la relación laboral. Lejos de ello, y aquí es donde el sistema presenta grietas, el Reglamento “Bruselas I.bis” y el Convenio de Lugano no parecen dar competencia a este tribunal, salvo una incierta calificación del accidente como contractual³⁵, pero en cuyo caso se sacrificaría, y tampoco es lo deseable, el tribunal del lugar del accidente.

Esta disyuntiva, derivada de tener que elegir entre una calificación contractual o extracontractual, podría ser paliada, *de lege ferenda* si este tipo de daños pudiera subsumirse en la sección de contrato de trabajo del Reglamento “Bruselas I.bis”, sin perjuicio de poder aplicar el artículo 7, apartados 2 y 3, sobre daños extracontractuales, cuando el demandante sea el trabajador³⁶.

B) Modelo basado en la jurisdicción

10. Analizadas las normas de la UE y de la EFTA, la cuestión se presenta de forma radicalmente distinta en relación con las normas estatales y, en particular, con la LOPJ³⁷, aplicable cuando el demandado tenga su domicilio en un tercer Estado no miembro de la UE, ni de la AELC. En esta Ley cambia el modelo: no se trata de hacer una calificación contractual o extracontractual de la acción, sino simplemente de corroborar el orden jurisdiccional competente. En caso de accidentes de los que se deriven consecuencias penales, los órganos jurisdiccionales de lo penal conocerán de todo accidente laboral ocurrido en España³⁸, a los que se les podrá acumular la acción civil para la reparación del daño. Al margen de supuestos con implicaciones penales o cuando exista reserva en el ejercicio de la acción civil, el dato más importante es que son competentes los juzgados y tribunales en el orden social y no los del orden civil³⁹.

Sorprende, no obstante, que no exista una referencia expresa a la responsabilidad civil por accidentes laborales en la atribución de competencia internacional de la LOPJ a los órganos jurisdiccionales de lo social. Solo la hay a los “*derechos y obligaciones*”

³⁴ Además, este hecho causal coincidirá con probabilidad con otros foros, como el del domicilio o establecimiento del demandado.

³⁵ Por ejemplo, asunto ya citado *Shannon v Global Tunneling Experts UK Ltd & Ors* de la *High Court* de Inglaterra y Gales.

³⁶ Cuestión distinta serían los casos en los que el empleador fuera el demandante y pretendiera valerse del tribunal del lugar del daño causado por el trabajador en una demanda extracontractual. *Vid.*, de forma colateral, STJUE de 11 de abril de 2019, en el ya citado asunto *Bosworth y Hurley*. Podría argumentarse que el lugar del hecho dañoso no debe jugar si el empleador ha podido influir en esta localización, dado el poder de dirección del empleador en la relación laboral.

³⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* 2.7.1985 (en adelante LOPJ).

³⁸ Artículo 23.1 de la LOPJ.

³⁹ *Cf.* artículo 2.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En la doctrina, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y DE CASTRO FERNÁNDEZ, L.F., *Accidente de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 249 y ss.; JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002, pp. 23 y ss.

derivados del contrato de trabajo⁴⁰. Estos deben interpretarse en sentido amplio para englobar a los accidentes. En este contexto, la referencia al domicilio del demandado en España es superflua porque en ese caso se aplica el Reglamento “Bruselas I.bis”. Sí tiene más relevancia a la agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España de empresas de terceros Estados. La LOPJ no aclara si se refiere al establecimiento de ocupación efectiva, al establecimiento contratante o a cualquiera de los dos⁴¹.

Además, la demanda se puede presentar ante los tribunales españoles cuando “*los servicios se hayan prestado en España*”. La indefinición de esta norma puede utilizarse en el sentido más apropiado a los accidentes, formulando una competencia desdoblada:

i) Por un lado, los tribunales españoles son competentes si el accidente ocurre en España porque aquí se prestaba el servicio, aunque la prestación habitual sea en otro Estado.

ii) Por otro, a la inversa, también conocerían si el accidente ocurre en el extranjero, pero la prestación habitual se desarrolla en España.

En estos casos, la LOPJ solo plantea dudas en relación con los accidentes *in itinere* en el extranjero respecto de trabajadores que se desplazan a diario para realizar su prestación en España⁴². Al margen de estos casos, la LOPJ yerra al extender la competencia de los tribunales de lo social por celebración del contrato en España o por nacionalidad común española de trabajador y empleador⁴³. Son conexiones mucho menos próximas al accidente que las antes citadas, el lugar del accidente o el lugar de prestación habitual del trabajo⁴⁴.

2. Ley aplicable: un puzle de partes, daño y relación laboral

A) Ley de la residencia habitual común: la proximidad al empleador y al trabajador

⁴⁰ Como ya se ha destacado, si se tratara de reclamaciones por accidente contra la Seguridad Social española, existiría una competencia exclusiva, *cf.* AAP de Cantabria de 24 septiembre de 2015, *cit.*

⁴¹ No existe, por último, una referencia a los tribunales de residencia habitual común de las partes, pero fácilmente serán competentes, porque existen muchas posibilidades de que sean los tribunales del domicilio del empleador demandado o, en su caso, el tribunal del lugar donde dicho empleador tiene un establecimiento al que se vincula el proceso.

⁴² *Vid. infra* III.2.c).

⁴³ *Vid.*, en cambio, STSJ de Islas Canarias (Sala de lo Social) de 11 junio de 1998, AS 1998\6342, declarando la incompetencia de los tribunales españoles respecto de un accidente ocurrido en Marruecos, cuando la única conexión con España es la nacionalidad del trabajador.

⁴⁴ Por su parte, la competencia de los tribunales españoles por accidentes en el marco de contratos de embarque precedido de oferta recibida en España responde a la particularidad de estos contratos. *Vid.*, declarándose competente por este foro para un accidente laboral, la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de febrero de 2010, ECLI: ECLI:ES:TSJPV:2010:263.

11. De acuerdo con el Reglamento “Roma II”, la ley aplicable será la de residencia habitual común de empleador y trabajador⁴⁵. Se trata de una ley próxima a las partes, que puede ser muy representativa de sus expectativas en la regulación de la responsabilidad, especialmente, si se trata de partes no sofisticadas, sin excesiva capacidad de calcular el coste de internacionalidad⁴⁶. Podría decirse que se trata de la ley con la que las partes estarán familiarizadas. Puede propiciar, además, una cuantificación del daño proporcional al coste de la vida del trabajador en su centro de vida, con la excepción de los gastos de atención médica en Estados distintos al de residencia (p.e., atención en el lugar del accidente) y que deberían considerarse una cuestión de hecho.

Otro aspecto positivo, desde una perspectiva cuantitativa, es que la ley de residencia habitual común aumenta las probabilidades de que se aplique la ley de prestación habitual de trabajo. En el supuesto tipo, el trabajador suele residir donde trabaja y el empleador suele tener un centro de trabajo equiparable a residencia. Además, indirectamente, también aumenta las probabilidades de que se aplique la ley del lugar del accidente, ya que lo más probable es que el siniestro se produzca allí donde se trabaja habitualmente⁴⁷. En cualquier caso, se trata de un mero juicio de probabilidad.

12. Entre los aspectos negativos, el Reglamento guarda silencio sobre los accidentes colectivos. No queda claro si puede aplicarse regímenes diferenciados: respecto de trabajadores con residencia coincidente con el empleador, esta ley; respecto del resto, la ley del lugar del accidente⁴⁸.

Además de este silencio, la cuestión más dudosa en relación con la ley de residencia habitual común es su determinación tanto por lo que respecta al trabajador como al empleador.

Con carácter general la residencia habitual del trabajador debe entenderse como el lugar donde se halla el centro de vida con un ánimo de permanencia. En caso de fallecimiento del trabajador, habrá que estar a su última residencia habitual, y no a la

⁴⁵ Artículo 4.2. No parece que el Convenio n° 19 de la OIT de 1925 ya citado, pese a su artículo 1, pueda ser utilizado para afirmar la aplicación de la ley del lugar del accidente con base en un trato igual entre trabajadores nacionales y extranjeros. Primero, por la primacía del Derecho de la UE sobre un Convenio, que, además, se encuentra desfasado y en situación provisional. Segundo, porque la igualdad de trato se garantiza aplicando las mismas normas de conflicto a todos los trabajadores, normas que, además, no tienen en cuenta la nacionalidad. Tercero porque, derivado de lo anterior, se asegura una igualdad desde un plano conflictual, aunque no se hiciera desde una perspectiva material. Y, cuarto, porque el propio Convenio reconoce la preferencia de reglas especiales, si bien es cierto que con una redacción con un contexto temporal determinado. *Vid.* sus arts. 1.2 y 2.

⁴⁶ En el Derecho estadounidense puede verse la Sentencia de la *Disctrict Court* de Kansas en el asunto *Miller v. Dorr* 262 F. Supp. 2d 1233 (2003), disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/262/1233/2395579/> (consultado el 16.3.2019), que conllevó la aplicación del Derecho de Carolina del Norte, donde residían las partes como vínculo más significativo, y no el de Kansas donde se había producido el accidente. Por el contrario, la *Supreme Court* de Alabama en el asunto *Norris v. Taylor* 460 So. 2d 151 (1984), <https://law.justia.com/cases/alabama/supreme-court/1984/460-so-2d-151-1.html> (consultado el 17.3.2019), se inclina por la ley del lugar del accidente (Kentucky) aunque las dos partes residían en Alabama.

⁴⁷ Como se verá en el epígrafe III, solo los casos de trabajadores transfronterizos que se desplazan a diario de un país a otro para desarrollar sus servicios o aquellos trabajadores sin un lugar habitual de trabajo evidenciarán una ruptura entre el lugar de residencia y el de prestación. También aparecerá esta ruptura con el lugar del accidente en el caso de desplazamientos temporales.

⁴⁸ En contra de esta posibilidad, *cf.* CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, p. 165.

residencia habitual de los familiares beneficiarios de la indemnización. Es verdad que no se ha pronunciado expresamente sobre este tema, pero así se deduce de su Sentencia de 10 de diciembre de 2015, en el asunto *Florin Lazar*⁴⁹. Esta interpretación es clara cuando la ley aplicable establece que los causahabientes ejercen los derechos que le corresponderían al trabajador fallecido, que se configura como víctima y como perjudicado⁵⁰. Pero que la residencia habitual de referencia es la del trabajador también debe extenderse a las reclamaciones de los familiares fundadas en un daño propio, el perjuicio moral por la aflicción causada por el fallecimiento, o en el perjuicio económico causado a los familiares dependientes de los ingresos del trabajador⁵¹. Todo ello se puede ilustrar con el siguiente supuesto:

CASO TIPO DE ACCIDENTE LABORAL EN EL ESTADO DE RESIDENCIA HABITUAL COMÚN: empleador y trabajador extranjero con residencia habitual en España donde presta sus servicios y donde sufre un accidente mortal. Sus familiares, rumanos y residentes en Rumania, alegan un perjuicio moral por el fallecimiento del trabajador.

DESARROLLO: se trata de un caso a todas luces regido por la ley española. Pero no porque el accidente se haya producido en España, sino porque el empleador y el trabajador tienen su residencia habitual en España en el momento de producirse el siniestro. La ley rumana sería irrelevante, aunque los familiares residentes allí aleguen un perjuicio propio.

13. Por lo que respecta a la residencia del empleador, si el empleador es una persona física profesional, su residencia habitual coincidirá con su establecimiento principal⁵². Si el empleador es una persona jurídica, en principio su residencia habitual

⁴⁹ Asunto C-350/14, ECLI:EU:C:2015:802.

⁵⁰ El Reglamento “Roma II” deja claro que la ley aplicable a la responsabilidad alcanza a la “transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización”, cf. artículo 15.e). Vid., sobre su impacto y relación con la ley sucesoria, que determinaría la condición de herederos, STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de febrero de 2010, *cit.*; y, en la doctrina, JIMÉNEZ BLANCO, P., “Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas”, *La Ley Unión Europea*, nº 35, 2016, núm. 23 (paginación electrónica).

⁵¹ Incluso en estos casos, habrá que estar a la residencia habitual del trabajador, y no del familiar, porque el concepto de “perjudicado” del Reglamento va unido al de “víctima directa”, esto es, al de la persona que ha sufrido directamente el hecho dañoso, el accidente. Aunque no se señale expresamente en el artículo 4 del Reglamento “Roma II” cuando se refiere a la ley de residencia habitual común, así se deduce de la sistemática del Reglamento. En primer lugar, del apartado 1 del artículo 4, que, al referirse a la ley del lugar donde se produce el daño, recuerda la irrelevancia del país “en el que se producen las consecuencias indirectas” del daño. Se trata de una declaración que también puede jugar en relación con el daño moral o económico producido en terceras personas distintas de la víctima directa. En segundo lugar, también se deduce del artículo 15, apartado f), que establece que la ley aplicable a la responsabilidad se ocupa de las personas que “tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente”. No es que este precepto sea muy claro y exacto, porque los familiares que alegan perjuicio moral han sufrido este perjuicio “personalmente”. Pero sí que deja entrever que la ley aplicable a la responsabilidad se ocupa de quienes, aun no sufriendo directamente el hecho dañoso y no siendo víctimas directas, alegan un perjuicio moral propio. Vid. la Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (COM(2003) 427 final), en explicación de su artículo 11.g). En la jurisprudencia, *vid.* STJE de 10 de diciembre de 2015, en el asunto *Florin Lazar*.

⁵² Artículo 23.

coincide el lugar donde se encuentra su administración central. No obstante, se trata de una regla general que, en el ámbito de los accidentes de trabajo, va a tener numerosas excepciones. Ello se debe a que, en realidad, va a tener preferencia el establecimiento en el que se encuentre el centro de trabajo y para el cual el trabajador desarrollaba su actividad⁵³. Por “establecimiento” se entenderá el de ocupación efectiva o centro del trabajo en el que se enmarca la prestación laboral del trabajador, en detrimento del establecimiento que haya podido gestionar la celebración del contrato.

En cualquier caso, sí debe quedar claro que no todo lugar de trabajo es un establecimiento del empleador. Si este opera en régimen de prestación de servicios, no habrá establecimiento del empleador en tal lugar. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la construcción internacional con los trabajadores que prestan servicios en el lugar de ejecución de las obras.

B) La ley del accidente: la proximidad al hecho dañoso

14. En el Reglamento “Roma II”, la ley de la residencia habitual común absorberá una gran parte de los casos de accidentes de trabajo, dado que existe una alta probabilidad de que el trabajador resida en el Estado donde el empleador tiene un centro de trabajo equiparable a establecimiento o residencia. Solo si esto no ocurriese, será aplicable la ley del lugar donde se ha producido el accidente⁵⁴.

⁵³ Ciertamente el artículo 23 del Reglamento “Roma II” considera residencia habitual de la persona responsable la sucursal, agencia o “*cualquier otro establecimiento*” en el curso del cual se haya producido el hecho generador del daño o el propio daño. Solo existe un inconveniente: se trata de una regla formulada respecto de empleadores personas jurídicas, y no en relación con empleadores personas físicas profesionales, *vid.* DICKINSON, A., *The Rome II Regulation*, Oxford University Press, 2008, n° 3.48. Pero no ha de haber inconveniente en entender que una persona física profesional puede tener, además de un establecimiento principal, establecimientos secundarios que funcionan como centros de trabajo y que se considerarán residencia habitual del empleador para accidentes laborales de los trabajadores de este centro. En último término, ese establecimiento podría ser el vínculo más estrecho, si coincide con la residencia del trabajador.

⁵⁴ Artículo 4.1 del Reglamento “Roma II”. En la jurisprudencia británica, *vid.* *Four Seasons Holdings Incorporated v Brownlie* [2017] UKSC 80, de la *Supreme Court* <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2017/80.html> (consultado el 15.3.2019). Fuera del Derecho de la UE, es destacable *US Court of Appeals Anderson v. Commerce Const. Services, Inc.*, 531 F.3d 1190 (10th Cir. 2008) <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca10/07-3128/07-3128-2011-03-14.pdf?ts=1411086152> (consultado el 16.3.2019). En este caso, se aplica el Derecho de Kansas donde ocurre el accidente y no el Derecho de Nebraska donde residía el empresario principal al que se había demandado. En la misma línea: *District Court de Carolina del Norte*, en el asunto *Anderson v. Piedmont Aviation* 68 F. Supp. 2d 682 (M.D.N.C. 1999) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/68/682/2377433/> (consultado el 4.3.2019); *Court of Appeals de Georgia* en el asunto *Dowis v. Mud Slinger* 605 S.E.2d 615 (2004), <https://law.justia.com/cases/georgia/court-of-appeals/2004/a04a1834.html>, consultado el 15.3.2019; *Court for the Northern District de Georgia* en el asunto *Mullins v. MGD Graphics Systems Group*, 867 F. Supp. 1578 (N.D. Ga. 1994), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/867/1578/1456267/> (consultado el 19.3.2019). También es interesante el pronunciamiento de la *High Court* de Australia en el asunto *John Pfeiffer Pty Limited v Rogerson* [2000] HCA 36, favorable a la aplicación de la ley del lugar del accidente de trabajo (<http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2000/HCA/36> consultado el 7.3.2019).

Se trata de una conexión consolidada, que puede mostrar un alto grado de proximidad con la responsabilidad⁵⁵. Aunque no exista residencia habitual común de las partes, ello no quiere decir que el trabajador no pueda tener una conexión relevante con ese Estado, bien porque sea el lugar de su prestación habitual, bien porque tenga allí su residencia habitual (y no el empleador), o bien porque sea un lugar al que se desplaza para trabajar. Para el empleador, se trata de una ley cuya aplicación es generalmente previsible, porque el lugar del accidente coincide con el lugar indicado al trabajador para prestar sus servicios⁵⁶. En cualquier caso, la ley del lugar del accidente no es especialmente representativa a la hora de cuantificación del daño por convalecencia e incapacidad para trabajar, pues no tendrá en cuenta los costes de la vida en el Estado de residencia habitual del trabajador. Tampoco lo es de los gastos de atención médica en Estados distintos al del lugar del accidente (p.e., gastos de rehabilitación en el Estado de residencia), gastos que más bien deberían plantearse como una cuestión de hecho.

15. La determinación del lugar del accidente no siempre ha sido pacífica. En todo caso, habrá que estar a la ley del lugar donde se produce la lesión⁵⁷. El lugar donde ocurre el hecho causal, por ejemplo, desde donde se emiten instrucciones al trabajador, es irrelevante desde la perspectiva de la ley aplicable⁵⁸. Es más, este lugar puede ser un hecho causal inicial, pero no final, pues este siempre coincidirá con la adopción de medidas de prevención de riesgos en el lugar donde se realizó el trabajo.

16. Además de la disociación del hecho dañoso, el segundo problema está relacionado con el fallecimiento del trabajador, de forma que la reparación es exigida por sus familiares. Si la reclaman a título de causahabientes del perjudicado, el lugar de producción del daño coincide con el lugar de producción del accidente. Lo mismo puede decirse respecto de los familiares que alegan un perjuicio moral o económico propio. Como ya se destacó anteriormente al hilo del asunto *Florin Lazar*, aunque el perjuicio sea propio, estos familiares no son los directamente afectados por el hecho dañoso y no tienen el concepto de víctima directa. Todo lo expuesto puede verse en el siguiente caso:

CASO TIPO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL LUGAR ACCIDENTE LABORAL: trabajador presta sus servicios en España como comercial de una empresa con domicilio en Francia, sin establecimiento permanente en España. Fallece en un accidente de trabajo.

DESARROLLO: en este caso se aplicaría la ley española como ley del lugar del accidente. No existe residencia habitual común pues el empleador solo tiene establecimientos permanentes en Francia. También será irrelevante que las instrucciones sean dictadas desde un establecimiento en Francia (lugar del hecho causal inicial), del que depende el trabajador. Incluso aunque la responsabilidad sea reclamada por un familiar del trabajador residente en otro Estado, invocando un

⁵⁵ De hecho, el Convenio n° 19 de la OIT, en su contexto temporal de 1925, presume la aplicación de la ley del lugar del accidente.

⁵⁶ Después se verán excepciones a esta previsibilidad, principalmente, en el caso de prestaciones transnacionales.

⁵⁷ *Vid.* el considerando 17 del Reglamento “Roma II”.

⁵⁸ Artículo 4.1 del Reglamento “Roma II”.

perjuicio moral, esta será una consecuencia indirecta y no podrá afectar a la aplicación de la ley española como ley del lugar donde la víctima directa sufre la lesión.

17. El lugar del accidente no es solo el lugar donde se produce la lesión y, por tanto, una conexión clave para determinar la ley aplicable a la responsabilidad. También lo es para determinar las normas de seguridad y comportamiento del “*hecho que da lugar a la responsabilidad*”⁵⁹. Lugar del hecho causal y lugar de producción del daño necesariamente coinciden de nuevo en los accidentes de trabajo, pues el hecho causal inmediato por parte del empleador siempre estará relacionado con la no adopción de medidas de seguridad en el Estado donde el trabajador prestaba el servicio cuando sufrió el accidente.

A partir de aquí, conviene reparar en el acierto que supone referirse a las normas del lugar del accidente vigentes en el lugar y el momento de producirse este, porque cualquier modificación posterior en el estándar de seguridad no es exigible retroactivamente al empleador⁶⁰. Se trata, además, de una toma en consideración de esas normas “*en la medida en que sea procedente*”, pues debe valorarse también el grado leve, grave o muy grave de incumplimiento en la adopción de esas medidas. También debe valorarse la posible compensación de culpas entre el empleador y una negligencia del trabajador, aspecto que resulta crucial. A los efectos de valorar este comportamiento negligente, debe analizarse si el trabajador recibió formación sobre las normas de seguridad del lugar del accidente, si este no coincide con el lugar de prestación habitual del trabajo⁶¹.

C) La ley del contrato de trabajo: la ley más vinculada a la relación laboral

18. Ya se ha señalado que los accidentes de trabajo, en tanto que daños en ejecución de un contrato, deberían ser regulados por la ley del contrato sin perjuicio de poder tener en cuenta elementos del Derecho de daños, principalmente, en referencia a la ley del lugar del accidente. Ello significaría dar prioridad al Reglamento “Roma I” frente al II, y contar con una regulación que, desde el primer momento, reconozca la existencia de una parte débil en la relación laboral en la que se enmarca el accidente.

Sin embargo, el Reglamento “Roma II” parece partir de una solución parecida, pero en un orden inverso. Se aplica la ley de la responsabilidad sin perjuicio de que, como ley

⁵⁹ Artículo 17 del Reglamento “Roma II”. En la doctrina, *vid.* ANCEL, B., “El Reglamento Roma II: apreciación de conjunto”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 607-624, esp. p. 620.

⁶⁰ Como se observa, el Reglamento “Roma II” lo considera una cuestión de hecho porque no se precisa de base legal para su exigencia al responsable: se deben tener en cuenta *ex post* en el momento de surgir la obligación extracontractual, independientemente de que no existiera obligación legal de ello *ex ante*. No obstante, del contrato de trabajo debe derivarse una obligación legal, no solo una cuestión de hecho, de cumplir las normas de prevención de riesgos laborales del lugar del accidente. *Vid.* artículo 9 del Reglamento “Roma I”.

⁶¹ Sobre la necesidad de información al trabajador respecto de sus derechos y obligaciones en el extranjero, *vid.* las Conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer, de 25 de junio de 1998, en los asuntos C-369/96 y C-376/96, *Arblade y otros*, ECLI:EU:C:1998:318.

más vinculada, se pueda recurrir a la ley del contrato de cuya ejecución nacen los daños⁶². Por esta vía cobrará especial protagonismo la ley del lugar de prestación habitual del trabajo a la que se refiere el Reglamento “Roma I”, que muestra una especial proximidad con la mencionada ejecución⁶³. Incluso, en ciertas circunstancias, esa ley de prestación habitual del trabajo coincide con la ley del lugar del accidente, formando un grupo de conexiones con bastante más peso que la residencia habitual común en otro Estado, que, en principio, sería aplicable⁶⁴.

Además, la aplicación de la ley del contrato se presenta como la más ajustada posible para determinar las pérdidas económicas derivadas de incapacidades temporales o permanentes y dentro de estas, parciales, totales, absolutas y de gran invalidez. La ley del contrato de trabajo, al regular los ingresos del trabajador, es una ley que ofrece un parámetro fiable sobre cuáles pueden ser los costes reales del accidente en cuanto a las convalecencias y lesiones físicas o psíquicas⁶⁵. Por esta vía, incluso, sería admisible aplicar distintas leyes a los daños derivados de accidentes colectivos, pues se tiene en cuenta la ley rectora de cada una de las relaciones laborales⁶⁶.

No obstante, al margen de esta consideración quedan los costes efectivos de la atención médica en el lugar donde se presta. Ello engloba supuestos tan diversos como el lugar donde se haya producido el accidente en casos de atención inmediata o el lugar de residencia habitual para rehabilitaciones y recuperaciones. Estos costes deberían considerarse una cuestión de hecho.

19. La aplicación de la ley del contrato como ley más vinculada es una solución sumamente útil y posibilista, pero en cierto modo heterodoxa, ambigua y artificiosa. Heterodoxa porque la cláusula de escape nació originariamente para buscar soluciones

⁶² Cf. GARDEÑES SANTIAGO, M., “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 387-424, esp. pp. 422-423. Más en general, PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 380-381; DE SOUSA GONZÇALVES, A. S., *op. cit.*, pp. 414-415. Se trata de una solución en la que se reconoce que los daños, incluso cuando puedan considerarse extracontractuales, nacen de la ejecución de un contrato y del incumplimiento de deberes contractuales relacionados con la prevención de riesgos. En el Derecho estadounidense, la ley rectora del contrato fue considerada por la *Court of Appeals* de Florida en el asunto *Urda v. Pan American World Airways, Inc.*, 211 F.2d 713 (5th Cir. 1954), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/211/713/186787/> (consultado el 12.3.2019). También por la *District Court* de Wyoming en el asunto *Stuarde v. Colorado Interstate Gas Co.*, 130 F. Supp. 2d 1263 (D. Wyo. 2001), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/130/1263/2418582/>, consultado el 18.3.2019. Por último, el “*most significant relationship test*” ha sido aplicado en el asunto *Miller v. Dorr* 262 F. Supp. 2d 1233 (2003), antes citado.

⁶³ Artículo 8 del Reglamento “Roma I”.

⁶⁴ Vid. una opinión distinta en KADNER GRAZIANO, Th., “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort”, en AHREM, J., y BINCHY W. (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 113-132, esp. pp. 128-129.

⁶⁵ En cualquier caso, la ley rectora del contrato focaliza en los ingresos del trabajador más que en los “costes de la vida”, que quizá tengan un mejor reflejo en la conexión residencia habitual.

⁶⁶ Si todos los trabajadores prestan servicios en un mismo Estado, su ley fijará el marco mínimo de derechos de una forma igualitaria, siendo las variaciones derivadas únicamente de la posible ley elegida al contrato. Vid. otro posicionamiento valorando una única ley más vinculada a la pluralidad de víctimas en la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales en el asunto *Marshall v the MIB, Pickard and others* [2017] EWCA CIV 17, extracto en <https://internationalandtravellawblog.com/2017/01/24/pickard-v-marshall-the-mib-and-others-2017-ewca-civ-17-rome-ii-and-manifestly-closer-connections/> (consultado el 15.3.2019).

casuísticas en función de las circunstancias particulares, mientras que aquí recibe un uso generalizado para toda una categoría de daños, los accidentes laborales, y todo daño en ejecución de un contrato⁶⁷. Podría decirse que la excepción corre el riesgo de convertirse en regla general para estos daños, al margen del caso concreto⁶⁸.

Además de heterodoxa, la solución es un tanto ambigua. Esta ley más vinculada debe analizarse en términos de proximidad, y no en clave de ley más o menos protectora para el trabajador⁶⁹. No se trata de una norma orientada a un resultado. Sin embargo, desde una perspectiva de psicología jurídica, no sería de extrañar que al juez le planteara dudas aplicar la ley del contrato si ofrece una indemnización menor que la ley del daño. Al contrario, quizá le fuera más fácil aplicar la ley del contrato si mejora la indemnización prevista por la ley del daño⁷⁰. Máxime cuando las partes adoptarán estrategias procesales en función de sus intereses y no de una pretendida neutralidad de la norma de conflicto.

Además de heterodoxa y ambigua, la solución expuesta es en cierto modo artificiosa, por lo que podríamos denominar la “*paradoja de los dobles vínculos estrechos*”. La ley de la responsabilidad se somete a la ley rectora del contrato de trabajo por considerarse una ley más vinculada. Pero, curiosamente, a la hora de determinar la ley rectora del contrato de trabajo deben valorarse, también, los vínculos más estrechos a la relación laboral, ya en clave contractual y no extracontractual⁷¹. Se incrementan los costes por la inseguridad jurídica y por una complejidad excesiva de las soluciones.

⁶⁷ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *loc. cit.*, p. 250, destacando que el juez dispone de un margen de apreciación importante para valorar si recurre a la ley rectora del contrato.

⁶⁸ Sobre la necesaria excepcionalidad en la aplicación de la ley más vinculada, *vid.* CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales en el Derecho internacional privado (el Reglamento «Roma II»)*, Comares, Granada, 2008, pp. 125-126; DE MIGUEL ASENSIO, P., “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, n° 140, 2009, pp. 695-725, esp. pp. 711-712, pp. 719-720; FUENTES MAÑAS, J. B., “La regla *lex loci delicti commissi* y normas localizadoras especiales en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 341-352, p. 348.

⁶⁹ Vid. AMORES CONRADI, M. y TORRALBA MENDIOLA, E., *loc. cit.*, pp. 7-8.

⁷⁰ Vid. este interesante planteamiento en *O’connor et al. v. Kotsonis et al.*, 579 F.2d 194 (2d Cir. 1978), de la *Court of Appeals for the Second Circuit*, en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/579/194/126691/> (consultado el 19.3.2019). En la doctrina, *vid.* PARADELA AREÁN, P., “Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos”, *La Ley (Unión Europea)* n° 14, 2014, núm. III (paginación electrónica). También DE SOUSA GONZÇALVES, A. S., *op. cit.*, pp. 417-418.

⁷¹ Vid., en este sentido, STJUE de 12 de septiembre de 2013, asunto C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, destacando cómo, incluso en contratos en los que la prestación habitual se ha llevado a cabo en un mismo Estado de forma estable durante más de 20 años, deben valorarse otros vínculos más estrechos (sistema de afiliación de la seguridad social, Estado en el que se tributa por la renta de trabajo, mantenimiento de residencia en otro Estado...). *Vid.* RODRÍGUEZ CARDO, I., “Ley aplicable y competencia judicial en la prestación de trabajo”, en GARCÍA MURCIA, J., *Libertades de circulación y derechos de protección social en la UE*, Juruá, Oporto, 2016, pp. 471-492, esp. pp. 475-476. Más en general, *vid.* ZABALO ESCUDERO, E., “Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo”, *Pacis artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1815-1835, esp. pp. 1827-1829. Todo ello con el agravante de que ni siquiera las partes por medio de la elección de una ley desde el momento de celebración del contrato pueden neutralizar la búsqueda de esa ley más vinculada por un juez *a posteriori*.

3. Autonomía de la voluntad y accidentes laborales: una relación desenfocada

A) Los accidentes de trabajo en las cláusulas contractuales internacionales

20. La voluntad de las partes puede incidir tanto en el tribunal competente como en la ley aplicable a los accidentes laborales. Antes de entrar en su análisis, y aparte de pactos posteriores al accidente específicos para solucionar esta controversia, aparece una cuestión previa: si las cláusulas de sumisión o de elección de ley insertadas en los contratos de trabajo subsumen en su supuesto de hecho a la responsabilidad por accidente. Así ocurre cuando la cláusula se redacte de la forma más amplia posible, incluyendo una referencia expresa a los accidentes laborales o a las obligaciones contractuales o extracontractuales, para evitar cualquier problema de calificación de la responsabilidad⁷². A este respecto puede verse:

CLÁUSULA TIPO CON REFERENCIA EXPRESA A LOS ACCIDENTES LABORALES: “Cualquier controversia relacionada con la validez, cumplimiento, extinción, interpretación u otros aspectos del contrato y de la relación laboral a la que da lugar, como los accidentes de trabajo, cualquiera que sea su calificación y ya sea esta de naturaleza contractual o extracontractual, se someterá a los tribunales de [indicar Estado] y se regirá por la ley de [indicar país o unidad territorial con legislación propia]”.

DESARROLLO: aunque no muy habituales en la práctica, la intención de las partes en este tipo de cláusulas es la de someter a los tribunales y Derecho elegidos la responsabilidad por accidente laboral, dado que será irrelevante la calificación de esta responsabilidad como contractual o extracontractual. Para mayor claridad se incluye una referencia expresa a este supuesto. En cualquier caso, conviene recordar que la viabilidad de estas cláusulas será analizada más tarde; en este momento se trata simplemente de preguntarse si el supuesto de hecho alcanza a los accidentes.

Otras cláusulas pueden redactarse no de una forma tan amplia, pero sí suficiente como para incluir en su ámbito de aplicación a los accidentes laborales. Serían cláusulas en las que se incluye una alusión genérica a los daños sufridos durante la ejecución del contrato. Podría ser una cláusula del siguiente tenor:

CLÁUSULA TIPO CON REFERENCIA TÁCITA A LOS ACCIDENTES LABORALES: “Cualquier controversia relacionada con la validez, cumplimiento, extinción o interpretación o ejecución del contrato, así como con los daños surgidos durante la ejecución de este, se someterá a los tribunales de [indicar Estado] y se regirá por la ley de [indicar país o unidad territorial con legislación propia].

DESARROLLO: de nuevo la responsabilidad por accidentes laborales parece quedar regulada por esta cláusula. Es verdad que la cláusula ya tiene otro planteamiento, pues no focaliza tanto en la calificación de los daños como en la

⁷² Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 689.

descripción de estos. Pero no cabe duda de que la referencia a los daños surgidos durante la ejecución del contrato engloba en el supuesto de hecho a los accidentes laborales.

El problema surge cuando la cláusula de sumisión a tribunal o de elección de ley se plantea de una forma restringida y se originan dudas sobre si las controversias sobre accidentes de trabajo quedan incluidas o no, haciéndolo depender finalmente de una calificación de la obligación nada clara y que genera inseguridad jurídica. Puede ilustrarse el problema con el siguiente ejemplo:

CLÁUSULA PATOLÓGICA EN RELACIÓN CON LOS ACCIDENTES LABORALES: “Cualquier controversia relacionada con el contenido de este contrato se someterá a los tribunales de [indicar Estado] y se regirá por la ley de [indicar país o unidad territorial con legislación propia].

DESARROLLO: la inclusión de los accidentes laborales en el supuesto de hecho de esta cláusula es dudosa. La referencia genérica al contenido del contrato no aclara si los daños en ejecución de ese contrato quedan regidos por esta cláusula, máxime si, desde la perspectiva del DIPr, pueden tener una calificación extracontractual. Para solucionar estas dudas, podría sostenerse que la ley rectora del contrato determinara precisamente la interpretación y alcance del término “contenido del contrato”. Se trata de interpretar la cláusula de elección de tribunal o de ley precisamente a la luz de la ley elegida, que probablemente represente las expectativas de las partes.

B) Cláusulas de elección de ley

21. Delimitado cuándo una cláusula en un contrato internacional incluye a los accidentes, ya pueden analizarse en detalle por sectores. Desde la perspectiva del Derecho de daños regido por el Reglamento “Roma II”, la elección solo será eficaz si es posterior al hecho generador del daño: por ejemplo, tras una mediación o tras una oferta motivada de la aseguradora con poder de firma del empleador...⁷³. Si, como es lo más frecuente, es anterior, por haberse incluido en el propio contrato de trabajo, esa elección no tendrá eficacia, pues no se cumple el requisito de que “*todas las partes desarrollen una actividad comercial*”⁷⁴. Pese a la poca exactitud del texto, no cabe entender que el trabajador desarrolla una actividad comercial, sino laboral, por lo que la elección no es admisible⁷⁵. Del mismo modo, el citado Reglamento exige que la elección sea fruto de un “*acuerdo negociado libremente*”. Aunque más bien parece vetar las elecciones incluidas en

⁷³ El artículo 14 del Reglamento “Roma II” se refiere a pactos posteriores al hecho generador del daño y no está claro si, en accidentes laborales, este hecho se identifica con anterioridad al accidente. No en vano, en la mayoría de los casos podría considerarse que el último acto de la cadena de hechos causales es la falta de adopción de medidas de seguridad en el momento de producirse el accidente.

⁷⁴ Artículo 14.1.b). Habría que aplicar, pues, la ley rectora del daño en defecto de elección.

⁷⁵ Vid. KADNER GRAZIANO, Th., *loc. cit.*, p. 126; GIL-NIEVAS, R., “El proceso negociador del Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 109-185, esp. p. 133, en referencia expresa a evitar pactos abusivos para trabajadores. Vid., también, LEIBLE, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 219-239, p. 228, aunque más en referencia a consumidores.

condiciones generales de la contratación que cualquier cláusula introducida en un contrato de trabajo, tampoco debe perderse de vista la posición jurídico-económica más débil del trabajador frente a su empleador en el momento de negociar el contrato⁷⁶. Ni, en esta línea, conviene olvidar los posibles vicios del consentimiento de una cláusula de elección de ley, que afectarían a su validez material.

Las conclusiones serían muy distintas desde una perspectiva contractual-laboral. La elección de ley no es que no surta efectos, sino que sus efectos no pueden privar al trabajador de la protección mínima dispensada por las normas imperativas de la ley del lugar de prestación habitual del trabajo, o de otra ley más estrechamente vinculada (la ley objetivamente aplicable)⁷⁷. En otras palabras, constatado el carácter imperativo de las normas sobre responsabilidad, la ley elegida solo serviría para incrementar la protección al trabajador accidentado, no para disminuirla⁷⁸. Y ello tanto si la elección se hace antes del hecho generador del daño como después.

Como se observa, la regulación contractual es mucho más provechosa para el trabajador que la prevista por las normas extracontractuales. Por un lado, el Reglamento “Roma I” bloquearía elecciones de ley perjudiciales para el trabajador, cuando sean posteriores al hecho generador del daño, mientras que “Roma II” no. Por otro, “Roma I” permitiría elecciones favorables al trabajador incluidas en el propio contrato de trabajo, mientras que “Roma II” no⁷⁹.

No debe verse en esta precisa regulación el mero “buenismo” de proteger al trabajador. Al contrario, para el empleador será una ley querida, elegida, y fácilmente calculable. Es más, podrá repercutir los costes de esta protección en los propios costes salariales. Todo lo expuesto puede verse en un ejemplo:

CASO TIPO DE ELECCIÓN LEY A LOS ACCIDENTES DE TRABAJO: una empresa española tiene contratado a un trabajador con residencia en Marruecos, donde presta sus servicios en una obra y donde sufre un accidente. En el contrato se había elegido la ley española para los accidentes.

DESARROLLO: asumiendo que las normas españolas sobre responsabilidad son más protectoras que las marroquíes, en aplicación del Reglamento “Roma I” la elección de ley sería eficaz y podrían aplicarse las normas españolas. Sin embargo, no ocurriría lo mismo en el Reglamento “Roma II”, pues la elección no ha sido celebrada entre partes con actividad comercial. Ello llevaría a aplicar la ley del lugar del accidente, la ley marroquí, que dejaría al trabajador en peor situación.

22. La situación expuesta en la que la aplicación del Reglamento “Roma II” no es excesivamente protectora puede, no obstante, ser paliada. Así sucede si se recurre a la posibilidad de aplicar la ley rectora del contrato como ley más estrechamente

⁷⁶ Vid. considerando 31 del Reglamento “Roma II” y, al respecto, DE SOUSA GONZÇALVES, A. S., *op. cit.*, p. 418.

⁷⁷ Vid. CASADO ABARQUERO, M., *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 209 y ss.

⁷⁸ Vid. DEINERT, O., *International Labour Law...*, *op. cit.*, pp. 292-293, en referencia al carácter imperativo de toda norma relacionada con consecuencias derivadas de la infracción de prevención de riesgos.

⁷⁹ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P., *loc. cit.*, p. 713.

vinculada con el daño⁸⁰. No en vano, esta ley trata de proteger al trabajador. Dicha ley incluye la elegida por las partes al contrato (no a la responsabilidad)⁸¹. De esta forma, la ley del lugar de prestación habitual fijaría el mínimo, indisponible por las partes, de derechos que corresponden al trabajador en lo que respecta a la reparación del daño, y la ley elegida solo jugaría para elevar ese nivel mínimo de protección⁸².

C) Cláusulas de elección de tribunales

23. En el ámbito de la competencia judicial internacional, las cláusulas de elección de tribunal también plantean problemas. En el Reglamento “Bruselas I.bis” y en el Convenio de Lugano, porque las normas sobre daños, al admitir toda sumisión, ya sea en el momento de celebrarse el contrato o en otro posterior, desprotegen al trabajador⁸³. No en vano, el empleador, si tiene una posición jurídico-económica más fuerte, podría imponer los tribunales de un Estado más próximo al empleador y más alejado al trabajador y a su centro de intereses⁸⁴. Esa elección de tribunal de un Estado miembro, salvo pacto en contra, tiene un efecto derogatorio de la competencia de los tribunales de otros Estados miembros, principalmente, los del lugar del daño, los del juez de lo penal que conozca de la acción civil, o los del domicilio del demandado. Puede tener, pues, un efecto disuasorio para la interposición de demandas, con el agravante, además, de que, en materia de accidentes laborales, normalmente el demandante es el trabajador.

⁸⁰ El ya citado art. 4.3 del Reglamento “Roma II”.

⁸¹ Vid. LEIBLE, S., *loc. cit.*, p. 224; DE MIGUEL ASENSIO, P., *loc. cit.*, pp. 711-712; DICKINSON, A., *op. cit.*, nº 4.93; DE SOUSA GONZÇALVES, A. S., *op. cit.*, p. 418; UNBERATH, H, y CZIUPKA, J., *op. cit.*, p. 732. Vid. una opinión distinta en KADNER GRAZIANO, Th., *loc. cit.*, p. 129. La remisión a la ley rectora de la obligación contractual debe entenderse como una remisión integral a la ley del contrato, tanto a la ley objetivamente aplicable, y marco mínimo de derechos, como a la ley elegida. Vid. FRÖHLICH, C. W., *The Private International Law of Non-Contractual Obligations according to the Rome II-Regulation*, Kovac, Hamburgo, 2008, p. 33, en referencia a una elección de ley indirecta. Deben descartarse otras interpretaciones, como una remisión parcial únicamente a la ley elegida. Esta interpretación debe descartarse porque no es cierto que el contrato de trabajo se rija únicamente por la ley elegida, sino que el mínimo inderogable lo determina la ley objetivamente aplicable.

⁸² Cf. CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, p. 165; DE SOUSA GONZÇALVES, A. S., *op. cit.*, pp. 418-419; UNBERATH, H, y CZIUPKA, J., *op. cit.*, p. 732; THIEDE, T., “European Coordination of Employer’s Liability and Workers’ Compensation”, en OLIPHANT, K., WAGNER, G. (eds.), *Employers’ Liability and Workers’ Compensation*, de Gruyter, Berlín, 2012, pp. 485-517, esp. p. 511, disponible en [https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/51062/ssoar-2012-thiede-The European Coordination of Employers.pdf?sequence=3](https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/51062/ssoar-2012-thiede-The%20European%20Coordination%20of%20Employers.pdf?sequence=3) (consultado el 15.3.2019). En referencia a consumidores, pero en una misma lógica, BACH, I., “Article 4”, en HUBER, P., *Rome II Regulation*, Sellier, Múnich, pp. 64-113, esp. p. 102. En la jurisprudencia, vid. STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de febrero de 2010, *cit.*, por la que la elección de la ley del pabellón al contrato no perjudicaría necesariamente al trabajador fallecido.

⁸³ Vid. el posicionamiento de la *District Court* de Maine en el asunto *Vachon v. Canadian Pacific Limited*, 526 F. Supp. 1186 (D. Me. 1981), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/526/1186/1375697/> (consultado el 19.3.2019), en contra del juego de la voluntad de las partes en esta materia.

⁸⁴ La sumisión solo dejaría de producir efectos si fuera nula en cuanto a su validez material según la ley del tribunal elegido, por ejemplo, por un vicio del consentimiento, vid. art. 25.1 del Reglamento “Bruselas I.bis”.

24. De nuevo las conclusiones son muy distintas, y claramente preferibles, desde una perspectiva contractual-laboral. La elección de tribunales de un Estado miembro solo es válida si es posterior al nacimiento del litigio o si permite al trabajador presentar demandas ante otros tribunales distintos a los que ya asisten al trabajador⁸⁵. Admitir la sumisión posterior al nacimiento del litigio tiene su lógica porque el trabajador ya tendrá un asesoramiento legal oportuno y habrá desaparecido la debilidad en la fuerza negociadora del contrato⁸⁶.

El otro supuesto está relacionado con la sumisión que favorezca al trabajador demandante, como ocurre en los casos de accidentes. Esto es, el trabajador podría presentar la demanda por responsabilidad ante el tribunal del domicilio del demandado, del establecimiento al que se vincula su contrato, del lugar donde presta habitualmente sus servicios, y, además, del lugar elegido por las partes⁸⁷. Lo expuesto se puede ejemplificar con el siguiente ejemplo:

CASO TIPO DE ELECCIÓN DE TRIBUNAL PARA LOS ACCIDENTES DE TRABAJO: una empresa española tiene contratado a un trabajador con residencia en Francia, donde presta sus servicios en una obra y donde sufre un accidente. En el contrato se habían elegido los tribunales españoles.

DESARROLLO: aplicando las normas sobre daños, la demanda solo se podría presentar en España, como tribunal libremente elegido. Se derogaría la competencia de otros tribunales, en particular, la de los tribunales franceses, aunque el accidente se haya producido en ese Estado.

La solución sería más adecuada si se aplicaran las normas sobre contrato de trabajo. La demanda del empleador se podría presentar en España, como tribunales del domicilio del demandado. Ni siquiera se activaría el pacto de sumisión porque no remite a otros tribunales distintos a los legalmente previstos. Pero lo verdaderamente importante es que el trabajador no perdería la posibilidad de presentar su demanda en Francia como lugar de prestación habitual del trabajo, en este caso, coincidente, además, con el lugar del accidente y de residencia habitual de la víctima.

25. En resumen, de lo expuesto se deduce la poca coherencia del sistema de DIPr europeo de daños en esta materia: la elección de ley *ex ante* estaba totalmente prohibida en el Reglamento “Roma II”, mientras que la elección de tribunal está totalmente permitida. La respuesta es mucho más coherente desde la perspectiva del DIPr laboral:

⁸⁵ Vid. BIEHLER, G., “The limits of Rome II”, en AHREM, J., y BINCHY W. (eds.), *op. cit.*, pp. 277-288, esp. p. 283.

⁸⁶ De hecho, en el Reglamento “Bruselas I.bis”, incluso cuando se trate de una sumisión tácita por comparecencia sin impugnación de la competencia, el trabajador deberá ser informado de la consecuencia de su comparecencia, *cf.* artículo 26.2.

⁸⁷ Sin embargo, el tribunal elegido por las partes no será competente para demandas presentadas por el empleador. Aunque residuales en el ámbito de los accidentes laborales, esto significa que el tribunal elegido no será competente para una “acción torpedo” interpuesta por el empleador, con la finalidad de que se declare su exención de responsabilidad respecto de un accidente. Acertadamente, se veta la posibilidad de que el empleador demande ante el tribunal elegido, porque estas acciones alteran la posición lógica de las partes en las reclamaciones por accidente, en las que el actor suele ser el trabajador y el demandado, el empleador.

los límites a la autonomía de la voluntad respecto de la ley aplicable tienen su correspondencia lógica en el sector de la competencia judicial internacional.

En este contexto, cabe hacer un último matiz respecto de la LOPJ. En principio, esta queda desplazada por los citados el Reglamento “Bruselas I.bis” y el Convenio de Lugano, cuando se elija un tribunal español o de otro Estado miembro o parte. Pero esta Ley sí que tiene alguna relevancia cuando se eligen los tribunales de terceros Estados y existe competencia de un tribunal español por otro foro, por ejemplo, por prestarse los servicios y producirse el accidente en España. A estos efectos, esa sumisión a tribunales de terceros Estados no deroga la competencia de los tribunales españoles⁸⁸. Y ello porque la LOPJ entiende que la competencia en estas materias no es disponible⁸⁹.

III. DIPr Y TIPOLOGÍA DE ACCIDENTES LABORALES INTERNACIONALES

Analizado el posible modelo de DIPr, debe estudiarse su adaptación a la variada tipología de los accidentes laborales: tras presentar el caso más habitual, deben destacarse las especialidades por razón de la movilidad del trabajador, de la internacionalidad de la prestación y de las posibles irregularidades de la relación laboral. Ello permitirá testar la eficiencia del sistema.

En principio, el análisis se centrará en las normas de ley aplicable, sin perjuicio de destacar algún aspecto puntual de la competencia judicial internacional que pueda considerarse problemático en una determinada modalidad.

1. Accidente tipo: siniestro en el lugar de prestación habitual del trabajo

26. Analizados los factores condicionantes de los accidentes laborales internacionales, es el momento de proyectar las normas de DIPr en su distinta tipología, comenzando por el supuesto estándar: aquel en el que el accidente se produce en el lugar de prestación habitual de trabajo, y donde, además, el trabajador tiene su residencia habitual.

27. La ley del lugar de prestación habitual de trabajo regirá con mucha probabilidad la responsabilidad. Si el empleador tiene un establecimiento en ese Estado en el marco del cual se realiza la prestación, la aplicación de esa ley será a título de residencia habitual común del trabajador perjudicado y del empleador responsable. Si el empleador no tiene un establecimiento en ese Estado, persistirá la aplicación de la ley de prestación habitual de trabajo, a título de ley del lugar donde se produce el accidente. Precisamente el tribunal del lugar del accidente tendría competencia, junto con el del domicilio o establecimiento correspondiente del demandado.

La posibilidad de aplicar la ley del contrato como más vinculada no altera en exceso lo expuesto: la ley de prestación habitual como *lex contractus* coincide con la ley rectora de la responsabilidad. Sí es verdad que permitiría introducir la ley elegida al

⁸⁸ En otras palabras, no se admitiría la *derogatio fori* prevista en el art. 22.ter.4 de la LOPJ.

⁸⁹ *Id.* CASADO ABARQUERO, M., *op. cit.*, pp. 177 y ss.

contrato (no a la responsabilidad). Este recurso, en este caso, no pretendería negar la conexión muy fuerte con el Estado donde se presta habitualmente el servicio, se produce el accidente y se halla la residencia habitual del trabajador víctima. Más bien, buscaría incorporar la ley elegida como la más protectora o favorable para el trabajador.

2. Supuestos especiales por razón de la movilidad del trabajador

A) Accidentes de trabajadores trasladados

28. El traslado definitivo del trabajador a un nuevo destino implica la modificación del lugar de ejecución de la prestación habitual de trabajo, acompañada de un cambio de la residencia habitual del trabajador a dicho territorio⁹⁰.

Un dato importante es que el cambio de residencia habitual del trabajador y el coste de internacionalidad a él vinculado puede repercutirse en el empleador, porque este motiva el citado cambio de residencia. Así, de producirse el accidente una vez materializado el traslado, procede realizar las mismas consideraciones que para el accidente tipo. Se aplicará la ley de la nueva prestación habitual del trabajo, coincidente con el lugar del accidente y con la nueva residencia habitual del trabajador. Si el empleador tiene un establecimiento en ese Estado, al que se vinculará el contrato, será de aplicación la ley de prestación habitual, a título de ley del Estado donde empleador y trabajador tenían su residencia común en el momento de producirse el accidente⁹¹. Si, por el contrario, en ese Estado el empleador no tiene un establecimiento, se aplicará la ley de prestación habitual del trabajo como ley del lugar donde se produjo el accidente. Todo ello coincide a grandes rasgos con la ley rectora del contrato, que será la del nuevo Estado tras producirse el traslado⁹².

29. Cualquier residencia habitual en un momento anterior a producirse el siniestro, es decir, antes del traslado, no se toma en consideración, salvo que pueda jugar por la vía de la ley más estrechamente vinculada⁹³. En este sentido, si antes del accidente,

⁹⁰ Aunque en el ámbito de la competencia judicial para los contratos de trabajo, esta tipología está presente en la STJUE de 12 de septiembre de 2013, en el asunto *Schlecker* antes citado. También en la STJCE de 10 de abril de 2003, asunto C-437/00, *Pugliese*, ECLI:EU:C:2003:219. No obstante, en ambos casos el traslado se acompañó de la suspensión o terminación del primer contrato y de la firma de un segundo contrato.

⁹¹ Artículo 4.2 del Reglamento “Roma II”. En principio, no debería considerarse que existe un establecimiento en el Estado de destino si aquí se firma un segundo contrato en el Estado de destino con un empleador distinto (aunque vinculado al empleador del Estado de origen), *vid.* STJCE de 10 de abril de 2003, en el citado asunto *Pugliese*.

⁹² Por lo menos así se ha posicionado la Comisión, *cf.* su Libro Verde para la transformación del Convenio de Roma de 1980 en instrumento comunitario, COM (2002) 654 final, p. 35. Esta solución coincidiría con el supuesto en el que, por razón del traslado, se celebre un segundo contrato, *cf.* STJUE de 12 de septiembre de 2013, en el citado asunto *Schlecker*.

⁹³ Ciertamente, lo importante a los efectos de fijar la residencia habitual del trabajador es la intención de establecerse de forma permanente en el nuevo Estado; y la prestación habitual del trabajo en ese nuevo Estado es la mejor prueba de esa intención. Ahora bien, es interesante preguntarse qué ocurre cuando el accidente se ha producido en el nuevo Estado de prestación habitual, donde se encuentra la residencia habitual del trabajador, al poco tiempo de producirse dicho traslado. *Vid.* la Resolución de la *District Court for the Western District* de New York en el asunto *Whisenhunt v. Sylvania Corp.*, 671 F. Supp. 214 (W.D.N.Y. 1987), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/671/214/2595025/> consultado el 18.3.2019, donde el accidente se produjo a las cuatro semanas de incorporarse al trabajo en Nueva York, habiendo residido en Arkansas (aunque allí no trabajaba).

el trabajador había trabajado durante un período sustancialmente más relevante en el anterior Estado, donde el empleador también tenía un establecimiento, la ley de la anterior residencia común podría cobrar fuerza como ley más estrechamente vinculada. También la cobraría, en calidad de ley rectora del contrato antes del traslado⁹⁴.

No obstante, lo expuesto debe tomarse con cautela. Primero, porque, como ya se ha señalado, las normas de seguridad y comportamiento serán necesariamente las del Estado posterior al traslado por producirse allí el accidente. Segundo, porque la búsqueda de otra ley más estrechamente vinculada debe analizarse caso por caso y en situaciones excepcionales y manifiestas en función de las expectativas razonables⁹⁵. Lo expuesto puede analizarse con el siguiente ejemplo:

CASO ESPECIAL DE ACCIDENTE EN EL MARCO DE UN TRASLADO: un trabajador español y residente en España lleva veinte años prestando servicios en territorio español para una empresa española. En el contrato se ha elegido la ley española. Tras la expansión internacional de la empresa, es trasladado a Francia con carácter permanente para dirigir el nuevo establecimiento abierto por la empresa. A los diez días del traslado, sufre un accidente de trabajo en Francia.

DESARROLLO: con carácter general es aplicable la ley francesa, por ser la ley de residencia habitual común de trabajador y empleador en el momento de producirse el accidente (art. 4.2 Reg. “Roma II”). El supuesto, además, tiene cierta significación con la ley francesa, pues en Francia se ha producido el siniestro y en Francia se había iniciado la nueva prestación habitual del trabajo.

Las posibilidades de aplicar la ley española son dudosas y elevan el coste de incertidumbre. Es cierto que el establecimiento del empleador en Francia puede llevar muy poco tiempo operativo. También es verdad que el tiempo de residencia habitual por parte del trabajador en Francia ha sido mínimo. Para reducir esa incertidumbre, deberían valorarse las expectativas de las partes, teniendo en cuenta que el contrato, antes del traslado, se regía por la ley española.

B) Accidentes de trabajadores desplazados temporalmente

30. Un segundo supuesto especial de accidente laboral es el causado durante un desplazamiento temporal a otro Estado. En la delimitación de este supuesto se asumirá que en el Estado de origen se desarrolla la prestación habitual del trabajo y se encuentra, en principio, la residencia habitual del trabajador, mientras que en el Estado de destino

⁹⁴ Vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Desplazamiento y Traslado de Trabajadores al Extranjero. Régimen Laboral y de Seguridad Social y Cuestiones de Competencia Judicial*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 59, sobre la virtualidad de la ley del lugar de prestación habitual anterior al traslado, desde la perspectiva del Reglamento “Roma I”.

⁹⁵ Esa vinculación manifiestamente más estrecha con la ley de la anterior prestación no es fácil de apreciar en un supuesto como el descrito en el que el accidente se ha producido en el nuevo Estado, donde el trabajador ya ha evidenciado la intención de trasladar la residencia habitual, y donde, además, el empleador puede tener un establecimiento. Por si esto fuera poco, debe recordarse que el contrato de trabajo después del traslado podría regirse por la ley del nuevo lugar donde se presta habitualmente el servicio, cf. el Libro Verde de la Comisión, *cit.*, p. 35.

existe una prestación ocasional o temporal del servicio en el marco de la cual se produce el accidente⁹⁶.

En principio, se aplicará la ley del Estado de origen, como ley de la residencia habitual común de empleador y trabajador⁹⁷. La aplicación de la ley del contrato como ley más vinculada no cambiará en exceso lo dispuesto, pues sigue siendo la ley del Estado de origen como lugar de prestación habitual. Esta ley también regularía la consideración de los eventuales accidentes producidos durante el transporte de ida del Estado de origen al de destino o el de regreso⁹⁸.

La posible aplicación de la ley del Estado de destino como ley del accidente, donde se produce el accidente tiene una aplicación más residual, que se reduce básicamente a dos casos:

i) Durante el desplazamiento, la relación laboral depende de un establecimiento en el Estado de destino. Desaparece, pues, la residencia habitual común en el Estado de origen.

ii) La ley del Estado de destino puede considerarse como manifiestamente más vinculada. Se tratará de un supuesto muy excepcional porque recuérdese que la ley del contrato sigue siendo la del Estado de origen. Habrá que estar caso por caso y valorar no solo que el accidente se produce en el Estado de acogida, sino otras cuestiones como la asiduidad con la que se produce el desplazamiento -no es lo mismo una vez en toda la

⁹⁶ Aunque en el ámbito de la competencia judicial internacional en materia de contratos, este podría ser el caso de la STJCE de 9 de enero de 1997, asunto C-383/95, *Rutten*, ECLI:EU:C:1997:7, en el que se acredita un centro de actividad principal del trabajador y desplazamientos a varios Estados que le ocupaban un tercio aproximadamente de su tiempo de trabajo. También sería un supuesto similar al de la STJCE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, *Mulox*, ECLI:EU:C:1993:306. *Vid.* IRIARTE ÁNGEL, J. L., “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, 2018, pp. 477-496, esp. pp. 491-492. En el Derecho comparado, el accidente de un trabajador desplazado se trata en la Sentencia de la *Supreme Court* de Carolina del Norte en el asunto *Braxton v. Anco Elec., Inc.*, 409 S.E.2d 914 (1991), <https://law.justia.com/cases/north-carolina/supreme-court/1991/614pa90-0.html> (consultado 17.3.2019). *Vid.* GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *CDT*, vol. 10, 2018, pp. 213-232, esp. p. 223. No obstante, debe destacarse que, en realidad, ha aparecido otra categoría a medio camino entre el trabajador desplazado y el trabajador trasladado definitivamente, como es la del trabajador desplazado de larga duración, *vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 62, pp. 81-116, esp. pp. 96-98. A los efectos que aquí interesan, debe dilucidarse si ha existido o no un traslado de la residencia habitual del trabajador. Ello genera cierta incertidumbre, como también los casos en los que un desplazamiento temporal termina convirtiéndose en definitivo, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *op. cit.*, pp. 61 y 65.

⁹⁷ *Vid.*, sobre el principio de Estado de origen y su relación con el Reglamento “Roma II”, DICKINSON, A., *op. cit.*, n° 16.04. En la práctica comparada, *vid.* la Sentencia de la *Supreme Court* de Carolina del Norte en el asunto *Braxton v. Anco Elec., Inc.*, antes citada. También la Sentencia de la *District Court for the Northern District* de New York en el caso *Rogers v. Consolidated Rail Corp.*, 688 F. Supp. 835 (N.D.N.Y. 1988), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/688/835/2134701/> consultado el 17.3.2019. En este caso, se aplica la ley de Nueva York, donde trabajador y empleador tenían su residencia habitual, a pesar de que el accidente se produce en Canadá.

⁹⁸ Aunque no desde la perspectiva laboral sino en referencia a la falta de responsabilidad del Estado por la deficiente ejecución del transporte por parte de las empresas responsables, *vid.*, como ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) de 3 de septiembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:7112, en el asunto YAK-42, relativo al accidente de aviación en Turquía en el que fallecieron militares españoles que regresaban de Afganistán a España.

relación laboral que un desplazamiento al año- y duración del desplazamiento -no es lo mismo siete días que doce meses de desplazamiento-.

Desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, las normas extracontractuales permiten fundamentar la competencia del tribunal del Estado de origen, por tener allí su domicilio el demandado, y del Estado de destino, por producirse allí el accidente. No puede decirse lo mismo de las normas contractuales, que en ocasiones bloquearían la competencia de los tribunales del Estado de destino, ya que no es el lugar de prestación habitual del trabajo, ni coincide con el domicilio del demandado, salvo que el desplazamiento se vincule a un establecimiento de acogida⁹⁹.

31. Expuesto el régimen general, debe destacarse que, en principio, la Directiva 96/71 sobre desplazamientos temporales¹⁰⁰ no parece aplicable a la responsabilidad civil por accidentes¹⁰¹. Esta no menciona expresamente a los accidentes laborales en su ámbito de aplicación como leyes de policía del Estado de destino¹⁰². De hecho, en muchas ocasiones se refiere al contenido contractual de la relación laboral¹⁰³ y a las condiciones de trabajo y empleo¹⁰⁴. Y estas alusiones parecen excluir el concepto de responsabilidad civil¹⁰⁵.

⁹⁹ Quizá solo podría fundamentarse la competencia en el marco del artículo 7, apartado 5, cuando exista una relación formal o material con el establecimiento de destino.

¹⁰⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO n° L 18, 21.1.1997, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, DO n° L 173, 9.7.2018. Básicamente se aplica a desplazamientos entre Estados miembros por un empleador en régimen de prestación de servicios, por un empleador en régimen de libre establecimiento, y por una empresa de trabajo temporal o una agencia de colocación. Vid. la STJCE de 15 de marzo de 2001, asunto C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, sobre supuestos límites en los que empresas de zonas fronterizas envían a trabajadores a otros Estados miembros a tiempo parcial y durante breves períodos.

¹⁰¹ Sobre las relaciones del Reglamento “Roma II” con otras normas de la UE, vid. FALLON, M., “La relación del Reglamento Roma II con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 187-217; BONOMI, A., “El Reglamento Roma II y las relaciones con terceros Estados”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 45-54.

¹⁰² Vid. MARCHAL ESCALONA, N., “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *REDI*, vol. LIV, 2002-2, pp. 811-822, esp. pp. 817 y ss.; VAQUERO LÓPEZ, C., “Globalización y materialización del Derecho internacional privado en el ámbito de las relaciones laborales”, en *Globalización y comercio internacional (Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, BOE, Madrid, 2005, pp. 379-386, esp. p. 384; GARDEÑES SANTIAGO, M., “Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales”, *Estudos em memoria do professor doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 381-413, esp. p. 406.

¹⁰³ Los considerandos 7 a 10 de la Directiva se refieren al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

¹⁰⁴ Artículo 3. Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Madrid, 2006, pp. 163 y ss.; GIL PÉREZ, E., “Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo en el Estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados”, en FONTINOPOULOU BASURKO, O. (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la UE: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 173-188, esp. pp. 174-177; MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores...”, *loc. cit.*, pp. 98-102.

¹⁰⁵ Vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *op. cit.*, pp. 88-89, en referencia a que la Directiva, en estas materias, solo incluye la gestión de la prevención de riesgos, así como la participación de los trabajadores y las obligaciones generales en materia de seguridad y salud.

Sin embargo, debería extenderse su aplicación a las normas de responsabilidad civil¹⁰⁶. Sus normas encajan con los intereses presentes en materia de accidentes de trabajo. Además, la Directiva pretende ocuparse de la protección de la salud y de la seguridad¹⁰⁷, y la responsabilidad civil forma parte de la reparación por daños sufridos en la salud. Además, la finalidad de la Directiva respecto de regular las movi­dades de trabajadores en la UE debería ser extensible a la de regular los hechos causados como consecuencia de la movilidad, como es el caso de los accidentes.

32. Esta extensión de la Directiva a la responsabilidad por accidente tendría un distinto impacto en lo que respecta a la ley aplicable y a la competencia judicial internacional.

A los efectos de la ley aplicable, en la Directiva se aplicaría la ley del lugar del accidente a título de ley del Estado de destino del desplazamiento. La ley del Estado de origen solo entraría si mejorara la protección del trabajador, pero no si la empeorara¹⁰⁸. Cualquier elección de ley no podría afectar a esas normas de ley del Estado de destino, que jugaría aquí como norma de policía. La ley del Estado de destino evitaría que el desplazamiento dejase al trabajador en una peor situación que los trabajadores locales que prestan servicios en el Estado de acogida. La ley del Estado de origen evitaría que un desplazamiento dejase al trabajador en peor situación que la que tenía en su Estado de prestación habitual. Con ello se consigue que la movilidad no se vea obstaculizada o desincentivada.

33. Por su parte, la extensión de la Directiva a las cuestiones de competencia judicial internacional implicaría atribuir competencia a los tribunales del Estado de destino del desplazamiento¹⁰⁹. Este criterio de competencia va a coincidir con el tribunal del lugar donde se produce el accidente previsto por el Reglamento “Bruselas I.bis”. También con el juez de lo penal que conozca de posibles delitos y al que, si la ley lo permite, se le podría acumular la acción civil de indemnización por daños. Pero, aunque exista cierto solapamiento, destaca una diferencia fundamental que hace muy interesante tener en cuenta la doble base legal de la competencia judicial. Mientras que el foro del lugar del accidente previsto en el Reglamento “Bruselas I.bis” puede ser derogable por las partes en un pacto de sumisión, en modo alguno ese pacto de sumisión puede derogar la competencia de los tribunales del Estado de destino con base en la Directiva sobre desplazamiento.

Lo expuesto puede verse en el siguiente supuesto:

CASO TIPO DE TRIBUNAL COMPETENTE PARA UNA ACCIDENTE EN EL MARCO DE UN DESPLAZAMIENTO: un trabajador español y residente en España, al servicio de una empresa española, es desplazado temporalmente a Alemania donde sufre un accidente. En el contrato se habían elegido los tribunales

¹⁰⁶ Vid., sobre un riesgo de sobre-aplicación de la Directiva, vid. GÓMEZ ABELLEIRA. F. J., *loc. cit.*, pp. 230-232. Una perspectiva crítica de esta Directiva puede verse en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 17-48, esp. pp. 24-28.

¹⁰⁷ Artículos 1.1 y 3.1.b) de la Directiva.

¹⁰⁸ Considerando 17 y artículo 3.7 de la Directiva.

¹⁰⁹ Artículo 6 de la Directiva.

españoles. El trabajador, sin embargo, presenta la demanda en Alemania y el empleador comparece impugnando la competencia.

DESARROLLO: los tribunales alemanes no son competentes según el Reglamento “Bruselas I.bis”. El artículo 7.2, en materia extracontractual, no podría jugar porque, aunque el accidente se ha producido en Alemania, las partes se han sometido a los tribunales españoles con derogación de cualquier otra competencia. Si se optara por una calificación contractual, el artículo 21.1 del Reglamento “Bruselas I.bis” en materia de contrato de trabajo tampoco atribuye competencia a los tribunales alemanes, pues no son ni los elegidos, ni los del domicilio del demandado, ni los del lugar de prestación habitual del trabajo. Solo una norma como la de la Directiva serviría para atribuir competencia a los tribunales alemanes.

C) Accidentes de trabajadores transfronterizos

34. El accidente en supuestos de trabajo transfronterizo hace alusión a los casos en los que el trabajador reside habitualmente en un Estado, normalmente en una zona limítrofe, y presta habitualmente sus servicios en otro país¹¹⁰. Tiene, pues, que cruzar la frontera con asiduidad para desplazarse a su centro de trabajo, donde se encuentra el domicilio y establecimiento del empleador.

35. En el ámbito de la responsabilidad civil, interesan especialmente dos variables: el accidente en su lugar de prestación habitual de trabajo (Estado de destino) o el accidente *in itinere*, yendo a, o volviendo de, su trabajo desde otro Estado (Estado de origen).

En efecto, el primer escenario es aquel donde el accidente se produce en el lugar habitual de trabajo. Con carácter general, la ley de ese Estado de destino será la ley rectora de la responsabilidad, por ser el lugar del accidente, aunque allí no resida el trabajador. Además, la aplicación de la ley rectora del contrato como ley más vinculada conducirá a conclusiones más o menos similares.

36. El segundo escenario es el accidente *in itinere* transfronterizo que se produce mientras se dirige a, o regresa de, su trabajo. Este accidente se localiza en el Estado de origen, donde se halla la residencia habitual del trabajador, y no en el Estado de destino,

¹¹⁰ Este trabajo ha sido objeto de una especial atención en el ámbito de la extranjería, *vid.* Título X, artículos 182 a 184, del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 103, 30.4.2011, en adelante RLOEx). Ciertamente más extraños serán los casos en los que el empleador sí tiene su residencia, establecimiento o domicilio en el Estado de origen, donde también reside el trabajador. En esos casos, se aplicará esta ley de conformidad con el Reglamento “Roma II”. Y ello aunque la prestación habitual y el accidente se materialicen en el Estado de destino. Cualquier demanda se podría presentar ante los tribunales del Estado de origen, por encontrarse allí el domicilio del demandado. En el Estado de destino, solo se podría demandar por accidentes producidos en ese Estado, pero no por accidentes *in itinere* en el Estado de origen. En cambio, la LOPJ sí daría competencia a los tribunales españoles como Estado de destino, por prestarse aquí los servicios, al margen de que el accidente se haya producido en el extranjero.

donde trabaja habitualmente¹¹¹. Habrá que determinar qué ley rige la responsabilidad por ese accidente, incluido si puede calificarse como accidente de trabajo y si existe responsabilidad del empleador.

El Reglamento “Roma II” opta por la ley del Estado de origen, porque allí se produce el accidente *in itinere*. No obstante, en este sería muy defendible la aplicación de la ley del contrato (ley del Estado de destino) como ley más estrechamente vinculada¹¹². Ello se debe a que la residencia habitual del trabajador en un Estado distinto al de prestación habitual del servicio es un coste de internacionalidad no imputable al empleador¹¹³. Por la misma razón, pierde sentido la búsqueda de la ley más favorable al trabajador. Todo ello puede explicarse con el siguiente caso:

CASO TIPO DE ACCIDENTE LABORAL IN ITINERE TRANSFRONTERIZO: un trabajador marroquí y residente en Marruecos, atraviesa diariamente la frontera para trabajar en Melilla, para un empleador residente en España. Dirigiéndose al trabajo, sufre un accidente con su automóvil en la parte marroquí de la frontera.

DESARROLLO: de acuerdo con el Reglamento “Roma II”, se aplicaría la ley marroquí como ley del lugar del accidente *in itinere*, al no existir residencia habitual común. Solo cabría aplicar la ley española rectora del contrato, como ley más estrechamente vinculada. No solo porque es el lugar de prestación habitual y de residencia del empleador, sino también porque el coste de internacionalidad del caso por la residencia del trabajador en otro Estado no es imputable al empleador. En tal caso, la ley española determinaría si el accidente *in itinere* se considera laboral, aunque se haya producido en el extranjero.

37. Tampoco existe una respuesta única para la competencia judicial internacional. En el Reglamento “Bruselas I.bis” y en el Convenio de Lugano, los tribunales del Estado de origen de residencia del trabajador serían competentes por ser los del lugar del accidente; y ello por más que el empleador no tenga nada que ver con el coste de internacionalidad del caso. Los tribunales del Estado de destino, donde se prestan los servicios, serían competentes por la presencia de un establecimiento o del domicilio del empleador. La solución es muy distinta en la LOPJ, aplicable frente a demandados

¹¹¹ Se deja al margen el accidente *in itinere* no transfronterizo, esto es, el que se produce ya en el Estado de prestación habitual de trabajo, sin haber cruzado la frontera del Estado de residencia habitual.

¹¹² En estos casos, “Roma I” y “Roma II” llegan a soluciones muy distintas. “Roma II” opta por la ley del Estado de origen; “Roma I”, sigue optando por la ley del Estado de destino, donde el trabajador realiza habitualmente su prestación. No obstante, recuérdese lo ya apuntado sobre la paradoja de los doble vínculos más estrechos, ya que la ley de prestación habitual del trabajo también puede ser exceptuada en favor de otra ley más vinculada (art. 8.4 del Reglamento “Roma I”). De hecho, hay precedentes en los que el TJUE ha señalado que un indicio de vínculo más estrecho podría ser que el trabajador reside en otro Estado distinto al de prestación: STJUE de 12 de septiembre de 2013, en el citado asunto *Schlecker* (bien es verdad que en el caso se acumulaban otros indicios).

¹¹³ A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los traslados, en los que el cambio de residencia habitual del trabajador se debe a la modificación del contrato de trabajo. *Vid.* la SJSoc de Madrid de 22 noviembre de 2004, AS 2004\3417, recogiendo en materia de Seguridad Social esta postura sobre que la internacionalidad generada por el trabajador al margen del empleador no debe imputarse a este.

sin domicilio en la UE ni en un Estado EFTA. La competencia de los tribunales españoles no sería fácilmente sostenible por el solo hecho de producirse el accidente *in itinere* en España, si aquí no se realiza la prestación¹¹⁴.

D) Accidentes de trabajadores internacionales de temporada

38. Parecido al supuesto anterior, y muy habitual en los sectores agrario y turístico, el trabajador de temporada es aquel que, residiendo en el extranjero, se desplaza a otro Estado para realizar el trabajo de duración determinada. Al igual que en el supuesto anterior, la prestación se realiza en un Estado distinto al de residencia habitual del trabajador¹¹⁵. Pero con la diferencia de que no existe una movilidad diaria o frecuente a ese Estado, a salvo del viaje de ida y de regreso cuando termina la temporada.

También existe cierto parecido con el desplazamiento temporal de trabajadores, básicamente, porque el trabajador durante un periodo permanece en el Estado de destino. Pero, a diferencia de este supuesto, no existen varios lugares de prestación. La relación laboral se concreta únicamente en ese trabajo de temporada o de duración determinada.

39. En estos casos, cabe distinguir en función de si el contrato se celebró con un empleador local del Estado de destino o con un empleador del Estado de origen, que pretende una expatriación laboral de duración determinada. En el primer caso, no cabe aplicar la ley de residencia común, porque el trabajador mantendrá su residencia en el Estado de origen, mientras que el empleador la tendrá en el Estado de destino. La ley del lugar de prestación habitual del trabajo se aplicará como ley del lugar del accidente laboral, propiciando también una coincidencia con la ley rectora del contrato.

Una duda añadida es la hipotética consideración del accidente sufrido en el Estado de origen como siniestro laboral si se produce en el marco del transporte de ida o vuelta al Estado de destino. Aunque el accidente se produzca en el Estado de origen, de nuevo la ley rectora del contrato debe entenderse como más vinculada para determinar esta hipotética y dudosa responsabilidad, dado que el coste de internacionalidad por residencia en el extranjero no parece imputable al empleador. No obstante, los tribunales del lugar del accidente sí que tendrían competencia para conocer de una demanda en este sentido.

40. Una hipótesis distinta sería la de la expatriación de duración determinada, en la que el empleador también tuviera su residencia en el Estado de origen del trabajador¹¹⁶. En este caso, hay un Estado de residencia común y su ley sería aplicable. No obstante, la ley del lugar donde se produce el accidente, coincidente con la ley del lugar de prestación del servicio, conserva un vínculo más estrecho¹¹⁷.

¹¹⁴ Artículo 25 de la LOPJ. Siempre quedaría a salvo la posibilidad de utilizar otros foros de competencia como la celebración del contrato en España o la nacionalidad española de ambas partes.

¹¹⁵ Debe llamarse aquí la atención en torno al concepto de residencia habitual y residencia administrativa. El RLOEx sí considera este supuesto un caso de residencia temporal aunque con el compromiso de retorno al Estado de origen (arts. 97 y ss.).

¹¹⁶ Vid. la Sentencia de la *District Court* de Utah en el asunto *Snyder v. Celsius Energy Co.*, 866 F. Supp. 1349, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/866/1349/1376038/> (consultado el 17.3.2019), en la que los trabajadores y el empleador tenían su residencia en Nuevo México.

¹¹⁷ En la citada Sentencia de la *District Court* de Utah en el asunto *Snyder v. Celsius Energy Co.*, pese a una residencia común en el Estado de origen, el Tribunal opta por la ley del Estado de destino, donde se desarrolla el trabajo y donde se produce el accidente.

3. Supuestos especiales por razón de la internacionalidad de la prestación

A) Accidentes laborales durante prestaciones transnacionales

41. Por accidente durante prestaciones transnacionales puede entenderse el que se sufre en el marco de un trabajo que se desarrolla necesariamente a lo largo de distintos Estados. Es muy habitual en el ámbito de las tripulaciones de transportes, cuando el origen se produce habitualmente desde un mismo Estado¹¹⁸. No cabe identificar, pues, un lugar de prestación habitual, aunque sí un Estado de residencia habitual desde el que se inicia regularmente la prestación transnacional. De especial interés para la ley aplicable en este ámbito es la posible consideración como accidente laboral del accidente en misión, incluso fuera de las horas de trabajo mientras no se regrese al Estado de residencia habitual¹¹⁹.

42. La aplicación de la ley de residencia habitual común de empleador y trabajador, conforme al Reglamento “Roma II”, puede entenderse una ley adecuada a estos efectos, dada su previsibilidad y proximidad. En defecto de esta residencia habitual común, la aplicación de la ley del lugar del accidente es la que resulta mucho más impredecible y puede mostrarse desvinculada del accidente. En esa desvinculación inciden principalmente dos factores:

- i) El hecho de que el trabajador realice su prestación en trayectos variables, que cambian con cierta frecuencia, de forma que el lugar del accidente se convierta en un lugar casi aleatorio. Por el contrario, si se trata de trayectos habituales, podría entenderse que existe un grado algo mayor de proximidad¹²⁰.

¹¹⁸ Vid., por ejemplo, respecto de chóferes de transportes internacionales, la STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151. Respecto de tripulaciones aéreas, vid. la STJUE de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Nogueira y otros*, ECLI:EU:C:2017:688. Aunque referida a la competencia judicial en materia de contrato laboral, en esta Sentencia se pone de manifiesto la asignación como base de un aeropuerto, a partir del cual la tripulación iniciaba su jornada. Se incluían, además, pactos sobre residencia a no más de una hora de distancia de tal base. En la doctrina, vid. CARRILLO POZO, L., “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el reglamento Roma I”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 129-162; IRIARTE ÁNGEL, J. L., *loc. cit.*, pp. 493-494; BELINTXON MARTÍN, U., “Dumping social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: La Des-Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 611-642, esp. pp. 632-633. Debe advertirse que la denominación de prestación transnacional se aparta aquí del sentido atribuido en Derecho de la extranjería.

¹¹⁹ Vid. STSJ del País Vasco (Social) de 8 marzo de 2005, JUR 2005\198693.

¹²⁰ Vid. *Connor v. Hauch*, 50 Md. App. 217 (1981) de la *Court of Appeals* de Maryland, en <https://law.justia.com/cases/maryland/court-of-special-appeals/1981/161-september-term-1981-0.html> (consultado el 17.3.2019), en cuyo caso un accidente de tráfico en Delaware en el marco de la prestación laboral no era suficiente para dejar de aplicar la ley de Maryland.

ii) El hecho de que, entre el Estado de origen y el de destino de la prestación, el trabajador atravesase algún otro país. De producirse el accidente en este país intermedio, su vinculación con el accidente no es otra que formar parte del itinerario o ruta a seguida por el trabajador¹²¹.

43. En todos estos casos, debe buscarse otra ley más estrechamente vinculada, como es la ley rectora del contrato de trabajo¹²². Según el Reglamento “Roma I” esta ley será la del Estado de origen habitual, es decir, del Estado a partir del cual habitualmente el trabajador inicia su jornada¹²³. Se trata de una conexión bastante oportuna, porque ese Estado de origen habitual tiene una alta probabilidad de coincidir con el lugar de residencia habitual del trabajador.

44. Aunque no sea el objetivo principal de este epígrafe, en este caso debe hacerse una mención a la competencia judicial internacional. Es verdad que la competencia de los tribunales del Estado del domicilio o del establecimiento efectivo del empleador no se ve afectada por la peculiaridad de la prestación transnacional. Sí, en cambio, se ve condicionada la competencia del tribunal del lugar del accidente, por su aleatoriedad ya señalada, cuando la prestación se ejecuta en varios Estados. Aunque el foro del lugar del accidente se vuelva en estos casos más imprevisible, no puede ocultarse su virtualidad para una mejor administración del proceso cuando deben realizarse pruebas en el lugar del siniestro. Estas mismas observaciones pueden extenderse al juez de lo penal del lugar del accidente, al que se pudiera acumular la acción civil.

Respecto de demandados domiciliados en terceros Estados, la LOPJ atribuiría competencia a los tribunales españoles por producirse el accidente en España, sobre la base legal de que se estaban prestando servicios en territorio español. Y ello por mínimos o coyunturales que fueran esos servicios.

En todos estos casos, es criticable que el trabajador no pueda presentar la demanda, además, ante el tribunal del Estado donde se inicia de forma habitual la prestación. Ello solo sería posible desde una lógica contractual.

B) Accidentes laborales durante prestaciones “nómadas”

45. Por accidente durante prestaciones nómadas cabe entender los siniestros producidos cuando el trabajador presta sus servicios en distintos Estados o espacios internacionales sin que se pueda determinar ni un lugar de prestación habitual de servicios, ni siquiera un punto de partida habitual de la prestación. Como consecuencia

¹²¹ Vid. de forma paradigmática la Sentencia de la *Court of Appeals* de Florida en el asunto *Urda v. Pan American World Airways*, *cit.*, donde la Corte no tiene en cuenta el Derecho brasileño como lugar del accidente laboral, respecto de un trabajador de la compañía aérea que cubría un trayecto entre Argentina y Trinidad.

¹²² Vid., de nuevo, el citado asunto *Urda v. Pan American World Airways*, en el que la residencia en Florida del trabajador fallecido, cuyo ordenamiento regía el contrato, determinó la aplicación de esta ley, aunque el accidente aéreo hubiera ocurrido en Brasil.

¹²³ Artículo 8.2 del Reglamento “Roma I”. En la jurisprudencia, STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto *H. Koelzsch*, antes citado.

de ello, tampoco cabe identificar fácilmente un lugar de residencia habitual del trabajador, ya que, en cierto modo, es itinerante¹²⁴.

46. A diferencia de otros supuestos, esta tipología implica que no cabe aplicar la ley de residencia habitual común de empleador y trabajador, por la imposibilidad de determinación de esta.

También, a diferencia de otros tipos, la previsibilidad o imprevisibilidad de la ley del lugar del accidente admite matices. Si la prestación es tan sumamente variable que no es fácil calcular dónde se produce el accidente, la necesidad de buscar otra ley más vinculada aumenta. Sin embargo, si los servicios se prestan en distintos Estados por intervalos de tiempo más o menos significativos e iguales (semanas, meses, años...), o si los Estados donde se prestan los servicios son siempre los mismos hasta el punto de poder identificar ciertas pautas o rutinas, la necesidad de buscar otra ley más vinculada se relativiza.

En cualquier caso, esa otra ley más vinculada será la ley rectora del contrato de trabajo. A falta de un lugar habitual de prestación del trabajo y de un punto de origen estable desde el que se inicie la prestación, en el Reglamento “Roma I”, se aplica la ley del lugar donde se encuentra el establecimiento a través del cual se contrató al trabajador. Se trata de una solución adecuada, dada la singularidad de estos casos donde ni siquiera existe un lugar de origen habitual.

C) Accidentes laborales en espacios internacionales

47. Una mención particular merecen los accidentes que no suceden en ningún Estado sino en espacios internacionales. Ocurren porque allí se realiza la prestación habitual (p.e., plataformas petrolíferas). También, porque existe una prestación transnacional que se realiza por espacios internacionales (p.e., tripulación marítima o aérea)¹²⁵.

A estos efectos, el Tribunal de Justicia ha destacado que los trabajos en instalaciones fijas o flotantes situadas en la plataforma continental adyacente a un Estado miembro se entienden realizados en el territorio de dicho Estado¹²⁶. Aunque señalado al hilo de un litigio en materia de contrato de trabajo en la que se cuestionaba la competencia judicial, lo expuesto puede extenderse al ámbito de los accidentes sufridos en estos trabajos, y al de la ley aplicable. De esta forma, cualquier accidente producido en estas plataformas podrá regirse, si procede, por la ley del Estado al que está adyacente la plataforma continental como ley del lugar del accidente coincidente con el lugar de trabajo.

¹²⁴ En el ámbito de la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo, un supuesto similar podría encontrarse en la STJCE de 15 de febrero de 1989, asunto 32/88, *Six Constructions*, ECLI:EU:C:1989:68, en el que un mánager de proyectos desarrolla toda su actividad *in situ* en distintos países sin un centro de actividad principal y sin una residencia habitual clara (bien es verdad que regresaba regularmente a Bélgica, pero allí no desempeñaba trabajo alguno).

¹²⁵ Por ejemplo, en el ámbito de la ley aplicable al contrato de trabajo, esta situación se percibe en la STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842. Como se verá, no cabe entender que los accidentes en un buque o aeronave ocurren en el Estado de bandera o matrícula.

¹²⁶ Cf. STJCE de 27 de febrero de 2002, asunto C-37/00, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122.

48. Por tanto, los supuestos problemáticos se plantean más allá de la plataforma continental, en los que no es posible identificar la ley del Estado donde se produce el accidente. Si empleador y trabajador tienen residencia habitual común, se encontrará una solución fácil basada en la ley de ese Estado¹²⁷. Al igual que cabría identificar una ley de producción del accidente, si este es *in itinere* en el Estado de residencia habitual del trabajador¹²⁸.

Mayores dificultades se presentan cuando no existe esa residencia habitual común en un Estado, bien porque el trabajador también reside en el espacio internacional, bien porque el empleador no tiene un establecimiento en el lugar de la residencia habitual del trabajador. En estos casos, las normas del Reglamento “Roma II” no dan ninguna respuesta, por lo que debe habilitarse una solución *ex novo*, basada en la ley más estrechamente vinculada¹²⁹. *A priori*, y sin perjuicio de las circunstancias del caso, la ley del contrato de trabajo puede ser la más adecuada para resolver la responsabilidad derivada del accidente¹³⁰. Esta ley será, en principio, la del Estado donde se encuentra el establecimiento a través del cual se contrató al trabajador, o la ley elegida, si mejora el marco mínimo inderogable de derechos del trabajador. Esta ley parece más adecuada que otras conexiones que pudieran establecerse como la ley del registro o bandera del buque o aeronave en el cual se produce el accidente¹³¹.

49. Conclusiones similares cabe hacer en relación con la competencia judicial internacional. El foro del lugar del accidente no es operativo por lo que hay que recurrir a otras normas de competencia. En el Reglamento “Bruselas I.bis” y el Convenio de Lugano, habrá que estar a los tribunales del domicilio del empleador demandado o del establecimiento contratante. En la LOPJ, además, a la nacionalidad española de las partes, al lugar de celebración del contrato y a la oferta laboral en España en caso de accidentes de trabajadores del mar españoles.

¹²⁷ Vid. BACH, I., *loc. cit.*, p. 106.

¹²⁸ El accidente en espacios internacionales y el accidente en caso de trabajo transfronterizo son categorías totalmente compatibles.

¹²⁹ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 688; CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 129; PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 366. Repárese en que ya no juega la ley más vinculada como cláusula de escape de las conexiones generales, porque estas no son operativas.

¹³⁰ Cf. CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, p. 165.

¹³¹ Vid. ASIN CABRERA, M. A., “La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 373-386, esp. pp. 379-381. En el mismo sentido, aunque solo en referencia a los pabellones de complacencia, CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 129. Más favorable a la ley de la bandera o registro, *vid.* BACH, I., *loc. cit.*, p. 107. Ya en el ámbito de la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo se puso de manifiesto que la prestación del servicio en aeronaves matriculadas en Irlanda no significa que el trabajo se desarrollase en tal Estado, *vid.* STJUE de 14 de septiembre de 2017, en los citados asuntos acumulados *Nogueira y otros*. Al respecto, *vid.* IRIARTE ÁNGEL, J. L., *loc. cit.*, pp. 494-495. *Vid.*, en cambio, refiriéndose a la ley de la bandera como ley rectora del contrato en un supuesto de accidente laboral, STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 13 noviembre de 1998, AS 1998\4100.

4. Supuestos especiales por razón de la irregularidad de la relación

A) Accidentes internacionales de “falsos autónomos”

50. Una irregularidad en la relación laboral que puede incidir en el régimen del accidente es la relacionada con las prestaciones laborales encubiertas a través de falsos profesionales autónomos.

Aquí aparece una cuestión de especial importancia: qué ley determina la existencia de una relación laboral¹³². Esa ley debe ser la rectora del hipotético contrato de trabajo y las leyes de policía en la materia determinadas de conformidad con el Reglamento “Roma I”¹³³. Se trata de una cuestión previa con la suficiente autonomía como para someterla a su propia norma de conflicto. Pueden citarse como argumentos:

i) La ley del hipotético contrato de trabajo muestra un interés preferente en su aplicación, ya que se articula en clave de protección de una parte más débil, cosa que no ocurre en el ámbito extracontractual.

ii) Además, esta ley se determina en función del lugar de prestación habitual del trabajo o de leyes de policía del Estado de ejecución del contrato, que es donde de un modo efectivo debe tenerse la consideración de trabajador.

iii) Por último, la ley del hipotético contrato laboral logra una solución única, de forma que se puede reconocer la relación laboral encubierta a todos los efectos. Se evita, pues, una respuesta fragmentada en la que el trabajador puede ser reconocido como tal a unos efectos, pero no a otros. Por ejemplo: ser considerado trabajador a los efectos del accidente, pero no serlo a los efectos de un despido.

51. Esta solución es preferible a otras como la de aplicar la ley rectora de la responsabilidad conforme al Reglamento “Roma II”¹³⁴. También debe descartarse la aplicación de la ley del hipotético contrato mercantil de servicios que une al empleador

¹³² Este problema calificadorio aparece, por ejemplo, en la Sentencia de la *District Court for the Southern District* de New York en el Asunto *Zangiacomì v. Saunders*, 714 F. Supp. 658 (S.D.N.Y. 1989), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/714/658/2258458/> (consultado el 5.3.2019), pues la Corte debe delimitar si el accidente es un subcontratado del constructor o uno de sus empleados, antes de determinar la ley aplicable a la responsabilidad del empleador. Desde la perspectiva de la competencia judicial, *vid. Shannon v Global Tunneling Experts UK Ltd & Ors, cit.*, resuelto por la *High Court* de Inglaterra y Gales.

¹³³ *Vid.* el Informe al Convenio de Roma de 1980 hecho por M. Giuliano y P. Lagarde, concretamente en los comentarios al artículo 6, *DO* n° C 282, 31.10.1980. En el ámbito de la competencia judicial internacional, el TJUE ha señalado que es irrelevante que no exista un contrato formal de trabajo para aplicar las normas sobre “contrato” individual de trabajo, Sentencia de 11 de abril de 2019, en el ya citado asunto *Bosworth y Hurley*.

¹³⁴ No obstante, habrá que esperar a una eventual aclaración por parte de la jurisprudencia europea porque la aplicación de la ley de la responsabilidad también tiene cierto respaldo literal. No en vano, esta ley determina el fundamento de la responsabilidad (en el caso, la ejecución del contrato de trabajo) y la determinación de las personas que pueden considerarse responsables por sus actos (en el caso, el empleador), *cf.* artículo 15.a) del Reglamento “Roma II”.

real y al falso autónomo¹³⁵. No se trata de calificar el contrato como mercantil sino como laboral. Por ello, la calificación que haga la ley de un hipotético contrato mercantil no es en modo alguno determinante de la condición de trabajador¹³⁶. Todo lo expuesto puede verse en el siguiente caso:

CASO TIPO DE ACCIDENTE LABORAL INTERNACIONAL DE FALSO AUTÓNOMO: un ciudadano español y residente en España, presta sus servicios en España para una empresa con residencia en Francia, realizando desplazamientos ocasionales a Portugal. En el contrato se elige la ley francesa. En uno de esos desplazamientos a Portugal, sufre un accidente y se presenta una demanda argumentando responsabilidad por accidente laboral, dado que el contrato mercantil escondía una relación de trabajo encubierta.

DESARROLLO: deben distinguirse tres cuestiones:

i) La determinación de la existencia del contrato de trabajo: esta se hará conforme a la ley española, como ley rectora del contrato de trabajo, donde habitualmente se realizaban los servicios (Reglamento “Roma I”). La ley francesa solo entrará en juego como ley elegida en clave de protección de parte débil, si reconoce una relación laboral cuando no lo ha hecho la ley española (art. 8.1). Pero no entrará en juego en clave de ley rectora de un contrato mercantil (art. 3) y no podrá derogar a la ley española que reconozca una relación laboral. Y todo ello a expensas de lo que pudiera establecer una ley de policía portuguesa en la materia.

ii) La determinación de responsabilidad: esta se realizará en principio conforme a la ley portuguesa, como ley del lugar del accidente (art. 4 Reglamento “Roma II”). Si la ley española o la francesa elegida consideran que existe una relación laboral, se aplicarán las normas portuguesas sobre responsabilidad por accidentes laborales. Si, ni la ley española ni la francesa consideran que existe una relación laboral, se aplicarán las normas portuguesas de Derecho común sobre responsabilidad.

iii) La simplificación de la solución: dada la complejidad de estas soluciones y los costes a ella añadidos no es de extrañar la posibilidad de aplicar la ley rectora del contrato de trabajo como ley más vinculada al accidente. Si conforme a la ley española o la francesa existe una relación laboral, se aplicarán ambas como componentes de la ley del contrato de trabajo (art. 8.1 Reg. “Roma I”). Si no hay relación laboral ni conforme a la ley española ni a la ley francesa elegida y, por tanto, cabe afirmar la existencia de una relación mercantil, la responsabilidad común por daños podría regirse por la ley francesa, aplicable ya a título de ley rectora del contrato comercial (art. 3).

B) Accidentes de trabajadores extranjeros en situación irregular

¹³⁵ Vid., aplicando esta, al trabajador autónomo económicamente dependiente, CARRILLO POZO, L., “La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 152, 2011, pp. 1023-1068, esp. pp. 1029-1031.

¹³⁶ Corrobora lo anterior el hecho de que aplicar la ley del hipotético contrato mercantil haría totalmente disponible algo que no lo es, la existencia de una relación laboral. Y es que el empleador real podría imponer la elección de una ley favorable a sus intereses y al no reconocimiento de la relación laboral.

52. En esta modalidad de accidente el trabajador no tiene una autorización de trabajo en el territorio donde ocurre el accidente. Sería el caso de extranjeros que no tienen ningún tipo de autorización para trabajar (o la tienen solo para residir), ni, por tanto, están en situación de alta en la seguridad social¹³⁷. También, el de los trabajadores desplazados temporalmente a otro Estado con un visado de turista sin la pertinente autorización para trabajar¹³⁸.

53. Desde la óptica del DIPr, cabe vislumbrar una respuesta jurídica en tres niveles.

i) Nivel previo: la existencia de una relación laboral en un Estado cuando no existe autorización de extranjería para trabajar en su territorio es una cuestión sometida a la ley de ese Estado¹³⁹. Es una posible causa de nulidad o inexistencia del contrato, en todo caso parcial, solo en lo ejecutado en ese territorio¹⁴⁰. En particular, respecto de servicios prestados en España, la Ley Orgánica en materia de extranjería (LOEx)¹⁴¹ reconoce que la carencia de autorización “no invalidará” el contrato respecto de los derechos del trabajador¹⁴²; por tanto, no habrá duda de la calificación como accidente laboral¹⁴³. Se trata de una solución especialmente adecuada, porque existe una relación laboral *de facto* y un poder de organización y dirección de un empleador. Se confirma, por tanto, el deber del empleador de proteger la salud del trabajador y garantizar su seguridad frente a los riesgos frente a los que *de facto* el trabajador ha sido situado¹⁴⁴.

ii) Nivel principal: se aplica el Reglamento “Roma II” a la responsabilidad. Si se reconoció la validez del contrato o por lo menos la existencia de una relación laboral, la ley de responsabilidad se aplicará en esos términos. Si no se reconoció tal existencia, se aplicarán las normas de Derecho común de daños.

¹³⁷ Vid. STSJ de Castilla León (Sala de lo Social) de 30 octubre de 2001, AS 2001\4296.

¹³⁸ Vid. JERCZYNSKI, M., y ZIMMERMANN, A., “Arbeitsunfälle bei der Beschäftigung ausländischer Leiharbeitnehmer”, nº 5, *NZS*, 2007, pp. 243-252, esp. p. 249, disponible en <https://es.slideshare.net/AndrZimmermann1/jerczynkis>.

¹³⁹ Las autorizaciones que se necesitan y, por tanto, la situación de regularidad o irregularidad, siempre quedan determinadas por la ley del Estado de prestación del servicio para cuyo territorio se precisa dicha autorización. Se trata de una ley de policía del Estado donde se produce la ejecución del contrato en cualquier grado, habitual u ocasional, relevante o irrelevante. Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 119 y ss.; GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 163-188, esp. p. 170.

¹⁴⁰ Aparece aquí un problema estructural del propio Reglamento “Roma I”, pues en principio se estaría exceptuando la regla que señala que la existencia del contrato se rige por la ley del fondo, *cf.* art. 10.1.

¹⁴¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* nº 10, 12.1.2000.

¹⁴² *Cf.* artículo 36.5 de la citada Ley.

¹⁴³ En la práctica, ello conlleva la total cobertura de la Seguridad Social, *vid.* STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) de 19 mayo de 2004, AS 2004\1652.

¹⁴⁴ Esta posibilidad puede extenderse al empresario principal de un subcontratista, STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 1 de diciembre de 2003, AS 2004\1869.

iii) Correctivo de orden público: si resulta aplicable un ordenamiento extranjero que no protege de ninguna forma la relación laboral *de facto* ni reconoce el deber de prevención de riesgos laborales del empleador al trabajador en situación irregular, cabe identificar una vulneración del orden público español. Básicamente porque el infractor de la falta de autorización administrativa es, desde la concepción española, el empleador, que no puede verse beneficiado, además, con la exención de responsabilidad¹⁴⁵. Encajaría esta visión con el Convenio nº 19 de la OIT, hecho en Ginebra, el 5 de junio de 1925, que, aunque ya desactualizado, obliga a una igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de accidentes laborales, “*sin ninguna condición de residencia*”. La jurisprudencia española ha dejado de aplicar esta norma entre Estados partes para extenderla a cualquier situación, afirmando tácitamente su consideración de orden público¹⁴⁶. No ha aclarado, sin embargo, si se trata de un orden público que juega en todo caso que conozca un tribunal español, aun cuando el accidente se produzca en el extranjero con infracción de normas de extranjería de un Estado que no es España.

54. Así las cosas, en el caso más habitual de empleador residente en España y trabajador residente en España en situación irregular, donde se sufre el accidente, no cabe duda de la aplicación de la ley española a todos los aspectos, tanto a la responsabilidad como a los efectos de la carencia de autorización en el contrato¹⁴⁷. La ley aplicable a la responsabilidad será la española por la residencia habitual común de empleador y trabajador. Nótese, a estos efectos, que la residencia habitual del trabajador en España se determina en el Reglamento “Roma II” como una situación totalmente fáctica, sin tener en cuenta la existencia o no de autorizaciones. También se aplicará el Derecho español a los efectos de la falta de autorización en el contrato.

El caso se complica cuando la irregularidad se produce durante un desplazamiento del trabajador, porque en estos casos aumentan las posibilidades de que la ley de policía de extranjería, la del lugar de ejecución de la relación y del accidente, no coincida necesariamente con la ley rectora de la responsabilidad. Ello puede verse en el siguiente caso:

CASO TIPO DE ACCIDENTE DE TRABAJADOR DESPLAZADO EN SITUACIÓN IRREGULAR: un trabajador marroquí residente en Marruecos es

¹⁴⁵ Vid. SSTs (Social) de 9 de junio de 2003, RJ 2003/3936; y de 7 de octubre de 2003, RJ 2003/6497. En el Derecho comparado, mención especial merece el pronunciamiento de la *High Court* de Singapur en el asunto *Md Shohel Md Khobir Uddin v Chen Yongbiao and another* [2017] SGHC 109 ([https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/suit-79-of-2016-\(md-shohel\)\(final\)-12-may-2017-pdf.pdf](https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/suit-79-of-2016-(md-shohel)(final)-12-may-2017-pdf.pdf), consultado el 14.3.2019). También puede destacarse la Sentencia de la *Special Court of Appeals of Maryland* en el asunto *Rhee v. Combined Enterprises, Inc.* 74 Md. App. 214 (1988)536 A.2d 1197 (<https://law.justia.com/cases/maryland/court-of-special-appeals/1988/841-september-term-1987-0.html>, consultado el 17.3.2019), si bien el *public policy* es invocado para aplicar directamente la ley del foro.

¹⁴⁶ Artículo 1.2 y, al respecto, la citada STS (Social) de 9 de junio de 2003; y, en su aplicación, STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) 30 julio de 2004, AS 2004/2544. Ciertamente, aunque es un principio de igualdad entre Estados firmantes (art. 1), el TS lo ha extendido con carácter *erga omnes*.

¹⁴⁷ Vid. CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006, p. 530. Desde la perspectiva del Derecho de la extranjería, si el accidente de trabajo ha derivado en una prestación de seguridad social por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados (parcial, total, absoluta y gran invalidez), no cabe aplicar sanción de expulsión, *vid.* artículo 57.5.d) de la LOEx.

enviado temporalmente a España para desarrollar su actividad laboral por un comerciante marroquí también residente en Marruecos. Dicho trabajador, que no tiene autorización para trabajar, sufre un accidente en España.

DESARROLLO: la eventual necesidad de autorización para trabajar está fijada por la LOEx española (art. 41), como también la existencia de la relación laboral pese a no existir autorización (art. 36.5). Ello no obsta a que la ley marroquí, como ley de la residencia común, determine el régimen de la responsabilidad por accidente laboral con base en el Reglamento “Roma II”.

IV. DIPR E INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LOS ACCIDENTES LABORALES INTERNACIONALES

Analizada la adaptación del modelo de DIPr a la tipología de accidentes, también debe verse su adecuación a la responsabilidad de terceros que hayan podido intervenir. En la práctica dos son los casos principales: la presencia de varias empresas que de una u otra forma puedan tener la consideración de empleadores, y la intervención de una aseguradora de la responsabilidad civil del empleador¹⁴⁸.

1. Pluralidad de empleadores y accidentes laborales internacionales

A) Accidentes laborales en caso de subcontratas internacionales

55. Un caso relativamente habitual en la práctica internacional es aquel en el que un empresario principal subcontrata obras o servicios correspondientes a su propia actividad y, en el marco de la relación trabajador-empleador subcontratista, se produce el accidente laboral¹⁴⁹. En muchos ordenamientos ello puede originar una responsabilidad subsidiaria o solidaria del empresario principal, que incluso puede considerarse una ley de policía, no alterable por el Derecho aplicable¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Se dejará al margen los problemas relacionados con la intervención de terceros ajenos a la relación laboral y cuya responsabilidad se basa en el Derecho general de daños, por ejemplo, el caso de un conductor por accidente de circulación, o de un constructor por el colapso de un edificio donde se halla el centro de trabajo. Ello puede originar una concurrencia de responsabilidades, general respecto de este tercero, y laboral respecto del empleador. *Vid.* la nota 6 y los casos allí citados. Así las cosas, el tribunal del lugar del daño podría ser competente para ambas demandas. Cabe imaginar también la acumulación de acciones ante los tribunales del domicilio de uno de los codemandados (art. 8.1 Reg. “Bruselas I.bis”; art. 6.1 del Convenio de Lugano; art. 22.ter.3 LOPJ), aunque es bastante discutible si existe una relación estrecha entre ambas demandas, dada su diferente *causa petendi*.

¹⁴⁹ En todo este planteamiento, puede discutirse la calificación de la relación empresario principal-subcontratista empleador. La validez, eficacia y alcance de esta relación contractual se somete a la ley de este contrato de obra o de prestación de servicios. Una vez determinado el contenido de esta subcontrata, ya corresponde a la ley de la responsabilidad determinar si es una subcontrata funcionalmente equivalente a la prevista en sus disposiciones para generar responsabilidad.

¹⁵⁰ *Vid.* MASEDA RODRÍGUEZ, J., “El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*”, *REEI*, nº 25, 2013, pp. 1-45, esp. p. 14. En el ámbito de los desplazamientos temporales vinculados a una cadena de subcontratación, *vid.* el artículo 12 de Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento

CASO COMPARADO DE ACCIDENTES LABORALES EN SUBCONTRATAS: de especial interés resulta el asunto Anderson v. Commerce Const. Services, Inc., antes citado, resuelto por la US Court of Appeals (10th. Circuit). El subcontratista había reparado el daño generado al trabajador accidentado conforme el ordenamiento de Kansas, lugar donde había ocurrido el accidente. Aun así, el trabajador reclama una reparación al empresario principal conforme a la ley de Nebraska, donde este está establecido, y cuya normativa sí consideraba posible una segunda indemnización.

DESARROLLO: la *Court of Appeals* de Kansas no admite la aplicación de una ley distinta a la de Kansas. Se aplica, pues, la misma ley para el subcontratista empleador que para el empresario principal que es una tercera parte.

Para determinar qué ley es aplicable a esta responsabilidad del empresario principal habrá que distinguir según su fundamento. Si se invoca, una responsabilidad por acto propio del empresario principal (por ejemplo, por órdenes directas a los trabajadores), pueden aplicarse dos leyes distintas a la responsabilidad: una, respecto al empresario principal y otra, respecto de la subcontrata empleadora. Ambas leyes tienen que prever la compatibilidad de las distintas compensaciones para no incurrir en enriquecimiento injusto¹⁵¹. Así pues, respecto del empresario principal, habrá que estar a la ley de una hipotética residencia habitual común del trabajador y de tal empresario, siendo irrelevante la residencia habitual del subcontratista¹⁵². De no existir tal residencia común, habrá que estar a la ley del lugar del accidente¹⁵³. Ello puede verse con dos ejemplos según el diseño de la subcontrata internacional:

de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO nº 159, 28.5.2014. En la doctrina, *vid.* SERRANO GARCÍA, J. M., “La responsabilidad en las contratas y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal”, en FONTINOPOULOU BASURKO, O. (coord.), *op. cit.*, pp. 151-172, esp. pp. 159-161.

¹⁵¹ A este respecto es muy interesante el asunto de la *Court of Appeals* de Kansas en el asunto *Anderson v. Commerce Const. Services, Inc.*, antes citado. El subcontratista había reparado al trabajador accidentado conforme el ordenamiento de Kansas, lugar donde había ocurrido el accidente. Aun así, el trabajador reclama una reparación al empresario principal conforme a la ley de Nebraska, donde este está establecido, y cuya normativa sí consideraba posible una segunda indemnización. La *Court of Appeals* no admite la aplicación de una ley distinta a la de Kansas.

¹⁵² Así se deduce del artículo 15.a) del Reglamento “Roma II”. En el Derecho comparado, *vid.* la Sentencia de la *Court of Appeals* de Carolina del Norte en el asunto ya citado *Braxton v. Anco Elec.* En ella se aboga por la ley de la residencia habitual común de accidentado y de la parte demandada (Carolina del Norte), y no por la ley del lugar del accidente (Virginia). Influyó, sin duda, que la primera permitía afirmar una responsabilidad de terceros (el empresario principal) y en la segunda, no.

¹⁵³ En el Derecho comparado, ello puede verse en la Sentencia de la *Court of Appeals* de California en *Howe v. Diversified Builders, Inc.*, <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/262/741.html> consultado el 17.3.2019, que le lleva a afirmar la aplicación de la ley del lugar del accidente, Nevada, y no la de California, como ley del lugar de residencia del empresario principal. También es de interés la Sentencia de la *Court of Appeals* de Columbia, en el asunto *Dominion Caisson Corp. v. Clark* 614 A.2d 529 (1992), <https://law.justia.com/cases/district-of-columbia/court-of-appeals/1992/91-cv-104-5.html> consultado el 18.3.2019. Pese a que trabajador, contratista y subcontratista tenían residencia y domicilio en Virginia, cuya ley regía el contrato, se aplica la ley de Columbia como ley del lugar del accidente, que, además, permitía la responsabilidad de terceras partes.

CASOS DE ACCIDENTE SEGÚN LA TIPOLOGÍA DE CONTRATA INTERNACIONAL: por un lado, puede pensarse en la empresa principal española que realiza obras en el extranjero, desplazando en la operación a subcontratas españolas altamente cualificadas con trabajadores que residen habitualmente en España. Por otro, piénsese en la empresa principal española que realiza obras en el extranjero y que recurre a subcontratas locales del lugar donde desarrolla la obra o el servicio.

DESARROLLO: en el primer caso, existe residencia común en España de trabajador y empresario principal, por lo que sería aplicable la ley española. En el segundo, el trabajador reside en el Estado del accidente, cuya ley sería aplicable. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de la ley del contrato de trabajo como ley más vinculada como se verá después.

56. La otra posibilidad es que la responsabilidad del empresario principal se fundamente en su posición de garante respecto del subcontratista y empleador. Sería, por tanto, una responsabilidad por actos ajenos, ya sea objetiva por el riesgo laboral, ya sea subjetiva basada principalmente en una *culpa in vigilando* de la labor del empleador subcontratista¹⁵⁴. Como resultado, una misma ley regirá la responsabilidad del empresario principal y de la subcontrata. En esos casos, la residencia común que se debe tomar como referencia es la del trabajador y del empleador subcontratista, siendo irrelevante la residencia del empresario principal¹⁵⁵. En defecto de ley de residencia común de trabajador y subcontratista-empleador, se estará a la ley del lugar del accidente, que, en estos casos, no plantea problemas especiales¹⁵⁶.

En este planteamiento de la responsabilidad del empresario principal por actos ajenos, cabe alguna duda el juego de la autonomía de la voluntad. Por no ser posteriores al accidente, no son eficaces las cláusulas en los contratos de trabajo incluidas por el subcontratista a petición y en representación del empresario principal, por ejemplo, con el fin de elegir la ley del empresario principal para cualquier responsabilidad. A diferencia de lo expuesto, la elección de ley posterior al accidente entre trabajador y empleador-subcontratista sí tendría efectos. Pero estos efectos solo serían *inter partes* y únicamente podrían extenderse al empresario principal si consta su aceptación o conformidad¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Vid. la Sentencia de la *Court of Appeal* de Ontario en el asunto *Das v. George Weston Limited*, 2018 ONCA 1053, <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2018/2018ONCA1053.htm>, consultado el 4.3.2019. Tras el derrumbe de un edificio en Bangladés, se demanda en Canadá a una empresa como responsable vicario de un empleador, que había ignorado las grietas aparecidas el día antes al colapso. La Corte de Ontario entiende aplicable la ley bangladesí, donde residían los trabajadores fallecidos, ley que no contemplaba la figura de la responsabilidad por actos ajenos. En esta misma línea, la Sentencia ya citada de la *High Court* de Inglaterra y Gales en el asunto *Shannon v Global Tunneling Experts UK Ltd & Ors*.

¹⁵⁵ Vid. BACH, I., *loc. cit.*, p. 110. También se deduce del artículo 15.g) del Reglamento “Roma II”.

¹⁵⁶ Cf. CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, p. 166.

¹⁵⁷ Así se deduce del artículo 14 del Reglamento “Roma I”, aunque con una expresión poco adaptada al caso como la de que la elección “no perjudicará los derechos de terceros”. Aquí más bien se trata de que la elección “no afectará a las obligaciones de terceros”, es decir, del empresario principal. Otra inexactitud del Reglamento “Roma II” es el silencio sobre qué ocurre cuando subcontratista y trabajador eligen ley y el empresario principal no muestra su conformidad. En estos casos, la regulación se fracciona en dos niveles. Primero, la responsabilidad del subcontratista y empleador, regida por la ley elegida; segundo, la responsabilidad del empresario principal, regida por la ley aplicable en defecto de pacto de las partes.

57. Ya estemos ante una responsabilidad del empresario principal por acto propio o por acto ajeno, cabe apostar por la ley rectora del contrato de trabajo como ley más vinculada. Aunque el empresario principal al que se imputa responsabilidad es un tercero *outsider* y no es parte en tal contrato, la ley de este puede considerarse previsible¹⁵⁸. Esta previsibilidad se justifica en que el empresario principal pudo conocer *ex ante* esa ley a través de su relación directa con el subcontratista. De hecho, puede repercutir los costes de aplicar una ley ajena al negociar la subcontrata¹⁵⁹.

B) Accidentes laborales en caso de cesión internacional de trabajadores

58. Otro supuesto de especial interés en el caso de pluralidad de empleadores está relacionado con los accidentes en el marco de cesiones de trabajadores. En estos casos, el trabajador tiene un contrato con el cedente, pero está a disposición de la empresa cesionaria o usuaria, como puede ilustrarse en el siguiente caso:

*CASO COMPARADO DE ACCIDENTES LABORALES EN CESIONES DE TRABAJADORES: para ilustrar este supuesto, es interesante el asunto O'BRIEN v. Tri-State Oil Tool Industries resuelto por la District Court for the Southern District of West Virginia*¹⁶⁰. Un trabajador residente en West Virginia es contratado por una empresa de Texas e inmediatamente puesto a disposición de una empresa de Delaware para trabajar en Michigan donde sufre el accidente.

DESARROLLO: la dispersión de factores lleva a la Corte a resolver conforme a la ley del lugar del accidente, de una forma distinta a como se haría desde el Derecho de la UE, pues, como se verá, este obliga a distinguir entre responsabilidad por actos propios o ajenos.

59. Un aspecto interesante en este contexto es que la responsabilidad puede derivar de la legalidad o ilegalidad de la cesión, y esta se presenta como una cuestión previa, no regida por el Reglamento “Roma II”, sino por la ley rectora del contrato de trabajo según el Reglamento “Roma I”¹⁶¹. Si empleador y trabajador eligieran ley, esta no podría validar la cesión si su ilegalidad responde a una norma imperativa del Estado

¹⁵⁸ Cf. CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, p. 166. *Vid.* otra opinión en UNBERATH H., y CZIUPKA, J., *loc. cit.*, p. 732.

¹⁵⁹ Una visión interesante de las cláusulas que se pueden incluir en las subcontratas en relación con toda la información de los trabajadores de los subcontratistas se encuentra en la Sentencia de la *District Court of Northern District* de Georgia en el asunto *General Telephone v. J.b. Trimm*, 706 F.2d 1117 (11th Cir. 1983, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/706/1117/378889/>) (consultado 15.3.2019).

¹⁶⁰ 566 F. Supp. 1119 (S.D.W. Va. 1983) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/566/1119/2396888/> (consultado el 15.3.2019).

¹⁶¹ Por ejemplo, al margen de las empresas de trabajo temporal, que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas sea una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria. También, que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. *Vid.*, últimamente, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 23 de noviembre de 2018, ECLI: ES:TSJCAT:2018:10016.

de prestación habitual del trabajo. También deberían tenerse en cuenta las eventuales leyes de policía en la materia del foro y del lugar de ejecución del contrato.

60. Al igual que ocurría en las subcontratas, la responsabilidad del tercero cesionario depende de si es a título de acto propio o por acto ajeno. Por acto propio -por ejemplo, por las facultades de dirección de la actividad laboral y por las obligaciones de salud y seguridad (aunque formalmente no sea el empleador)-, se estaría a la ley de residencia común del trabajador y del cesionario tercero.

No obstante, la conexión residencia común no será útil si el empresario cesionario recibe temporalmente trabajadores residentes en otro Estado, donde está el empleador cedente, que efectúa el desplazamiento. Tampoco, si el empresario cesionario necesita personal en un Estado distinto al de su residencia y recurre a trabajadores locales a través de una empresa local. En defecto de esta residencia común, se estará a la ley del accidente.

61. Aparte de la responsabilidad por acto propio, el cesionario podría ser responsable por acto ajeno, como garante o responsable, respecto de los actos del empleador cedente, en la medida en que este, que es el empleador formal, deba cumplir con un deber propio de prevención de riesgos. En estos casos hay una única ley rectora de la responsabilidad delimitada a partir de la relación trabajador-empleador. Esta ley se extiende al cesionario como responsable subsidiario o solidario, salvo la elección de ley no aceptada por este.

62. Debe repararse, finalmente, en que, al igual que en casos anteriores, la ley del contrato de trabajo como ordenamiento más vinculado podría jugar incluso respecto de la empresa usuaria (*outsider*), que no es parte en el contrato de trabajo. Y ello porque *ex ante* ha podido conocer esa ley y repercutir sus costes de información a través de su relación con el empleador-cedente¹⁶².

C) Accidentes laborales en caso de sucesión internacional de empresas

63. Un último supuesto a mencionar es el accidente que se produce antes o después del cambio internacional en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o

¹⁶² Vid. CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, p. 166. Aunque ciertamente más extraño, podría ocurrir incluso que se imputara responsabilidad por actos propios tanto al cedente como al cesionario, a modo de una conjunción de culpas. Ello ocasionaría un fraccionamiento de ley. Así, podría estarse a la ley de residencia habitual respecto del trabajador que reside en el mismo Estado que uno de los responsables; y a la ley del accidente respecto del responsable sin residencia común. En todo caso, este fraccionamiento no puede derivar en soluciones contradictorias u originar inadaptaciones, ya sean de sobre-enriquecimiento o de infra-reparación del perjudicado. Piénsese, por ejemplo, en que la ley del cedente-empleador establece una reparación mínima al trabajador porque presupone la responsabilidad máxima del cesionario usuario. Al tiempo, la ley del cesionario también provee una responsabilidad mínima porque presupone justo lo contrario, la responsabilidad del cedente. La aplicación fraccionada de ambas leyes derivaría en una infra-reparación al trabajador.

El caso de sobre-enriquecimiento del trabajador sería el contrario. La Ley del cedente establece una reparación máxima porque presupone una responsabilidad mínima del cesionario. Sin embargo, la ley de este también provee una reparación máxima porque presupone la responsabilidad mínima del cedente.

unidad productiva. Si el accidente se ha producido antes de la sucesión, la cuestión a determinar es si la empresa adquirente es responsable por el derecho de crédito a favor del trabajador accidentado. Si el accidente se ha producido después de la sucesión, se trata de saber si la empresa vendedora puede ser en algún modo, ya ciertamente más excepcional, codeudor de la indemnización¹⁶³.

Como se observa, en estos casos ya no es una cuestión *stricto sensu* de responsabilidad por daños propios o por responsabilidad vicaria (*culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*). Más bien se trata de una cuestión de garantía de pago por cambio de deudores respecto de derechos crediticios que tenga el trabajador, que debe solucionarse en dos niveles:

- i) La ley rectora de la sucesión de empresa determina la validez y alcance de esta operación entre empresas¹⁶⁴.
- ii) La ley del contrato de trabajo determina la admisibilidad de la sucesión frente al trabajador, los efectos que provoca en el contrato y la posición de vendedor y comprador respecto de los créditos del trabajador, entre ellos, los derivados de la responsabilidad patrimonial por accidente¹⁶⁵.

Así pues, como se observa, ya no es aplicable el Reglamento “Roma II” ni ninguna norma relacionada con el Derecho internacional de daños.

D) Aspectos comunes

64. En caso de que la responsabilidad del empresario no empleador deba resolverse por medio de litigio, la competencia judicial internacional no resulta excesivamente clara. En el ámbito de demandados en la UE y en Suiza, Islandia o Noruega, cabe afirmar la competencia de los tribunales del domicilio de cualquiera de los codemandados, el empleador y el empresario tercero¹⁶⁶. Una solución parecida debería mantenerse en el ámbito de la LOPJ respecto de demandados domiciliados en terceros Estados, si bien es verdad que este foro se prevé en el orden jurisdiccional civil y no en el social¹⁶⁷.

Por otra parte, también puede afirmarse la competencia del tribunal del lugar del accidente para demandar a empresario principal y subcontratista, o a empleador cedente y empresa usuaria¹⁶⁸. Es verdad que la posición del empresario no empleador puede ser

¹⁶³ Por ejemplo, en España, cuando la sucesión fuera considerada delito, *cf.* artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁶⁴ *Vid.* SABIDO RODRÍGUEZ, M., *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 240-242.

¹⁶⁵ *Vid.* SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 233 y ss.; FONTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Thomson/Aranzadi, 2006, pp. 168-169.

¹⁶⁶ Artículo 8.1 del Reglamento “Bruselas I.bis”, aplicable ya en una calificación extracontractual, ya en una calificación de contrato de trabajo, cuando el trabajador es el demandante (art. 20). En el Convenio de Lugano, esta posibilidad no se contempla de estar a una calificación como contrato de trabajo. *Vid.* este problema en relación con el antiguo Reglamento “Bruselas I” en la STJCE de 22 de mayo de 2008, asunto C-462/06, *Glaxosmithkline*, ECLI:EU:C:2008:299. En la práctica de tribunales nacionales, *vid.* el asunto de la *High Court* de Inglaterra y Gales en el asunto *Shannon v Global Tunneling Experts UK Ltd & Ors*, *cit.*

¹⁶⁷ Artículo 22.ter.3 LOPJ.

¹⁶⁸ Artículo 7.2.

más bien la de un responsable por actos ajenos (especialmente en el ámbito de las subcontratas), pero ni el Reglamento “Bruselas I.bis” ni el Convenio de Lugano parecen excluir a estos demandados del foro del lugar del accidente.

65. Una última cuestión de interés es cómo juegan las acciones de reembolso cuando el empresario principal ha asumido la indemnización del trabajador¹⁶⁹. Se trata de un aspecto complejo con dos aspectos, la admisibilidad del reembolso y las excepciones a este, y dos variables, la ley que rige la responsabilidad y la ley de la subcontrata o del contrato de cesión. Además, el Reglamento “Roma II” no tiene una norma clara¹⁷⁰. Aplicando sus normas del artículo 19 sobre subrogaciones y el artículo 20 sobre responsabilidad múltiple, la ley de la responsabilidad determina la admisibilidad del reembolso y las posibles excepciones¹⁷¹. La aplicación de esa ley no es obstáculo a tener en cuenta los pactos que hayan podido hacer empresario principal y subcontratista en el contrato de servicios u obra, o cedente y empresa usuaria en el contrato de cesión. La validez de estos pactos se regirá por la ley de este contrato.

Puede parecer llamativo que la ley del contrato empresario principal-subcontratista o del contrato cedente-empresa usuaria no tenga *prima facie* un papel mayor al respecto. De hecho, en las relaciones internas, sería muy lógico asumir que la admisibilidad de la acción de reembolso por el empresario pagador y las excepciones a este por el empresario deudor se rigen por la ley de su contrato¹⁷². No obstante, a pesar de las bondades de esta solución, puede originar algún supuesto de inadaptación, principalmente el siguiente:

CASO PATOLÓGICO DE INADAPTACIÓN EN LA REPETICIÓN CONTRA EL SUBCONTRATISTA:

1º La ley de la responsabilidad establece una responsabilidad solidaria estableciendo una acción de repetición, con la idea de que el gasto lo soporte finalmente el subcontratista.

2º La ley de la subcontrata también imputa el pago al subcontratista y ni siquiera establece la responsabilidad del empresario principal. No hay, por tanto, acción de reembolso.

DESARROLLO: ambas leyes tienen un fin común: que el gasto final lo soporte el subcontratista y no el empresario principal. Sin embargo, al aplicar ambas leyes de forma cruzada el resultado es justo el contrario: el empresario soporta el gasto final y no el subcontratista. Ello ocurre si el reembolso se somete a la ley de la subcontrata, que no prevé acción de reembolso.

¹⁶⁹ En el Derecho comparado, *vid.* asunto *Miller v. Dorr* ya citado.

¹⁷⁰ Su artículo 19 sobre subrogación presupone que la ley del pagador es distinta a la ley del deudor contra el que se repite. Su artículo 20 sobre responsabilidad múltiple parte de varios deudores con distintas leyes respecto del acreedor, cosa que no ocurre en el caso. *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Las deficiencias de la regla de responsabilidad múltiple del Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 277-285.

¹⁷¹ El supuesto queda simplificado cuando la ley del empresario pagador y del empresario deudor es la misma (responsabilidad por actos ajenos).

¹⁷² En este sentido, *vid.* la Sentencia de la *District Court of Northern District* de Georgia en el asunto *General Telephone v. J.b. Trimm*, antes citado. En el caso se plantea un problema añadido sobre cuál es la ley que rige ese contrato (Georgia o Alabama).

El ejercicio de la acción de reembolso se hará en los foros relativos al contrato de prestación de servicios o de obra o al contrato de cesión, por verse afectada la relación interna entre empresario principal y subcontrata¹⁷³.

2. El asegurador de la responsabilidad del empleador

A) Acciones acumuladas contra el empleador y su aseguradora

66. En las acciones del trabajador accidentado y sus causahabientes contra el empleador también puede ser demandada la aseguradora¹⁷⁴. Esta acción acumulada puede interponerse ante el tribunal del domicilio del empleador o ante el tribunal del establecimiento del empleador donde se produce ocupación efectiva del trabajador. También ante el tribunal del lugar donde se produjo el accidente¹⁷⁵.

En todos estos casos, es necesario que la ley del juez permita la acumulación de acciones. Aparte de esta, la cuestión más dudosa de esta *vis attractiva* de la aseguradora a los tribunales donde se demanda al empleador está relacionada con la posible sumisión pactada entre trabajador y empleador, y su oponibilidad a la aseguradora. Ya se ha señalado que, de aplicar las normas sobre daños, la sumisión de trabajador y empleador en materia de accidentes sería totalmente válida. Ese pacto produciría efectos frente a la aseguradora, que puede ser requerida ante el tribunal elegido¹⁷⁶. Sin negar los costes de incertidumbre que ello puede tener para la aseguradora, lo cierto es que los puede repercutir en la prima que pague el empleador en el contrato de seguro, así como en las estipulaciones contractuales de este.

67. La ley aplicable al resarcimiento y cobertura prestados por las aseguradoras tampoco resulta de fácil determinación. La obligación de la aseguradora está muy condicionada por la ley aplicable a la responsabilidad, así como por posibles subrogaciones y reembolsos. Pero la obligación y alcance de la cobertura, como tal, no recibe ningún tratamiento específico en el Reglamento “Roma II”. Podría señalarse que, en casos de seguro obligatorio, se estará a la cobertura mínima y máxima prevista por la ley rectora del seguro obligatorio, básicamente, el de la ley del lugar del accidente¹⁷⁷. En

¹⁷³ También sería posible que, existiendo una acción principal de indemnización, el empleador como tercero también requiere al demandado en el proceso principal exigiéndole reembolso, STJUE de 21 de enero de 2016, asunto C-521/14, *Sovag*, ECLI:EU:C:2016:41.

¹⁷⁴ *Vid.*, analizando esta posibilidad, la *District Court for the Southern District* de Georgia en el asunto *Sanders v. Doe*, 831 F. Supp. 886 (S.D. Ga. 1993), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/831/886/1802292/> (consultado el 17.3.2019).

¹⁷⁵ Artículo 13.1 del Reglamento “Bruselas I.bis”. *Vid.* FERNÁNDEZ MARTÍN, M. J., “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil y seguros de conformidad con el reglamento Bruselas I”, *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, pp. 651-680, pp. 660-661.

¹⁷⁶ No ocurre lo mismo a la inversa, pues un perjudicado no queda vinculado por los pactos de autor del daño y asegurador, *vid.* STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-368/16, *Assens Havn*, ECLI:EU:C:2017:546.

¹⁷⁷ Atendiendo a la ley del seguro obligatorio, *vid.* STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2015, ECLI: ECLI:ES:TSJGAL:2015:4914. *Vid.* la Sentencia de la *Court of Appeals* de Carolina del Norte, en el asunto *Walker v. K&W Cafeterias, and Liberty Mutual Insurance Company*, COA18-429, I.C. No.

caso de seguros voluntarios, se estará a la cobertura de la propia ley rectora del contrato¹⁷⁸. Las partes, como cuestión de hecho y contenido del contrato, pueden pactar que los umbrales de cobertura sean, por ejemplo, los de la ley del lugar del accidente. En todos estos casos, la cobertura no puede exceder la cuantificación de la responsabilidad principal determinada por el Reglamento “Roma II”. Ello ocasionaría una situación de sobre-seguro y un posible enriquecimiento injusto.

B) Acción directa del trabajador contra la aseguradora

68. La acción directa contra la aseguradora, sin necesidad de demandar al empleador, se puede interponer ante los tribunales del Estado del domicilio o establecimiento del asegurador¹⁷⁹, ante el tribunal del lugar del domicilio del trabajador perjudicado¹⁸⁰ o ante el tribunal del lugar del accidente¹⁸¹. Son precisamente estos dos últimos los que suscitan más interés ante los distintos casos analizados.

En el caso tipo de accidente en el lugar de prestación habitual de trabajo donde reside y está domiciliado el trabajador, los tribunales de este Estado tienen competencia internacional. Pero, como, además, esta norma del Reglamento “Bruselas I.bis” fija la competencia interna, el trabajador podrá elegir entre el juez del lugar del accidente o del juez de su domicilio, aunque estén en un mismo Estado. Esta misma conclusión se aplicará a demandas de trabajadores trasladados, que sufren el accidente en el Estado de su nuevo domicilio. Siguiendo con los casos de movilidad, el trabajador desplazado que sufre el accidente en un Estado de destino distinto al de su domicilio en un Estado de origen, podrá valerse de los tribunales de ambos Estados para dirigirse contra la aseguradora. Como también podrá el trabajador transfronterizo o el trabajador de temporada, si sufre un accidente en el Estado de destino mientras su domicilio se encuentra en el Estado de origen.

La competencia de los tribunales del Estado de origen y de los del Estado de destino (o de un Estado intermedio) también está presente en caso de prestaciones transnacionales, cuando el domicilio del trabajador se encuentra en el Estado de origen habitual y el accidente se produce en algún otro Estado. No es tan fácil de determinar, sin embargo, la competencia del tribunal del domicilio del trabajador perjudicado en el caso de “prestaciones nómadas”, en las que no se observa un punto habitual de origen ni un domicilio claro del demandante. En paralelo, tampoco es posible identificar el tribunal del lugar del accidente si este se produce en espacios internacionales.

Y18900, <https://cases.justia.com/north-carolina/court-of-appeals/2019-18-429.pdf?ts=1550584633>, consultado el 18.3.2019.

¹⁷⁸ Vid. la ya citada Sentencia de la *District Court for the Southern District* de Georgia en el asunto *Sanders v. Doe*.

¹⁷⁹ Artículo 11.1.a), en relación con el 13.2, del Reglamento “Bruselas I.bis”.

¹⁸⁰ Artículo 11.1.b), en concordancia con el 13.2, del Reglamento “Bruselas I.bis”. El domicilio del demandante parece que podría referirse al domicilio de causahabientes del trabajador fallecido, *vid.* STJUE de 17 de septiembre de 2009, asunto C-347/08, *Vorarlberger*, ECLI:EU:C:2009:561, apdo. 44. Lo mismo puede decirse del domicilio del empleador que siguió abonando una remuneración al trabajador por su incapacidad y actuó de una forma subrogada, o que figura como tomador del seguro, *vid.* STJUE de 20 de julio de 2017, asunto C-340/16, *Kabeg*, ECLI:EU:C:2017:576.

¹⁸¹ Artículo 12, en relación con el 13.2, del Reglamento “Bruselas I.bis”.

69. La posibilidad de entablar directamente una acción contra la aseguradora, prescindiendo de la demanda al empleador, debe estar prevista, según el Reglamento “Roma II”, por la ley rectora del contrato de seguro o por la ley rectora de la obligación extracontractual¹⁸². Basta con que una de las dos leyes prevea esta posibilidad para que sea posible.

La aplicación de la ley rectora del contrato de seguro puede fundamentar un derecho de información del trabajador en relación con el contenido de la póliza, canalizado a través de sus representantes, según se desprenda de la ley rectora del contrato de trabajo.

La aplicación de la ley de la obligación extracontractual puede resultar en ocasiones poco previsible para la aseguradora, dada la ya destacada “doble vinculación estrecha” de muy complejo cálculo para cualquier operador, por sofisticado que sea. La ley de la responsabilidad puede derivarse a la ley del contrato de trabajo, como vínculo más estrecho, pero, a su vez, esta ley del contrato también puede estar a los vínculos más estrechos.

Asimismo, cualquier elección de ley entre empleador y trabajador posterior al accidente¹⁸³ no podrá perjudicar los derechos de terceros¹⁸⁴. A pesar de la inexacta redacción del Reglamento “Roma II”, cabe interpretar que esa elección no es oponible a la aseguradora y a las obligaciones que haya asumido, a salvo de que esta dé su conformidad. No obstante, cabría hacer una excepción. Si la ley de la responsabilidad puede ser la ley del contrato de trabajo como ley más vinculada (art. 4.3 Reg. “Roma II”), en la determinación de esta ley sí ha podido existir un pacto entre trabajador y empleador al margen de la aseguradora.

70. Analizada la ley aplicable a la acción directa, la cuestión es cuál es su verdadero alcance. La admisibilidad, la legitimación, la forma y el ejercicio de la acción directa quedan sometidos a estas leyes a las que remite el Reglamento “Roma II”¹⁸⁵. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los umbrales de cobertura. Si se trata de un seguro obligatorio del empleador en un determinado territorio, la ley de ese Estado determinará los niveles mínimos de cobertura. Si se trata de un seguro voluntario, la cobertura será la prevista por la ley del contrato o por la ley a la que remitan las partes¹⁸⁶. En ningún caso, la cobertura establecida en esas leyes podrá sobrepasar la responsabilidad principal del empleador.

¹⁸² Vid. DEINERT, O., *Internationales Arbeitsrecht*, op. cit., pp. 332-333; id., *International Labour Law...*, op. cit., pp. 316-317. Con ello se reafirma la calificación del accidente laboral como obligación extracontractual. En el ámbito contractual del Reglamento “Roma I”, no se prevé regulación alguna; al contrario de la regulación del Reglamento “Roma II”.

¹⁸³ La elección antes del accidente no es eficaz en el Reglamento “Roma II”;

¹⁸⁴ Artículo 14.1 *in fine*.

¹⁸⁵ Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P., “El régimen de las acciones directas...”, *loc. cit.*, pp. 301-306.

¹⁸⁶ Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P., “El régimen de las acciones directas...”, *loc. cit.*, pp. 309-311.

V. CONCLUSIONES

1-Con carácter previo a fijar la responsabilidad por accidente, la ley rectora del hipotético contrato de trabajo determinará la existencia de la relación de laboral, respecto de posibles falsos autónomos accidentados; también, la legalidad o ilegalidad de la cesión del trabajador accidentado a otra empresa.

2-Igualmente, como cuestión previa, la ley del Estado de prestación de servicios regirá los efectos en la responsabilidad por accidente del incumplimiento de sus normas de extranjería. No obstante, si no se repara efectivamente el daño por la irregularidad de la situación de extranjería, hay en ello una vulneración del orden público español.

3-A partir de estos presupuestos, la responsabilidad civil por accidentes de trabajo transfronterizo debería tener una regulación expresa por su propia configuración particular y porque responde más a una calificación mixta que pura -es un daño en ejecución de un contrato-.

4-No obstante, el actual silencio de las normas obliga a recurrir a la búsqueda de una calificación uniforme a nivel europeo sumamente difícil por la falta de un Derecho europeo material. También por cierta “tensión” del sistema de la UE, ya que las apreciaciones del TJUE como intérprete último no siempre parecen coincidir con la voluntad implícita del legislador. El primero parece orientarse a una calificación contractual; el segundo a una extracontractual.

5-En efecto, el Reglamento “Roma II” parece partir del accidente como una cuestión de Derecho de daños, al referirse a aquellos daños vinculados a un contrato previo (art. 4.3). Máxime cuando la responsabilidad civil en esta materia puede derivar de la comisión de un delito.

6-En este sentido, la ley de residencia habitual común de empleador y trabajador (aunque haya otros perjudicados) es próxima a las partes y, en particular, a la cuantificación del daño proporcional al coste de la vida del trabajador.

7-Esta solución puede ser especialmente útil en el caso de prestaciones transnacionales a lo largo de distintos Estados, pero en los que se observa un Estado de origen donde se encuentra la residencia común de las partes.

8-La ley del lugar del accidente, en defecto de residencia común, es la más próxima al siniestro, aunque no siempre es previsible ni resulta representativa de la cuantificación del daño.

9-Esta ley puede tener cierto predicamento en el ámbito de los accidentes derivados de trabajos de duración determinada para empleadores locales, en los que el trabajador mantiene su residencia en otro Estado.

10-Por el contrario, la ley del lugar del accidente resulta mucho más impredecible en el caso de accidentes derivados de prestaciones transnacionales, que incluyen trayectos internacionales variables y travesías de países intermedios distintos al de salida o llegada.

11-Ya resulte aplicable la ley de residencia común o la del lugar del accidente, es recomendable exceptuar su aplicación y dar paso a la ley rectora del contrato de trabajo. Esta es la ley más vinculada a la relación laboral en la que se enmarca el accidente y la más expresiva de la posición más débil del trabajador y de las pérdidas económicas que supone el siniestro. También es la solución más representativa de la calificación mixta de los accidentes laborales. Aunque defendible con carácter general, especial interés práctico presenta la aplicación de la ley del contrato en casos de accidentes en el marco de prestaciones nómadas, accidentes en espacios internacionales y accidentes *in itinere* de trabajador transfronterizo.

12-La ley del contrato como ley más vinculada también es la solución más representativa de la autonomía de la voluntad de las partes y de sus límites, aunque en referencia a la ley elegida para el contenido del contrato (no directamente a la responsabilidad).

13-En todo caso, unas normas de elección de ley similares a las del Reglamento “Roma I” serían, incluso, las más adecuadas para autorregular directamente la responsabilidad (como hecho separable del propio contenido del contrato). Bloquearían elecciones de ley posteriores al hecho generador del daño que fueran perjudiciales para el trabajador accidentado; “Roma II” no lo hace. Además, permitirían elecciones favorables al trabajador perjudicado incluidas en el propio contrato de trabajo; “Roma II” no lo permite.

14-La aplicación de la ley del contrato como ley más vinculada no obsta reconocer ciertas paradojas, como convertir en regla general lo que parecía excepcional. Se prescinde de un análisis “caso por caso” para casi transformarlo en un análisis “categoría por categoría” de daño. También se observa la paradoja de los “dobles vínculos estrechos”: se aplica la ley del contrato de trabajo como ley más vinculada, pero, a su vez, esta ley del contrato laboral también exige valorar los vínculos estrechos. Esto genera una solución compleja e incierta.

15-En el caso de desplazamientos temporales, la Directiva 96/71 no parece ocuparse de la responsabilidad por accidentes, aunque debería extenderse su aplicación a esta cuestión por ser consecuencia directa de dicho desplazamiento y del incumplimiento de las normas de prevención. Además, encaja en su lógica: la ley del Estado de destino, mejorable por la ley del Estado de origen.

16-En el ámbito de la competencia judicial, ninguna calificación pura es satisfactoria. Si se parte de una calificación extracontractual en sintonía con el artículo 4.3 del Reglamento “Roma II”, el Reglamento “Bruselas I.bis” y el Convenio de Lugano no dan competencia al tribunal de la relación jurídica previa (en particular, al tribunal del lugar de prestación habitual de trabajo). Pero es que, si se partiera de una calificación contractual -y hay bastantes argumentos en la jurisprudencia del TJUE para ello-, se perdería el foro del lugar del accidente, que puede cumplir una función importante para la organización y gestión del proceso. El único punto de encuentro entre ambas calificaciones sería la competencia del juez de lo penal del lugar donde se produce el accidente, para conocer, si su ley lo permite, de la acción civil de reparación de daños derivados de delitos contra la salud y seguridad de los trabajadores.

17-Al margen del supuesto vinculado a tipos penales, lo ideal sería asumir una calificación mixta de los accidentes laborales para poder invocar los foros en materia de contrato de trabajo, junto con el foro del lugar del accidente cuando el trabajador sea el demandante. También, servirse de las normas sobre elección de tribunales en el marco del contrato de trabajo, pues no permiten derogar la competencia de tribunales próximos al trabajador accidentado, ni imponerle abusivamente tribunales alejados.

18-Por su parte, en la LOPJ, la competencia de los tribunales españoles por servicios prestados en España debe interpretarse en referencia a accidentes ocurridos en España, incluidos los *in itinere* o relacionados con prestaciones ocasionales. Falta, en cualquier caso, una referencia expresa a los litigios sobre accidentes que obliga a subsumirlos en controversias sobre “*derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo*”. Sobra, en cualquier caso, la competencia de los tribunales españoles por celebración del contrato en España o por nacionalidad española de las partes.

19-En caso de accidentes de trabajadores en subcontratas o cesiones internacionales, la responsabilidad por acto ajeno del empresario principal/cesionario (*outsiders*) se determinará a partir de la ley de residencia común de trabajador y subcontratista/cedente. Las elecciones de ley no afectan a estos terceros, salvo que estén debidamente representados o las acepten de otro modo. En cualquier caso, la ley del contrato como Derecho más vinculado puede imponerse a estos *outsiders*, en tanto que puedan identificar dicha ley y calcular costes y riesgos *ex ante*.

20-La admisibilidad, la forma y el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora quedan sometidos a la ley del contrato de seguro o a la ley de la responsabilidad (incluida la ley del contrato de trabajo como más vinculada). Ya sea una acción directa o una acción acumulada, la ley aplicable a la cobertura de la aseguradora será la de la ley rectora del seguro obligatorio o la ley rectora del contrato de seguro voluntario.