



TESIS DOCTORAL

AÑO 2015

**EL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN
EL EXTERIOR**

**LIVINA AURORA FERNÁNDEZ NIETO
LICENCIADA EN DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA EMPRESA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED**

DIRECTORA DRA. BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA EMPRESA

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED

**EL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN
EL EXTERIOR**

**LIVINA AURORA FERNÁNDEZ NIETO
LICENCIADA EN DERECHO**

DIRECTORA DRA. BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

AGRADECIMIENTOS

“Los sueños y la perseverancia son una poderosa e irrefrenable combinación”.

(William Longgood)

La elaboración de una tesis doctoral supone muchas horas de reflexión, estudio y trabajo en soledad, pero resultaría imposible realizar tan ardua tarea sin ayuda y apoyo.

Por eso quiero que mis primeras palabras sean de reconocimiento y gratitud hacia quienes, con su constante presencia y sus buenos deseos, me han animado y escuchado, soportando mis momentos de desasosiego y zozobra, también para quienes han sido un modelo a seguir, y desde luego, para las personas que me han facilitado los medios y los recursos que necesitaba para llevar a cabo esta tesis.

A M^a Teresa Moyna López, Nuria Corcelles Pereira y José Miguel Marcos Álvarez, compañeros de la Biblioteca del Tribunal Supremo por su excelente predisposición y colaboración en todo momento.

A Gonzalo Muñoz Redondo y a Miguel Marco Burgos por haber evitado el desastre informático.

A Teresa Mañanes Zamora, Jefa del Servicio de Biblioteca y del Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y a Jesús Arbesú Villacorta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

A Yolanda de la Cruz Herce, Jefa de Área de la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de la Función Pública.

A Marta Velasco Contreras, Jefa de Sección del Archivo Central del Ministerio de la Presidencia.

A Carmen Carranza Díez, del Archivo Histórico Provincial de Burgos.

A Jimena Blanco-Cobaleda Valdés, Paz Garrido Redondo, Yolanda Hernández Díaz, Rocío Jerónimo Romero, Inés Ortega Villanueva, Menchu Pascual Ochoa y Rosa María Vidal Pérez, amigas incondicionales y ajenas al mundo del Derecho, por ayudarme a hacer inteligibles cada uno de los capítulos y esquemas.

A las Magistradas Rosario García Álvarez, Loreto Campuzano Caballero e Isabel Hernández Pascual, admirados ejemplos del buen hacer judicial y del trabajo constante y riguroso.

Al Letrado Bernardo García Rodríguez, laboralista que representa todo lo que yo quisiera ser en el campo del Derecho del Trabajo.

A mis amigos y amigas por seguir contando conmigo a pesar de mis continuas negativas.

A la Dra. Belén Alonso-Olea García, Directora de esta tesis, por estar a mi lado hasta el final del camino.

A mi madre y a mi hermana, todo por y para ellas.

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	1
ABREVIATURAS.....	12
INTRODUCCIÓN GENERAL	15
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	22
RECURSOS EMPLEADOS.....	23
ESTRUCTURA DE LA TESIS	24
CAPÍTULO I. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR: CONCEPTO, ENCUADRAMIENTO Y ESTRUCTURA	
INTRODUCCIÓN	26
1.- LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	27
2.- LAS BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR	30
A.- LA POLÍTICA EXTERIOR.....	30
B.- LA ACCIÓN EXTERIOR	31

C.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACCIÓN	33
3.- LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR COMO ADMINISTRACIÓN ESPECIAL.....	36
A.- CONCEPTO	37
B.- CARACTERÍSTICAS	38
4.- LA RELACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR Y LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	40
5.- ¿ADMINISTRACIÓN EXTERIOR O SERVICIO EXTERIOR?.....	42
6.- ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR.....	45
A.- ESTRUCTURA	45
B.- ORGANIZACIÓN	46
a) Su regulación en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)	46
b) Su regulación en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE).....	48
CAPÍTULO II. EL CENTRO DE TRABAJO: LA MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE	
INTRODUCCIÓN	50
1.- LOS ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL DE CENTRO DE TRABAJO.....	54

A.- LA UNIDAD PRODUCTIVA	54
B.- LA ORGANIZACIÓN ESPECÍFICA	56
C.- EL ALTA ANTE LA AUTORIDAD LABORAL	57
2.- LA MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE COMO CENTRO DE TRABAJO.....	58
A.- CONCEPTO	58
B.- REQUISITOS Y PRESUPUESTOS PARA ESTABLECER UNA MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE	60
C.- EL ESTABLECIMIENTO DE LA MISIÓN DIPLOMÁTICA COMO CENTRO DE TRABAJO	62
D.- LA MISIÓN DIPLOMÁTICA COMO ORGANIZACIÓN ESPECÍFICA ...	66
E.- CATEGORÍAS	68
F.- FUNCIONES.....	70
3.- EL PROTOTIPO DE MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE: LA EMBAJADA.....	72
A.- DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	73
B.- DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y PROCESAL	75
C.- DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO	76
CAPÍTULO III. EL EMPRESARIO: EL ESTADO EMPLEADOR	
INTRODUCCIÓN	81
1.- EL ESTADO ESPAÑOL O EL REINO DE ESPAÑA COMO EMPLEADOR	83
A.- MARCO JURÍDICO DE ENCUADRAMIENTO	84

B.- DETERMINACIÓN DE LA FIGURA DEL EMPRESARIO.....	86
C.- LOS REPRESENTANTES DEL ESTADO	89
a) El Rey, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación	89
b) El Jefe de la Misión Diplomática (Embajadores o Representante Permanente)	92
c) La representación procesal del Estado empleador ante los órganos jurisdiccionales extranjeros. El Servicio Jurídico del Estado	93
2.- LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER DE ORGANIZACIÓN DEL EMPRESARIO.....	96
3.- LA ACTUACIÓN PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	101
4.- LA OPACIDAD EN LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR	106
CAPÍTULO IV. EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR	
INTRODUCCIÓN	111
1.- CLASES DE PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR DEL ESTADO	113
A.- ANTECEDENTES	113
B.- ENCUADRAMIENTO Y REGULACIÓN.....	115
C.- SUJETOS.....	119

a) El personal laboral del Servicio Exterior (personal contratado y enviado por el Estado acreditante).....	123
b) El personal local	126
2.- LOS FAMILIARES DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR Y SU ACTIVIDAD LUCRATIVA	129

CAPÍTULO V. EL CONTRATO DE TRABAJO

INTRODUCCIÓN	134
1.- EL PROCESO DE LABORALIZACIÓN: DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE COLABORACIÓN TEMPORAL AL CONTRATO LABORAL.....	136
A.- NORMATIVA PRECONSTITUCIONAL.....	138
a) El Real Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado.....	138
b) El Decreto 1742/1966, de 30 de junio, por el que se regula la contratación de personal por la Administración Civil del Estado	140
B.- LA LEY 30/1984, DE 2 DE AGOSTO, DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	142
a) La Disposición Adicional Cuarta de la LMRFP y la doctrina sobre el alcance de la contratación administrativa y de la laboral	142
C.- LOS ACUERDOS DE 27 DE MAYO DE 1985 DE ADAPTACIÓN DEL ACUERDO DE 11 DE ENERO DE 1985, SOBRE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA DE LA LEY DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	148

2.- LA OPCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: ¿CONTRATO ADMINISTRATIVO DE COLABORACIÓN TEMPORAL O CONTRATO LABORAL <i>AB INITIO</i> ?	155
---	-----

CAPÍTULO VI. LAS PECULIARIDADES INTERNACIONALES DEL CONTRATO DE TRABAJO (I): EL PRIVILEGIO DE INMUNIDAD DEL ESTADO Y SUS EXCEPCIONES

INTRODUCCIÓN	163
--------------------	-----

1.- CONCEPTO Y CLASES DE INMUNIDADES ESTATALES	164
--	-----

2.- LAS TEORÍAS SOBRE LA INMUNIDAD	166
--	-----

A.- LA TEORÍA DE LA INMUNIDAD ABSOLUTA DE LOS ESTADOS	168
--	-----

B.- LA TEORÍA DE LA INMUNIDAD RESTRINGIDA DE LOS ESTADOS (ACTOS <i>IURE IMPERII</i> Y <i>IURE GESTIONIS</i>).....	171
--	-----

3.- LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO	173
--	-----

4.- EL CONTRATO DE TRABAJO COMO EXCLUSIÓN AL PRIVILEGIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y SUS EXCEPCIONES	176
--	-----

A.- LA CONTRATACIÓN, LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO Y LA REPOSICIÓN (<i>READMISIÓN</i>) DEL TRABAJADOR EN EL PUESTO DE TRABAJO.....	177
---	-----

B.- LA DESTITUCIÓN DEL TRABAJADOR O LA RESCISIÓN DEL CONTRATO.....	179
--	-----

C.- LA NACIONALIDAD O LA RESIDENCIA HABITUAL DEL TRABAJADOR EN EL ESTADO DEL FORO O RECEPTOR	182
--	-----

D.- LOS ACUERDOS ENTRE EL ESTADO EMPLEADOR Y EL TRABAJADOR	184
5.- LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO	185
A.- MEDIDAS COERCITIVAS ANTERIORES AL FALLO	187
B.- MEDIDAS COERCITIVAS POSTERIORES AL FALLO	188
6.- LOS BIENES PROTEGIDOS POR LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DEL ESTADO.....	189
7.- LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS LABORALES DICTADAS EN EL EXTRANJERO.....	193
CAPÍTULO VII. LAS PECULIARIDADES INTERNACIONALES DEL CONTRATO DE TRABAJO (II): LA COMPETENCIA JUDICIAL Y LA LEY APLICABLE	
INTRODUCCIÓN	197
1.- LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL	199
A.- LA NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL	200
B.- LA CONTROVERTIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 25.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.....	205
2.- LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE	209
A.- LA LEY ELEGIDA POR LAS PARTES.....	212

B.- LA LEY DEL PAÍS MÁS ESTRECHAMENTE VINCULADO CON EL CONTRATO DE TRABAJO. EL PROBLEMA EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	214
C.- LA LEY DEL PAÍS EN EL QUE EL TRABAJADOR REALIZA HABITUALMENTE LA PRESTACIÓN. EL PROBLEMA DE LA ALEGACIÓN Y PRUEBA DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.....	216
D.- LA LEY DEL PAÍS DONDE ESTÉ SITUADO EL ESTABLECIMIENTO A TRAVÉS DEL CUAL HAYA SIDO CONTRATADO EL TRABAJADOR. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO	221

CAPÍTULO VIII. LA RELACIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR COMO RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL

INTRODUCCIÓN	225
--------------------	-----

1.- EL CONCEPTO DE RELACIONES LABORALES DE CARÁCTER ESPECIAL Y LA RELACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR Y EL PERSONAL A SU SERVICIO	231
---	-----

2.- LAS PECULIARIDADES DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR Y LOS MIEMBROS DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO, TÉCNICO Y DE SERVICIO DE LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS Y REPRESENTACIONES PERMANENTES	236
--	-----

A.- EL SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.....	236
--	-----

a) Procedimiento general	238
--------------------------------	-----

b) Procedimiento o modalidad especial	239
---	-----

B.- LAS CONDICIONES DE TRABAJO.....	241
-------------------------------------	-----

a) La modificación sustancial de las condiciones de trabajo	241
b) La movilidad funcional.....	242
c) La movilidad geográfica	243
d) La organización del trabajo	243
e) El tiempo de trabajo	244
f) Suspensión del contrato de trabajo	245
g) Excedencias	246
h) Régimen disciplinario.....	246
C.- DERECHOS INDIVIDUALES	248
a) Formación profesional	248
b) Reasignación de efectivos por violencia de género.....	249
c) Conciliación de la vida personal, familiar y laboral	250
d) Descansos y vacaciones	250
e) Permisos y licencias	252
f) Retribución	253
D.- DERECHOS COLECTIVOS	256
a) La exclusión del personal laboral de la Administración Exterior del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado. La interpretación de la cláusula "contratado en el exterior"	256
b) Los derechos de representación colectiva y su situación actual.....	264
E.- CONCLUSIONES	271
 BIBLIOGRAFÍA	 277
 APÉNDICE.....	 291

ABREVIATURAS

Art.- Artículo

ATC.- Auto del Tribunal Constitucional.

BOE.- Boletín Oficial del Estado.

CDI.- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

CE.- Constitución Española de 1978.

CEE.- Comunidad Económica Europea.

EBEP.- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

ET.- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Fdto. Jco.- Fundamento Jurídico.

LAFC.- Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

LASEE.- Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

LEC.- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LGSS.- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LMRFP.- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

LOFAGE.- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

LRJAP.- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

OIT.- Organización Internacional del Trabajo.

Op. Cit.- En la obra citada.

NU.- Naciones Unidas.

RD.- Real Decreto.

RPT.- Relación de Puestos de Trabajo.

SAN.- Sentencia de la Audiencia Nacional.

STC.- Sentencia del Tribunal Constitucional.

STCT.- Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

STJ.- Sentencia del Tribunal de Justicia.

STJCE.- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

STJUE.- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS.- Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Vid.- Véase.

VOL.- Volumen.

INTRODUCCIÓN GENERAL

Las relaciones internacionales constituyen una realidad social a la que España, como Estado de la comunidad internacional, no puede ser ajena. El calificativo de "internacional" hace referencia a un conjunto de actividades de diversa índole que se desarrollan más allá de nuestras fronteras.

Pero no vamos a adentrarnos en cualquier tipo o forma de relación que tenga matiz transnacional, sino únicamente en la actuación y los vínculos que establece España con otros sujetos de Derecho Internacional a través de sus órganos, y en el modo en que utiliza sus recursos humanos en el extranjero para llevar adelante tal cometido.

La gestión de las relaciones políticas, económicas, culturales y sociales, la defensa de los intereses del Estado, y el mantenimiento de la paz, la seguridad y el fomento de las relaciones de amistad entre los Estados, como principios y propósitos recogidos en la Carta de Naciones Unidas, se lleva a cabo a través de la actividad diplomática cuyo instrumento es la Misión Diplomática.

En España, la Diplomacia moderna nace bajo el reinado de los Habsburgo, con objeto de defender los intereses del Imperio, y a tal fin se fueron estableciendo las Embajadas españolas ante otros reinos.

Sin remontarnos a tiempos tan remotos, hay que señalar que el punto de inflexión en nuestras relaciones internacionales, tras un dilatado período de aislamiento, fue sin lugar a dudas, la entrada en vigor de la Constitución de 1978, que supuso un cambio trascendental en la Acción Exterior de nuestro país, permitiendo que España se incorporase a los organismos internacionales de los que había estado excluida durante décadas.

El art. 149.1.3ª de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales. Pero no fue hasta casi veinte años después de la promulgación del texto constitucional, cuando se regularon en una ley general (la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), el tratamiento de la Administración General del Estado en el exterior, de los Embajadores y de los Representantes Permanentes, porque España no contaba con una ley que rigiera específica y exclusivamente la actividad del Estado fuera de nuestras fronteras.

En el año 1986, el Libro Blanco de la Administración Exterior del Estado ya había puesto de manifiesto la necesidad de diseñar un modelo de organización adaptado a las necesidades y posibilidades reales, coordinado y equilibrado, que tuviera en cuenta la especificidad jurídica de la Administración del Estado en el extranjero.

Pero no fue hasta el año 2014 cuando se publicó en España la primera Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (Ley 2/2014, de 25 de marzo), concebida como un instrumento flexible para prestar atención a cinco objetivos fundamentales:

- El fortalecimiento de la presencia y de la imagen de España en el mundo.
- El reforzamiento de la credibilidad de España en el exterior para atraer capitales y expandir nuestras empresas.
- El fortalecimiento de nuestra participación en el proceso de integración europea.
- La coordinación de la Acción Exterior española con la de los Estados que integran la Comunidad Iberoamericana de Naciones.
- Y por último, la adecuada asistencia, protección y apoyo a los ciudadanos españoles y a las empresas españolas en el exterior.

En el escenario de las prácticas diplomáticas, los actores principales son los miembros del personal diplomático de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, a cuya cabeza se sitúa el Jefe de la Misión (Embajadores o Representante Permanente).

Pero no hay que olvidarse del papel de quienes, ostentando también la consideración de miembros del personal de la Misión Diplomática, porque así lo establece la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, a menudo pasan desapercibidos.

Nos referimos a los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas o Representaciones Permanentes de España en el exterior, cuyo trabajo resulta imprescindible para el buen funcionamiento y correcto desarrollo de las funciones que cumplen los órganos de representación del Estado en el extranjero. A ellos, a su vinculación con el Estado español, y a las vicisitudes de su relación contractual, se dedicará este estudio.

El análisis y tratamiento académico de la Administración Exterior del Estado y del personal a su servicio ha sido escasa y marginal. Los autores que han tratado el tema, lo han hecho de manera parcial, estudiando aspectos concretos de la relación pero no de una manera global, con una visión del vínculo en su conjunto.

Si la Administración del Estado en el exterior es una de las parcelas más desconocidas en todo el entramado organizativo del Estado, las relaciones con el personal a su servicio pueden resultar casi misteriosas. Pero es más, incluso dentro del colectivo del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, encontramos un grupo de empleados de quienes se ignoran todas sus circunstancias, porque no se sabe con certeza ni tan siquiera cuántos son.

Estamos hablando del personal local, es decir, nacionales o residentes en el Estado extranjero donde España establece una Misión Diplomática, y que están vinculados al Estado español a través de un contrato de trabajo.

La relación entre la Administración Exterior del Estado y el personal a su servicio está plagada de entresijos y, si existe un vínculo en el ámbito de las Administraciones Públicas que ha experimentado cambios drásticos, es el que se ha establecido entre los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior y la Administración General del Estado.

El nexo que une a la Administración del Estado en el exterior con el personal a su servicio, comenzó siendo un contrato administrativo de colaboración temporal, que ha acabado transformándose en un contrato laboral, tras un proceso de laboralización complejo, y a nuestro parecer cuestionable, que culminó en el año 1985 con los Acuerdos de 27 de mayo, de Adaptación del Acuerdo de 11 de enero de 1985, sobre aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, al personal contratado administrativo destinado en el extranjero, y diseñado ex profeso para el personal de nacionalidad española que desarrollaba su prestación en los órganos periféricos de la Administración del Estado en el exterior, dejando por entonces al personal local en una situación que no ha podido ser concretada.

La Administración del Estado en el exterior utilizó el contrato administrativo de colaboración temporal con fines distintos a aquellos para los que había sido concebido.

De este modo, se hizo uso esta modalidad contractual para cubrir tareas que no eran específicas, ni concretas, ni de carácter extraordinario o de urgencia, y en absoluto temporales, evitando la opción de la contratación laboral porque, entre otras razones, la Administración podía ejercer un poder discrecional al suscribir un contrato administrativo de colaboración temporal, y los conflictos derivados del contrato de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo, tenían

atribuida una jurisdicción específica que se suponía más favorable a los intereses del Gobierno.

En nuestra opinión, se hubieran evitado muchos problemas si desde un principio la Administración hubiese suscrito los contratos laborales que permitía el art. 7 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, teniendo en cuenta que las prestaciones del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, son de clara naturaleza laboral.

El contrato de trabajo del personal administrativo, técnico y de servicio de la Administración del Estado en el exterior, plantea una serie de dificultades e inconvenientes, que no se manifiestan en ninguna otra relación contractual entre la Administración Pública y sus trabajadores, por varios motivos:

- Por la condición del Estado como empleador o empresario.
- Porque el centro de trabajo está ubicado siempre en el extranjero.
- Porque la prestación se lleva a cabo en el marco de tres ordenamientos jurídicos diferentes (internacional, nacional e interno del Estado receptor)
- Debido a que las inmunidades o privilegios que protegen al empresario, como sujeto de Derecho Internacional que es, refuerzan su posición respecto a la parte más débil del contrato que es el trabajador.
- Por los problemas derivados de la competencia judicial y de la ley aplicable al contrato de trabajo, especialmente en materia de prueba, en caso de conflicto entre trabajador y empleador.

Sentado lo anterior, y por si no fuera suficiente, el sistema de selección y provisión de puestos de trabajo presenta una serie de peculiaridades insólitas en las relaciones laborales que se generan en el seno de otras Administraciones Públicas:

- No existe una relación de puestos de trabajo ni instrumento similar en la Administración del Estado en el exterior

- La provisión de puestos de trabajo no se rige por las normas que regulan el ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, sino por normas que se encuentran dispersas en Resoluciones, Órdenes Circulares e Instrucciones de Servicio que dictan los Secretarios de Estado, los Subsecretarios, Directores y Subdirectores Generales, y que no se publican en el Boletín Oficial del Estado.

- Además, existen dos procedimientos para seleccionar al personal al servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior (sistema general y garantista de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y un sistema de cupo).

En cuanto a las circunstancias en las que desarrolla la prestación laboral el personal administrativo, técnico y de servicio de la Administración Exterior, una de sus reivindicaciones recurrentes tiene como objetivo su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, ya que las condiciones de trabajo no se pactan por medio del correspondiente Convenio Colectivo, sino que vienen recogidas en el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior, al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos.

Sin embargo, no todos los trabajadores al servicio de la Administración del Estado en el exterior están excluidos del Convenio Colectivo Único, ya que, debido a la abundante litigiosidad que generaron aquellas reivindicaciones, y a la disparidad

de criterios a la hora de interpretar la cláusula "contratado en el exterior" del I Convenio Colectivo Único, existen trabajadores que sí están amparados por el Convenio Colectivo Único porque tienen una sentencia que así lo establece, lo que todavía complica un poco más, si cabe, la situación a la hora de estudiar esta relación laboral.

Otro de los obstáculos a salvar en la relación laboral del personal de la Administración del Estado en el exterior está motivado por la crisis económica en la que se encuentra sumida España.

La Resolución de 14 de mayo de 2012, publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2012, por el que se suspendía el apartado 17 ("Derechos de representación colectiva") del Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 sobre condiciones de trabajo, y el Acuerdo de 9 de junio de 2011, para la elección de órganos de representación del personal de la Administración Exterior, por un período de veinticuatro meses que finalizaron el 15 de mayo de 2014.

Por otra parte, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ha dejado sin efecto, desde el 1 de octubre de 2012, los pactos, acuerdos o convenios que fijen condiciones distintas a las establecidas en el mismo, lo que a nuestro modo de ver, resulta desproporcionado en relación con sus fines y hace peligrar los derechos amparados constitucionalmente.

Por todas estas cuestiones y otras tantas de las que trataremos a lo largo de todo este trabajo, defendemos que la relación laboral de los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, es una relación laboral de carácter especial, y estimamos que el motivo por el que no posee tal consideración, es única y exclusivamente por la voluntad del legislador de no incluirla en el catálogo de supuestos del art. 2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que como hemos visto, peculiaridades y especialidades, no le faltan.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

La finalidad de este estudio es dar a conocer y hacer atractiva una relación laboral "atípica", desconocida y apartada, salvo honrosas excepciones, del análisis doctrinal de los especialistas en Derecho del Trabajo: el contrato de trabajo del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior.

Hemos intentado construir nuestra propia teoría sobre la relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, y abrir el camino para que, quienes tengan interés en profundizar en el vínculo contractual entre el Estado español y los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, encuentren un punto de apoyo y vayan enriqueciendo y desarrollando, con sus interpretaciones y explicaciones, un área prácticamente inexplorada por los laboristas.

Del Derecho Internacional, tomamos los conceptos y las ideas que definen las relaciones internacionales, así como la regulación de la materia objeto de nuestro estudio en los Convenios Internacionales.

Del Derecho Administrativo, el análisis de la estructura organizativa en la que se encuadra la Administración del Estado en el exterior y la abundante doctrina sobre de la figura de los contratos administrativos, que fueron la génesis de la relación contractual entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio.

El Derecho Procesal nos ha ayudado a resolver las dudas en cuanto a los tribunales competentes para dirimir las numerosas cuestiones litigiosas que plantea la relación laboral y los problemas sobre la ley aplicable.

El Derecho del Trabajo nos ha proporcionado los elementos del contrato de trabajo (sujetos, centro de trabajo, Convenio Colectivo "aplicable" y condiciones de

trabajo) para poder establecer y definir, con todos estos componentes, el marco jurídico donde encuadrar la relación laboral entre el Estado español como empresario y los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero.

Por expresarlo de manera gráfica, sería como si tuviéramos un telar y fuésemos formando la urdimbre, con todos esos elementos mencionados, para crear un tejido que sería una nueva relación laboral de carácter especial, a añadir a los supuestos ya recogidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Se ha pretendido llevar a cabo un análisis conjunto de todos los aspectos y las vicisitudes de esta peculiar relación laboral, pero con toda seguridad habrá quien descubra otros matices o algún rasgo en el vínculo contractual en el que no hayamos reparado y se dedique a estudiarlo y a compartirlo.

Se ha tratado de despertar la curiosidad respecto a esta relación laboral transversal tan desconocida, contribuyendo a su estudio desde la perspectiva del Derecho del Trabajo.

RECURSOS EMPLEADOS

Legislación nacional e internacional, reguladora de los aspectos y elementos que configuran la relación laboral del personal de la Administración del Estado en el exterior, publicada en el Boletín Oficial del Estado, en el Diario Oficial de la Unión Europea, en las páginas de las Naciones Unidas, de la OIT y del Consejo de Europa.

Acuerdos, Resoluciones, Órdenes Circulares e Instrucciones de Servicio que nos han proporcionado en los archivos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio de la Presidencia y Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

Jurisprudencia y doctrina judicial del antiguo Tribunal Central de Trabajo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como los informes de los Abogados Generales.

Artículos doctrinales, revistas y monografías del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del Consejo General del Poder Judicial, del Instituto Nacional de Administración Pública, del Consejo Económico y Social, de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), etc.

ESTRUCTURA DE LA TESIS

La tesis está dividida en ocho capítulos. Cada capítulo se inicia con una introducción en la que se exponen los antecedentes sobre la materia que se va a tratar a lo largo del capítulo en cuestión, y donde se definen los conceptos y las figuras jurídicas objeto del análisis.

A partir de ahí vamos construyendo y desarrollando nuestra teoría y adaptando los supuestos de hecho a esas definiciones, intercalando también para ilustrarnos la jurisprudencia que se ha dictado al respecto.

El Capítulo I está dedicado al concepto, encuadramiento y estructura de la Administración del Estado en el exterior.

El Capítulo II al centro de trabajo, en particular a las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes como lugar en el que se lleva a cabo la prestación de servicios.

Los Capítulos III y IV a los sujetos de la relación laboral: el Estado español como empresario y el personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior.

El Capítulo V trata sobre el contrato de trabajo y las vicisitudes de la relación contractual.

En los Capítulos VI y VII se analizan las peculiaridades internacionales del contrato de trabajo.

Y por último, el Capítulo VIII explica qué son las relaciones laborales de carácter especial y por qué consideramos que la relación laboral del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior debería de estar incluida en el catálogo de relaciones laborales de carácter especial de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR: CONCEPTO, ENCUADRAMIENTO Y ESTRUCTURA

INTRODUCCIÓN

Para poder entender qué es la Administración del Estado en el exterior y qué la hace diferente de otras Administraciones Públicas, es preciso situarla dentro de la estructura organizativa del Estado, indagar en sus características y sus funciones, y analizar cómo son sus relaciones con otros órganos constitucionales, pero también hay que relacionarla con el papel que desempeña dentro de la sociedad internacional.

El estudio de la Administración del Estado en el exterior ha sido escaso por un doble motivo¹:

En primer lugar, porque la materia objeto de análisis está situada en "un terreno fronterizo... entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Público". Los administrativistas consideraban que la Administración Exterior era una Administración peculiar que se regulaba por la normativa internacional y que las relaciones internacionales eran actos políticos.

En segundo lugar, porque los internacionalistas se planteaban hasta qué punto los órganos de las relaciones internacionales y sus funciones estaban reguladas por el Derecho Internacional o por el Derecho Interno.

Estos y otros factores, como el insuficiente tratamiento académico y la insistencia del Cuerpo Diplomático en mantener sus características distintivas, han determinado que la Administración Exterior del Estado sea, en cuanto a su formación y estudio, "una materia marginalizada y caracterizada por la confusión".

¹ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y RIPOL CARULLA, S. "La Administración Exterior española en la actualidad: problemática y vías de solución", en Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. XI, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, págs. 204 y 205.

Y si esto es así en los campos del Derecho Administrativo e Internacional, en el área del Derecho del Trabajo, el análisis doctrinal de la Administración del Estado en el exterior y de la relación laboral con el personal a su servicio es prácticamente inexistente.

Los escasos textos que le han dedicado los laboristas solo tratan aspectos parciales, lo que supone un reto pero también una dificultad añadida, porque tendremos que intentar analizar e interpretar el vínculo entre la Administración Exterior y sus trabajadores, sin seguir un camino trazado.

A nuestro parecer, no se ha reparado en esta parcela porque la Administración del Estado en el exterior no nos resulta cercana ni fácilmente controlable, y consideramos que su actuación no nos afecta directamente.

Además, se trata de una materia transversal, en la que se hace imprescindible acudir a las diversas ramas del Derecho (Administrativo, Internacional, Procesal y Laboral) lo que la hace aún más complicada para poder estudiarla, entenderla y explicarla.

1.- LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 trajo consigo una renovación del Derecho Administrativo, supuso la adecuación de toda la normativa administrativa vigente hasta entonces a los postulados constitucionales y aportó una reformulación del concepto de "Poder Exterior", que se configura como una serie de potestades repartidas entre el Rey (art. 56.1), el Gobierno (art. 97) y las Cortes Generales (art. 111).

El Estado constitucional, presidido por el principio de separación de poderes, se presenta como un conjunto complejo de órganos vinculados entre sí.

En un primer nivel organizativo se encuentran los órganos constitucionales del Estado, es decir, las Cortes, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Derivados de estos, y en un segundo nivel, se sitúan una serie de órganos cuyas competencias emanan de los primeros y que desarrollan las funciones que el ordenamiento jurídico les reconoce como propias. Dentro de estos órganos de segundo nivel se encuentra la Administración Pública.

La noción de Administración Pública describe un conjunto de organizaciones diversas, caracterizadas por su integración y dependencia del Poder Ejecutivo y diseñadas para el cumplimiento de unos fines que son su razón de ser: los intereses generales.

Así, la tarea de la Administración Pública trasciende el soporte que proporciona al Gobierno del cual depende ya que, además de su carácter servicial, posee unos fines propios más allá del mismo².

El proceso de renovación de la Administración Pública, iniciado con la promulgación de la Constitución de 1978, tuvo su punto de apoyo y soporte legal en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), concebida para adaptar la Administración Pública, en general, y la Administración General del Estado, en particular, al modelo constitucional de Estado Social y Democrático de Derecho.

² SOUVIRON MORENILLA, J. M^a. “Sobre la administración pública y el derecho administrativo: en torno a la sustantividad del derecho administrativo y su vis expansiva”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (coord. SOSA WAGNER, F.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pág. 124.

La LOFAGE pretendía, por un lado, aglutinar, simplificar y regular en una sola ley la dispersión normativa característica del régimen jurídico de la Administración General del Estado. Y por otro, dejar sentado que la actuación administrativa debe ceñirse no solo al principio de legalidad sino responder a los intereses generales, es decir, la razón de ser de la Administración General del Estado es el servicio a los ciudadanos y es este el objetivo que debe presidir sus diferentes modalidades de actuación.

Una de las novedades de la LOFAGE fue la regulación de la Administración del Estado en el exterior, si bien es cierto que de manera superficial, dedicando únicamente los arts. 36 y 37 a la Administración Exterior.

La LOFAGE recogió por primera vez en una norma con rango de ley esta materia, incluyendo el tratamiento de la Administración General del Estado en el exterior, de los Embajadores y Representantes Permanentes, con el objeto de garantizar la Unidad de Acción del Estado en el exterior.

Armonizó en un solo texto, con categoría de ley, la normativa anterior relativa a la Administración del Estado en el exterior, que hasta entonces se encontraba dispersa (Real Decreto 952/1984, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los Agentes Consulares Honorarios de España en el extranjero, Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior, y Real Decreto 1881/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores).

Sin embargo, la LOFAGE no añadió novedad alguna en cuanto al establecimiento de instituciones y organismos públicos del Estado en el exterior, su regulación, dependencia jerárquica o funciones³.

³ RIPOL CARULLA, S. “La Administración Exterior Española en la Ley de Ordenación del Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)”, en Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XLIX, núm. 1, Madrid, 1997, pág. 312.

La Administración del Estado en el exterior se presenta en la ley como un entramado organizativo, colaborador de las instituciones y organismos españoles que actúan fuera de nuestras fronteras, para alcanzar los objetivos e intereses de la Política Exterior española, aunque sin concretar cuáles son las funciones que tiene encomendadas y mencionando solo su carácter auxiliar.

2.- LAS BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR

A.- LA POLÍTICA EXTERIOR

La Política Exterior es un conjunto de decisiones y acciones del Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales para definir, promover, desarrollar y defender los valores e intereses de España en el exterior (art. 1.2 a) de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado [LASEE]).

Es un cúmulo de objetivos con respecto al comportamiento de otros Estados para alcanzar un interés propio.

Las estrategias y tácticas para conseguir esos objetivos es lo que se conoce como Diplomacia.

La Política Exterior y la Diplomacia son dos conceptos que van de la mano, son interdependientes pero no hay que confundirlos.

La Política Exterior es la acción de un sujeto de Derecho Internacional, el Estado, o mejor dicho, "la fijación y decisión, por ese sujeto, de los objetivos... a alcanzar en sus relaciones con otros sujetos en función de sus intereses esenciales y

generales y para defenderlos en todo momento; actividad que se lleva a cabo, en general, por los gobiernos de los Estados..."⁴.

La Diplomacia es, según VILARIÑO PINTOS, la forma de ejecutar la Política Exterior a través de la negociación, realizada por los órganos y las personas a las que el Estado ha otorgado su representación.

Podríamos resumirlo del siguiente modo: en el ámbito de las relaciones internacionales, los órganos centrales toman las decisiones de Política Exterior, mientras que los órganos periféricos, ejecutan tales decisiones.

El término Política Exterior se aplica también a un área de actividad con objetivos concretos, por ejemplo una determinada Política Exterior económica⁵.

La organización y la actividad del Estado en el ámbito de la Política Exterior es materia regulada por el Derecho Administrativo Internacional que, contrariamente a lo que pudiera parecer, es Derecho Administrativo estatal o interno relativo a la Administración Exterior, de ahí el atributo de "internacional"⁶.

B.- LA ACCIÓN EXTERIOR

La LASEE define en su art. 1.2. b) la Acción Exterior del Estado como el "conjunto ordenado de las actuaciones que llevan a cabo los órganos constitucionales, las Administraciones Públicas, organismos, instituciones y entidades dependientes de ellas que desarrollan su actividad en el exterior para lograr los objetivos fijados por el Gobierno en materia de Política Exterior".

⁴ VILARIÑO PINTOS, E. Curso de Derecho Diplomático y Consular. Tecnos, Madrid, Tercera Edición, 2007, págs.72 y 73.

⁵ MORALES LAMA, M. Diplomacia contemporánea. Teoría y práctica. Fundación Antonio M. Lama, Santo Domingo, sexta edición, 2004, pág. 29.

⁶ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X. La Función Consular en el Derecho Español. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 3ª edición actualizada, 2009, pág. 19.

Los internacionalistas definen la Acción Exterior del Estado como el modo en el que los Estados se relacionan entre sí, conforme a los principios de soberanía e igualdad soberana⁷.

Es el Estado quien regula y define la Acción Exterior, y el que ordena y dirige la actuación de los distintos órganos y Administraciones que ejecutan las decisiones y acciones (Política Exterior) del Gobierno.

Los vínculos entre Estados se basan en el reconocimiento mutuo, el interés recíproco, el consentimiento, la no injerencia en los asuntos internos del país receptor y la cooperación, según lo dispuesto en el art. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

También la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, alude a la igualdad soberana en los siguientes términos:

"(...) todos los Estados gozan de igualdad soberana, tienen iguales derechos y obligaciones y todos son por igual miembros de la comunidad internacional a pesar de las diferencias de orden económico, social o de cualquier otra índole".

En la actualidad, la LASEE se centra en conseguir una Acción Exterior coherente y unificada, eficaz, especializada en su ejecución y al servicio de los intereses de España.

El Real Decreto 1412/2000, de 21 de julio, creó para tales fines el Consejo de Política Exterior, como órgano encargado de elaborar estrategias en materia de Acción Exterior, así como de coordinar la actividad de los demás departamentos ministeriales en esta área.

⁷ REMIRO BROTONS, A. y VV.AA. "El Estado extranjero y sus agentes: las relaciones diplomáticas y consulares", en Manual de Derecho Internacional. Curso general. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, pág. 565.

El art. 38 de la LASEE regula la actuación del Consejo de Política Exterior, como "órgano colegiado de apoyo y asesoramiento al Presidente del Gobierno, en el ejercicio de su competencia de velar para que la Acción Exterior del Estado se desarrolle de conformidad con los principios establecidos en la ley y con sujeción a los fines y objetivos de la Política Exterior fijados por el Gobierno".

C.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACCIÓN

El art. 3.2 a) de la LASEE define la Unidad de Acción como la ordenación y coordinación de las actividades realizadas en el exterior a fin de lograr la consecución de los objetivos de Política Exterior y la defensa de los intereses españoles.

La idea de la "Unidad de Acción Exterior del Estado" fue recogida por primera vez en la Exposición de Motivos del Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre la organización de la Administración del Estado en el exterior, aunque ya el art. 1º del Real Decreto 1485/1985, de 28 de agosto, sobre estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores había hecho referencia a la Unidad de Acción de manera tangencial.

Pero ninguna de estas normas proporcionó, en su momento, una definición de este concepto que fue concretado como "una secuencia de actuaciones de los órganos del Estado cuya actividad trasciende el ámbito del territorio nacional, a fin de lograr los objetivos de Política Exterior diseñados por el Gobierno"⁸.

Ya en su momento, las conclusiones definitivas del Informe sobre el Libro Blanco de la Administración Exterior del Estado, de las que eran herederos los Reales Decretos mencionados, establecieron que el principio de Unidad de Acción

⁸ PAZ AGÜERAS, J. M. La Administración General del Estado en el Exterior. Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Centro de Documentación y Publicaciones, Madrid, 1999, pág. 23.

no es controvertido porque implícitamente se encuentra recogido en el art. 97 de la Constitución (CE), que atribuye al Gobierno la dirección de la Política Exterior y le da carácter colectivo, ya que todo el Gobierno participa en el establecimiento de las directrices de la Política Exterior.

Pero tal y como se pregunta REMIRO BROTONS, ¿a quién corresponde realmente la iniciativa, gestión y ejecución de la Política Exterior?

En opinión del internacionalista, las atribuciones son compartidas entre el Ministerio de Asuntos Exteriores, los demás ministerios y también las Comunidades Autónomas⁹.

Pero en cuanto a la intervención de las Comunidades Autónomas en la Acción Exterior del Estado, si bien es cierto que se contempla la posibilidad de que estas lleven a cabo actividades con proyección exterior, no lo es menos que estas actividades deben limitarse a aquellas que, "siendo necesarias o al menos convenientes para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a los poderes públicos extranjeros, no incidan en la Política Exterior del Estado, y no generen responsabilidades del Estado frente a otros Estados extranjeros y Organizaciones inter o supranacionales"¹⁰.

"(...) No obstante lo dicho, la posibilidad de que disponen las Comunidades Autónomas, como parte del ejercicio de sus competencias, para llevar a cabo una actividad con proyección externa, así como el alcance que esa actividad pueda tener, cuenta con un límite evidente: las reservas que la Constitución efectúa en favor del Estado, y, señaladamente, la reserva prevista en el art. 149.1.3 de la CE, que confiere al Estado competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

⁹ REMIRO BROTONS, A. "El poder exterior del Estado", en Documentación Administrativa, núm. 205, Madrid, 1985, págs. 62 y 63.

¹⁰ Informe sobre la Reforma del Servicio Exterior Español, 20 de junio de 2005, Ministerio de la Presidencia, pág. 34.

(...) En suma, pues, las "relaciones internacionales" objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 C.E. son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho Internacional. Y ello excluye, necesariamente, que los entes territoriales dotados de autonomía política, por no ser sujetos internacionales, puedan participar en las "relaciones internacionales" y, consiguientemente, concertar tratados con Estados soberanos y Organizaciones Internacionales gubernamentales. Y en lo que aquí particularmente importa, excluye igualmente que dichos entes puedan establecer órganos permanentes de representación ante esos sujetos, dotados de un estatuto internacional, pues ello implica un previo acuerdo con el Estado receptor o la Organización Internacional ante la que ejercen sus funciones.

En el caso de España tal posibilidad no se contiene, ni explícita ni implícitamente, en la Constitución (...) "¹¹.

Cada cual defenderá sus intereses y se marcará sus propios objetivos, pero habrá de ser el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, quien filtre y seleccione cuáles de ellos están en consonancia con los objetivos de la Política Exterior definida por el Gobierno que resolverá, en su caso, cualquier discrepancia de acuerdo con las competencias que constitucionalmente tiene atribuidas.

Sobre ello, también tuvo ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado (Dictamen 394/2013, de 3 de octubre) que, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹², considera que las relaciones internacionales objeto de la reserva estatal son relaciones entre sujetos internacionales, es decir, entre Estados, y regidas por normas de Derecho Internacional aplicables a España.

¹¹ STC 165/1994, de 26 de mayo, Fdto. Jco. Quinto.

¹² SSTC 153/1989, de 5 de octubre, y 80/1993, de 8 de marzo, Fdtos. Jcos. Octavo y Tercero, respectivamente.

3.- LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR COMO ADMINISTRACIÓN ESPECIAL

En un Estado de Derecho existen parcelas subordinadas a los intereses generales que no son sencillas de acotar, pero cuya gestión está atribuida obligatoriamente y en su integridad al Estado: son las Administraciones Especiales.

Las Administraciones Especiales actúan en los campos de la Política Exterior, Defensa, Justicia y Fiscal.

Al estudio de los fines particulares de cada una de estas actividades del Estado se dedica el Derecho Administrativo especial, cuyo contenido está formado por objetivos, elementos normativos, orgánicos y recursos, etc., que presentan peculiaridades o especialidades.

La distinción entre las diversas áreas del Derecho Administrativo no es siempre fácil, pero para situarnos podríamos decir que la organización ministerial se dividió históricamente en cinco grandes secciones que constituyen los fines del Estado: Administración Exterior, Administración Militar, Administración Judicial, Administración Financiera y Administración General, que obedecen a razones políticas no solo en España sino también en otros países.

La Administración General sería el núcleo de la Administración Pública y las demás serían Administraciones periféricas que, en el caso de la Administración Exterior, serviría como conexión entre la Administración General y la rama internacional del Derecho.

A.- CONCEPTO

La política internacional está formada tanto por las relaciones entre Estados y Organismos u Organizaciones Internacionales como por la actividad que un Estado lleva a cabo más allá de sus fronteras, en aras de proteger sus intereses y los de sus ciudadanos.

A estos fines sirve la Administración del Estado en el exterior, diseñada como conjunto de órganos, servicios e instituciones de la Administración del Estado, cuyas funciones consisten en ejecutar la Política Exterior del Gobierno en el extranjero o ante una Organización Internacional con sede en territorio español.

El concepto de Administración Exterior fue acuñado por los administrativistas españoles que, ya en los años 60 del pasado siglo, definieron la Administración Exterior como una de las Administraciones especiales encargada de ejecutar la Política Exterior¹³.

El rasgo distintivo de la Administración Exterior respecto a las demás Administraciones Especiales es que, a diferencia de estas que existirían de igual modo en un supuesto Estado único y universal, la Administración del Estado en el exterior necesita de la existencia de otros Estados, de una comunidad de Estados u organizativa, para encontrar su razón de ser.

Los motivos por los cuales la Administración Exterior se incluye dentro del catálogo de Administraciones Especiales son:

1º) Porque atiende a intereses dominados por un principio de especialidad, en este caso la política internacional.

2º) Debido a que sus fines afectan a la propia soberanía del Estado.

¹³ GUAITA MARTORELL, A. Derecho Administrativo Especial. Tomo I. Librería General, Zaragoza, segunda edición, 1965, pág. 39.

La Administración Exterior del Estado está compuesta por un conjunto de órganos en el exterior, con un régimen jurídico propio derivado del hecho de que llevan a cabo sus funciones fuera del territorio nacional o ante una Organización Internacional aunque esta tenga su sede en territorio español¹⁴.

La Administración del Estado en el exterior fue concebida para la realización de los asuntos exteriores del Estado pero no es una Administración internacional. Es una Administración interna que está vinculada a la Administración General del Estado, y en la que se manifiestan los elementos de internacionalidad de las distintas ramas del ordenamiento jurídico interno.

Es decir, la organización y actividad del Estado en el exterior está regulada por el Derecho interno, pero por una parte de ese Derecho interno cuya especialidad es su matiz internacional.

B.- CARACTERÍSTICAS

1ª) La Administración del Estado en el exterior tiene una fortísima impronta política y una discrecionalidad que se manifiesta tanto en los actos que afectan a las relaciones internacionales como a su actuación en materia de personal:

"(...) el Reglamento regula de modo particular el ascenso a la categoría de Embajadores, que corresponde de forma discrecional al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación (...)".

¹⁴ PAZ AGÜERAS, J. M. *Op. cit.* La Administración General del Estado en el Exterior..., págs. 13 y 14.

"Sin perjuicio de que el Gobierno en el ejercicio de su facultad discrecional pueda designar Embajadores a personas no pertenecientes a la Carrera Diplomática..."¹⁵.

"(...) Los Embajadores Extraordinarios y Plenipotenciarios... serán designados entre funcionarios de la Carrera Diplomática... sin perjuicio de que el Gobierno, en ejercicio de su potestad discrecional, pueda designar Embajadores a personas no pertenecientes a la Carrera Diplomática"¹⁶.

2ª) Otra de las características de la Administración Exterior es su dimensión transnacional. El ámbito de actuación territorial traspasa las fronteras del Estado para desplegar su actividad a través de una red de Representaciones Diplomáticas y Consulares en el extranjero.

3ª) Junto a la Diplomacia como fin propio, la Administración del Estado en el exterior persigue objetivos materiales diversos y heterogéneos: económicos, culturales, jurídicos, estratégicos, etc., lo que trae como consecuencia que la actuación de la Administración Exterior esté sometida no solo a las normas del Derecho Público (Administrativo o Internacional) sino también a las normas del Derecho Privado (Civil, Mercantil, Laboral).

4ª) Otra de sus peculiaridades es que la actuación de la Administración Exterior está sometida a tres ordenamientos jurídicos distintos: el ordenamiento interno (estatal), la legislación del Estado receptor (art. 41.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961) y el ordenamiento jurídico internacional.

5ª) Las limitaciones derivadas de la soberanía del Estado receptor conllevan unas determinadas consecuencias (arts. 9, 11 y 12 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas):

¹⁵ Preámbulo y art. 36 del Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática.

¹⁶ Art. 44.4 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE).

a) Autorización para la creación y modificación de los órganos de la Administración del Estado en el exterior.

b) Restricciones en cuanto a la designación y traslados del personal.

c) Límites a la ejecución de actos y resoluciones.

d) Falta de auxilio entre órganos administrativos.

4.- LA RELACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR Y LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

No se puede establecer una afirmación categórica sobre la relación entre la Administración General del Estado y la Administración del Estado en el exterior, ya que el nivel de autonomía o de subordinación es moldeable y por ello habrá que valorar los elementos y criterios de dependencia o independencia en cada caso.

La Administración Exterior del Estado se encuentra a caballo entre la categoría de las Administraciones instrumentales y aquellas otras con autonomía constitucionalmente garantizada.

Es instrumental porque, aunque posee personalidad jurídica propia, se encuentra subordinada y vinculada a la Administración General del Estado a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Pero tiene autonomía constitucionalmente garantizada porque la CE creó el marco jurídico competencial en materia de Acción Exterior, tal como indica la LASEE.

Veamos a continuación cuáles son los criterios a tener en cuenta para decidir hasta qué punto o qué grado de subordinación existe entre la Administración Exterior y la Administración General del Estado.

a) Corresponde al Gobierno determinar la regulación normativa de la Administración Especial en estudio.

b) La designación de los titulares de los máximos órganos directivos de la Administración del Estado en el exterior, también está encomendada al Gobierno.

c) El Gobierno no tiene capacidad para extinguir la Administración Exterior porque, como ya se dijo, la competencia en materia de Acción Exterior está garantizada por la CE.

d) El Gobierno dirige la política interior y exterior como manifestación del Poder Ejecutivo que se materializa en la relación entre Gobierno y Administración (art. 97 de la CE). El art. 149.1.3ª de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales.

e) Con respecto a las relaciones de control sobre los actos de la Administración Especial, la legislación administrativa atribuye a la Administración General del Estado la potestad para llevar a cabo controles incluso previos a la adopción del acto.

f) Los conflictos de competencia entre la Administración del Estado en el exterior y la Administración General del Estado tienen que ser resueltos unilateralmente por el Gobierno, dado que el art. 20 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece que no pueden interponer recurso contencioso-administrativo las Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas al Estado.

5.- ¿ADMINISTRACIÓN EXTERIOR O SERVICIO EXTERIOR?

El Título III de la LASEE se nos presenta como “De la Administración General del Estado en el exterior: El Servicio Exterior del Estado”.

Dado que la norma utiliza indistintamente ambos conceptos, ¿hemos de deducir que Administración Exterior y Servicio Exterior son expresiones sinónimas? ¿Es el Servicio Exterior del Estado un apéndice de la Administración del Estado en el exterior o viceversa?

El art. 1.2 c) del Título Preliminar de la LASEE establece que a los efectos de esta ley se entiende por Servicio Exterior: los órganos, unidades administrativas, medios humanos y materiales que ejecutan y desarrollan la Política Exterior y la Acción Exterior bajo la dirección y coordinación del Gobierno, sin perjuicio de las competencias de los distintos departamentos ministeriales.

El artículo 41.1 de la LASEE señala que el Servicio Exterior del Estado está formado por los órganos, unidades administrativas, instituciones, medios humanos y materiales de la Administración General del Estado, que ejercen sus funciones en el exterior, bajo la dependencia jerárquica de un Embajadores y orgánica y funcional de los respectivos departamentos ministeriales.

Sin embargo, el concepto de “Servicio Exterior” es de factura anglosajona e incluye no solo a quienes desempeñan en el extranjero las funciones que tienen atribuidas sino también a los cuerpos y escalas de la Administración que ejecutan la Acción Exterior y la Política Exterior en los órganos centrales estatales, tanto en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en el caso de España, como en los departamentos encargados de los Asuntos Exteriores, en otros países, pero también en otros Ministerios¹⁷.

¹⁷ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y RIPOL CARULLA, S. *Op. cit.* “La Administración Exterior española...”, pág. 207.

Esta noción queda perfectamente plasmada en el Informe sobre la Reforma del Servicio Exterior Español, de 20 de junio de 2005:

"En el Servicio Exterior se diferencian dos aspectos funcionales básicos: de una parte, la representación y relación política internacional, y de otra la gestión técnica de los asuntos y programas de actuación fruto de dicha relación. El primer aspecto es competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), y el segundo se atribuye al Ministerio que tenga competencia sobre la materia de que se trate en cada caso, sin perjuicio de los contenidos técnicos que corresponden al propio MAEC".

La omisión en la LASEE de esta referencia al papel de los órganos centrales, dentro de la estructura del Servicio Exterior, ha sido objeto de crítica por algún miembro de la carrera diplomática española, que considera que la definición legal del Servicio Exterior no es correcta y que es consecuencia, entre otras razones, "de la carencia de conocimientos en Derecho Diplomático de los redactores de la ley"¹⁸.

Es evidente que la utilización que han hecho de la noción "Servicio Exterior" tanto la normativa como la doctrina españolas no se ajusta al concepto diseñado por los legisladores anglosajones.

En España, el concepto "Servicio Exterior" se emplea de manera genérica y como sinónimo de "Administración Exterior", pero no son lo mismo.

El Servicio Exterior estaría compuesto por los órganos centrales y periféricos, dependientes tanto del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación como de otros departamentos ministeriales, que definen la Política Exterior ejecutando alguna función vinculada a la Acción Exterior del Estado bajo la dirección última del Gobierno.

¹⁸ YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. "Luces y sombras de la Ley de Acción y de Servicio Exterior", en <http://vozpopuli.com/blogs/>

Con respecto a la expresión “Administración Exterior” tampoco parece existir consenso ni en su definición ni en su uso.

Por una parte, el Libro Blanco de la Administración Exterior del Estado definió la Administración Exterior como el "conjunto de órganos y unidades... cuya función consiste en la ejecución y desarrollo de la Política Exterior definida por el Gobierno ordenada hacia la acción fuera de nuestras fronteras", y recomendó que la Administración Exterior comprendiera tanto los órganos centrales como periféricos.

Por otra, el derogado Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior, que desarrolló las previsiones del Libro Blanco, establecía que la Administración Exterior del Estado está constituida por los órganos, servicios e instituciones que llevan a cabo sus funciones en el extranjero o ante una Organización Internacional con sede en territorio español.

Para clarificar la controversia y en lo sucesivo, se hará la distinción entre Servicio Exterior y Administración Exterior en los términos en que ambas expresiones fueron definidas por quienes las concibieron.

El Servicio Exterior estará formado por:

- Los órganos internos o centrales de las relaciones internacionales que, para lo que a este estudio interesa, incluyen al Ministro y al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y a los órganos superiores y directivos de otros departamentos ministeriales entroncados con la Política Exterior.

- Los órganos, servicios e instituciones de la Administración del Estado que, conforme al art. 36.1 de la LOFAGE, desempeñan sus funciones en el extranjero o ante una Organización Internacional¹⁹.

¹⁹ GUTIÉRREZ VICÉN, C. “La nueva regulación de la Administración General del Estado en el exterior”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. (coord. SOSA WAGNER F.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, págs. 375 y 376.

Estos últimos son propiamente los órganos de la Administración General del Estado en el exterior o la Administración Exterior del Estado.

Por lo tanto, la Administración del Estado en el exterior está formada por los órganos periféricos del Servicio Exterior, que llevan a cabo su actividad y desempeñan sus funciones en el extranjero bajo la dependencia jerárquica de un Embajadores y orgánica y funcional de los respectivos departamentos ministeriales.

Es decir, la Administración Exterior es una parte del Servicio Exterior del Estado.

6.- ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR

A.- ESTRUCTURA

Respecto a la configuración de la Administración del Estado en el exterior y según el principio de autoorganización, cada Estado tiene la potestad de diseñar la estructura a través de la cual concierta sus relaciones internacionales como estime oportuno.

La Acción Exterior se articula a través de dos categorías de órganos:

1.- Órganos centrales:

a) Jefe del Estado o de Gobierno.

b) Cortes Generales.

c) Ministerio y Ministro de Asuntos Exteriores.

2.- Órganos periféricos:

a) Permanentes:

- Misiones Diplomáticas.

- Misiones ante Organizaciones Internacionales.

- Oficinas Consulares.

b) Para mandatos concretos y por tiempo determinado:

- Misiones Especiales.

- Delegaciones ante Organizaciones y Conferencias Internacionales.

El conjunto de todos ellos (centrales y periféricos) constituye el Servicio Exterior, como ya se dijo anteriormente, pero solo los órganos periféricos en el exterior forman la estructura de la Administración del Estado en el exterior.

B.- ORGANIZACIÓN

a) Su regulación en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)

El Capítulo III del Título II de la LOFAGE está dedicado a la Administración General del Estado en el exterior, concretamente el artículo 36 a su organización y el artículo 37 a los Embajadores y Representantes Permanentes ante Organizaciones Internacionales (régimen de nombramiento y funciones).

En España, la Administración General del Estado en el exterior, conforme al art. 36 de la LOFAGE, estará integrada por:

1.- Las Misiones Diplomáticas Permanentes o Especiales.

Son representaciones permanentes del Estado ante otro Estado con el que tienen establecidas relaciones diplomáticas. En el caso de las Misiones Especiales, la representación es temporal y para un fin concreto. La creación, modificación, suspensión y funciones de las Misiones Diplomáticas se realizan por iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a través de Real Decreto.

2.- Las Representaciones o Misiones Permanentes.

Son también representaciones permanentes del Estado pero ante una Organización Internacional.

3.- Las Delegaciones.

Representan al Estado ante un órgano de una Organización Internacional o en una Conferencia Internacional convocada por una Organización Internacional.

4.- Las Oficinas Consulares.

Son los órganos encargados de llevar a cabo las funciones consulares establecidas en el art. 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 y en los acuerdos internacionales suscritos por España.

5.- Las Instituciones y Organismos públicos de la Administración General del Estado cuya actuación se desarrolle en el exterior.

No tienen carácter representativo y son establecidos con autorización del Consejo de Ministros, previo informe favorable del Ministerio de Asuntos

Exteriores y de Cooperación, para desempeñar las actividades que tengan encomendadas en el exterior.

b) Su regulación en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE)

El Título III de la LASEE dedica el Capítulo I a la organización del Servicio Exterior, aunque en realidad lo que describe es la estructura de la Administración Exterior del Estado o Administración General del Estado en el exterior (arts. 42 al 48), porque menciona únicamente a los órganos periféricos del Servicio Exterior que llevan a cabo sus funciones más allá de nuestras fronteras:

1.- Las Misiones Diplomáticas Permanentes.

Representan con carácter permanente a España ante uno o varios Estados con quienes tienen establecidas relaciones diplomáticas.

2.- Las Representaciones Permanentes ante la Unión Europea y otras Organizaciones Internacionales.

También representan a España de manera permanente pero ante la Unión Europea o una Organización Internacional. Cuando España no fuera parte de la Organización ante la que se acrediten tendrán carácter de Representaciones de Observación.

3.- Las Misiones Diplomáticas Especiales.

Representan temporalmente a España ante uno o varios Estados con su consentimiento, para un cometido concreto o especial cuando no hubiera Misión Diplomática Permanente.

4.- Las Delegaciones.

Representan al Reino de España ante un órgano de una Organización Internacional, una Conferencia de Estados o en un acto concreto organizado por un tercer Estado. Estarán presididas por el Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

5.- Las Oficinas Consulares.

Son los órganos de la Administración General del Estado que se encargan de las funciones consulares, de asistir y proteger a los ciudadanos españoles en el exterior.

Son de dos tipos:

1) De carrera.

2) Honorarias.

Bajo la dependencia de una Oficina Consular de carrera podrán crearse agencias consulares en localidades distintas de aquella en la que se localiza la oficina de la que dependen, con el fin de descentralizar su gestión.

Sus funciones de fijarán de común acuerdo entre España y las autoridades competentes del Estado receptor, con los límites establecidos por la normativa internacional.

CAPÍTULO II. EL CENTRO DE TRABAJO: LA MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo vamos a tratar la Misión Diplomática como centro de trabajo.

El tema es complicado porque las definiciones de lo que se entiende como centro de trabajo son múltiples y nos encontramos, además, con otros conceptos que se emplean como sinónimos del mismo²⁰.

Nos detendremos en el análisis de la Misión Diplomática Permanente como centro de trabajo donde se lleva a cabo la prestación de servicios, por sus peculiaridades, sus características y por la importancia que tiene como lugar simbólico y representativo, pero además porque, en el área del Derecho del Trabajo, la consideración de la Misión Diplomática Permanente como un tipo de centro de trabajo, en la jurisprudencia comunitaria, es relativamente reciente.

El art. 2 de la Directiva 89/654/CEE delimita el lugar de trabajo como “los lugares destinados a albergar puestos de trabajo, situados en los edificios de la empresa y/o del establecimiento, incluido cualquier otro lugar dentro del área de la empresa y/o del establecimiento al que el trabajador tenga acceso en el marco de su trabajo”.

²⁰ STJCE de 7 de diciembre de 1995, Asunto C-449/93, Rockfon A/S c Specialarbejderforbundet i Danmark: "(25) A este respecto debe señalarse que el concepto de "centro de trabajo" a efectos de la Directiva, constituye un concepto de Derecho comunitario y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros. (26) Las distintas versiones lingüísticas de la Directiva emplean una terminología ligeramente distinta para designar el citado concepto... (27) Pues bien, de la comparación de los términos utilizados se desprende que tienen una connotación distinta: a saber, según los casos, establecimiento, empresa, centro de trabajo, unidad local o lugar de trabajo", Fdts. Jcos. 25, 26 y 27.

Sin embargo, para que exista un lugar de trabajo ha de existir un centro de trabajo, ya que la interpretación literal de la norma supone que el lugar de trabajo se halla comprendido o vinculado al centro de trabajo²¹.

El concepto de “lugar de trabajo” ha tratado de desplazar al de “centro de trabajo”, motivado por la traducción del término contenido en la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

El art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) define el centro de trabajo como "la unidad productiva con organización específica y dada de alta como tal ante la autoridad laboral".

Para el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, el centro de trabajo es "cualquier área, edificada o no, en la que deban permanecer o a la que deban acceder los trabajadores con motivo de su trabajo".

Pero es más, centro de trabajo puede serlo incluso un lugar en el que se lleve a cabo una actividad propia de la empresa, aunque fuera un área despoblada o en el campo²²:

"Respecto del segundo de los mencionados extremos ha de concluirse que la instalación en donde se produjo el accidente laboral puede equipararse a lo que es un centro de trabajo. A tal conclusión no obsta el que la instalación esté en el campo o al aire libre (...)"

²¹ LÓPEZ PARADA, R. A. “Las nuevas condiciones de trabajo y el lugar de prestación de servicios” en “Derecho Social y nuevas tecnologías”, en Cuadernos de Derecho Judicial, 15, Consejo General del Poder Judicial, 2004, CD 0401503, págs. 75-128.

²² STS 3001/2005, de 11 de mayo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Sexto.

Ha sido precisamente en materia de prevención de riesgos laborales donde se ha producido la ruptura con la definición clásica de centro de trabajo recogida en el art. 1.5 del ET.

En el ámbito de la representación de los trabajadores, el art. 5.1 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, define el centro de trabajo como "la unidad productiva con organización específica, dada de alta como tal ante la autoridad laboral", concepto reproducido literalmente del ET.

El centro de trabajo es la unidad electoral de referencia en el marco de la representación sindical.

Fue el Tribunal Central de Trabajo quien en los años 80 proporcionó la regla interpretativa, que desde entonces han seguido los Juzgados y Tribunales, para establecer la esencia y el contenido jurídico de lo que se entiende por centro de trabajo, indicando que "tal concepto ha de ser necesariamente abierto e incluir una variedad notable de posibles configuraciones"²³, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes (empresario, sindicato, trabajador) a qué se hace referencia al hablar de centro de trabajo.

El art. 1.5 del ET opta por la uniformidad terminológica y recoge un concepto de centro de trabajo estrictamente laboral, con arraigo en su utilización y en el que se comprenden cualesquiera situaciones o realidades sin necesidad de acudir a otros términos²⁴, pero ya hemos visto que el concepto de centro de trabajo es variado.

²³ SSTCT, de 27 de febrero de 1987 y de 9 de marzo de 1987, Fdtos. Jcos. Segundo y Séptimo, respectivamente.

²⁴ MIÑAMBRES PUIG, C. "El centro de trabajo. (En torno al artículo 1.5)", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, fascículo 1, Ejemplar dedicado al Estatuto de los Trabajadores, 20 años después. Civitas, Pamplona, 2000, pág. 135.

Sin embargo, hay algún autor²⁵ que sostiene que el ET utiliza diversos "referentes locativos" en relación a la regulación del lugar donde ha de cumplirse la prestación laboral:

- El puesto de trabajo como referencia al espacio físico en el que se trabaja.
- El centro de trabajo para la unidad productiva.
- El lugar de trabajo que se equipara a conveniencia o bien al puesto de trabajo o bien al centro de trabajo.

La jurisprudencia comunitaria señala que "(...) puede constituir concretamente un "centro de trabajo" en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas.

(...) la entidad en cuestión no debería necesariamente estar dotada de autonomía jurídica alguna ni de autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de "centro de trabajo".

Tampoco es preciso que exista una separación geográfica entre ella y otras unidades e instalaciones de la empresa"²⁶.

²⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F. "El centro de trabajo", en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 27, Iustel, Madrid, 2011, pág. 176.

²⁶ STJCE de 7 de febrero de 2007, Asunto C-270/05, Athinaiki Chartopoíia AE c L. Panagioditis y otros, apartados 27, 28 y 29.

1.- LOS ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL DE CENTRO DE TRABAJO

Ya se ha mencionado en la introducción a este tema que la referencia al espacio donde ha de cumplirse la prestación laboral se designa con diversos términos.

Aquí trataremos únicamente el concepto legal de centro de trabajo tal y como se define en el art. 1.5 del ET, es decir, como una unidad productiva con organización específica y dada de alta como tal ante la autoridad laboral.

Los elementos que sustentan el concepto de centro de trabajo, utilizados tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, son tres:

- a) La unidad productiva.
- b) La organización específica.
- c) El alta ante la autoridad laboral.

A.- LA UNIDAD PRODUCTIVA

Se habla de unidad productiva, en los términos del ET, para hacer referencia al soporte práctico de la actividad empresarial, a la realidad primaria y más simple.

La unidad productiva debe concebirse con un criterio racional y extenso, como una unidad técnica de producción integrada en el conjunto empresarial, es decir, en la unidad organizativa y económica de producción donde se coordina la total actividad de los centros de trabajo que componen la empresa.

El centro de trabajo como unidad productiva es individualizable dentro de la estructura empresarial, con una actividad autónoma, localizable geográficamente y localizado dentro de un ámbito de organización y dirección²⁷.

La jurisprudencia ha definido la unidad productiva autónoma como “la unidad de explotación claramente diferenciada que constituya una unidad socioeconómica de producción”²⁸, lo que supone que “la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente”²⁹.

La referencia a la autonomía de la actividad es el resultado directo del objetivo perseguido por la unidad productiva.

En cuanto a su localización geográfica y a pesar del término, la pertenencia del trabajador a un determinado centro de trabajo no depende, al menos no exclusivamente, del espacio físico donde tenga su puesto de trabajo sino del ámbito de organización y dirección al que se encuentra sometido (si bien en materia de prevención de riesgos laborales es importante concretar la exacta localización, la ubicación clara y precisa y la superficie construida, es decir, el centro de trabajo como unas instalaciones físicas en un lugar concreto y determinado)³⁰.

Dentro de la Misión Diplomática podría decirse que estas funciones corresponden a la cancillería, definida como "la unidad central o eje de la Misión desde donde se realiza la actividad general y se coordina todo el trabajo de la misma"³¹.

²⁷ MIÑAMBRES PUIG, C. *Op. cit.*, "El centro de trabajo...", págs. 139-144.

²⁸ STS 12881/1988, de 26 de enero, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Sexto.

²⁹ STS 9274/1993, de 30 de diciembre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Segundo.

³⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "El centro de trabajo", en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación* (coord. BLASCO PELLICER, A.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, pág. 46.

³¹ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.* Curso de Derecho Diplomático..., págs.179 y 180.

B.- LA ORGANIZACIÓN ESPECÍFICA

El centro de trabajo es asimismo una organización específica lo que implica que, dentro del conjunto empresarial, posee una autonomía organizativa, sin que ello sea óbice para el ejercicio del poder de dirección y planificación de la empresa para regir su funcionamiento.

Según MIÑAMBRES PUIG, la organización específica predomina sobre cualquier otro elemento de la definición.

Es el fundamento que distingue al centro de trabajo de una mera unidad productiva que, como vimos anteriormente, tiene autonomía técnica pero no organización específica³².

Para conseguir el fin perseguido habrá que tener en cuenta la autonomía de la dirección técnica en la ordenación del elemento humano (poder de dirección) y la constitución de ese elemento humano como un colectivo organizado de trabajadores (la plantilla de personal) sometido a las órdenes y directrices de quien ostente el poder de dirección.

Dentro de la Misión Diplomática Permanente o Representación Permanente, ese poder de dirección está en manos del Embajadores o Representante Permanente, que actúan como máxima autoridad representando a España en el Estado receptor, bajo la dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, según lo establecido en el art. 37 de la LOFAGE y en el art. 44 de la LASEE.

Para determinar si la unidad productiva con una organización específica es o no un centro de trabajo, conforme a lo dispuesto en el ET, habrá que tomar en consideración tres elementos:

³² LOUSADA AROCHENA, J. F. *Op. cit.* "El centro de trabajo...", pág. 177.

1º.- El elemento territorial, es decir, si la ubicación de la unidad en una u otra localidad exige, en los supuestos de traslado, un cambio de residencia del trabajador.

2º.- El elemento funcional, o sea, si la unidad productiva lleva a cabo la realización de una actividad completa.

3º.- La autonomía organizativa entendida como la potestad y legitimidad para ejercer un poder de dirección, aunque estuviera supeditado a una organización superior y global³³.

En el caso de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes esa organización superior y global sería el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de quien depende el Embajadores que es quien ejercita el poder de dirección.

C.- EL ALTA ANTE LA AUTORIDAD LABORAL

En cuanto al alta ante la autoridad laboral no es un elemento material sino formal, cuya ausencia no impide la existencia del centro de trabajo como tal, sin perjuicio de las oportunas sanciones administrativas.

Se trata de un acto voluntario que no es esencial ni constitutivo, sino declarativo, de la existencia de un centro de trabajo y cuyo resultado es la inscripción registral.

Sin embargo, cuando exista alta administrativa se produce una presunción *iuris tantum* de la realidad declarada por la Administración³⁴.

³³ SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. “El concepto de centro de trabajo. (Problemas interpretativos del artículo 1º.5 ETT)”, en Actualidad Laboral. Revista Semanal Técnico-Jurídica del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 33, Editora General de Derecho, S.A., Madrid, 1985, pág. 1650 y ss.

³⁴ Laudo Arbitral B-54/05, E-108/05, P-108/05, de 24 de abril de 2005, Barcelona. Fdto. Jco. Segundo.

Una vez que se ha explicado qué es el centro de trabajo y cuáles son los elementos que integran el concepto, vamos a concretar qué es lo que hace de la Misión Diplomática un centro de trabajo diferente a cualquier otro, cómo se establece, cuáles son los requisitos y presupuestos para su establecimiento, su estructura organizativa, categorías y funciones.

2.- LA MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE COMO CENTRO DE TRABAJO

A.- CONCEPTO

La institución diplomática más genuina es la Misión Diplomática. Situada en la cúspide de las relaciones internacionales, "se dan en ella una compleja síntesis de valores jurídicos de relevancia internacional: valores instrumentales, procedimentales, funcionales y emblemáticos que la definen e identifican. Su propia existencia imprime un alto contenido político a las relaciones entre los Estados"³⁵.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (BOE núm. 21 de 24 de enero de 1968), supuso el mayor impulso codificador de una materia como las relaciones diplomáticas entre Estados que desde antiguo venía regulada por la costumbre internacional.

Resulta curioso y sorprendente, sin embargo, que el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no aporte una definición de lo que es una Misión Diplomática, y que sea por analogía con el Convenio de 1975 sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter universal, como tengamos que definirla.

³⁵ MARESCA, A. Teoria e tecnica del Diritto Diplomatico. Dott. A. Guiffirè Editore, Milán, 1986, pág. 221.

La Misión Diplomática Permanente es aquella que es enviada con carácter representativo por un Estado (acreditante) a otro Estado (receptor).

La actividad diplomática gira en torno a la Misión Diplomática Permanente en sentido objetivo, es decir, "como un conjunto o una estructura de órganos burocráticos jerarquizados, previstos en el ordenamiento jurídico de cada Estado para llevar a cabo su actividad diplomática y que son parte integrante de la Administración del Estado en el exterior"³⁶.

El envío de una Misión Diplomática por un Estado acreditante y su establecimiento en el Estado receptor presupone la existencia de un acuerdo entre ambos Estados fruto de una negociación previa.

Cuando una Misión Diplomática representa al Estado ante varios Estados extranjeros, la persona que ejerce tal representación tiene una acreditación múltiple que implica la conformidad del Estado o Estados receptores.

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de Misión Diplomática apareció por primera vez en el derogado Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior, que definía la Misión Diplomática como "la institución representativa del Estado español ante otro u otros Estados".

En la LOFAGE las Misiones Diplomáticas aparecen reguladas en el art. 37.2 como los órganos de la Administración General del Estado que representan activamente a España en el exterior.

En la LASEE se enuncia también lo que es una Misión Diplomática a través de lo que son sus funciones.

³⁶ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.*, Curso de Derecho Diplomático..., pág. 174.

El art. 42.1 de la LASEE señala que las Misiones Diplomáticas Permanentes representan con este carácter a España ante uno o varios Estados con quienes tiene establecidas relaciones diplomáticas.

Asimismo, ejecutan y desarrollan la Política Exterior y la Acción Exterior del Estado. Son el instrumento de la Acción Exterior de todos los órganos, organismos y entidades públicas con proyección exterior (art. 43).

B.- REQUISITOS Y PRESUPUESTOS PARA ESTABLECER UNA MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE

El artículo 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas señala que el establecimiento de relaciones diplomáticas y el envío de Misiones Diplomáticas Permanentes entre Estados se llevan a cabo por consentimiento mutuo.

Para ello los Estados u Organismos han de reunir una serie de condiciones jurídicas indispensables que tengan por objeto el establecimiento de tales relaciones:

1ª) Es necesario que los entes que intervienen en la relación diplomática tengan personalidad jurídica internacional, es decir, que sean titulares de derechos y obligaciones regulados por el Derecho Internacional.

2ª) La actividad diplomática ha de llevarse a cabo entre sujetos de Derecho Internacional, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico internacional son:

- a) Los Estados independientes y soberanos.
- b) Los Estados protegidos, federados, vasallos o entes territoriales.
- c) Las Organizaciones Internacionales.

d) La Santa Sede.

e) Los beligerantes que hubieran asumido derechos y obligaciones internacionales y logrado controlar de manera efectiva una parte del territorio de un Estado.

f) Los Movimientos de Liberación Nacional.

g) La Orden de Malta.

3ª) Se precisa que los sujetos de Derecho Internacional intervinientes en la relación posean la capacidad de enviar y recibir Representaciones Diplomáticas y Consulares, o sea, que sean titulares del *ius legationis*.

4ª) Para el establecimiento de relaciones diplomáticas, los Estados deben reconocerse mutuamente, tanto al Estado en sí como al Gobierno.

5ª) Los Estados se obligan entre sí por mutuo acuerdo y para ello han de ser titulares del *ius contrahendi*, es decir, tienen que estar legitimados para asumir derechos y obligaciones.

Respecto a su representatividad, los órganos y personas intervinientes en la Acción Diplomática deben de actuar representando a cualesquiera de los sujetos de Derecho Internacional mencionados anteriormente, en nombre de la generalidad de aquel a quien representan y ejercitando el *iure imperii*, es decir, llevando a cabo actos ligados a su propia soberanía cuyo ejercicio se materializa en la esfera del Derecho Público.

C.- EL ESTABLECIMIENTO DE LA MISIÓN DIPLOMÁTICA COMO CENTRO DE TRABAJO

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el establecimiento de las Misiones Diplomáticas se lleva a cabo por consentimiento mutuo.

Con carácter previo a la implantación de cualquier oficina dependiente de la Misión Diplomática, el Estado acreditante deberá obtener el permiso previo y expreso del Estado receptor (art. 12 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas). Ello lleva implícito un acuerdo inter partes al que se ha llegado tras una serie de negociaciones diplomáticas previas.

Cada Estado establece los órganos institucionales que considera oportunos para llevar a cabo su actividad diplomática, estructurados jerárquicamente y formando parte de los ministerios encargados de las relaciones exteriores como elementos de la Administración del Estado en el exterior, órganos permanentes e independientes de las personas que desempeñan en ellos sus funciones.

Es el ordenamiento jurídico del Estado acreditante el que regula el establecimiento de la Misión Diplomática en el Estado receptor a través de su normativa interna, de las disposiciones de Derecho Internacional, de la costumbre y de las normas convencionales entre los Estados.

La constitución de la Misión Diplomática se materializa, normalmente, por un Encargado de Negocios *ad interim* enviado por el Estado acreditante, que es quien establece contactos con las autoridades locales, procura el local de la Misión y efectúa los trámites legales pertinentes.

El Encargado de Negocios *ad interim* ha de ser un miembro del personal diplomático de la Misión. Puede encargarse también de ejercer las funciones cuando esté vacante la jefatura de la Misión Diplomática o el Jefe de la misma no pueda

ejerger o no haya comenzado a desempeñar sus funciones, haya cesado o esté ausente del Estado receptor.

De acuerdo con el art. 19 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, también se podrá acudir a la figura del Encargado de Negocios *ad interim* cuando el Jefe de la Misión Diplomática no tenga su residencia permanente en el Estado receptor, por estar acreditado en más de un Estado con acreditación múltiple.

La Misión Diplomática se instaura en la capital del Estado receptor o donde tuviera su sede el Gobierno, y se establece siempre como una Misión Diplomática de primer rango en virtud del principio de igualdad soberana entre los Estados.

El Estado acreditante puede optar por establecer la Misión Diplomática en un inmueble en régimen de propiedad o de arrendamiento, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico del Estado receptor puede limitar o impedir el acceso de los extranjeros a la propiedad inmobiliaria.

En la legislación española, tanto el alquiler de los locales de la Misión Diplomática como los destinados a viviendas de su personal están sometidos a las directrices de la Orden Circular de la Dirección General del Servicio Exterior núm. 5/1999, de 3 de junio, sobre alquileres de inmuebles en el exterior y aspectos conexos.

El esquema de contratación arrendaticia sigue los siguientes pasos básicos:

1º.- Remisión a la Dirección General del Servicio Exterior de una propuesta de arrendamiento por parte del titular de la Representación y de las ofertas existentes junto con un proyecto de contrato.

2º.- Determinación por la Dirección General del Servicio Exterior sobre si procede la contratación propuesta.

3°.- Una vez fiscalizado el gasto por la Intervención Delegada, la Dirección General del Servicio Exterior lo aprobará y autorizará la contratación.

4°.- Recibida la autorización anterior, el Embajadores de España en el país receptor o la persona en quien delegue o a quien competa, procederá en representación del Estado español a la firma del contrato correspondiente, que tendrá que coincidir en todos sus términos con el remitido a la Dirección General del Servicio Exterior.

Mientras el contrato de arrendamiento se encuentre vigente tan solo habrá que informar de aquellas variaciones que experimente el precio, así como solicitar el crédito oportuno. Cuando se produzcan circunstancias que aconsejen la rescisión anticipada del arrendamiento, el Jefe de la Misión Diplomática deberá poner en conocimiento de la Dirección General del Servicio Exterior dichas circunstancias.

El proyecto de contrato de arrendamiento habrá de incluir obligatoriamente los siguientes aspectos:

1°) Partes contratantes.

Por la parte española será el Estado español o Reino de España, en cuya representación actuará el Embajadores, persona en quien delegue o la persona competente en ese momento. El Embajadores suscribirá el contrato siempre en representación del Estado español.

2°) Fecha de efectos.

No podrá ser anterior a la fecha en que se produzca la firma del contrato y habrá de ser posterior a la autorización para firmarlo.

3°) Destino del inmueble.

Se deberá indicar si estará destinado a la cancillería, residencia o vivienda del personal de la Representación.

4º) Duración del contrato.

Deberá figurar por un tiempo determinado, la posibilidad de prórroga y los términos de la misma.

5º) Importe de la renta, forma, lugar, plazos y la moneda en que debe efectuarse el pago.

6º) Revisiones de la renta.

Habrán de incluirse de forma explícita los términos y las modificaciones del importe del arrendamiento, en su caso.

El proyecto de contrato incluirá preceptivamente la “cláusula diplomática de rescisión”, que garantiza la posibilidad de rescindir el contrato antes de su finalización, sin penalización para el arrendatario ni para el usuario de la vivienda cuando se produjera el cierre de la Misión Diplomática o el traslado del usuario a un nuevo destino. Asimismo habrá de procurarse que la “cláusula diplomática de rescisión” incluya un plazo de preaviso lo más reducido posible.

La creación, modificación y supresión de las Misiones Diplomáticas se realizará, conforme a la redacción del artículo 42.5 de la LASEE, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas previo informe del Consejo Ejecutivo de Política Exterior.

D.- LA MISIÓN DIPLOMÁTICA COMO ORGANIZACIÓN ESPECÍFICA

Dentro del respeto al ordenamiento jurídico, los Estados gozan de libertad absoluta para organizar la Misión Diplomática como consideren pertinente, y aunque no pueda decirse que existe un tipo de modelo organizativo, sí que es posible identificar áreas de actuación comunes en las relaciones interestatales.

La Misión Diplomática Permanente es un entramado de órganos de estructura compleja formado por:

- La jefatura de la Misión y sus servicios auxiliares (cancillería administrativa).

- La cancillería diplomática y sus servicios auxiliares.

- Las consejerías y agregadurías sectoriales y sus servicios administrativos.

La LASEE diseña la estructura de la Misión Diplomática española del siguiente modo (art. 45):

- a) La jefatura de la Misión Diplomática o Representación Permanente.

- b) La cancillería diplomática.

- c) Las consejerías, agregadurías, oficinas sectoriales, oficinas económicas y comerciales, oficinas técnicas de cooperación, centros culturales, centros de formación de la cooperación española y el Instituto Cervantes.

- d) La sección de servicios comunes.

La jefatura de la Misión Diplomática será ejercida por un Embajadores que ostenta la máxima autoridad y representación de España ante el Estado receptor.

También podrá ser ejercida por un encargado de negocios con cartas de gabinete firmadas por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

En el caso de las Representaciones Permanentes ese cometido le corresponde a un Embajadores Representante Permanente. Tanto el Embajadores Extraordinario como el Embajadores Representante Permanente son acreditados por el Rey mediante cartas credenciales (art. 44.1).

La cancillería es el eje organizativo desde el que se coordina toda la actividad de la Misión Diplomática al frente de la cual se sitúa el Agente Diplomático de mayor categoría por detrás del Jefe de la Misión.

Según lo establecido en el art. 45.2 de la LASEE, la jefatura de la cancillería diplomática está en manos del Segundo Jefe de la Misión Diplomática bajo la dirección del Embajadores o Representante Permanente, en el caso de las Representaciones Permanentes.

La plantilla de la cancillería está formada, además, por consejeros, secretarios, responsables de actividades específicas (personal diplomático) y por personal técnico y administrativo bajo la autoridad del funcionario de más alto rango dentro de la Misión Diplomática que, en el caso español, es el funcionario de la carrera diplomática que ostenta la segunda jefatura de la Misión Diplomática.

Las consejerías, agregadurías, oficinas sectoriales, oficinas económicas y comerciales, oficinas técnicas de cooperación, centros culturales, centros de formación de la Cooperación Española y el Instituto Cervantes son órganos técnicos especializados de la Misión Diplomática o Representación Permanente, dependientes jerárquicamente del Embajadores (al que prestan asesoramiento y apoyo técnico), y orgánica y funcionalmente de sus respectivos departamentos ministeriales a quienes corresponde su organización y dotación presupuestaria.

La sección de servicios comunes, cuyo establecimiento es potestativo y constituye una novedad en la LASEE [art. 45 d)], es la unidad administrativa que se

encarga de gestionar los servicios y recursos compartidos por la jefatura de la Misión Diplomática o Representación Permanente, la cancillería diplomática y por las consejerías, agregadurías, oficinas sectoriales, oficinas económicas y comerciales, oficinas técnicas de cooperación, centros culturales, centros de formación de la cooperación española y el Instituto Cervantes.

Al frente de la sección de servicios comunes se encuentra, dependiendo de la importancia y tamaño de la Misión, o bien un canciller, que es un funcionario de carrera acreditado como agregado administrativo ante el Estado receptor, o bien un consejero que sea funcionario del subgrupo A1.

E.- CATEGORÍAS

La categoría de una Misión Diplomática Permanente se establece a partir del rango del Jefe de la Misión que la encabeza, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Según VILARIÑO PINTOS se distinguen tres categorías de Misiones Diplomáticas Permanentes:

1) A la primera categoría pertenecen:

a) La Embajada.

Es el prototipo de la Misión Diplomática Permanente aunque no hay que confundir ambos conceptos. La Embajada es un tipo de Misión Diplomática Permanente.

b) La Nunciatura.

Es la Representación Diplomática Permanente de la Santa Sede.

c) Los Altos Comisionados.

Llevan a cabo misiones en el ámbito de la Commonwealth o entre Estados como manifestación de relaciones particulares entre ellos.

d) Las Altas Representaciones.

Tienen lugar entre Francia y los miembros de la Comunidad Francesa.

2) Una segunda categoría son las Legaciones.

Se trataba de Misiones Diplomáticas Permanentes de rango inferior a la Embajada al frente de las cuales se situaba un Ministro Plenipotenciario y que en la actualidad no están operativas ya que, tras el proceso de descolonización, los Estados envían y reciben únicamente Misiones Diplomáticas de primera categoría en virtud del principio de igualdad soberana al que ya se ha hecho referencia.

3) La tercera categoría está formada también por Legaciones pero con un Encargado de Negocios como jefe de las mismas.

Se trata de Misiones que descienden a este nivel cuando entre el Estado acreditante y el Estado receptor existe una situación de crisis. En el momento en el que la crisis se considera resuelta se vuelve a restablecer la Misión en su primera categoría.

En cada categoría, y por razones de Derecho interno o de particulares relaciones, los Estados pueden establecer sus representaciones diplomáticas con la denominación que estimen oportuno, siempre que ello sea aceptado por el Estado receptor.

Con respecto a las Representaciones Permanentes ante Organizaciones Internacionales, que también son Misiones Permanentes, pueden ser de dos tipos:

- 1) Las que tienen como jefe a un Embajadores.
- 2) Aquellas otras cuyo jefe no detenta tal categoría.

F.- FUNCIONES

Históricamente existía una ausencia de preceptos en los que se indicaran cuáles eran las funciones diplomáticas porque se entendía que estas eran claras y que no había dudas sobre su contenido.

Como consecuencia de ello, el proceso de codificación en las Naciones Unidas se llevó a cabo con facilidad y prácticamente sin controversias.

En este marco, tal y como explica VILARIÑO PINTOS, fueron tres los convenios en los que se enumeraron las funciones que regulaban la actividad diplomática: la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales de 1969 y la Convención de Viena sobre la representación en las Organizaciones Internacionales de carácter universal de 1975, de los cuales el único que continúa vigente es la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

El art. 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas señala que "las funciones de la Misión Diplomática consisten en representar, proteger y negociar los intereses del Estado acreditante ante el Estado receptor, tomar conocimiento de las condiciones y evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar al Estado acreditante, fomentar y desarrollar las relaciones amistosas, económicas, culturales y científicas entre ambos Estados, así como funciones consulares, en su caso".

Esta regulación se reproduce casi literalmente en la LASEE.

Junto a las funciones que se indican en las distintas convenciones de modo concreto y detallado se sobreentienden otras, no citadas expresamente, y que algún autor³⁷ clasifica como “funciones normales” y “funciones excepcionales”.

Las “funciones normales” comprenden todas las actividades especificadas y catalogadas en la normativa internacional en las que se dan tres características comunes:

1ª.- La obligatoriedad de reconocer su ejercicio al Estado acreditante por el hecho de aceptar mantener relaciones diplomáticas con este.

2ª.- La aceptación recíproca de su grado de intensidad.

3ª.- La prohibición de negar su reconocimiento incluso ante situaciones de abuso en su ejercicio.

Las “funciones excepcionales” serían las que, sin estar mencionadas textualmente, son consentidas y aceptadas por los Estados que participan de una relación diplomática, por haber logrado un acuerdo en tal sentido.

No son consustanciales a los fines de la Misión Diplomática, la intensidad en su ejercicio está a merced de la buena voluntad entre los Estados y el abuso en su ejercicio puede conllevar su proscripción.

El art. 42.4 de la LASEE señala que corresponde a las Misiones Diplomáticas Permanentes:

- Representar a España ante el Estado receptor.

- Proteger en el Estado receptor los intereses de España y de sus nacionales. En los Estados donde no existieran Oficinas Consulares, la Misión Diplomática ejercerá también funciones consulares.

³⁷ MARTÍNEZ MORCILLO, A. La Función Diplomática, Ibersaf Editores, Madrid, 2005, pág. 118.

- Negociar con el gobierno del Estado receptor.

- Informarse de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar al Gobierno español.

- Fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones con el Estado receptor en todos los ámbitos de la Acción exterior.

- Cooperar con las instancias de representación exterior de la Unión Europea en la identificación, defensa y promoción de los intereses y objetivos de su Acción Exterior.

3.- EL PROTOTIPO DE MISIÓN DIPLOMÁTICA PERMANENTE: LA EMBAJADA

La Embajada es la Misión Diplomática por excelencia, "la más importante y de rango más elevado cuyo titular es el Embajadores, que es Jefe de la Misión y que forma parte de la primera categoría en la clasificación de los diplomáticos"³⁸.

La Embajada es la manifestación habitual por la que los Estados se intercambian misiones cuando han acordado establecer relaciones diplomáticas entre ellos.

Del mismo modo que resulta sorprendente que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no defina qué se entiende por Misión Diplomática, no resulta menos extraño que la esperada y reciente LASEE no mencione ni en el preámbulo ni en todo su articulado lo que es la Embajada, es decir la Misión

³⁸ CAHIER, Ph. Derecho Diplomático Contemporáneo. Ediciones Rialp, S.A., versión española realizada y traducida por Marcelino Oreja y Julio González Campos para todos los países de habla castellana, Madrid, 1965, pág. 98.

Diplomática por antonomasia, si bien es verdad que tampoco lo hacen la LOFAGE, que continúa vigente, ni el Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior, derogado por la LASEE.

La enciclopedia jurídica define la Embajada como "el máximo rango de la Misión Diplomática, cuyo jefe recibe el nombre de Embajadores".

A.- DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para el Derecho Administrativo, la Embajada es una organización jerarquizada de ámbito territorial, "una Administración periférica con unas circunscripciones territoriales de mayor extensión y a cuyo frente se sitúa un Embajadores cuya representatividad tiene carácter vinculante para el Estado en su totalidad"³⁹.

Dentro de la organización exterior, los órganos directivos son:

- Los Embajadores.
- Los Representantes Permanentes ante una Organización Internacional.
- El Representante Permanente Adjunto ante la Unión Europea.

El Embajadores, de acuerdo con lo establecido en el art. 97 de la CE, ostenta la representación del Jefe del Estado y del Gobierno y la de los restantes poderes públicos.

La LOFAGE, en su art. 6.4, define la figura del Embajadores como "un órgano directivo de la Administración General del Estado en el exterior, cuyas tareas

³⁹ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X. *Op. cit.*, La Función Consular..., pág. 31.

consisten en colaborar en la formulación y dirigir la ejecución de la política exterior definida por el Gobierno", labores asignadas a los diplomáticos según lo establecido por el art. 3.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Del Jefe de la Misión Diplomática dependen orgánicamente las entidades de Derecho Público vinculadas a la Administración General del Estado que llevan a cabo su actividad en el exterior:

- Las oficinas españolas de turismo.

- El Instituto Cervantes.

- La red para la cooperación internacional.

- Las oficinas de los sectores exteriores de los departamentos ministeriales.

- Los órganos de la Administración General del Estado con proyección fuera de las fronteras nacionales.

- El aparato administrativo que permite a los órganos constitucionales (la Corona, el Tribunal Constitucional, las Cortes Generales y el Consejo General del Poder Judicial) desempeñar la Acción Exterior.

La LASEE define a los Embajadores como "los órganos directivos que coordinan y dirigen a todos los órganos de la Administración General del Estado que actúan en el exterior".

La diferencia entre las funciones de la organización territorial encuadrada en las fronteras del Estado y de la organización exterior de la Administración General del Estado, radica en que la organización exterior colabora en la formulación y ejecución de la Política Exterior del Estado definida por el Gobierno, siguiendo las instrucciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de quien dependen funcionalmente, o del Secretario de Estado del departamento, en su caso.

B.- DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y PROCESAL

Desde la perspectiva del Derecho Internacional y Procesal, la noción de Embajada se construyó sobre una base jurisprudencial para determinar cuestiones procesales sobre la competencia y la inmunidad de jurisdicción.

Los internacionalistas definen la Embajada como "un órgano de representación del Estado carente de personalidad jurídica en los términos del art. 6.2 de la LEC".

La Embajada es, en este contexto, una entidad que está formada por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales al servicio de un fin determinado pero que no cumple los requisitos para constituirse en persona jurídica (constitución mediante escritura pública, inscripción registral y publicidad)⁴⁰, y así lo recogió la sentencia 292/1994, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional, que en su Fundamento Jurídico 4 establece que:

"(...) aunque en puridad la parte demandada no fuera el Estado sino su Embajada, esta no es sino un órgano de aquel y su representante en el Estado receptor, conforme al art. 3.1 a) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, por lo que no es imprudente extender las posibilidades, en un supuesto de ejecución de sentencia, no a los bienes de la Embajada (que gozarían de inmunidad absoluta) sino a aquellos otros de que sea titular el Estado en último término demandado".

⁴⁰ JUÁREZ PÉREZ, P. "De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia c República de Argelia", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 5, nº 1, Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III, Madrid, 2013, pág. 265.

En los litigios en los que sea parte demandada la Embajada de un Estado, su condición soberana explica por qué la piedra angular del asunto se asienta sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado acreditante⁴¹.

La nota de internacionalidad complica cualquier relación en la que intervenga una Administración, sobre todo cuando el Estado acreditante no haya suscrito las normas jurídicas internacionales reguladoras del conflicto, aunque hay que señalar que desde hace tiempo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han asumido que el mero hecho de que un Estado sea parte demandada en un litigio, no es suficiente para que se le reconozca de forma inmediata la inmunidad de jurisdicción, dado que el Estado puede establecer relaciones jurídicas sin ejercitar actos que atañen a su soberanía (actos *iure imperii*), como sucede cuando el Estado actúa como empleador.

Reconocer la inmunidad de jurisdicción cuando el Estado lleva a cabo actos *iure gestionis*, como si de una persona privada se tratara, supondría la eliminación de toda acción judicial y del acceso a la tutela judicial efectiva.

C.- DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO

La Embajada, como Misión Diplomática Permanente que es, está compuesta por un entramado organizativo, burocrático y jerarquizado para llevar a cabo la actividad diplomática del Estado acreditante en el Estado receptor.

En el campo del Derecho del Trabajo resulta especialmente difícil encontrar una definición de lo que es una Embajada como centro de trabajo. De hecho, jurisprudencialmente, nunca se había abordado la cuestión hasta que el 19 de julio de 2012, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia en la que, dentro del ámbito del contrato individual de trabajo, se plantea qué es una Embajada

⁴¹ GUZMÁN ZAPATER, M. “Contrato de trabajo celebrado por embajadas y competencia judicial internacional”, en Revista General de Derecho Europeo, nº 29, 2013. www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412999&texto=

a fin de determinar el alcance de la inmunidad de jurisdicción (asunto Ahmed Mahamdia c República Argelina Democrática y Popular)⁴².

En la actualidad, el marco jurídico en el que se ha de responder a esa cuestión está establecido en el 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 ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuya sección 5 regula la competencia en materia de contratos individuales de trabajo, texto refundido del Reglamento (CE) n° 44/2001 que era la norma jurídica vigente cuando se resolvió el citado litigio.

Tanto el Reglamento (CE) n° 44/2001 como el vigente Reglamento (UE) n° 1215/2012 dedican una sección especial para regular la competencia en materia de contrato de trabajo.

Resulta indiferente, para definir lo que es una Embajada en el ámbito del Derecho Laboral, que esta se encuentre ubicada en un Estado miembro o no, si bien es cierto que la cuestión se suscita, entre otros motivos, porque en el asunto Mahamdia c República Argelina Democrática y Popular, el Estado acreditante demandado no es un Estado miembro de la Unión Europea.

El art. 18.2 del Reglamento (CE) n° 44/2001 (actualmente art. 20.2 del Reglamento (UE) n° 1215/2012) establece que “cuando un trabajador celebre un contrato de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en el Estado miembro”.

La cuestión estriba en determinar si puede considerarse que una Embajada es una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento de un Estado.

⁴² STJUE, de 19 de julio de 2012, Asunto C-154/11.

En relación con el contrato de trabajo celebrado entre un trabajador con un Estado para desempeñar la prestación laboral en una Embajada de dicho Estado en el extranjero, no existe controversia entre los órganos jurisdiccionales al afirmar que el Estado no ejerce ninguna prerrogativa de poder público ni el trabajador contribuye con su actividad al ejercicio de la soberanía estatal del empleador.

Los conceptos de “sucursal”, “agencia” o “establecimiento” no han sido definidos en la normativa y, por lo tanto, hay que acudir a la jurisprudencia para acercarse a su interpretación⁴³.

En el ámbito del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (sustituido por los reglamentos citados) se estableció una aproximación a tales conceptos, y aunque no fuera en relación con el contrato de trabajo, a los efectos que aquí se pretenden, tales enunciados resultan útiles.

Uno de los elementos característicos de los conceptos de “sucursal” y “agencia” es el sometimiento al control y a la dirección de la empresa principal. Y otro tanto se puede decir respecto del “establecimiento”⁴⁴.

El concepto de “sucursal”, “agencia” o “establecimiento” supone un centro de operaciones, que se manifiesta de manera duradera hacia el exterior como prolongación de la empresa principal, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que estos, aunque conocen que establecerán eventualmente un vínculo con la empresa principal, cuyo domicilio social se encuentra en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente y pueden realizar negocios en el centro operativo que se constituye como su prolongación⁴⁵.

⁴³ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 24 de mayo de 2012 en el asunto C-154/11, Ahmed Mahamdia c República Argelina Democrática y Popular.

⁴⁴ STJCE de 6 de octubre de 1976, Asunto C-14/76, A. de Bloos c Société en commandite par actions Bouyer.

⁴⁵ STJCE de 22 de noviembre de 1978, Asunto C-33/78, Somafer, S.A. c Saar-Ferngas AG.

Una "sucursal", "agencia" u otro "establecimiento" debe presentarse a la vista de terceros fácilmente reconocible como una extensión de la casa matriz⁴⁶.

Los conceptos de "sucursal", "agencia" u otro "establecimiento" han sido concretados como entes jurídicos sin personalidad, al igual que la Embajada, como ya se ha dicho, y por ello cualquier demanda habrá de dirigirse no contra la Embajada en sí sino contra el Estado al que representa.

Si bien es cierto que las funciones de una Embajada no pueden calificarse estrictamente como comerciales, no lo es menos que en materia de contrato individual de trabajo, la Embajada lleva a cabo actos *iure gestionis*, es decir, actuaciones en el ámbito privado como si de cualquier otro empleador se tratara.

Es evidente que la Embajada posee signos materiales suficientes que la identifican y la vinculan con el Estado acreditante y constituye un centro de operaciones que se manifiesta de forma duradera como extensión del Estado y se encuentra materialmente equipada.

Por otra parte, los litigios relativos a la explotación de una "sucursal", "agencia" u otro "establecimiento" incluyen los referentes a la contratación del personal que en ellos trabaja.

En virtud de todo ello, la primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se plantea qué es una Embajada como centro de trabajo (Asunto Ahmed Mahamdia c la República Argelina Democrática y Popular) resuelve que:

1º) Los conceptos de "sucursal", "agencia" u otro "establecimiento" deben interpretarse conforme a los criterios anteriormente señalados.

2º) La Embajada puede ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho Privado, como es el contrato de trabajo.

⁴⁶ STJCE de 18 de marzo de 1981, Asunto C-139/80, Blanckaert & Willems PVBA c Luise Trost.

3º) Una Embajada es asimilable a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior y que contribuye a identificar y representar al Estado acreditante.

4º) En definitiva, la Embajada constituye un “establecimiento” cuando las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público.

CAPÍTULO III. EL EMPRESARIO: EL ESTADO EMPLEADOR

INTRODUCCIÓN

Para analizar cualquier relación laboral, sea común o especial, es preciso definir, como primer paso, a los sujetos intervinientes: trabajador y empleador o empresario. Pero en esta ocasión el análisis de la figura reviste un interés especial porque profundizaremos en un tipo de empresario menos conocido que el empleador privado o la Administración Pública: el Estado.

Veremos que el Estado, además de actuar como sujeto de Derecho Internacional, también puede llevar a cabo actos de naturaleza privada como si de un empresario privado se tratase, aunque con sus peculiaridades.

La Convención de Basilea, de 16 de mayo de 1972, sobre la Inmunidad de los Estados hace mención en su art. 5 al “Estado empleador”, y encontramos la misma referencia en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2 de diciembre de 2004 (art. 11.2 e) y f) relativo al contrato de trabajo), a la que España se adhirió en el año 2011.

El art. 1.2 del ET señala que serán empresarios, entre otros, las personas jurídicas que reciban la prestación de servicios de los trabajadores, es decir, de personas físicas que voluntariamente prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y bajo el ámbito de organización y dirección de aquellos.

Coincidimos con opiniones más cualificadas en que "no es necesario que el empleador laboral sea un empresario en sentido mercantil o económico, por lo que la

equiparación semántica de empleador a empresario... es únicamente admisible si bajo empresario se entiende solo la persona física o jurídica, privada o pública, que emplea a un trabajador..."⁴⁷.

La definición de empresario o empleador, en las normas, no es autónoma sino vinculada al concepto de trabajador, y por eso para determinar quién ostenta realmente la condición de empresario en una relación laboral, hay que centrar la atención en diversos focos. Los más comunes son el sujeto o entidad que retribuye al trabajador y el ámbito de la dirección y organización donde se lleva a cabo la prestación de servicios.

Por eso, como dice DE LA VILLA GIL, "lo importante es que la ley defina al trabajador, porque empleador será todo aquel que ocupe a otro como trabajador".

Para la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [LGSS]), tiene la consideración de empresario, aunque su actividad no esté motivada por el ánimo de lucro, toda persona física o jurídica, pública o privada por cuya cuenta trabajen, para lo que aquí nos incumbe, los trabajadores por cuenta ajena o asimilados y el personal civil no funcionario dependiente de servicios, organismos y entidades del Estado (art. 99.3).

La figura del Estado como empleador encontraría un mejor acomodo, a nuestro parecer, en el concepto que nos proporciona la LGSS, porque cuando el Estado suscribe un contrato de trabajo, lo hace sin ánimo de lucro, y en la definición legal se contiene una relación de situaciones a medida, para el tema que vamos a desarrollar a lo largo de este capítulo.

Entre las actividades que puede realizar el Estado, como si fuera un particular, se encuentra la suscripción de un contrato de trabajo.

⁴⁷ VILLA GIL, L. E. de la "El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo", en El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación (coord. BLASCO PELLICER, A.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, pág. 15.

Cuando el Estado lleva a cabo actos de gestión, es decir, aquellos que por su objeto son susceptibles de ejercerse por los particulares o que por su naturaleza no están vinculados con el poder público, como es la contratación del personal laboral de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, entonces sus actuaciones están regidas por el Derecho Privado, en nuestro caso, el Derecho del Trabajo.

Sin embargo, cuando el Estado ejerce actividades relacionadas con su soberanía o con potestades públicas, sus relaciones con el personal a su servicio se rigen por el Derecho Administrativo.

Lo complicado en estos casos es determinar el carácter público o privado del acto en cuestión, que dependerá de la legislación interna de cada Estado.

En el área del Derecho del Trabajo es irrelevante la naturaleza pública (sujeción al Derecho Público) o privada (sometimiento a un régimen de Derecho Privado) del empleador para determinar su condición jurídico-laboral.

1.- EL ESTADO ESPAÑOL O EL REINO DE ESPAÑA COMO EMPLEADOR

En la relación laboral del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior intervienen, incluso con carácter previo al establecimiento del vínculo contractual, múltiples sujetos que hacen difícil concretar quién ostenta realmente la cualidad de empresario.

La propia terminología puede conducir a error, ya que se habla de "trabajadores o personal de la Administración Exterior o empleados del Servicio Exterior", para hacer referencia a los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de

España en el extranjero, es decir, para referirse a quienes son trabajadores del Estado acreditante ante el Estado receptor.

A.- MARCO JURÍDICO DE ENCUADRAMIENTO

El art. 54.2 de la LASEE señala que todo el personal de la Administración del Estado en el exterior tendrá la consideración de personal del Servicio Exterior durante el tiempo en que estén destinados en las Misiones Diplomáticas.

Dadas las peculiaridades del ámbito internacional en el que desarrolla su actividad el Servicio Exterior, podrán establecerse normas específicas en materia de gestión de personal (art. 41.5).

Los Embajadores y Representantes Permanentes son los órganos a los que corresponde la dirección y coordinación de la Administración General del Estado en el exterior, ejercen la jefatura superior de todo el personal de la Misión Diplomática o Representación Permanente, actúan como máxima autoridad y en representación de España en el Estado receptor, bajo la dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (arts. 37 de la LOFAGE y 44 de la LASEE).

El apartado 6 de la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se establecen criterios sobre selección de personal laboral en el exterior, de 30 de julio de 2002, establece que todos los procedimientos selectivos de personal laboral deberán contar con informe favorable previo de la Dirección General de la Función Pública, y que para obtener tal informe, deberá remitirse el procedimiento selectivo junto con la solicitud de autorización de la contratación.

Los Embajadores, conforme a lo dispuesto en la misma norma, llevan a cabo las convocatorias del proceso selectivo para cubrir los puestos de trabajo con carácter fijo en las Embajadas⁴⁸.

Por otra parte, la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado y Presupuestos y para la Función Pública, sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral, nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal, de 17 de noviembre de 2010, determina que los departamentos ministeriales precisarán autorización previa conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial y Administración Pública, para contratar personal laboral que preste servicios en el exterior, cualquiera que sea la normativa aplicable.

La Resolución de 18 de febrero de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen criterios sobre selección de personal en el exterior, omite quién lleva a cabo las convocatorias del proceso selectivo y únicamente menciona en su apartado tercero que:

"Los órganos de selección se constituirán en la Unidad en el exterior que vaya a gestionar el proceso selectivo. Estará compuesto por un número impar de miembros, cuyo mínimo será 3 y deberán estar presididos por el Responsable de la Unidad o persona en quien delegue".

A lo vista de todo ello, ¿se podría decir que el empresario es el Servicio Exterior, o tal vez lo será el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, o quizás el empresario del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en el exterior son los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial y Administración Pública, que son quienes autorizan las contrataciones?

⁴⁸ Convocatoria para ingreso como personal laboral fijo en la Embajada de España en Estocolmo con la categoría de ordenanza-chófer, de 13 de mayo de 2014.
Convocatoria para ingreso como personal laboral fijo en la Embajada de España en Londres con la categoría de pinche de cocina, de 1 de septiembre de 2014.
Convocatoria para ingreso como personal laboral fijo en la Embajada de España en Ammán (Jordania) con la categoría de oficial, de 9 de octubre de 2014, etc.

Consideramos que, dadas las funciones que llevan a cabo los organismos mencionados, dentro de la relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, bien podrían considerarse aquellos como instrumentos o figuras instrumentales del verdadero empleador.

Como dice DE LA VILLA GIL, "(...) Tampoco tiene fuerza el argumento de que los sujetos de derecho solo pueden actuar a través de una "persona" [representante u organizador, director o gestor...] pues por ese camino se confunde al empleador con la persona que actúa y contrata en su nombre. De aceptar las últimas consecuencias de la tesis restrictiva, solo podría ser empleador la persona física que contratara directamente al trabajador, lo que conduce al absurdo".

B.- DETERMINACIÓN DE LA FIGURA DEL EMPRESARIO

El concepto de empresario quiere ser abierto y no restringido "en función de algún rasgo identificador predeterminado que pueda condicionar su reconocimiento como sujeto obligado por la normativa laboral. En definitiva, a este sector del ordenamiento lo que le viene importando es la pura identificación del empresario como centro de imputación normativa, con independencia de sus concretas características"⁴⁹.

Si para determinar quién detenta la condición de empresario, hay que atender al sujeto que retribuye la prestación, al ámbito de organización y al poder de dirección al que está sometido el trabajador, el empresario en la relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, podría ser cualquiera de los organismos que hemos citado o que vamos a nombrar a continuación.

En el caso del personal laboral que presta servicios en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, las

⁴⁹ MOLERO MARAÑÓN, M. L. "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral", en Relaciones Laborales, núm. 1, La Ley, Madrid, 2001, pág. 564.

remuneraciones son competencia de la Dirección General del Servicio Exterior, que desempeña funciones de habilitación y pagaduría de la Caja Pagadora Central (art. 14.1 d) del Real Decreto 342/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación).

Las retribuciones del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior se regulan también en la Instrucción núm. 1/2003, de 7 de mayo, sobre Retribuciones del personal contratado en el extranjero.

Con respecto al poder de dirección del empresario, "la configuración del poder directivo varía, a veces de modo importante, según las relaciones laborales que le sirvan de marco. Estas relaciones pueden ser... comunes y especiales. Las primeras se ajustan a un patrón determinado legalmente con carácter general y regular, mientras que las segundas se rigen por normas peculiares, atentas a su particular naturaleza jurídica. Pues bien: el contenido del poder de dirección viene comúnmente determinado por la configuración de la relación laboral en la que se desenvuelve, de tal manera que... a relaciones "especiales" corresponden especiales poderes de dirección. De este modo, resulta que la especialidad de la relación jurídica se comunica a todos sus elementos, el poder de dirección incluido"⁵⁰.

En nuestro caso, son los Embajadores y Representantes Permanentes quienes ejercen la jefatura superior de todo el personal de la Administración del Estado en el exterior, bajo la dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

El *ius legationis* o la potestad para enviar y establecer Representaciones en el exterior es materia reservada al Estado y regulada constitucionalmente en el art. 149.1.3ª de la CE.

⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A. El poder de dirección del empresario, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 73.

En cuanto a la organización, el Estado acreditante puede organizar la Misión Diplomática, que es el centro de trabajo, como estime pertinente, respetando los principios del ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, a la hora de seleccionar a su personal, ni el Estado ni la Administración Exterior, como instrumento suyo que es, gozan de la libertad de elección que posee el empresario privado, sino que su actuación debe de estar sometida a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y respetar en cualquier caso los intereses generales.

Además de las consideraciones respecto al sujeto que retribuye, organiza y dirige la prestación laboral, cuando esta se lleva a cabo para la Administración del Estado en el exterior, hay que tomar en cuenta que todas y cada una de sus actuaciones se hacen en nombre y representación del Estado, y que la Embajada o cualquier otra Misión Diplomática, como centro de trabajo, son el símbolo y la proyección del Estado en el extranjero:

(...) Es así que la demandada... prestó servicios para varios Embajadores y fue contratada no por estos sino por la Embajada que era la que le abonaba sus retribuciones... con lo que emerge con toda su vitalidad la relación ordinaria de trabajo que realmente existía entre la empleada y el Estado... como su auténtico empleador"⁵¹.

Por ello, y debido al carácter de representación del Estado que tienen sus órganos más significativos, cuanto sucede en una Misión Diplomática no afecta exclusivamente al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, ni siquiera a la Administración del Estado, sino al propio Estado⁵².

⁵¹ STS 6323/2008, de 21 de octubre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Primero.

⁵² NIETO GARCÍA, A. "Selección y perfeccionamiento del personal del Servicio Exterior", en Documentación Administrativa, núm. 205, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 1985, pág. 167.

Hay que insistir en que la Embajada, como modelo de Misión Diplomática, no representa ni al Gobierno ni a la Administración sino al Estado⁵³.

C.- LOS REPRESENTANTES DEL ESTADO

El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, señala en su art. 7.2 que se considera que representan a su Estado:

- Los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, para la celebración de todos los actos relativos a la formalización de un tratado.

- Los Jefes de la Misión Diplomática para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados.

- Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

a) El Rey, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación

La Constitución vigente atribuye al Rey la jefatura del Estado (art. 56), figura que en la actualidad carece de la potestad ejecutiva y de los poderes de gobierno que tuvo en otros momentos históricos, pero que encarna, como dice el precepto, su unidad y permanencia.

⁵³ No así las Oficinas consulares de las cuales el art. 47.1 de la LASEE indica que son los órganos de la Administración General del Estado encargados de ejercer las funciones consulares y especialmente de prestar asistencia y protección a los españoles en el exterior.

Además, ejerce la más alta representación en las relaciones internacionales. Al Rey, en su calidad de representante del Estado en el Derecho Internacional⁵⁴, no al Gobierno ni a la Administración, le corresponde acreditar a los Embajadores que, como se viene insistiendo, ejercen la jefatura superior de todo el personal de la Administración del Estado en el exterior; y a su vez, los Embajadores extranjeros se acreditan ante él (art. 63.1 de la CE).

El Rey, de acuerdo con lo establecido en el art. 44.1 párrafo segundo de la LASEE, acreditará a los jefes de la Misión Diplomática y Representación Permanente mediante las correspondientes cartas credenciales.

El art. 2 d) de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, define al Jefe del Estado como la persona que ejerce la jefatura de un Estado extranjero, cualquiera que sea la denominación de su cargo, incluyendo cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la Constitución respectiva, dicho órgano cumpla las funciones de tal.

El Jefe del Estado está vinculado a la Acción Exterior del Estado, representa y simboliza al Estado al más alto nivel en sus relaciones con otros sujetos de Derecho Internacional.

En lo que respecta al aspecto jurídico de la representación, su capacidad de actuación es reducida y ha de ser refrendada por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes (art. 64.1 de la CE).

En cuanto al Presidente del Gobierno, sus funciones son bien distintas: dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo (art. 98.2 de la CE).

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ CARANDE, E. “Los fundamentos constitucionales del Estado”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 52, INAP, Madrid, 1998, pág. 23.

La representación como órgano diplomático del Jefe del Gobierno (en España, el Presidente), abarca también la defensa de su política exterior ante otros sujetos, su ejecución y el cumplimiento de los compromisos políticos e internacionales.

El Presidente del Gobierno compromete siempre, en el ejercicio de sus funciones, al Estado que será el responsable internacionalmente⁵⁵.

Con respecto a las relaciones entre Gobierno y Administración, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha dejado claro: el Gobierno de la Nación dirige la Administración⁵⁶:

"(...) la impugnación ha sido planteada por el Gobierno de la Nación que, según el Título IV de la CE aparece diferenciado de la Administración propiamente dicha, a la que dirige (...)".

A pesar de que la CE estableció la distinción y separación entre el Gobierno, como órgano constitucional (art. 97), y la Administración, como órgano servicial dependiente (art. 103.1 y 2), fue la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), la que por primera vez hace referencia a los rasgos propios del Gobierno y de la Administración, como instituciones públicas diferenciadas, y a la necesidad de diseñar un marco jurídico que armonizara la normativa de las Administraciones Públicas con los principios constitucionales:

"(...) Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno".

⁵⁵ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.* Curso de Derecho Diplomático..., pág. 149.

⁵⁶ STC 16/1984, de 6 de febrero, Fdto. Jco. Tercero.

En cuanto al Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación es también un órgano representante del Estado que puede obligarse internacionalmente en su nombre. Es el responsable de la organización de la actividad del Estado en el exterior.

Según VILARIÑO PINTOS, "se configura como el órgano central específico para las relaciones exteriores; existe por y para ese cometido... El departamento de exteriores prepara... la acción diplomática de los propios órganos centrales, aunque... salvo el propio ministro, no dependan orgánicamente de él y... coordina, en virtud del principio de unidad de acción en el exterior, toda la actividad del Estado en sus relaciones con otros Estados y demás sujetos de derecho internacional".

El Ministro de Asuntos Exteriores representa al Estado desde el punto de vista político y diplomático, depende jerárquicamente del Jefe del Estado o del Gobierno o de ambos a la vez, y su papel es fundamental en la Diplomacia, dado que es el órgano del Estado a través del cual se desarrollan las relaciones internacionales⁵⁷.

Será el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, quien acredite a los Encargados de Negocios mediante cartas de gabinete (art. 44.1 párrafo primero de la LASEE).

b) El Jefe de la Misión Diplomática (Embajadores o Representante Permanente)

El art. 44 de la LASEE establece que la jefatura de la Misión Diplomática será ejercida por un Embajadores Extraordinario y Plenipotenciario, que ostentará la representación y máxima autoridad de España ante el Estado receptor. En el caso de las Representaciones Permanentes, será ejercida por un Embajadores Representante Permanente.

⁵⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J. Los órganos del Estado para las relaciones internacionales, en <http://www.derechointernacional.net>

El Jefe de la Misión o Representación Permanente, depende orgánica y funcionalmente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, representa al conjunto de la Administración del Estado y ejerce la jefatura superior de todo el personal de la Misión o Representación.

El art. 37 de la LOFAGE señala que los Embajadores y Representantes Permanentes... representan al Reino de España en el Estado u Organización Internacional ante los que están acreditados; dirigen la Administración General del Estado en el exterior y colaboran en la formulación y ejecución de la política exterior del Estado definida por el Gobierno, bajo las instrucciones del Ministro de Asuntos Exteriores de quien dependen funcionalmente; coordinan la actividad de todos los órganos y unidades administrativas que integran la Administración General del Estado en el exterior, a efectos de su adecuación a los criterios generales de la política exterior definida por el Gobierno, de acuerdo con el principio de unidad de acción del Estado en el exterior.

La Embajada es el centro operativo de un Estado, que proyecta, identifica y representa a un Estado (acreditante) ante otro Estado (receptor), y se presenta ante terceros como una extensión duradera de aquel. Tales cualidades solo pueden predicarse de un Estado, ya que tanto Gobierno como Administración son realidades dinámicas, mutables y en continua adaptación, y ambas configuran uno de los poderes del Estado, el Poder Ejecutivo.

c) La representación procesal del Estado empleador ante los órganos jurisdiccionales extranjeros. El Servicio Jurídico del Estado

La representación y defensa del Reino de España ante los tribunales, órganos y organismos internacionales en los procedimientos judiciales está atribuido al Servicio Jurídico del Estado (Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado).

El Real Decreto 997/2003 derogó el Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero, una norma mucho más clara y ceñida exclusivamente al ámbito exterior, con un objetivo bien definido: subsanar la omisión normativa de las situaciones contenciosas en las que se viera comprometido el Estado español en territorio extranjero.

Como decía el preámbulo del Real Decreto 1654/1980, cuando en 1925 se promulgó el Real Decreto que regía el Servicio Jurídico del Estado, no era habitual que la actividad privada de la Administración Pública traspasara nuestras fronteras. Sin embargo, el decaimiento de la teoría de la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados y la aceptación de una inmunidad restringida por la mayor parte de la comunidad internacional, supuso un incremento de los litigios en el exterior en los que el Estado era parte ante la jurisdicción extranjera y, por ello, se hacía necesaria una regulación de la actuación procesal de la Administración del Estado en el exterior.

El artículo primero del Real Decreto 1654/1980 incluía, de manera expresa dentro de su ámbito de aplicación, los asuntos laborales de los que conociera o pudiera conocer cualquier jurisdicción extranjera, en los que fuera parte la Administración Central del Estado o sus Organismos Autónomos, cuya representación y defensa se encomendaba con carácter general a los Abogados del Estado de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, y excepcionalmente a abogados y procuradores extranjeros a propuesta del Embajadores de España en el Estado del foro, regulación que se reproduce prácticamente en los mismos términos en el Real Decreto 997/2003.

El funcionamiento de la actuación del Servicio Jurídico del Estado ante los tribunales extranjeros, en el vigente Real Decreto 997/2003 no incluye aquella referencia específica a la materia laboral que contenía su predecesor.

Dentro del Título III dedicado al "Régimen de la función contenciosa", el Capítulo II regula las especialidades de los procesos ante los tribunales extranjeros sin hacer distinción alguna por razón de la materia.

En cuanto a las obligaciones generales de los Abogados del Estado en el desempeño de la función contenciosa, contempladas en el art. 34, la especialidad de su actuación ante los tribunales extranjeros consiste en el traslado inmediato de la demanda y del resto de las resoluciones judiciales a la Abogacía del Estado del Ministerio de Asuntos Exteriores, que elaborará un informe que resuma la cuestión litigiosa y que será elevado a consulta de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

En todo momento la Abogacía del Ministerio de Asuntos Exteriores mantendrá informado al ministerio correspondiente de la tramitación y resultado de los procesos [art. 34 a) y c)].

Cualquier actuación procesal ante los tribunales extranjeros debe contar con la autorización del Ministerio de Asuntos Exteriores previo informe favorable de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, una vez consultado el departamento, organismo o entidad interesados.

Con respecto a los actos de comunicación, solo el Embajadores de España en el Estado del foro, las personas que sean competentes en virtud de los tratados y convenios y la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores, podrán acusar recibo de las demandas, actos y resoluciones judiciales de los tribunales extranjeros.

El Estado español se dará por notificado (art. 35.2):

- Cuando la notificación se efectúe según lo previsto en los convenios o acuerdos entre España y el Estado del foro.

- Si no hubiera convenio, cuando se lleve a cabo conforme a la legislación del Estado del foro, siempre que la misma contemple el supuesto de notificación a un Estado extranjero.

- En defecto de lo anterior, cuando se notifique al Embajadores de España o al Ministerio de Asuntos Exteriores por vía diplomática.

- Cuando la Abogacía del Estado del Ministerio de Asuntos Exteriores considere que se dan los requisitos para tener por buena la notificación.

La ejecución de sentencias dictadas por los jueces y tribunales extranjeros, regulada en el art. 43.4, se hará con cargo a los presupuestos del ministerio, organismo o entidad a quien afecte la cuestión litigiosa.

Y por último, con relación a las costas procesales, estas se ajustarán a las normas vigentes en el Estado del foro y a las costumbres comúnmente admitidas (art. 44.5).

2.- LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER DE ORGANIZACIÓN DEL EMPRESARIO

Los poderes de organización y de ordenación de la prestación laboral concreta de cada trabajador, son las dos vertientes del poder de dirección del empresario, al que ya hemos hecho mención⁵⁸.

La Administración desarrolla ese aspecto organizativo y regulador a través de las relaciones de puestos de trabajo.

⁵⁸ MONTOYA MELGAR, A. “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, Madrid, 2004, pág. 135.

La relación de puestos de trabajo (RPT) es el instrumento a través del cual se lleva a cabo la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, y fija los requisitos precisos para el desempeño de cada puesto, según el art. 15.1 de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la LMRFP.

Esta norma se aplica tanto a los funcionarios como al personal laboral.

En cuanto a su contenido, la RPT debe incluir:

- 1) El número y las características de los puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral.
- 2) La denominación y características del puesto en concreto.
- 3) Los requisitos para su desempeño.
- 4) La categoría profesional y el régimen jurídico aplicable.

El art. 74 del EBEP señala que a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares, las Administraciones Públicas estructurarán su organización.

La RPT es un instrumento público que comprenderá:

- La denominación de los puestos.
- Los grupos de clasificación profesional.
- Los sistemas de provisión.
- Las retribuciones complementarias.

Además, la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se llevará a cabo a través de las RPT, y también deberá figurar detalladamente en la correspondiente RPT la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo (art. 15.1 d) y f) de la Ley 23/1988, de 28 de julio de modificación de la LMRFP).

Para MOLINER TAMBORERO, las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza reglamentaria y solo pueden ser modificadas por un expediente de modificación, sin que quepa “modificación singular” en beneficio de los intereses de una sola persona⁵⁹.

De todo lo anterior se deducen varias conclusiones:

1ª) Que es tarea de la Administración, como si de cualquier otro empresario se tratase, la organización y estructuración de su personal en función de sus necesidades, y por lo tanto es competencia y potestad de la Administración la elaboración de las RPT.

2ª) Que la Administración no está facultada para modificar las relaciones de puestos de trabajo con el fin de satisfacer intereses particulares.

3ª) Que la contratación laboral por parte de la Administración solo es válida cuando los puestos de trabajo a desempeñar por personal laboral aparecen clasificados como tales en la correspondiente RPT.

La norma general que establece que, en la Administración, los puestos de trabajo tienen que ser cubiertos por funcionarios, encuentra una excepción cuando se

⁵⁹ MOLINER TAMBORERO, G. "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, Código CD 0000301, págs. 17-112.

trata de puestos de trabajo para desempeñar funciones administrativas, de trámite, colaboración y auxiliares, que comporten el manejo de máquinas, archivo y similares y se encuentren ubicados en el extranjero.

El art. 42.7 de la LASEE señala que corresponde al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la aprobación de las RPT de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, previo informe del Consejo Ejecutivo de Política Exterior, y lo mismo debe decirse respecto de las Oficinas Consulares (art. 47.4).

El Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior, al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, de 3 de diciembre de 2007, en su epígrafe 4.2 bajo el título "Instrumentos de organización del trabajo", establece que "la organización del trabajo corresponde en exclusiva a la Administración, que estructurará los puestos de trabajo en el exterior a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares, que comprenderán, al menos, su ubicación, categoría/grupo, el número máximo de dotaciones, la retribución máxima anual y la divisa de situación. Dichos instrumentos serán públicos".

Sin embargo, la Administración del Estado en el exterior carece de RPT:

"(...) en el segundo motivo del recurso la Administración... pretende justificar la falta de redacción de la R.P.T. o de un instrumento similar (...)"⁶⁰.

Teniendo en cuenta que no existe una RPT ni otro instrumento organizativo asimilable en el ámbito de la Administración del Estado en el exterior, ¿cuál sería la consecuencia que de ello se deriva?

Hay autores que consideran que la previsión del puesto de trabajo en la RPT es "un requisito constitutivo para la convocatoria del proceso selectivo, ya que la RPT se encarga de establecer el régimen jurídico aplicable a los puestos de trabajo, y

⁶⁰ STS 3293/2014, de 12 de mayo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Segundo.

la delimitación de las características del puesto en la RPT condiciona el posible nacimiento del contrato de trabajo y, por lo tanto, en el supuesto de no existir RPT o no figurar el puesto de trabajo en la RPT correspondiente, la provisión sería nula por no existir la garantía de que la cobertura del puesto se ha llevado conforme a los presupuestos legales" (MOLERO MARAÑÓN⁶¹, MOLINER TAMBORERO y RIVERO LAMAS):

“En todo caso, cabe afirmar que no se puede configurar con el carácter de fijo un puesto de trabajo en la Administración más que cuando está incluido en la relación de puestos de trabajo, en el catálogo de puestos o en la plantilla presupuestaria, pues la falta de mención del puesto significa que no se ha creado por el órgano administrativo que tiene la competencia para determinar la plantilla de personal fijo”⁶².

Otros autores, por el contrario, sostienen que la eficacia o ineficacia del contrato de trabajo dependerá de su objeto, de modo que el mismo será válido cuando pueda encuadrarse en alguno de los supuestos legales previstos para la contratación laboral por la Administración, dado que la RPT solo tiene carácter instrumental y no puede concebirse como auténtica norma jurídica (GODINO REYES⁶³ y LÓPEZ GÓMEZ⁶⁴).

La conclusión a la que se llega es que la validez del contrato de trabajo está supeditada a dos condiciones⁶⁵:

1ª) Que se trate de un supuesto susceptible de ser encuadrado en la contratación laboral.

⁶¹ MOLERO MARAÑÓN, M. L. Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 31 y 32.

⁶² RIVERO LAMAS, J. “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, en Las relaciones laborales en las Administraciones locales (coord. GÁRATE CASTRO J.), Fundación Democracia y Gobierno Local. Serie claves del Gobierno Local, nº 2, Barcelona, 2004, pág. 22.

⁶³ GODINO REYES, M. El contrato de trabajo en la Administración Pública, S. L. Civitas Ediciones, Madrid, 1996, págs. 165 y 166.

⁶⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J. M. El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas, S. L. Civitas Ediciones, Madrid, 1995, págs. 328 y 329.

⁶⁵ RAMOS MORAGUES, F. “La contratación laboral en las Administraciones Públicas”, en El personal laboral de las Administraciones Públicas, La Ley, Madrid, 2011, pág. 7.

2ª) Que el puesto de trabajo esté incluido dentro de la RPT o instrumento similar.

3.- LA ACTUACIÓN PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El art. 15.1 c) de la 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP) establece, como regla general, que los puestos de trabajo de la Administración serán ocupados por funcionarios.

La relación que vincula a la Administración con sus funcionarios es, por lo tanto, administrativa y tal vinculación está sometida a un régimen jurídico estatutario previsto en las leyes y reglamentos que no permite ningún tipo de concesión a la libertad de contratación individual y restringe la colectiva.

Pero no hay regla sin excepción, y así la misma norma señala que podrán desempeñarse por personal laboral:

- Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuya actividad sirve para satisfacer necesidades de carácter periódico o discontinuo.

- Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios.

- Los puestos de mantenimiento, conservación, equipos e instalaciones, etc.

- Los puestos de áreas técnicas o especializadas cuando no existan cuerpos de funcionarios que los desempeñen.

- Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite, colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.

- Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.

De todo ello se deducen dos principios⁶⁶:

1º) Que las funciones a desempeñar en las Administraciones públicas se llevarán a cabo principalmente por funcionarios.

2º) Que, no obstante se permite que, para determinadas tareas, la Administración utilice excepcionalmente la contratación de trabajadores en régimen laboral.

La LMRFP introdujo una novedad en su Disposición Adicional Cuarta: la prohibición de que la Administración contratara personas en régimen de Derecho Administrativo, es decir, que suscribiera contratos administrativos de colaboración temporal, de los se hablará más adelante.

Si, excepcionalmente, la Administración se viera en la necesidad de contratar personal para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, estos contratos se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio de la aplicación de la normativa civil y mercantil.

A pesar de que la regla general establece que los puestos de trabajo en la Administración tienen que ser cubiertos por funcionarios y que la contratación laboral ha de ser la excepción, la realidad demuestra que las posibilidades que permiten contratar personal laboral para satisfacer las necesidades de la Administración, han ido ampliándose a través de una intensa actividad legislativa (Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública, Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio

⁶⁶ MOLINER TAMBORERO, G. *Op. cit.*, “La contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas...”, págs. 17 a 112.

de las Administraciones Públicas, Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la Función Pública y de la protección por desempleo, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, etc).

Por todo ello, hay autores administrativistas que desde finales de los años 80 vienen advirtiendo de la “privatización” de la actividad de la Administración motivada, a su entender, por una pretensión del legislador de relajar y obviar las “rigideces” que el Derecho Público conlleva. Pero además, con respecto a la provisión de puestos mediante la contratación de personal laboral, se afirma que la huida hacia el Derecho Privado “se maquilla con la exigencia de que los procesos selectivos se hagan de acuerdo con los principios de mérito, capacidad y convocatoria pública”⁶⁷.

En cualquier caso, la problemática sobre la discrecionalidad de la Administración, a la hora de seleccionar el personal a su servicio, viene de antaño y motivada por una intención de eludir el control jurisdiccional, y no solo en cuanto al personal laboral se refiere.

La jurisprudencia en los años 30 del siglo XX, sostenía la tesis de que los tribunales de oposiciones o exámenes gozaban de una soberanía incuestionable fuera de todo control, y más aun si los ejercicios no se desarrollaban por escrito ni eran recogidos por taquígrafos⁶⁸.

En consonancia con tales argumentos, el Tribunal Supremo dictó una sucesión de resoluciones durante los años 60 y 70 que justificaban tanto la

⁶⁷ SAZ CORDERO, S. del “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en Revista de Administración Pública, núm. 133, INAP, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1994, pág. 57 y ss.

⁶⁸ STS de 7 de enero de 1932, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Ar. 2642): “(...) bien puede y debe sentarse con toda exactitud la tesis de que siempre que se han nombrado en nuestra nación tribunales de oposiciones o de exámenes se les ha conferido implícitamente total y absoluta soberanía para sentar sus juicios, pues nunca se ha instituido sobre ellos otro que pudiera revisar los mismos (...), y aceptada tal soberanía, ni este que actúa ni ningún otro Tribunal de Justicia puede contradecir el juicio de los examinadores (...)”.

discrecionalidad selectiva en los concursos de méritos como la sustracción del control jurisdiccional⁶⁹.

Desde nuestro punto de vista, es difícil sostener y defender tales apreciaciones porque, como dice muy acertadamente MARTÍN MORENO en referencia a los principios de mérito y capacidad, "no pueden justificarse cualesquiera tipo de soluciones basadas en que su adopción se haya efectuado de acuerdo con los procedimientos establecidos para cada caso, ya que la discrecionalidad que tiene la Administración para valorar los criterios de selección y provisión de puestos de trabajo no es ilimitada y el mérito y capacidad resultan materias fácilmente aprehensibles"⁷⁰.

De acuerdo con la distinción que aporta MONTOYA MELGAR, "las Administraciones Públicas proyectan su actividad hacia los administrados y hacia otras Administraciones (proyección *ad extra*), fruto de una relación interna que se manifiesta en la organización de la propia Administración (proyección *ad intra*)". Es en esta segunda vertiente donde se materializan las relaciones entre la Administración y su personal.

La Administración Pública en su condición de empresario o empleador laboral actúa en condiciones similares, no idénticas, a las de cualquier empresario privado, dado que la actuación de la Administración se rige por la defensa de los intereses generales y, en sus relaciones con el personal laboral, ostenta un poder de organización y dirección reforzado respecto del empresario privado⁷¹.

Los contratos laborales en la Administración no son una cuestión anecdótica, más bien al contrario, ya que desde la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que supuso la quiebra del sistema exclusivo de Función Pública, el

⁶⁹ SSTs de 21 de diciembre de 1961 (Ar. 465), de 26 de septiembre de 1966 (Ar. 4272), de 28 de marzo de 1970 (Ar. 1801), de 2 de mayo de 1972 (Ar. 2167), Sala de lo Contencioso -Administrativo, etc.

⁷⁰ MARTÍN MORENO, J. L. El control de las oposiciones y concursos en el Estado Constitucional, Iberlex, Madrid, 2007, pág. 20.

⁷¹ MONTOYA MELGAR, A. "Las Administraciones públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)", en Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2007, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Madrid, 2008, pág. 457 y ss.

número de trabajadores en las Administraciones Públicas ha ido creciendo de manera constante hasta convertir el régimen laboral en una alternativa al régimen funcionarial común⁷², hasta el punto de que algunos autores hablan de una auténtica “huida del derecho administrativo”⁷³:

“También, y es dato a destacar, la que se sigue, insisto en ello, en el seno de la propia Administración pública: a la vista está la amplia excepción a la regla que recoge el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984, de que “con carácter general los puestos de trabajo de la Administración del Estado [...] serán desempeñados por funcionarios públicos”, (...). Una situación, hay que reconocer, que difiere muy mucho del mandato constitucional conforme al cual, dígase lo que se quiera, la función pública debe ser el esquema general, y el régimen laboral, en su caso, la excepción.

La situación expuesta se explica, naturalmente, por la mayor libertad que así ofrece el reclutamiento del personal. Exonerada la Administración de los principios constitucionales existentes al efecto para el personal funcionarial, la fórmula señalada es siempre acogida y potenciada con complacencia por todos los políticos de turno. (...).

En este ámbito no se trata, pues, de huida del Derecho Administrativo; es más bien una auténtica burla de los principios establecidos al respecto. Que este es terreno abonado al favor político y al clientelismo de los partidos políticos en el Poder”.

⁷² PARADA VÁZQUEZ, R. “La degeneración del modelo de Función Pública”, en Revista de Administración Pública, núm. 150, INAP, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1999, pág. 446.

⁷³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo”, en Revista de Administración Pública, núm. 140, INAP, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996, págs. 48 y 49.

4.- LA OPACIDAD EN LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR

A pesar de las críticas hacia la contratación laboral en el seno de las Administraciones Públicas, lo cierto es que la Administración no goza de una libertad tan amplia como la del empresario privado a la hora de elegir al personal a su servicio, y ello está motivado por la exigencia constitucional de que la selección de quienes han de desempeñar los puestos de trabajo en la Administración, ha de llevarse a cabo de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El art. 18 de la LMRFP establece que las plazas que no puedan ser cubiertas con el personal existente, constituyen la oferta de empleo público. La oferta de empleo público deberá contener todas las plazas vacantes dotadas presupuestariamente y ha de ser pública.

La Administración selecciona a su personal laboral de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición, garantizando los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Además de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la Administración está sometida a una serie de requisitos establecidos en el art. 55.2 del EBEP a la hora de seleccionar al personal a su servicio:

- a) Publicidad de las convocatorias y sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las tareas a desarrollar.

f) Agilidad y objetividad.

Sin embargo, la contratación del personal laboral que presta servicios para la Administración del Estado en el exterior presenta algunas peculiaridades, a nuestro modo de ver, cuestionables y mejorables.

La selección del personal no funcionario destinado en el exterior se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Real Decreto 364/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (modificado el 4 de marzo de 2006), según establece su Disposición Adicional Sexta, y se ha regido durante mucho tiempo, por normas dispersas y por Órdenes Circulares e Instrucciones de Servicio de los correspondientes departamentos ministeriales, dictadas por Secretarios de Estado, Subsecretarios, Directores y Subdirectores de los diferentes departamentos ministeriales que, en el caso concreto del personal al servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, eran dictadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, pero que no se publicaban.

Nos encontramos ante “normas imprecisas” que permiten a la Administración un amplio margen de discrecionalidad e incertidumbre⁷⁴ y que pueden ser modificadas a lo largo de la duración de la Misión Diplomática⁷⁵.

⁷⁴ TARDÍO PATO, J. A. Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos. Civitas Monografías, Madrid, 1986, pág. 152.

⁷⁵ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.*, Curso de Derecho Diplomático..., pág. 205.

Las instrucciones, según VILARIÑO PINTOS, son "las directrices o criterios de actuación que el Estado acreditante impone a la Misión Diplomática. Es el modo a través del cual el Estado acreditante y sus Representaciones Diplomáticas se relacionan para conseguir los objetivos de la Acción Exterior", y conforme señala el art. 43.2 de la LASEE, deberán ajustarse a lo previsto en la Estrategia de Acción Exterior y se cursarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

A pesar de que el Real Decreto 364/1995, excluía de su ámbito de aplicación la selección del personal laboral en el exterior, la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se establecen criterios sobre selección de personal laboral en el exterior, de 30 de julio de 2002, se remitió, hasta el año 2015, al art. 29 del Real Decreto 364/1995 para regular el proceso selectivo.

El párrafo segundo del art. 21.1 de la LRJAP permite que tanto Órdenes Circulares como Instrucciones de Servicio, se publiquen en el periódico oficial correspondiente cuando así lo establezca una disposición específica o cuando se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que pudieran producirse.

El art. 21.2 señala que: "El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir".

A la complejidad de esta situación se unen otros hechos, por ejemplo que, en ocasiones, no existe un contrato de trabajo formalizado por escrito sino una simple ficha cumplimentada tras un acuerdo verbal, en la que solo aparecen los datos personales del trabajador; o que a los Embajadores y Cónsules se les haya atribuido, sorprendentemente, una capacidad contractual diferenciada e independiente del Ministerio de Asuntos Exteriores:

"(...) Cónsul, del que se dice, "que no es un mero transmisor de la voluntad ajena", sino que tiene "una personalidad contratante distinta... del Ministerio demandado" y que "es posible la celebración de un contrato laboral en el extranjero... a través del Cónsul"⁷⁶.

Dado el carácter imperativo de las normas y principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que rigen la contratación de personal por cualquier Administración Pública, nos resulta "curioso" que, aquellas que establecen los criterios de selección y contratación del personal de la Administración del Estado en el exterior⁷⁷, no se encuentren publicadas en el Boletín Oficial del Estado, sorteando así el mandato constitucional de los arts. 9.3, 23.2 y 103.3 de la CE⁷⁸, y complicando innecesariamente y sin ningún motivo jurídico aparente, el control del proceso selectivo:

"(...) La contratación de personal fijo, respecto del cual se acuerda que las bases de la convocatoria deberán publicarse completas en los tablones de anuncios de las representaciones donde radiquen los puestos convocados, en las Oficinas del Estado español, en la demarcación y en los Centros y Asociaciones de la colectividad española. También deberán anunciarse en un diario, a ser posible de tirada nacional, en el país correspondiente, utilizando un medio de difusión equivalente y en la correspondiente página web, si la hubiera, de la unidad a la que estén destinadas las contrataciones"⁷⁹.

⁷⁶ STS 5791/1996, de 23 de octubre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Segundo.

⁷⁷ Instrucción de Servicio número 65, de 11 de febrero de 2003, sobre Normas para la Selección de Personal Contratado; Orden Circular núm. 9/2003 donde se establece que las contrataciones han de realizarse de acuerdo con la Instrucción; Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, de 30 de julio de 2002, por la que se establecen criterios sobre selección de personal en el exterior; y Resolución de 18 de febrero de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen criterios sobre selección de personal laboral en el exterior.

⁷⁸ ATC 858/1988, de 4 de julio, Fdto. Jco. Segundo: "(...) es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública, no debe verse sujeta, por imperativo del art. 14 C.E., a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (arts. 23.2 y 103.3), y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración (...)"

⁷⁹ STS 3674/2005, de 8 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Fdto. Jco. Cuarto.

A nuestro parecer, estas circunstancias, unidas a la dispersión geográfica y a la lejanía de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, dificultan la transparencia y el control del proceso selectivo del personal a su servicio, y permiten una actuación discrecional, contingente y difícilmente controlable de la Administración del Estado en el exterior.

Teniendo en cuenta que el lugar donde se desarrolla la prestación es un símbolo del Estado, así como la condición del Estado como verdadero empresario o empleador, los actos que se lleven a cabo en su nombre y representación deberían tratar de despejar cualquier sombra de duda e incertidumbre al respecto.

CAPÍTULO IV. EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR

INTRODUCCIÓN

Los recursos humanos son un elemento fundamental para poder desarrollar las relaciones internacionales en su plenitud a través de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior.

Pero su gestión y organización también pueden convertirse en un problema y en un impedimento para llevar a cabo tal cometido.

El Informe sobre la Reforma del Servicio Exterior, de 20 de junio de 2005, y anteriormente el Libro Blanco sobre la Administración del Estado en el exterior, ya ponían de manifiesto esta cuestión:

"La dotación de recursos humanos disponible no está adecuada a las necesidades actuales de nuestro Servicio Exterior. A parte del factor presupuestario, la falta de personal encuentra sus raíces de nuevo en la rigidez de las normas que lo regulan, tanto a nivel de personal funcionario como de contratado.

Los problemas de gestión de los recursos humanos se estructuran en problemas provocados por las rigideces administrativas, problemas derivados de la falta de adecuación del personal a las nuevas exigencias internacionales, problemas en materia de retribuciones, y otros problemas de gestión de personal".

Algunas voces se han alzado para poner de manifiesto las deficiencias con respecto a la capacitación y eficiencia de los diplomáticos y funcionarios, y con

preocupación por los incentivos en su carrera profesional⁸⁰, pero poco o nada se ha reparado en que el personal administrativo, técnico o de servicio de la Administración del Estado en el exterior, es decir, los trabajadores, también son miembros de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes españolas en el extranjero, y que son imprescindibles para su correcto funcionamiento.

Por eso este capítulo es uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro estudio, porque es preciso conocer quiénes forman parte de una Misión Diplomática o Representación Permanente (además de los Agentes Diplomáticos y funcionarios), cuál es su régimen jurídico, cuáles son sus funciones y las características de su prestación, y todas las vicisitudes de una relación contractual con la Administración General del Estado bastante desconocida.

Es preciso hacer referencia, sin duda, a los miembros del personal diplomático y a los funcionarios, pero es el personal administrativo, técnico y de servicio quien detenta la condición de trabajador y, por lo tanto, son el foco de nuestro análisis.

Los trabajadores al servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes son, posiblemente, el colectivo más ignoto dentro de toda la estructura orgánica encargada de las relaciones exteriores, a pesar de que como dice NIETO GARCÍA, "la insustituibilidad de este personal hace que en muchas ocasiones esté formado por *"extranjeros"*, es decir, por naturales del país, habida cuenta de que en muchos lugares no es fácil encontrar españoles disponibles y capacitados para cumplir estas funciones. El dominio de la lengua y las relaciones sociales del país es su gran triunfo y lo que verdaderamente les capacita, a lo que hay que añadir el dato... de su *permanencia y continuidad*".

⁸⁰ ESPÓSITO MASSICCI, C. "Reflexiones sobre la reforma del Servicio Exterior de España", en Publicaciones de FRIDE, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, Madrid, 2005, págs. 5 y 6.

1.- CLASES DE PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR DEL ESTADO

A.- ANTECEDENTES

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) define al personal laboral como aquel que, en virtud de contrato de trabajo, formalizado por escrito bajo cualquier modalidad de contratación, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas (art. 11.1).

Aunque la Constitución establece que los puestos de trabajo en la Administración tienen que ser cubiertos por funcionarios y que la contratación laboral ha de ser excepcional, el propio EBEP reconoce, coincidiendo así con las apreciaciones de los administrativistas, que una parte muy significativa de empleados públicos tienen la condición de personal laboral porque la flexibilidad de este régimen legal y su proximidad con los criterios de gestión en la empresa privada, resultan muy atractivos en determinados sectores de la Administración, a pesar de que la dualidad de regímenes suscita algunos problemas jurídicos y de que no existen razones para que la contratación laboral se generalice.

El personal laboral puede desempeñar los puestos de trabajo establecidos en las Leyes de Función Pública y que no impliquen el ejercicio de potestades públicas ni la salvaguardia de los intereses del Estado, por estar estos reservados a los funcionarios (art. 11.2 del EBEP).

El art. 15 c) de la LMRFP establece que podrán ser cubiertos por personal laboral los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas, de trámite, colaboración y auxiliares, que comporten el manejo de máquinas, archivo y similares.

El Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de 2014, incluye en las categorías de personal, entre otras, al personal

laboral, a los contratados y al personal vario, y reproduce literalmente la definición de personal laboral del EBEP.

Los contratados son personal con un contrato administrativo cuyo proceso de funcionarización o laboralización no ha concluido, a pesar de que han transcurrido más de tres décadas desde la entrada en vigor de la LMRFP, cuya Disposición Adicional Cuarta prohibía la celebración de contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo.

El personal vario es aquel que recibe sus retribuciones con cargo a los créditos de “personal vario sin clasificar” de los Presupuestos Generales del Estado.

La LASEE define al personal del Servicio Exterior como aquel que presta sus servicios en los Ministerios y está destinado en el extranjero.

El concepto induce a error porque el personal del Servicio Exterior no desempeña necesariamente la prestación fuera de España, dado que la característica que lo define es su vinculación con los órganos de la Acción Exterior del Estado, que bien pueden ser órganos centrales, y no el lugar donde se desarrolle la prestación de servicios⁸¹.

Con respecto al personal que integra la Misión Diplomática, que es lo que aquí nos interesa, la clasificación que proporciona la LASEE distingue entre funcionarios y personal laboral.

Pero la LASEE deja fuera de su órbita a los trabajadores contratados en el Estado receptor o en un tercer Estado, al servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones de España, que perciben sus retribuciones a cargo de la Dirección General del Servicio Exterior, y que también se encuentran bajo la dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, es decir, al personal local.

⁸¹ Dictamen del Consejo de Estado 394/2013, de 30 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Acción y del Servicio Exterior del Estado: “(...) la estructura interna del título IV induce a confusión en cuanto al concepto y composición del Servicio Exterior”.

B.- ENCUADRAMIENTO Y REGULACIÓN

El personal laboral de la Administración del Estado en el exterior se caracteriza por dos particularidades:

1ª.- Por llevar a cabo funciones administrativas de trámite, colaboración y auxiliares que no suponen el ejercicio de potestades públicas ni están vinculadas con la soberanía del Estado acreditante.

2ª.- Por desempeñar su puesto de trabajo en el extranjero.

La LASEE distingue como personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior a los funcionarios y al personal laboral (art. 54.1).

Al hacer referencia al personal laboral o a los empleados al servicio de la Administración del Estado en el exterior, estamos aludiendo exclusivamente a quienes detentan la condición de trabajadores en las Embajadas de España en el extranjero.

Teniendo en cuenta que una Embajada es el prototipo de Misión Diplomática Permanente, lo que se diga respecto de este colectivo de trabajadores es extrapolable a todo el personal laboral que presta servicios en los órganos de la Administración del Estado en el exterior y sus Organismos Autónomos, porque todos ellos actúan conforme a las directrices del Embajadores como Jefe de la Misión Diplomática o Representación Permanente.

La desafortunada redacción del art. 54.2 de la LASEE señala, sin distinción entre funcionarios y personal laboral, que el personal de la Administración del Estado tendrá la consideración de personal del Servicio Exterior durante el período de tiempo en que se encuentre destinado en las Misiones Diplomáticas, Consulados, Representaciones Permanentes o Representaciones y ocupe un puesto de trabajo de la RPT.

Veamos qué problemas plantea esta regulación:

Por lo que respecta a los trabajadores al servicio de la Administración Exterior, de la literalidad de la norma, se deduce que estamos ante una categoría de empleados que ya están vinculados a la Administración del Estado a través de una relación laboral previa a su destino en el extranjero.

Consideramos que ello es así porque el precepto indica que habrán de reincorporarse, al finalizar su destino, a un puesto de trabajo en el Ministerio al que estuvieran adscritos o en el departamento en el que prestaban servicios con anterioridad a su asignación en el Servicio Exterior del Estado.

¿Significa esto que la naturaleza de la prestación de un trabajador enviado por el Estado acreditante a una Misión Diplomática es de carácter temporal?

Si nos ceñimos al texto, tenemos que responder afirmativamente a esta cuestión, ya que, como se ha dicho con anterioridad, el art. 54.2 de la LASEE hace referencia al carácter periódico del destino y a la reincorporación al puesto de trabajo en el Ministerio o departamento de procedencia al finalizar aquel.

¿Sería igualmente temporal la prestación de servicios del personal local o la temporalidad se predica exclusivamente respecto al personal que tiene una relación laboral previa con la Administración del Estado acreditante?

Consideramos que, con relación al personal local, habrá que estar a lo establecido en las cláusulas del contrato individual de trabajo. Por lo tanto, el contrato del personal local, si se cumplen los requisitos necesarios para suscribir un determinado tipo de contrato, puede encuadrarse dentro de cualquier modalidad contractual.

Si tuviéramos en cuenta el catálogo de sujetos y la variedad de ámbitos de la Acción Exterior, a los que hacen referencia los arts. 5 y 14.2 de la LASEE,

podríamos considerar trabajador del Servicio Exterior a cualquiera que desempeñara su prestación laboral en alguno de ellos, ya que la característica que define al personal del Servicio Exterior es su conexión con los órganos de la Acción Exterior, pero hay que matizar.

De acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado 394/2013, "el concepto de Acción Exterior..., tampoco se delimita de forma conveniente, pues se aprecia una tendencia omnicomprensiva que resulta excesiva y precisa ser acotada. Así, el concepto de Acción Exterior... resulta desorbitado, pues incluye las actuaciones de todos los órganos constitucionales, Administraciones Públicas, organismos, entidades e instituciones de ellas dependientes, incluidos los organismos públicos, las sociedades estatales, las fundaciones públicas y las entidades consorciadas. Esta visión universalista de la Acción Exterior puede resultar desmesurada y difícil de atender en la realidad".

La competencia para definir la Acción Exterior corresponde al Estado exclusivamente (art. 149.1 de la CE) y su ejercicio al Gobierno (art. 97 de la CE), y ello supone que solo un sujeto de Derecho Internacional, en este caso el Estado, puede obligarse frente a otros en el ejercicio de su *ius contrahendi*.

De ello se deduce que, teniendo en cuenta que la Acción Exterior es el modo en el que los Estados se relacionan entre sí, conforme a los principios de soberanía e igualdad soberana, las Comunidades Autónomas, las sociedades estatales, las fundaciones públicas, etc. no son titulares ni del *ius legationis* ni del *ius contrahendi*, y por lo tanto, como bien dice el Consejo de Estado, carecen de la capacidad para pactar y obligarse en nombre del Estado.

Por otra parte, habrá que preguntarse dónde encuadrar o, mejor dicho, si pueden ser considerados personal del Servicio Exterior quienes ocupan un puesto de trabajo incluido en una "inexistente" RPT de la Misión Diplomática⁸², durante el período de tiempo en el que se encuentren destinados en ella, teniendo en cuenta que

⁸² STS 3293/2014, de 12 de mayo, de la Sala de lo Social, Antecedente de Hecho Cuarto y Fdto. Jco. Segundo.

la validez del contrato de trabajo se encuentra condicionada a que el puesto se halle comprendido en la RPT o instrumento similar.

Tampoco la LASEE hace mención alguna al personal laboral empleado en el servicio técnico y administrativo de la Misión Diplomática ni a los miembros del personal de servicio contratados en el Estado receptor, a los que hace referencia el art. 1 f) y g) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, lo que supone una omisión realmente importante, teniendo en cuenta que el personal local constituye el grueso del colectivo de trabajadores que llevan a cabo la prestación laboral en las Embajadas de España en el exterior.

Sin embargo, el Real Decreto 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración Pública en el extranjero, en su versión consolidada de 30 de octubre de 2001, se ocupa del personal contratado no residente en territorio nacional pero de nacionalidad española, quedando excluido de su ámbito de aplicación, el personal local de nacionalidad extranjera y el personal de nacionalidad española que opte por la aplicación de la legislación social del Estado receptor, cuyo régimen de afiliación y cotización se recoge en la Orden Circular 3/1997 sobre Seguridad Social local.

La regulación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración española en el exterior es parcial y se encuentra dispersa, como venimos observando, sin que la entrada en vigor de la LASEE haya conseguido condensar en un único texto tal dispersión normativa, como en su momento hiciera la LOFAGE con el régimen jurídico de la Administración General del Estado.

La norma que se ocupa de dar cobertura a la relación laboral entre el personal local y la Administración del Estado en el exterior es el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, de 3 de diciembre de 2007, que en su introducción establece que se aplicará como un conjunto de

condiciones mínimas a todo el personal contratado en el exterior, sea cual fuere su nacionalidad e independientemente de la legislación que regule sus contratos.

C.- SUJETOS

El art. 1 c) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas distingue textualmente tres categorías de miembros del personal de la Misión:

1^a) Miembros del personal diplomático.

2^a) Miembros del personal administrativo y técnico.

3^a) Personal de servicio.

El art. 54.1 de la LASEE señala que el personal al servicio de la Administración General del Estado en el exterior está integrado por:

a) Funcionarios.

b) Personal laboral.

Pero dado que aquí se está tratando únicamente el régimen jurídico del personal laboral, los sujetos de este estudio son:

1.- El personal laboral enviado por el Estado acreditante (art. 54.1 y 2 LASEE).

2.- El personal local contratado en el Estado receptor (art. 1 f) y g) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas).

Tanto el personal laboral enviado por el Estado acreditante, contemplado en la LASEE, como el personal local contratado en el Estado receptor, al que se refiere

la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, son trabajadores al servicio de la Misión Diplomática que ocupan puestos de carácter administrativo, técnico y de servicio, llevando a cabo funciones que no tienen carácter representativo desde el momento en que así lo disponga el contrato de trabajo⁸³.

Dentro de la Misión, las tareas de apoyo administrativo y técnico a la función diplomática corresponden a una categoría de personal que puede proceder del Ministerio encargado de las relaciones exteriores del Estado acreditante o ser un nacional del Estado receptor o incluso de un tercer Estado, contratado con autorización de tal Ministerio.

Al hablar de miembros del personal administrativo y técnico nos estamos refiriendo a quienes son empleados en el servicio administrativo y técnico de la Misión, trabajadores, no funcionarios.

Los miembros del personal de servicio son los empleados en el servicio doméstico de la Misión Diplomática.

En cuanto al personal administrativo y técnico, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 15.1 c) de la LMRFP, la posibilidad de recurrir a la contratación laboral para proveer un puesto de trabajo con funciones administrativas, de trámite y colaboración, y auxiliares, solo puede utilizarse cuando el puesto de trabajo estuviera ubicado en el extranjero, lo que en puridad supondría que tales funciones habrían de desempeñarse por funcionarios si se desarrollasen en territorio nacional⁸⁴.

Ello significa que, uno de los supuestos en los que es factible la contratación laboral en la Administración, viene delimitado por razón del lugar de la prestación de servicios en combinación con la naturaleza de las funciones: tareas

⁸³ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.* Curso de Derecho Diplomático..., pág. 224.

⁸⁴ ROQUETA BUJ, R. "La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcionarial, la estatutaria, la laboral y la contratación administrativa", en La Administración pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones públicas. Cuadernos de Derecho Judicial, 3, Consejo General del Poder Judicial, CD 0000302, Madrid, 2000, págs. 113-169.

administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares, y que se desarrollen en el extranjero⁸⁵.

La delimitación que hace CASTILLO DAUDÍ⁸⁶ del ámbito subjetivo no admite lugar a dudas. Dice la autora que, los indicios de lo que se entiende por personal administrativo y técnico y personal de servicio, se deducen de los debates en el seno de la Comisión de Derecho Internacional que elaboró el Proyecto de la Convención de Viena.

En aquellas discusiones, y a fin de determinar los privilegios e inmunidades de los que gozaría el personal que compone una Misión Diplomática, se establecieron dos categorías de personal oficial⁸⁷:

1) Personal oficial de primera categoría: Jefe de la Misión y Agentes Diplomáticos subalternos y agregados, que tienen plenitud de privilegios e inmunidades.

2) Resto del personal oficial: administrativo, de servicio y auxiliar, que comprende secretarios, criados, chóferes, etc. Algunos Estados les conceden privilegios e inmunidades importantes; otros les reconocen ciertos derechos; hay otros que solo otorgan privilegios e inmunidades con carácter de reciprocidad; y, por último, hay Estados que no se los conceden en absoluto.

Hay que hacer un inciso para diferenciar a los miembros del personal de servicio de los "criados particulares", que se contemplan en el apartado h) del art. 1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y que son personal al servicio de un miembro de la Misión Diplomática, pero no son empleados del Estado acreditante, y por lo tanto, quedarían fuera del ámbito subjetivo de esta relación laboral con la Administración. Es decir, los criados particulares no forman

⁸⁵ GODINO REYES, M. *Op. cit.* El contrato de trabajo..., pág. 163.

⁸⁶ CASTILLO DAUDÍ, M. V. "El régimen jurídico del personal al servicio de las Embajadas españolas en el extranjero", en Revista de Política Social, núm. 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1971, pág. 104.

⁸⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Vol. I. Actas resumidas del 9º período de sesiones, 1957, pág. 131.

parte de los miembros del personal de la Misión Diplomática al contrario que el personal de servicio.

La Orden Circular 8/1994, de 28 de noviembre, de la Dirección General del Servicio Exterior sobre ficheros de personal señala que, al objeto de disponer de los datos completos del personal que ejerce sus funciones en el Ministerio de Asuntos Exteriores, la Subdirección General de Personal dispondrá de unos ficheros, que se identificarán, para lo que aquí nos interesa, del siguiente modo:

a) Fichero de personal del Ministerio de Asuntos Exteriores. En el caso del personal contratado se establecerá una ficha modelo MAE-Mod. CE 012 en el momento de la firma del contrato.

b) Fichero de personal contratado en el extranjero. Se establecerá en el momento de la firma del contrato una ficha modelo MAE-Mod. CE 013 por cada persona contratada.

La Orden Circular 9/2003, de 26 de diciembre, de la Subsecretaría de Estado para Asuntos Exteriores sobre plantillas de personal contratado adscrito a las Representaciones de España en el exterior, recuerda las normas básicas que deben regir estas plantillas, por necesidades de clarificación y uniformidad del procedimiento con objeto, dice literalmente, de evitar que se produzcan situaciones irregulares.

Para ello dicta las siguientes instrucciones:

1.- Plantilla única y normalizada. Las plantillas de las Representaciones de España en el exterior son únicas, deben de ser aprobadas por la Comisión Interministerial de Retribuciones y no se puede alterar el número ni la composición interna de la plantilla sin la aprobación de esta Comisión.

2.- Adecuación a la realidad. Ha de existir una correspondencia exacta entre el personal que figura en nómina y el que trabaja realmente en la Representación sin

que en ningún caso pueda existir trabajando en la Misión, personal que no figure en la plantilla ni personal dado de alta en la Seguridad Social que no aparezca en la nómina del personal del Ministerio.

3.- Contrataciones temporales. Serán nulas todas aquellas contrataciones que no cuenten con la autorización previa de la Subdirección General de Personal.

a) El personal laboral del Servicio Exterior (personal contratado y enviado por el Estado acreditante)

Tal y como en su momento dictaminó el Consejo de Estado, la LASEE incluye muchos preceptos que regulan aspectos relativos a la organización interna de la Misión Diplomática, por ejemplo, las clases de personal y su nombramiento, acreditación, formación y cese, cuyo tratamiento resulta más conveniente en una norma de carácter reglamentario, porque su inclusión "además de resultar desequilibrada, presenta la conraindicación de conferirles una rigidez formal innecesaria".

Sin embargo, las enmiendas al articulado del Proyecto de Ley contemplaban incluso la regulación de la contratación y del régimen del personal laboral.

En la legislación española, el art. 54 de la LASEE dispone que tendrán la consideración de personal del Servicio Exterior:

1º.- El personal de la Administración del Estado durante el tiempo en el que estén destinados en las Misiones Diplomáticas.

2º.- El personal que ocupe un puesto de trabajo incluido en la RPT de la Administración del Estado y desempeñe su prestación laboral en las Delegaciones de la UE, Misiones Conjuntas con sus Estados miembros, Organizaciones Internacionales o intergubernamentales.

En ningún caso será considerado personal del Servicio Exterior quien ocupe un puesto en el Servicio Exterior Europeo.

A tenor de la definición de Servicio Exterior contenida en el art. 1.2 c) de la LASEE, no resulta acertado, a nuestro parecer, que haya de considerarse únicamente como personal del Servicio Exterior a aquel que actúa en el exterior, sino que tal calificación resulta de su vinculación con los órganos y unidades administrativas que diseñan la política y la Acción Exterior del Estado, y no del hecho de llevar a cabo la prestación en el extranjero, como ya hemos mencionado.

La exclusión como personal del Servicio Exterior de quienes lleven a cabo la prestación en el Servicio Exterior Europeo confirmaría tal argumento.

El personal del Servicio Exterior también ha sido definido como "un personal especial que realiza labores administrativas y técnicas de apoyo a las funciones diplomáticas y que goza de ciertos derechos que no posee el personal local contratado en el Estado receptor"⁸⁸.

Por su propia naturaleza, el personal de carácter administrativo o auxiliar no está incluido en el concepto de agente diplomático o funcionario consular pero goza de un *status* jurídico especial definido en los convenios internacionales sobre relaciones diplomáticas y consulares (Real Decreto 825/1978, de 2 de marzo, por el que se crea el pasaporte de servicio para el personal de las Representaciones Diplomáticas y Consulares de España en el extranjero).

El nombramiento del personal de las Misiones Diplomáticas es competencia exclusiva del Estado acreditante que, a diferencia de lo que ocurre con los Jefes de la Misión, no precisa la aprobación del Estado receptor (art. 7 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas).

⁸⁸ JARA RONCATI, E. La Función Diplomática. RIL Editores, Santiago de Chile, segunda edición, 2013, pág. 153.

Ahora bien, ello no significa que tanto el nombramiento como el cese del personal de la Misión se hagan a espaldas del Estado receptor.

Así, el art. 9 establece que "en cualquier momento y sin necesidad de alegar motivo alguno, el Estado receptor podrá declarar persona *non grata* a cualquier miembro del personal de la Misión"; y el art. 10 dispone que "habrá de notificarse al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor el nombramiento, la llegada, la salida y la finalización de las funciones del personal en la Misión".

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas permite un margen de discrecionalidad al Estado receptor para establecer el número de miembros que ha de tener la Misión Diplomática del Estado acreditante, atendiendo a sus circunstancias, condiciones y necesidades (art. 11).

Con respecto a sus derechos, el más destacable y significativo es que pueden disponer de un pasaporte oficial o de servicio.

El pasaporte de servicio se encuentra regulado en la Orden Circular 7/2003, de 19 de noviembre, y en el Real Decreto 825/1978, de 2 de marzo, por el que se crea el pasaporte de servicio para el personal de las Representaciones Diplomáticas y Consulares de España en el extranjero, sin distinción entre funcionarios y personal laboral.

Su expedición se lleva a cabo por el Ministerio de Asuntos Exteriores, que podrá otorgarlo exclusivamente al personal español de las Representaciones Diplomáticas españolas, cuando su necesidad esté justificada por razones de servicio, y tiene como finalidad, la adecuada acreditación de su cualidad jurídica ante las autoridades del país en el que ejerzan sus funciones, con objeto de facilitar el desarrollo de las mismas y asegurar el reconocimiento de sus derechos y obligaciones especiales.

b) El personal local

Aunque en principio pudiera parecer sencillo, no resulta fácil encontrar una definición de lo que se entiende por personal local de la Administración del Estado en el exterior, a pesar de que la Orden Circular 8/1994, de 28 de noviembre, sobre ficheros de personal, hace una mención expresa a esta categoría de trabajadores:

"Las Representaciones Diplomáticas y Consulares de España dispondrán en sus archivos de un fichero de personal de contratación local, estableciéndose en el momento de la firma del contrato una copia de la ficha modelo MAE.-Mod. CE 013.

Los ficheros de personal deberán mantenerse al día, indicándose las incidencias que se produzcan en cada caso. Los interesados podrán consultar su ficha personal e incluir modificaciones que la actualicen".

Aun así, en los encomiables intentos por establecer tal concepto, hay quien aún a las consideraciones sociológicas del término con las jurídicas, y define al personal local de la Administración Exterior del Estado como "aquellos servidores que, por razones personales y sociales, tienen interés en trabajar en un país determinado, con vocación de permanencia en el lugar de destino durante toda su carrera"⁸⁹.

Como decíamos en la introducción "de ordinario ocupan puestos subordinados... y constituyen la auténtica columna vertebral de las oficinas. Ellos permanecen, mientras que los funcionarios... van y vienen. Ellos garantizan la continuidad de la organización y a ellos tienen que dirigirse -y de ellos en cierto sentido dependen- las sucesivas promociones de los demás funcionarios: desde el Embajadores hasta el Delegado de Turismo".

Coincidimos con NIETO GARCÍA en que nos encontramos ante una categoría de trabajadores cuya peculiaridad jurídica y organizativa es que ingresan, o

⁸⁹ NIETO GARCÍA, A. *Op. cit.* "Selección y perfeccionamiento...", págs. 169 y 170.

están vinculados a la Administración del Estado acreditante, a través de un puesto de trabajo determinado y no de un cuerpo, que el título jurídico de su relación es el contrato laboral y que son naturales o residentes en el Estado receptor en el sentido literal del término.

Con respecto a la nacionalidad del contratado y al lugar donde se verifica la contratación para desempeñar un trabajo administrativo, técnico o de servicio, no hay mención alguna al respecto en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, como sí sucede con los miembros del personal diplomático cuya nacionalidad debe ser, en principio, la del Estado acreditante⁹⁰.

En cuanto a sus funciones, el personal administrativo y técnico lleva a cabo tareas de archivo, contabilidad, seguridad, centralita, traductores e intérpretes, recepción y despacho de la valija diplomática, etc.

Por su parte, el personal de servicio se ocupa del servicio doméstico de la Misión Diplomática y lleva a cabo trabajos de jardinería, portería, cocina, mensajería, conducción de vehículos oficiales, etc.

El personal de servicio es contratado mayoritariamente en el Estado receptor y suelen ser nacionales del mismo o de un tercer Estado.

La excepción a la libertad de circulación de trabajadores en el ámbito territorial de la Unión Europea se limita estrictamente a aquellos empleos que supongan el ejercicio de una potestad pública y la atribución de responsabilidad para la salvaguardia de los intereses generales de los Estados⁹¹.

⁹⁰ Art. 8.1. Los miembros del personal diplomático de la Misión habrán de tener en principio la nacionalidad del Estado acreditante.

2. Los miembros del personal diplomático de la Misión no podrán ser elegidos entre personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor, excepto con el consentimiento de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento.

3. El Estado receptor podrá reservarse el mismo derecho respecto de los nacionales de un tercer Estado que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado acreditante.

⁹¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y VIDA SORIA, J. La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos. Ministerio para las Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica, INAP, Madrid, primera edición, 1991, págs. 29 y 30.

El contrato de trabajo del personal local ha de ser sometido a la aprobación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y redactado conforme a las exigencias del Estado donde se lleva a cabo la prestación, aunque haya de respetar las normas de Derecho necesario absoluto del Estado acreditante, en este caso, España.

En cuanto a la ley reguladora de su contrato laboral, JARA RONCATI señala, que "el personal local no goza de los derechos laborales vigentes en el Estado acreditante y el vínculo con la Misión Diplomática está delimitado por las cláusulas que figuren en el respectivo contrato".

Ahora bien, el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, estableció que, en materia de contrato de trabajo, la ley aplicable podrá elegirse libremente por las partes, siempre que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección.

Si las partes no han hecho uso de su libertad de elección, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente (*lex loci laboris*), y si esto no pudiera determinarse, por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador, a no ser que el contrato presente vínculos más estrechos con otro país distinto del anteriormente mencionado, en cuyo caso se aplicará la ley de ese otro país. De ello se hablará más adelante.

En España, el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior, al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, se aplica al personal laboral contratado en el exterior, sea cual fuere su nacionalidad e independientemente de la legislación que regule sus contratos.

Se trata de un instrumento jurídico que establece un conjunto de condiciones mínimas aplicables a todo el personal laboral contratado en el exterior, sea cual fuere su nacionalidad y con independencia de la ley reguladora de sus contratos.

2.- LOS FAMILIARES DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR Y SU ACTIVIDAD LUCRATIVA

La conciliación de la vida personal y familiar con la prestación laboral es, desde antaño, un objetivo no solo en la legislación laboral sino también en el marco de la Función Pública.

Lo que en un principio fue concebido y encuadrado, dentro de la regulación de la movilidad geográfica⁹², como un derecho-deber de la trabajadora casada a ser trasladada a la localidad de destino de su marido⁹³, fue perfilándose poco a poco hasta quedar consolidado en un derecho individual de los empleados públicos, a la adopción de medidas que permiten y facilitan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio (art. 14. j) del EBEP).

En palabras de ALONSO OLEA, el llamado “derecho de consorte” es una medida de protección a la familia cuyo objeto es la reagrupación familiar⁹⁴.

Pero en el ámbito de la Función Pública, este derecho de preferencia, al entrar en contacto con los principios de igualdad, mérito y capacidad, ha sido cuestionado por entender que vulneraba los arts. 14 y 23.2 de la CE, concluyendo el

⁹² SALA FRANCO, T. “La movilidad geográfica”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 58, Madrid, 2005, págs. 110 y 111.

⁹³ Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961. Artículo tercero, tercera, dos: “Cuando la mujer casada siga a su marido por cambio de residencia de este, tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional al que viniere desempeñando, si la Empresa tuviera centro de trabajo en la localidad del nuevo domicilio conyugal”.

⁹⁴ ALONSO OLEA, M. Derecho del Trabajo. Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 9ª edición, 1985, pág. 185.

Tribunal Constitucional⁹⁵ que el derecho de consorte es una manifestación más de las circunstancias de prelación que conllevan la preferencia de unos solicitantes sobre otros.

No se trata de un privilegio sino de un hecho "justificado y razonable desde la consideración de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como la familia, a cuya protección están obligados los poderes públicos".

Es decir, en sentido técnico, no estamos ante un mérito a tener en cuenta para la cobertura de los puestos de trabajo en la Administración⁹⁶.

Además, se le concede al legislador una amplia discrecionalidad en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios (y también del personal laboral) para determinar los criterios de selección que se tomarán en consideración, siempre y cuando estos no vulneren de manera arbitraria los principios de mérito y capacidad⁹⁷.

Ello supone la adopción de medidas que mejoren las condiciones personales y familiares de quienes llevan a cabo la prestación al servicio de la Administración Pública⁹⁸.

El Informe para la Reforma del Servicio Exterior, de 20 de junio de 2005, ya contemplaba la mejora de las condiciones de vida del personal destinado en el exterior y de sus familias, pero centraba su interés, paradójicamente, en los colectivos de funcionarios y sus familias, obviando totalmente al personal laboral:

Para permitir la conciliación de la vida familiar y profesional (de los funcionarios) se recomendaban un serie de medidas:

⁹⁵ ATC 1325/1988, de 19 de diciembre, Fdto. Jco. Único.

⁹⁶ GÁMIR MEADE, R. "El derecho de consorte de los funcionarios públicos. Una aproximación al tema desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional", en Revista de Administración Pública, núm. 128, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 242.

⁹⁷ STC 60/1994, de 28 de febrero, Sala 1ª, Fdto. Jco. Cuarto.

⁹⁸ STC 200/1991, de 28 de octubre, Sala 2ª, Fdto. Jco. Cuarto.

a) Apoyo al trabajo del cónyuge en el exterior aumentando el número de acuerdos bilaterales para autorizar el trabajo del cónyuge en el país de destino, y creando una base de datos actualizada sobre las posibilidades de trabajo en el país de destino.

b) Adopción de medidas adicionales de apoyo "a la familia de los funcionarios que desempeñan su vida laboral en el extranjero", entre ellas:

- Pago de transporte anual para toda la familia, y en casos de fallecimiento de padres, hijos o hermanos.

- Gastos de escolarización.

- Crear una Unidad de Apoyo a la Familia y dotarla de medios para coordinar todas las medidas en beneficio de la conciliación de la vida familiar y laboral de los funcionarios que se trasladen o que regresen del exterior.

En la actualidad, el art. 60.2 de la LASEE establece que, en concurrencia con otros aspirantes y en igualdad de méritos, tendrá preferencia para ocupar un puesto de trabajo ya existente en la Administración del Estado en el exterior, el cónyuge o pareja de hecho del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, que con motivo de la prestación laboral traslade su residencia al extranjero.

Por lo tanto, la norma prevé el derecho de consorte como una circunstancia dirimente en caso de igualdad de méritos, no como una preferencia *ex lege* a favor del cónyuge para el acceso a los puestos de trabajo de la Administración en el exterior.

La norma amplía la regulación de tal prioridad y la extiende tanto al cónyuge como pareja de hecho, no solo de los funcionarios sino también del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado o de sus organismos dependientes destinados en el extranjero, ampliación que ya proponía GÁMIR MEADE, quien planteaba, hace más de dos décadas, que resultaba lógico que el

derecho de consorte funcionara, incluso cuando el cónyuge no ostentara la condición de funcionario público y estuviera unido a la Administración a través de un contrato laboral, y daba un paso más en la configuración del derecho de consorte, sugiriendo que operase también cuando el cónyuge, que residiera previamente en la localidad a la que se quisiera acceder, no fuera ni tan siquiera contratado laboral de la Administración:

"(...) En este sentido, tanto en el Reglamento de Provisión de Puestos (para los funcionarios sometidos al ámbito de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública), como en las normas sectoriales, que en lo que atañe a los concursos de traslado afectan a diversos colectivos de funcionarios, se podría incluir una fórmula en donde al lado de la mención del cónyuge con destino previo en la localidad que se solicita, se aludiera expresamente a aquellas otras personas que se encontraran unidas al solicitante del destino mediante una relación de facto (quienes a nuestro juicio (...) no tendrían por qué ostentar, a diferencia del solicitante de la plaza, la condición de funcionario). Esta fórmula cabría traducirla en un contenido regulatorio similar al siguiente: “el destino previo del cónyuge o de quien se encuentre unido por análoga relación de afectividad (...).

El contenido regulatorio supone (...) la necesidad de que se proceda a la modificación de la normativa que regula la figura del derecho de consorte (...).”

Pero, aparte de la posibilidad de que cónyuges o parejas de hecho se vinculen a la Administración del Estado en el exterior a través de su derecho de consorte, hay que tomar en consideración que también pueden ejercer su opción de llevar a cabo una actividad profesional remunerada, que no tenga relación alguna con la Administración del Estado acreditante.

Según VILARIÑO PINTOS, la posibilidad de que los familiares de los miembros de la Misión Diplomática puedan llevar a cabo tales prestaciones laborales ha de estar permitida y aceptada por el Estado acreditante y autorizada por el Estado receptor, que será quien establezca las condiciones para su ejercicio

tomando en cuenta el tipo de actividad que se pretenda realizar y su regulación en convenios bilaterales *ad hoc*⁹⁹.

Todos estos convenios, según señala el autor, contienen una regulación común:

a) La Representación Diplomática del Estado acreditante solicitará autorización al Estado receptor para que los familiares de los miembros de la Misión Diplomática puedan ejercer una actividad profesional.

b) La autorización será concedida cuando la persona cumpla los requisitos de cualificación que, en su caso, exigiera tal actividad.

c) La autorización podrá denegarse por razones de seguridad o por estar reservada la actividad a nacionales del Estado receptor.

d) La persona autorizada podrá llevar a cabo su actividad libremente en las mismas condiciones que la ejercieren los nacionales del Estado receptor.

e) La autorización expirará cuando cesen las funciones del miembro de la Misión, aunque se prevé la posibilidad de su renovación según la legislación interna del Estado receptor.

f) Solo se puede solicitar autorización para ejercer una actividad lucrativa a favor de aquellas personas del entorno más cercano e inmediato del miembro de la Misión Diplomática (cónyuge, hijos solteros menores de 21 años a cargo de sus padres o menores de 23 años que cursen estudios en centros de enseñanza superior e hijos discapacitados).

⁹⁹ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.* Curso de Derecho Diplomático..., págs. 331 y ss.

CAPÍTULO V. EL CONTRATO DE TRABAJO

INTRODUCCIÓN

A lo largo de este capítulo trataremos el contrato de trabajo del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en el exterior y veremos sus particularidades.

Iremos viendo cuáles han sido las vicisitudes de una relación que comenzó siendo de carácter administrativo y que se convirtió en laboral, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y del posterior proceso de laboralización.

Analizaremos por qué la Administración Exterior hizo uso de la contratación administrativa, para establecer el vínculo con el personal que presta servicios en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España alrededor del mundo, en vez de suscribir contratos de trabajo desde el inicio de la relación.

Estudiaremos las modificaciones que ha experimentado una parte de la normativa, que regula específicamente la relación entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio.

Y para concluir razonaremos por qué entendemos que la relación entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio fue laboral desde un principio, a pesar de la denominación que se le haya dado al vínculo contractual.

Pero antes de explicar toda la trayectoria que recorrió el contrato de trabajo del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en el exterior, hasta llegar a ser lo que es hoy, es necesario situarnos y definir qué es un contrato de trabajo.

Cualquier contrato de trabajo, nacional o internacional, es un acuerdo entre dos partes, trabajador y empresario o empleador, por el que una de ellas, el trabajador, se compromete a llevar a cabo la prestación de determinados servicios bajo la dirección del empresario, percibiendo por ello una retribución.

El contrato de trabajo se encuentra regulado en el Título I del Estatuto de los Trabajadores (ET) bajo el epígrafe “De la relación individual de trabajo”.

El art. 1.1 del ET delimita el concepto de contrato de trabajo sobre la base de cinco notas: carácter personal de la prestación, voluntariedad, dependencia, ajenidad y retribución.

Pero qué es lo que define concretamente un contrato de trabajo internacional: existe una relación laboral internacional cuando la prestación de servicios se desempeña en el extranjero, el trabajador y el empleador tienen su domicilio en diferentes Estados o cuando el contrato se haya suscrito en el extranjero¹⁰⁰, es decir, cuando el contrato de trabajo contiene un elemento de extranjería.

En el contrato de trabajo internacional nos encontramos, como dice IRIARTE ÁNGEL¹⁰¹, "ante una realidad polifacética que se caracteriza por contener un elemento de extranjería y por abarcar multitud de aspectos: competencia judicial internacional, ley aplicable, ejecución en el Estado receptor de las decisiones extranjeras en materia laboral, acceso de los extranjeros al mercado de trabajo nacional, diversas modalidades contractuales, problemas específicos y su solución".

La relación entre los trabajadores y la Administración del Estado en el exterior es peculiar, sin duda alguna, porque en ella se plantean problemas y cuestiones que no se dan entre otras Administraciones Públicas y sus trabajadores.

¹⁰⁰ SERRANO GARCÍA, M. J. Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios. Editorial Reus, S.A., Madrid, 1ª edición, 2011, pág. 41.

¹⁰¹ IRIARTE ÁNGEL, J. L. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2000. Universidad del País Vasco. Servicio de Publicaciones, Vitoria, 2001, pág. 101.

Las dificultades para analizar esta singular relación laboral entre la Administración Exterior y el personal a su servicio, se manifiestan desde un principio porque, entre otras razones, los trabajadores no siempre estuvieron vinculados a la Administración por un contrato laboral.

Como hemos señalado, el vínculo entre ambas partes comenzó siendo de carácter administrativo, en concreto, un contrato administrativo de colaboración temporal.

El objeto del contrato administrativo de colaboración temporal, regulado en art. 6.2 b) de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, era la colaboración, durante un determinado período de tiempo, en las tareas del respectivo ministerio, centro o dependencia para afrontar exigencias o circunstancias especiales que, en consideración a su volumen, no pudieran ser atendidas por los funcionarios de los que dispusiera el organismo.

1.- EL PROCESO DE LABORALIZACIÓN: DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE COLABORACIÓN TEMPORAL AL CONTRATO LABORAL

La relación del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior no fue siempre de carácter laboral.

En un principio, el vínculo que unía a la Administración Exterior con su personal comenzó siendo de carácter administrativo y se transformó en laboral por imperativo legal, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), y el proceso de laboralización que vamos a analizar a continuación.

La contratación de personal por la Administración del Estado tenía carácter excepcional, como se recogía ya en la Ley 109/1963, de 20 de julio, de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado.

El art. 6 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (LAFC) limitó los contratos para tareas concretas y específicas, a motivos extraordinarios o de urgencia, y los de colaboración temporal, a la especial circunstancia de que la función no pudiera ser atendida por funcionarios de carrera.

En el caso de las relaciones laborales que se fraguan dentro de las Administraciones Públicas, como es nuestro caso, estamos, como dice GODINO REYES¹⁰², ante un “juego de influencias cruzadas” entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo, con una manifestación evidente en el seno de la Administración del Estado en el exterior que viene de lejos, concretamente desde que la LAFC, abriera la puerta a las relaciones laborales en la Administración (art. 7) y permitiera que los ministros autorizaran la contratación administrativa de personal para la realización de determinadas prestaciones de carácter específico y temporal (art. 6).

Pero el origen de toda la problemática entre la Administración Exterior y el personal a su servicio, fue el mismo que en otras Administraciones Públicas: la Administración utilizó este tipo de contrato excepcional de manera abusiva dando lugar a una plantilla de trabajadores temporales en régimen administrativo¹⁰³.

Veamos cuál fue el inicio y cómo se fue desarrollando esta relación entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, hasta convertirse en lo que es a día de hoy: una relación laboral.

¹⁰² GODINO REYES, M. *Op. cit.* El contrato de trabajo..., pág. 320.

¹⁰³ RECUERDA GIRELA, M. A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L. “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario (Parte I)”, en *La Administración al día. Estudios y comentarios*. INAP, Madrid, junio 2013, pág. 3.

A.- NORMATIVA PRECONSTITUCIONAL

a) El Real Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado

Los contratos de personal regulados en el Título I de la LAFC se clasificaban en:

- Contrato de arrendamiento de servicios [art. 6.2 a)].
- Contrato administrativo de colaboración temporal [art. 6.2 b)].
- Contrato laboral (art. 7).

El art. 6.1 de la LAFC permitía a los ministros la autorización de contrataciones de personal para llevar a cabo estudios, proyectos, dictámenes y “otras prestaciones”.

El contrato de arrendamiento de servicios tenía como objeto la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia.

El objeto del contrato administrativo de colaboración temporal, regulado en el art. 6.2 b) de la LAFC, era la colaboración durante un determinado período de tiempo en las tareas del respectivo ministerio, centro o dependencia para afrontar exigencias o circunstancias especiales que, en consideración a su volumen, no pudieran ser atendidas por los funcionarios de los que dispusiera el organismo.

El contrato laboral no tenía un objeto definido en la LAFC. El art. 7 establecía que:

1. Son trabajadores al servicio de la Administración Civil los contratados por esta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable.

2. En todo caso, la admisión de trabajadores al servicio de la Administración Civil deberá ser autorizada reglamentariamente.

Cómo se distinguía, entonces, cuándo se trataba de un contrato administrativo o de un contrato laboral¹⁰⁴:

Estaríamos ante un contrato administrativo cuando la función a desarrollar fuera propia de los cuerpos de funcionarios y el puesto se encontrase dotado presupuestariamente.

El contrato sería laboral cuando el puesto, cualquiera que fuera su función o contenido, no estuviera contemplado como tal en los Presupuestos Generales del Estado, lo que para algún autor resultaba dudoso y discutible¹⁰⁵, ya que era la Administración quien elegía el régimen administrativo o laboral para establecer una relación contractual con una persona determinada.

Por ello, el Consejo de Estado tuvo ocasión de manifestar que las prestaciones laborales y administrativas "son sustancialmente idénticas, obedeciendo las diferencias de regulación a una simple técnica de organización, cuya utilización es facultad discrecional de la Administración según sus necesidades"¹⁰⁶.

En cuanto a la duración del contrato administrativo de colaboración temporal, era como máximo de un año y tenía que ser autorizado por los Ministros.

Cuando el contrato tuviera que ser por tiempo superior a un año, su aprobación correspondía al Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Superior de Personal.

¹⁰⁴ GARRIDO FALLA, F. "La nueva legislación sobre funcionarios públicos", en Revista de Administración Pública, núm. 43, Madrid, 1964, pág. 391.

¹⁰⁵ UCELAY DE MONTERO, J. A. "Jurisprudencia laboral en materia de funcionarios públicos", en Revista de Política Social, núm. 78, Madrid, 1968, pág. 111 y ss.

¹⁰⁶ Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1964 sobre las relaciones de empleo laboral y administrativa.

Sentado lo anterior, hay que señalar que los contratos del personal al servicio de la Administración del Estado en el Exterior superaron holgadamente tales límites, por lo que resulta difícil sostener que fueran de carácter temporal¹⁰⁷.

La relación entre la Administración Exterior y su personal se fue prolongando a lo largo de los años, y no precisamente por eventualidades especiales de la función como prescribía la norma.

b) El Decreto 1742/1966, de 30 de junio, por el que se regula la contratación de personal por la Administración Civil del Estado

El artículo primero del Decreto 1742/1966, por el que se regula la contratación de personal por la Administración Civil del Estado, incluía en su ámbito de aplicación al personal contratado conforme a las exigencias del art. 6 de la LAFC (contrato de arrendamiento de servicios y contrato administrativo de colaboración temporal).

Pero el artículo segundo b) y c) excluía expresamente de su amparo a los contratados laborales y al personal contratado en país extranjero, para prestar servicios en oficinas o dependencias del Estado español sitas en el exterior.

Sorprenderá, posiblemente, que dediquemos este apartado al Decreto 1742/1966, dado que excluía de su área de aplicación, tanto las relaciones laborales como cualquier tipo de contrato formalizado en el extranjero, que supusiera el desempeño de la prestación en las Misiones Diplomáticas, Representaciones Permanentes y otros órganos de la Administración española en el exterior.

¹⁰⁷ SSTS 598/2004, de 3 de febrero, Sala de lo Social, auxiliar administrativo de la Consejería y Oficina Laboral de España en Hannover (del 1-7-82 al 30-9-87); 7265/2003, de 18 de noviembre, Sala de lo Social, auxiliar eventual de la Oficina de Turismo de España en Bruselas (del 1-9-1976 al 1-8-1987); 4355/2003, de 23 de junio, Sala de lo Social, ordenanza de la Oficina Comercial de España en Berna (del 1-6-1974 al 1-6-1984 y del 1-6-1984 al 12-5-1987); 4148/2003, de 16 de junio, Sala de lo Social, oficial administrativo de la Oficina Comercial de España en Londres (del 1-1-1977 al 30-6-1984); 2812/2001, de 4 de abril, Sala de lo Social, oficial del Consulado General de España en Boston (del 1-10-1975 al 12-5-1987), etc.

Pues bien, no obstante y contraviniendo la exclusión contenida en la norma, la Administración autorizó los contratos suscritos por Embajadores y Cónsules al amparo del Decreto 1742/1966¹⁰⁸.

De acuerdo con el tenor literal de su articulado, quedarían excluidos del ámbito de aplicación del Decreto 1742/1966, el personal laboral, cualquiera que fuese el lugar de formalización del contrato, y el personal local (naturales o residentes contratados en el Estado receptor) que llevara a cabo la prestación de servicios en las Embajadas españolas y otras Misiones Diplomáticas o Representaciones Permanentes de España en el extranjero, con independencia de la modalidad contractual que rigiera su relación con la Administración del Estado en el exterior.

Es decir, las relaciones contractuales que regulaba el Decreto 1742/1966 eran aquellas que se habían formalizado en España como contratos de arrendamiento de servicios o de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo.

Teniendo en cuenta que los servicios del personal de la Administración del Estado en el exterior se llevan a cabo en las Embajadas y otros órganos de la Administración en el extranjero, en ningún caso podrían estar cubiertos por las disposiciones del Decreto 1742/1966.

Pero, probablemente, el motivo por el cual la Administración respaldó los contratos suscritos por Embajadores y Cónsules al amparo del Decreto 1742/1966, sea porque se consideraba que los contratos administrativos de colaboración

¹⁰⁸ Por lo tanto resultaría imposible encuadrar aquí una contratación verbal llevada a cabo en Bruselas para prestar servicios en el Consulado General de España, bajo la modalidad de contrato administrativo de colaboración temporal, aunque sin concretar la naturaleza jurídica de la relación, y al amparo del art. 2 d) del Decreto 1742/1966, que precisamente excluye de su ámbito de aplicación al personal contratado en el exterior para prestar servicios en dependencias del Estado español. (STS 4015/2003, de 10 de junio, Sala de lo Social, Antecedente de Hecho Primero). Ni tampoco resulta de aplicación el art. 4.1 del Decreto 1742/1966, a la prestación de servicios llevada a cabo en la oficina laboral de la Embajada de España en Basilea (Suiza) y en la Consejería Laboral de España en Londres (Reino Unido), como pretenden los trabajadores, por las mismas razones. (STS 4515/2002, de 19 de junio, Sala de lo Social, Fdto. Tercero).

temporal se formalizaban en España, dado que la sede de los ministerios contratantes está situada indiscutiblemente en territorio nacional.

B.- LA LEY 30/1984, DE 2 DE AGOSTO, DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

a) La Disposición Adicional Cuarta de la LMRFP y la doctrina sobre el alcance de la contratación administrativa y de la laboral

La Disposición Adicional Cuarta de la LMRFP establece que:

1.- A partir de la entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo.

2.- Los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones Públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil.

Según MARTÍN VALVERDE, la reducción del espacio de los contratos de régimen administrativo tuvo su punto de partida en la Disposición Adicional Cuarta de la LMRFP que, en oposición a lo dispuesto en la LAFC, prohibió la celebración por las Administraciones Públicas de contratos de colaboración temporal en régimen administrativo¹⁰⁹.

La proscripción que contenía la Disposición Adicional Cuarta estaba motivada por el uso abusivo de la contratación administrativa, que no hay que olvidar que había sido concebida tanto para la realización de trabajos específicos o

¹⁰⁹ MARTÍN VALVERDE, A. “Fronteras y “zonas grises” del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, Madrid, 2009, pág. 21 y ss.

extraordinarios como para hacer frente a situaciones de carácter excepcional, como era la colaboración en las tareas de la respectiva dependencia cuando, por exigencias y circunstancias especiales, no pudieran ser atendidas adecuadamente por funcionarios de carrera.

Sin embargo, la prohibición no era total porque subsistieron las contrataciones temporales en régimen administrativo para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales reguladas en el art. 6.2 a) de la LAFC, que se someterían a la legislación de contratos del Estado, civil o mercantil, según disponía el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la LMRFP.

Pero cuál es el alcance de la contratación administrativa y de la laboral tras la entrada en vigor de la LMRFP:

Sin haber logrado superar los confusos criterios (funciones del puesto y su dotación presupuestaria, como hemos mencionado) utilizados para diferenciar el contrato administrativo del contrato laboral, la jurisprudencia de los años 80 que mencionaremos a continuación, sostenía que la distinción entre ambos era difícil, porque el mismo tipo de servicios podía ser objeto tanto de un contrato de trabajo como de un contrato de carácter administrativo¹¹⁰.

No era la clase de servicios la que establecía de manera inequívoca la naturaleza del contrato sino “(...) la existencia de una normativa con rango de ley que autorice [autorizase] la adscripción al área de la contratación administrativa, lo que viene a determinar que el contrato celebrado será administrativo cuando la libre decisión de las partes así lo conciertan y claramente lo expresan”¹¹¹.

¹¹⁰ RECUERDA GIRELA, M. A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L. *Op. cit.* “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales...”.

¹¹¹ SSTS 9643/1989, de 17 de marzo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Tercero; 12453/1986, de 26 de noviembre, Fdto. Jco. Tercero.

Por lo tanto, la utilización del contrato administrativo y el encuadramiento normativo del supuesto de hecho impedía la presunción de laboralidad¹¹².

La alternativa entre contrato administrativo y contrato de trabajo es una cuestión de técnica organizativa y la Administración puede, dentro de los límites legales, decantarse por la relación de carácter administrativo o laboral¹¹³.

Pero también es cierto, como reconocen las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1986 y de 17 de marzo de 1989, que habrá que atender a la auténtica realidad del contrato sin ceñirse a la calificación que le den las partes.

No fue hasta una década más tarde cuando la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo trazó la línea fronteriza entre la contratación administrativa de obras y servicios y el contrato laboral¹¹⁴, doctrina que se mantiene en la actualidad:

"(...) Es cierto, y así se ha venido manteniendo con reiteración, que la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, ante la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, que llevó al legislador laboral... y a la doctrina jurisprudencial a señalar como criterio diferenciador el ámbito normativo regulador, y no la naturaleza del servicio prestado en forma tal que ese bloque normativo al que voluntariamente se acogen las partes es el que destruye la presunción de laboralidad..., lo que significa la necesidad de que el contrato incorpore expresamente esa remisión excluyente del orden social.

Es cierto también que la doctrina jurisprudencial señaló igualmente la necesidad de analizar las posibles irregularidades que pudieran existir en la contratación, indicando normalmente que las mismas no alteran la naturaleza

¹¹² NICOLÁS MARTÍNEZ, H. E. "Contratación laboral o administrativa de los empleados públicos", en El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral (coord. BURZACO SAMPER, M.), Dykinson, Madrid, 1ª edición, 2009, pág. 227.

¹¹³ STS 14637/1988, de 7 de junio, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Tercero.

¹¹⁴ SSTS 589/1998, de 2 de febrero, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Cuarto; 6020/1998, de 20 de octubre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Tercero.

jurídica de la relación, pero no es menos cierto que también ha expresado que lo dispuesto en la Ley 30/84 para la reforma de la Función Pública, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones Públicas queden exentas de someterse a la relación laboral, cuando actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo (...).

En cuanto al objeto del contrato administrativo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1998, declaró que:

"(...) La referencia en el artículo 19 de dicha Ley [LMRFP] al personal laboral y la prohibición establecida en la misma de celebrar contratos de colaboración temporal por las Administraciones Públicas, en régimen de Derecho Administrativo, motivó la publicación del RD 1465/85, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales en dichas Administraciones.

(...) está dictado para dar cobertura legal al contrato celebrado entre la Administración y una persona física en la realización de un trabajo específico y concreto, no habitual... pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal, sino un "trabajo específico", es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final". (Fundamento de Derecho Cuarto).

La presunción de laboralidad entraría en juego en el supuesto de que el personal contratado estuviera incluido en el "círculo organicista de la Administración", según indica NICOLÁS MARTÍNEZ, es decir dentro del ámbito de organización y dirección de la Administración como empresario o empleador que, como dijimos al principio de este capítulo, es uno de los pilares sobre los que se asienta el contrato de trabajo.

Los tribunales del orden social califican como laboral la relación en la que se observan las notas de laboralidad del art. 8.1 del ET. En el contrato administrativo, hay quien sostiene que se dan las notas características del trabajo autónomo:

habitualidad, carácter personal, directo, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona (art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo)¹¹⁵.

Pues bien, tras exponer todas las características del contrato administrativo de colaboración temporal y contraponerlo al contrato laboral, debemos plantearnos:

1º.- Si podemos considerar que las tareas del personal administrativo, técnico y de servicio¹¹⁶ de una Misión Diplomática, al que hace referencia el art. 1 f) y g) de la Convención de Viena de 1961, constituyen el objeto de la contratación administrativa de obras y servicios o de un contrato administrativo de colaboración temporal.

2º.- Si estamos ante trabajos específicos, cualificados o prestaciones de carácter temporal.

3º.- Si se sometieron las partes voluntariamente a la normativa legal que autorizaba la contratación administrativa.

b) La contratación al amparo del art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública

La redacción original del art. 15.1 de la LMRFP establecía que el Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los ministerios correspondientes, determinaría los requisitos de los puestos de trabajo de la Administración del Estado y cuáles de aquellos puestos, en atención a la naturaleza de su contenido, estaban reservados a los funcionarios.

¹¹⁵ NICOLÁS MARTÍNEZ, H. E. *Op. cit.* "Contratación laboral o administrativa...", págs. 235 y 236 (en referencia al criterio sostenido por el Magistrado Ilmo. Sr. Aramendi Sánchez).

¹¹⁶ Recordemos que las funciones del personal administrativo y técnico de la Misión Diplomática son: archivo, contabilidad, seguridad, centralita, traductores e intérpretes, recepción y despacho de la valija diplomática, etc. Y el personal de servicio se ocupa de la jardinería, portería, cocina, mensajería, conducción de vehículos oficiales, etc.

De una primera lectura podemos deducir que la norma era heredera del espíritu del art. 6 de la LAFC, que facultaba a los ministros para contratar personal discrecionalmente.

¿Qué consecuencias podemos extraer del texto inicial del art. 15?

Como señala GODINO REYES¹¹⁷ son tres:

1ª.- Que el régimen funcional y laboral se alternaban indistintamente en la Administración para cubrir los puestos de trabajo.

2ª.- Que en atención a su naturaleza, la reserva de determinados puestos de trabajo para ser cubiertos por funcionarios parecía ser la excepción y no la regla.

3ª.- Que era el Gobierno quien se atribuía la prerrogativa de decidir cuáles de esos puestos tenían que ocuparse por funcionarios o por trabajadores sin limitación alguna.

Al hilo de lo anterior no queda más que cuestionarse, como hace DEL SAZ CORDERO, qué debía entenderse por “naturaleza” y qué suponía esta regulación¹¹⁸.

"(...) La ambigüedad en la definición propiciaba no solo el uso indiscriminado de la contratación laboral que convivía de tú a tú con el régimen funcional en puestos de trabajo de idénticas características, sino que vulneraba la reserva de ley contenida en el art. 103.3 de la CE (...)", y a nuestro entender, también los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo en la Administración Pública.

Por ello, el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en la resolución al recurso de inconstitucionalidad planteado contra el tenor literal del art. 15 de la

¹¹⁷ GODINO REYES, M. *Op. cit.* El contrato de trabajo..., pág. 88.

¹¹⁸ SAZ CORDERO, S. del. Contrato laboral y Función Pública, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 44.

LMRFP, concluyendo en su sentencia 99/1987, de 11 de junio¹¹⁹, que tendría que ser una ley, y no el Ministerio de la Presidencia, la que determinase los supuestos y las condiciones en las que pudieran reconocerse vías alternativas al régimen estatutario para el acceso al servicio de la Administración Pública; y que los órganos administrativos habrían de sujetarse a tal previsión a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo podían ser cubiertos por quienes no poseyeran la condición de funcionarios.

El resultado implicaba:

1º) Un cambio en la redacción del artículo 15 de la LMRFP que se llevó a cabo por la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

2º) La obligación de que el legislador determinase qué puestos de trabajo podían ser desempeñados por personal laboral.

De este modo, el nuevo artículo 15 de la Ley 23/1988 estableció cuáles son las excepciones a la regla general, admitiendo que ciertos puestos de trabajo pueden ser cubiertos por personal laboral, entre ellos, los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite, colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.

C.- LOS ACUERDOS DE 27 DE MAYO DE 1985 DE ADAPTACIÓN DEL ACUERDO DE 11 DE ENERO DE 1985, SOBRE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA DE LA LEY DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El proceso de laboralización del personal contratado en régimen administrativo y con destino en el extranjero arranca con la LMRFP, cuya aprobación supuso, por una parte, impedir que la Administración celebrase contratos

¹¹⁹ STC 99/1987, de 11 de junio, Fdto. Jco. Tercero c) y d).

administrativos de colaboración temporal y, por otra, determinar las normas genéricas para que las funciones del personal contratado en régimen administrativo fueran desempeñadas por funcionarios públicos o por personal laboral, en base a lo establecido en la Disposición Transitoria Sexta del texto legal¹²⁰.

La Disposición Transitoria Sexta de la LMRFP establecía que en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno tendría que clasificar las funciones desempeñadas hasta ese momento por el personal contratado administrativamente y determinar los puestos que debían de ser ocupados por funcionarios públicos, por personal laboral y por personal en régimen laboral temporal (apartado 1).

El apartado 2 disponía que todo el personal que hubiera prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podía participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación, respetando los principios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinasen, y en las que se valorarían los servicios prestados por este personal.

Pero sin lugar a dudas, el eje de todo este proceso laboralizador, en el ámbito de la Administración del Estado en el exterior, fueron los Acuerdos de 27 de mayo de 1985, de Adaptación del Acuerdo de 11 de enero de 1985, sobre aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, al personal contratado administrativo destinado en el extranjero, firmados entre la Administración Pública y los representantes de las centrales sindicales UGT, CSIF y CC.OO.

Los Acuerdos de 27 de mayo de 1985 (que hay que tener en cuenta que fueron suscritos con anterioridad a la sentencia 99/1987, de 11 de junio, del Tribunal Constitucional y a la promulgación de la Ley 23/1988, que modificó el art. 15 de la LMRFP) establecieron que las funciones que realizaba el personal destinado en el

¹²⁰ STS 8157/2002, de 5 de diciembre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Tercero.

extranjero, que hasta entonces prestaba servicios como contratado administrativo, habían de ser calificadas como correspondientes al personal laboral.

Por tal razón, y a nuestro parecer, cabe inferir que la modificación del art. 15 de la LMRFP y sus excepciones son resultado directo de estos Acuerdos entre los representantes de la Administración Pública y los sindicatos y no solo del fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional que, como hemos dicho, fue posterior.

El objetivo de los Acuerdos era "facilitar la ocupación con carácter permanente de los citados puestos de trabajo al personal que los desempeña[ba], y para ello, el número de plazas convocadas será, al menos, igual al de los puestos de trabajo que vienen siendo desempeñados en la actualidad por el personal afectado por este Acuerdo". De lo que se deduce sin dificultad que no había opción alguna para que personas ajenas pudieran acceder libremente a cualesquiera de las plazas a convocar.

La Orden Circular número 751, de 2 de diciembre de 1986, remitida a todas las Representaciones de España en el extranjero por el subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores, ordenaba comprobar que las plazas a ofertar se correspondieran con las existentes y que las personas que las ocupaban ostentasen la nacionalidad española.

Decía la Orden Circular que "(...) de existir alguna plaza no incluida en la oferta, deberá comunicarse a la Subdirección General de Personal vía telegráfica urgente a fin de que, contrastados los datos con los servicios competentes se amplíe la oferta de esa Representación por telegrama(...). A fin de no crear falsas expectativas y problemas accesorios, se adjunta modelo de convocatoria en el que queda de manifiesto que no se trata de proveer plazas vacantes¹²¹ (...). Es necesario

¹²¹ Sin embargo, el 1 de diciembre de 1986, justamente el día anterior a la remisión de la Orden Circular núm. 751, la Dirección General de Gastos de Personal del Ministerio de Economía y Hacienda aprobaba el expediente de modificación de plantilla y el catálogo de puestos de trabajo del personal laboral en el exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores y establecía en sus consideraciones que "(...) la formalización de los contratos de trabajo y la modificación de las categorías del personal laboral ya contratado requeriría la existencia del correspondiente puesto de trabajo vacante".

insistir en el hecho de que inicialmente solo supone el cumplimiento de un precepto administrativo y no produce cambios retributivos ni profesionales".

Respecto a la sumisión a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad para la provisión de los puestos de trabajo en la Administración Exterior, la Orden Circular dejaba claro que, una vez constatada la correspondencia entre plazas a ofertar, plazas existentes y su ocupación por personas de nacionalidad española, debía exponerse durante una semana la convocatoria pública en el tablón de anuncios de cada Representación.

La convocatoria pública era un modelo único destinado al "personal español que en régimen de contratación administrativa presta[ba] servicios en las Representaciones y Centros dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores" que establecía como requisitos, además de la nacionalidad española y la mayoría de edad, los "conocimientos generales de legislación consular o trabajos de Cancillería político-administrativa".

En lo relativo al requisito de la nacionalidad para la provisión de los puestos de trabajo "ofertados", tanto los Acuerdos de 27 de mayo de 1985 entre Administración y sindicatos, como el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 1986, ignoraron al personal local de nacionalidad extranjera que prestaba servicios en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, diseñando el proceso de laboralización solo para el personal de nacionalidad española y contraviniendo de este modo, a nuestro entender, la legislación europea¹²².

Los Estados miembros solo pueden reservar a sus nacionales aquellos empleos en la Administración que impliquen el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad. Pero es más, incluso dentro de estos sectores entre los que se encuentra el Cuerpo Diplomático, no todos los puestos de trabajo implican el ejercicio de autoridad pública ni atienden a los intereses generales. De

¹²² España firmó los dos Tratados de Adhesión a la CEE el 12 de junio de 1985 y el documento de ratificación al Tratado de Adhesión a la CEE fue aprobado por las Cortes Generales mediante ley orgánica el 2 de agosto de 1985.

manera que las tareas administrativas, de asesoramiento técnico o mantenimiento y las que supongan labores instrumentales, no pueden restringirse a los nacionales del Estado acreditante¹²³.

Por lo tanto, en todo este proceso de laboralización que venimos analizando, la exigencia de la nacionalidad española para cubrir los puestos de trabajo del personal administrativo, técnico o de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, entraría en contradicción con la normativa comunitaria vigente a la sazón¹²⁴.

Los concursos, decía el segundo de los Acuerdos de 27 de mayo de 1985, "deberán convocarse y celebrarse necesariamente en los países donde radiquen los respectivos puestos de trabajo".

Al hilo de lo anterior, no podemos estar más de acuerdo con PARADA VÁZQUEZ¹²⁵ cuando afirma que, el concurso genera amplias suspicacias porque supone, no solo una desconfianza en la determinación de los criterios y baremos para resolverlo, sino también una valoración de los méritos sin examen "que en ocasiones parecen un retrato anticipado del que ha de resultar beneficiario", en nuestro caso, los contratados administrativos de nacionalidad española que ya ocupaban los puestos a laboralizar.

No yerra MORELL OCAÑA¹²⁶ al decir que, "la simple hipótesis de que unas personas puedan acceder al empleo público en puestos de cualquier naturaleza, sin la superación de las correspondientes pruebas selectivas, constituye una derogación singular del principio constitucional", y enumera cuáles han de ser las prescripciones

¹²³ MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. "Extranjería y prestación de servicios laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas", en Relaciones laborales en las Administraciones Públicas, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2007, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Madrid, 2008, pág. 364.

¹²⁴ España firmó los dos Tratados de Adhesión a la CEE el 12 de junio de 1985 y el documento de ratificación al Tratado de Adhesión a la CEE fue aprobado por las Cortes Generales mediante ley orgánica el 2 de agosto de 1985.

¹²⁵ PARADA VÁZQUEZ, J. R. Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público. Editorial Marcial Pons, Madrid, 9ª edición, 1995, pág. 437.

¹²⁶ MORELL OCAÑA, L. "Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa", en Revista de Administración Pública, núm. 156, Madrid, 2001, págs. 44 y 45.

para la provisión de los puestos de trabajo en la Administración Pública, a las que la Administración Exterior no puede ser ajena:

1ª.- Sistema de selección abierto para que sea posible la concurrencia de toda clase de personas interesadas en el acceso al puesto convocado.

2ª.- La convocatoria tiene que establecer los méritos exigibles con arreglo a una fundamentación objetiva, es decir, de acuerdo con las características de las plazas.

3ª.- El examen de los méritos ha de llevarse a cabo con el objetivo de eliminar aquellos que supongan la exclusión de los candidatos que no los posean, siempre que el predominio del requisito no tenga justificación desde el punto de vista de la función (por ejemplo: "la preconstitución deliberada de un mérito en favor de quien fue contratado o nombrado interino para el puesto que luego se convoca").

En cuanto a la publicidad de la convocatoria, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto¹²⁷, con motivo de la omisión del requisito de la publicación de las convocatorias en el BOE para la selección del personal laboral en el extranjero, determinando que "las disposiciones del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo) no se aplican a la provisión de puestos de trabajo en el extranjero, que se regirán por su normativa específica"¹²⁸.

¹²⁷ STS 3674/2005, de 8 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Fdtos. Jcos. Cuarto y Quinto.

¹²⁸ La Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se establecen criterios sobre selección de personal laboral en el exterior, de 18 de febrero de 2015, establece en su apartado quinto que "deberán publicarse completas en los tablones de anuncios del centro de trabajo donde radiquen los puestos convocados, en las oficinas del Estado español en la demarcación y en los centros y asociaciones de la colectividad española". En el caso de personal laboral fijo, "deberán anunciarse también en un diario a ser posible de tirada nacional en el país correspondiente o medio de difusión equivalente, y en la página web, si la hubiera, de la unidad a la que estén destinadas las contrataciones".

En nuestra opinión, la omisión de la publicación en el BOE no está justificada y la publicidad de la convocatoria, tal y como aparece regulada, no es apodíctica, ya que no basta para entender garantizado ni cumplido el art. 19.1º de la LMRFP, con que la Administración del Estado en el exterior se ciña a los requisitos de la específica normativa que regula la provisión de puestos de trabajo en la Administración Exterior. La premura y las dificultades de acceso y control de los requisitos de la convocatoria, motivadas por la dispersión de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, le restan el alcance general, la efectividad, la eficacia y la difusión que con la publicación se pretende.

En conclusión, puede afirmarse que, tanto la contratación en régimen administrativo como la posterior laboralización del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior, es cuestionable por varias razones:

1ª) Por el abuso en la utilización del contrato administrativo de colaboración temporal para atender las funciones que lleva a cabo el personal administrativo, técnico y de servicio destinado en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, que no han sido ni son temporales, específicas, concretas, de carácter extraordinario o de urgencia.

2ª) Hemos observado cómo, bajo la apariencia de un proceso selectivo, lo que se produjo realmente fue un allanamiento de las condiciones y requisitos para la ocupación, con carácter permanente, de los puestos de trabajo en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes españolas en el extranjero por el personal de nacionalidad española, que ya los venía desempeñando, transformando un contrato administrativo irregular en una relación laboral.

3ª) El proceso *ad hoc*, diseñado para laboralizar al personal de nacionalidad española unido a la Administración Exterior por un contrato administrativo de colaboración temporal podría incurrir, a nuestro modo de ver, en un quebrantamiento del art. 19.1 de la LMRFP, debido a que el sistema de selección no fue libre sino restringido para una determinada categoría de empleados, y por ello,

podría conculcar los principios de mérito y capacidad constitucionales que vinculan a cualquier Administración, según dispone el art. 9.1 de la CE y la normativa europea vigente durante el proceso laboralizador.

4ª) Teniendo en cuenta que las funciones que lleva a cabo el personal administrativo, técnico y de servicio de las Embajadas españolas en el extranjero no constituyen una manifestación del poder público ni de la soberanía del Estado, la exclusión del personal local del proceso laboralizador, infringe la legislación europea aplicable.

5ª) Dado que se trata de proveer las plazas con personal fijo (o permanente según los términos de los Acuerdos de 27 de mayo de 1985), sería preceptivo, como señala MOLINER TAMBORERO¹²⁹, la confección de la correspondiente RPT (relación de puestos de trabajo) y la selección del personal conforme a la oferta de empleo público mediante convocatoria pública y a través del concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad.

2.- LA OPCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: ¿CONTRATO ADMINISTRATIVO DE COLABORACIÓN TEMPORAL O CONTRATO LABORAL *AB INITIO*?

La Administración solo puede formalizar contratos laborales cuando las funciones a desarrollar no supongan la prestación de un servicio público y, dado que las tareas del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero, no se desempeñan como manifestación del poder público, por tratarse de quehaceres de clara naturaleza laboral y carácter permanente, vamos a analizar por qué la Administración del Estado en el exterior se decantó por el contrato administrativo de

¹²⁹ MOLINER TAMBORERO, G. *Op. cit.* "La contratación del personal laboral...".

colaboración temporal, regulado en el art. 6.2 b) de la LAFC, y no por el contrato laboral del art. 7, para establecer la relación con el personal a su servicio.

Hasta la década de los 50 se defendía la tesis de que todos los contratos de la Administración eran de naturaleza civil porque, en el ejercicio de su capacidad jurídico-privada, las Administraciones Públicas establecían relaciones con otros sujetos que producían consecuencias jurídicas recíprocas, en oposición a los actos administrativos que emanaban del poder público y cuyas consecuencias jurídicas eran unilaterales¹³⁰.

Así, el contrato era una institución del Derecho Civil y el acto administrativo, una categoría del Derecho Administrativo.

A partir de entonces y, sobre todo, tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, la jurisprudencia y la doctrina encabezada por GARCÍA DE ENTERRÍA¹³¹, que fue quien introdujo en la disciplina la figura del contrato administrativo, distinguen entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración y buscan las pautas para diferenciarlos.

En cuanto al objeto del contrato administrativo, según el autor, "(...) existe giro o tráfico administrativo cuando el sujeto Administración actúa para realizar obras y servicios públicos... La función o actividad que tiene por finalidad obras y servicios públicos es la propia del instituto administrativo en cuanto tal. Con la expresión "giro o tráfico" se hace referencia al ámbito de actuación que la Administración tiene como propio de sus funciones peculiares, al hecho de que la Administración actúe como un ente público y no al modo de los sujetos privados (...)".

¹³⁰ BOQUERA OLIVER, J. M. "Los contratos de la Administración desde 1950 hasta hoy", en Revista de Administración Pública, núm. 150, Madrid, 1999, págs. 13 y ss.

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. "La figura del contrato administrativo", en Revista de Administración Pública, núm. 41, Madrid, 1963, pág. 100 y ss.

En el plano laboral, "se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual una o varias personas participan en la producción, mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica bajo la dependencia de estos mediante una remuneración de cualquier clase"¹³².

El objeto del contrato era toda obra o servicio que se realizase por cuenta y dependencia ajenas (art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo).

En cuanto a la forma del contrato, se entendía existente entre quien daba trabajo u ofrecía un servicio y quien lo prestaba, aunque no figurase estipulación verbal o escrita (art. 3).

Para lo que nos concierne, el Estado quedaba equiparado al empresario y se consideraban trabajadores, entre otros, los obreros y operarios especializados o no en oficios, profesiones manuales o mecánicas, los que ejercieran trabajos triviales ordinarios, los llamados trabajadores intelectuales y cualesquiera otros semejantes (art. 5 párrafo segundo).

En cuanto a la contratación del personal en el seno de la Administración Pública, los ministros y el Consejo de Ministros tenían la facultad para autorizar tanto los contratos de arrendamiento de servicios como los contratos de colaboración temporal en régimen administrativo, mientras que los contratos de trabajo debían de estar autorizados reglamentariamente (arts. 6 y 7 de la LAFC).

Es decir, en el caso de la contratación administrativa para llevar a cabo tanto trabajos específicos, concretos, de carácter extraordinario o de urgencia como la colaboración temporal en las tareas que por su volumen, exigencia y circunstancias especiales no pudieran ser atendidas por funcionarios de carrera, la Administración ejercía una potestad discrecional.

¹³² Art. 1 del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por el contrario, si la Administración se decantaba por suscribir un contrato de trabajo, las condiciones de su ejercicio de opción estaban reguladas en las normas contenidas en la legislación laboral, y ya se dijo que, hasta la entrada en vigor de la LMRFP, era el Gobierno quien se atribuía la potestad de decidir la naturaleza administrativa o laboral de los puestos.

El artículo 4.3 del Decreto 1742/1966 que dio cobertura a los contratos de personal suscritos por Embajadores y Cónsules para desempeñar la prestación en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, a pesar de la exclusión de su ámbito de aplicación, prescribía que "los contratos que se celebraran en uso de la autorización concedida se formalizarían en documento administrativo", prescripción que se vulneró sistemáticamente¹³³.

A la vista de todos estos antecedentes no consideramos desacertado afirmar que desde un principio las notas de laboralidad predominaron en la relación contractual entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio en las Embajadas de España ante los Estados receptores, a pesar del *nomen iuris* de los contratos suscritos, lo que no basta para calificarlos como contratos administrativos¹³⁴.

¹³³ SSTS 5453/1998, de 29 de septiembre, Sala de lo Social, Antecedente de Hecho Primero (actora de nacionalidad argentina contratada verbalmente como asistente social para prestar servicios en la Embajada de España en Buenos Aires); 6923/1998, de 20 de noviembre, Sala de lo Social, Antecedente de Hecho Primero (actora de nacionalidad argentina que presta servicios como secretaria en la Oficina Cultural de la Embajada de España en Buenos Aires sin que conste el lugar de la contratación ni exista contrato alguno); 1020/2003, de 17 de febrero, Sala de lo Social, Antecedente de Hecho Segundo (actor residente en Bélgica que comenzó a prestar servicios como subalterno nivel E en el Consulado General de España en Bélgica sin contrato alguno si bien se consideró su relación como un contrato administrativo de colaboración temporal); 3930/2003, de 9 de junio, Sala de lo Social, Antecedente de Hecho Primero (nueve demandantes que prestan servicios en la Embajada de España en París como auxiliares administrativos, subalternos, oficiales, ordenanzas, contratados verbalmente en París y en Nueva York), etc.

¹³⁴ STS 13328/1986, de 23 de octubre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Segundo:“(…) 1º Para facilitar la naturaleza, administrativa o laboral, de la relación ha de estarse a la auténtica realidad del contrato sin atender a su “nomen iuris” o a la calificación que le den las partes; 2º Los servicios retribuidos por cuenta ajena, aun prestados a entidades públicas, han de presumirse, con presunción “iuris tantum” que entrañan relación laboral, según el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores; 3º Tal presunción queda, sin embargo, desvirtuada si de las cláusulas del contrato o de los términos en que los servicios se prestaron, si la contratación no quedó documentada, aparece que la relación está sometida a distinto régimen; 4º Las irregularidades que en la aplicación de las formas de contratación hayan podido producirse no tienen, en principio, entidad suficiente para transformar en laboral el carácter administrativo de los correspondientes contratos pactados por las partes”.

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional tienen declarado que "tanto la opción entre la contratación administrativa y otras alternativas de provisión de puestos de trabajo como la calificación de una relación jurídica no puede quedar al libre albedrío de las partes sino que ha de llevarse a cabo conforme a la legislación básica del Estado y habrá de producir los efectos que se deduzcan de su contenido y de acuerdo con la naturaleza que corresponda a sus circunstancias"¹³⁵.

Consideramos que la elección del contrato administrativo de colaboración temporal para dar cobertura a la relación entre la Administración del Estado en el exterior y los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes se debe a varias razones:

1ª) Por la insuficiencia de recursos para proveer plazas en propiedad¹³⁶.

2ª) Porque, como ya se ha apuntado, la contratación temporal en régimen administrativo era una potestad discrecional de los ministros.

3ª) Porque uno de los problemas en la gestión del personal contratado era que los procesos selectivos se prolongaban, y ello impedía cubrir las vacantes en un plazo razonable de tiempo¹³⁷.

4ª) "La aplicación de la normativa laboral local a las contrataciones es, en ocasiones, difícil de compatibilizar con la española, que es la supletoria. Y las Misiones Diplomáticas no disponen de asesoramiento de abogados locales hasta que

¹³⁵ STC 5/1982, de 8 de febrero, Fdto. Jco. Segundo: "(...) El carácter meramente facultativo (y alternativo de otros procedimientos de provisión) con el que se refiere a la contratación administrativa la Disposición adicional cuarta de la Ley impugnada (...) no permite tampoco sostener que esta vía de contratación administrativa sea considerada como la normal (...).

STS 10949/1986, de 10 de marzo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Cuarto D) Uno: "Que si bien es cierto que los negocios jurídicos tienen la naturaleza que ofrecen las prestaciones y contraprestaciones en ellos convenidas, no lo es menos que, de no darse una diferencia nítida de contenido esencial (será administrativo si han de consumarse actividades de este carácter y laboral cuando las pretensiones no tengan tal naturaleza), habrán de sujetarse al régimen administrativo si su clausulado así lo establece de manera diáfana.

¹³⁶ RECUERDA GIRELA, M. A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L. *Op. cit.* "Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales...".

¹³⁷ Informe sobre la reforma del Servicio Exterior de 20 de junio de 2005, págs. 37 y 38.

un caso llega a los tribunales" (Informe sobre la Reforma del Servicio Exterior, de 20 de junio de 2005). Con lo que las normas reguladoras de la contratación administrativa poseían un mayor grado de inteligibilidad, proximidad e inmediatez.

5ª) "Los privilegios de la Administración al suscribir contratos administrativos derivan de su consideración como poder, además de razones de carácter histórico e intereses políticos, como queda patente en la atribución a una jurisdicción específica de la competencia sobre los contratos administrativos"¹³⁸.

6ª) Se consideraba en su momento que, en caso de litigio, las sentencias dictadas por los tribunales contencioso-administrativos serían más favorables a los intereses del Gobierno que si las discrepancias surgidas a propósito de tales contratos eran resueltas por la jurisdicción ordinaria¹³⁹.

Independientemente de la denominación empleada para calificar la contratación del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior, la teoría que sostenemos es que los contratos de los miembros del personal administrativo, técnico o de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero fueron laborales desde un principio:

- En cuanto a la forma del contrato, solamente el contrato laboral podía concertarse de manera verbal y sin estipulación escrita. Los contratos que se suscribieron en uso de la autorización concedida por los ministros (art. 6 de la LAFC) debían formalizarse en documento administrativo.

- En el caso de no concretarse la naturaleza de la prestación se aplica la *vis atractiva* del orden social y entra en juego la presunción de laboralidad. La

¹³⁸ MEILÁN GIL, J. L. "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", en Revista de Administración Pública, núm. 191, Madrid, 2013, pág. 18.

¹³⁹ BOQUERA OLIVER, J. M. *Op. cit.* "Los contratos de la Administración desde 1950...", págs. 14 y 15.

naturaleza laboral del contrato no queda desvirtuada por que en alguna fase de la relación contractual las partes le hayan dado forma administrativa¹⁴⁰.

- Con respecto a la actividad u objeto del contrato, el personal administrativo y técnico se ocupa de tareas administrativas en las distintas áreas de actividad de la Misión Diplomática o Representación Permanente y de los trabajos de carácter técnico que pueden tener diverso alcance y contenido. El personal de servicio realiza los trabajos subalternos de la Misión Diplomática¹⁴¹.

- En lo relativo al ámbito de organización y dirección, el art. 1 de la Convención de Viena de 1961 define al jefe de la Misión como la persona encargada por el Estado acreditante para actuar con tal carácter. Conforme al art. 14 del derogado RD 632/1987, los Embajadores ejercían la jefatura superior de todo el personal de la Misión.

Por consiguiente:

1) La actuación del Estado como parte contratante no se llevó a cabo como una manifestación de su poder público sino como si de un empresario privado se tratase, ejercitando actos de gestión, tal y como establecía el art. 5 de la Ley del Contrato de Trabajo.

2) Las funciones del personal administrativo, técnico o de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes consisten en tareas de trámite, colaboración y auxiliares, que no comportan el ejercicio de potestades públicas ni están relacionadas con la representación de la soberanía del Estado acreditante.

3) La prestación laboral se desarrolló en todas y cada una de las relaciones contractuales bajo el ámbito de organización y dirección de los Embajadores y

¹⁴⁰ STS 2863/1997, de 24 de abril, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Cuarto.

¹⁴¹ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.* Curso de Derecho Diplomático..., pág. 184.

Representantes Permanentes como órganos directivos de la Administración General del Estado en el exterior, según lo establecido en el art. 6 de la LOFAGE.

En cuanto a la actual regulación de esta relación contractual, de acuerdo con el apartado 4 del Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 sobre las condiciones de trabajo para el personal que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado, el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del responsable de la unidad administrativa.

Por todo ello y para concluir, sostenemos la innecesariedad de un proceso para laboralizar a quienes, en nuestra opinión, fueron trabajadores al servicio de la Administración del Estado en el exterior desde el inicio de la relación contractual: miembros del personal administrativo, técnico y de servicio en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero que, recordemos, llevan a cabo tareas de archivo, contabilidad, seguridad, centralita, traductores e intérpretes, recepción y despacho de la valija diplomática, jardinería, portería, cocina, mensajería, conducción de vehículos oficiales, mantenimiento, etc., que ni son propias de los cuerpos de funcionarios, porque no entrañan el ejercicio de potestades públicas o funciones de autoridad, ni de carácter temporal porque no responden a una necesidad coyuntural.

CAPÍTULO VI. LAS PECULIARIDADES INTERNACIONALES DEL CONTRATO DE TRABAJO (I): EL PRIVILEGIO DE INMUNIDAD DEL ESTADO Y SUS EXCEPCIONES

INTRODUCCIÓN

Vamos a analizar seguidamente uno de los problemas que se plantean cuando un trabajador decide interponer una demanda contra la Misión Diplomática o Representación Permanente en la que presta sus servicios: la inmunidad del Estado y sus excepciones.

Aunque comencemos tratando la inmunidad como un escollo que se presenta en la relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, ya veremos que no es el único. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, si existe una relación cargada de problemas en el ámbito del Derecho del Trabajo es, sin lugar a dudas, el contrato de trabajo entre el Estado y los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes.

El vínculo contractual entre la Administración Exterior y el personal a su servicio, despliega una serie de dificultades a las que es ajena cualquier otra relación entre el personal laboral y la Administración Pública.

Ello se debe tanto al elemento de extranjería como a la condición del Estado como empleador.

El Estado, además de empresario, es el sujeto básico del Derecho Internacional cuyo estatuto está definido por su soberanía, independencia, igualdad y por estar constituido por un conjunto de poderes¹⁴², lo que implica, en nuestra opinión, que su posición dominante en la relación laboral con el trabajador se vea reforzada.

Hasta el siglo XIX no se plantea ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, la distinción entre la inmunidad de los Estados y las inmunidades de Embajadores y Soberanos, es decir, las inmunidades diplomáticas; y es casi rozando el siglo XX cuando se hace referencia por primera vez a la diferencia entre los actos del Estado como poder público y como *persona civile*¹⁴³.

Precisamente, esta condición de Estado soberano ha supuesto impedimentos tanto en el acceso a la jurisdicción, como inconvenientes para conseguir el cumplimiento efectivo de las sentencias favorables a las pretensiones de los trabajadores de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes del Estado acreditante ante el Estado receptor.

1.- CONCEPTO Y CLASES DE INMUNIDADES ESTATALES

La inmunidad, según recoge la Comisión de Derecho Internacional, es un derecho o un privilegio que presupone la concesión de ventajas positivas o sustantivas. Significa falta o ausencia de poder, o necesidad de no ejercer ese poder o suspender su ejercicio. En la doctrina clásica, su fundamento se halla en la transposición de los atributos de la persona del soberano (independencia, soberanía, igualdad y dignidad) al propio Estado.

¹⁴² ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P. "El Estatuto Internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)", en Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial, 11, Consejo General del Poder Judicial, 1994, Código CD 9401103, págs. 91 a 223.

¹⁴³ Segundo Informe sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial. Documento A/CN.4/331 de las Naciones Unidas, págs. 225 a 230.

Las inmunidades de un Estado se presentan "como una garantía del Estado para poder desarrollar cualquier actividad estatal soberana en el territorio de otro Estado sin que el desempeño de tales funciones pueda ser cuestionado por los jueces o tribunales internos de ese otro Estado, al tratarse de una actividad ejercida por un sujeto especial, como es el Estado, en el que concurren las características de ser soberano, independiente e igual a cualquier otro Estado"¹⁴⁴.

Estamos ante un principio de Derecho Internacional de carácter procesal que tiene una doble vertiente: puede referirse a la exención del proceso judicial de un Estado ante los órganos de la jurisdicción de otro o bien a las medidas de ejecución de sentencia¹⁴⁵.

En el primer supuesto hablaríamos de inmunidad de jurisdicción y en el segundo, de inmunidad de ejecución de sentencia (inmunidad de ejecución).

La inmunidad de jurisdicción es un límite al ejercicio de la jurisdicción de un Estado por otro, bien sea por razón de la materia o de la persona. Supone la falta de competencia de los órganos judiciales de un Estado para juzgar o dictar sentencias, y abarca todos los trámites del proceso judicial desde su incoación hasta el fallo¹⁴⁶.

Por simplificar diremos que un Estado no puede ser sometido a juicio ante los tribunales de otro Estado¹⁴⁷.

¹⁴⁴ RUIZ COLOMÉ, M. A. "La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 373.

¹⁴⁵ ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. "Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de Economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972", en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 6, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 503.

¹⁴⁶ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas*, Vol. II, 1ª parte. Documentos del 32º período de sesiones, 1980, pág. 214.

¹⁴⁷ RICHTER, M. P. "La inexistencia de inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral", en *Revista Real Card. Red de Asesoría Laboral de Centro América y República Dominicana*, núm. 6, Guatemala, 2011, pág. 37.

La inmunidad de ejecución, por su parte, se formula como la prohibición de medidas coercitivas contra un Estado extranjero y sus bienes por los tribunales de otro Estado¹⁴⁸.

Con respecto a las medidas de ejecución, la cuestión no surge hasta que no se ha pronunciado una sentencia favorable a las pretensiones del demandante: "(...) Si se admite que ningún Estado soberano puede ejercer su autoridad sobre otro Estado igualmente soberano (...), cabe afirmar *a fortiori* que no es posible ejercer ninguna medida coercitiva en forma de ejecución o coacción en virtud de la autoridad de un Estado contra otro Estado y sus bienes"¹⁴⁹.

La inmunidad de ejecución, según RUIZ COLOMÉ, "produce el efecto de impedir la ejecución del fallo, en el caso de que se hubiere concluido el procedimiento".

Sin embargo, la inmunidad del Estado se ve sometida a determinadas excepciones cuando se producen una serie de circunstancias.

Para lo que a nosotros nos interesa, la inmunidad del Estado decae cuando lleva a cabo actos como si de un particular se tratase, entre ellos, la formalización de un contrato de trabajo (art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes), aunque ya veremos que esta aseveración no es categórica.

2.- LAS TEORÍAS SOBRE LA INMUNIDAD

El principio de la inmunidad tiene un "origen jurisprudencial, lo que significa que han sido los propios tribunales nacionales los causantes del crecimiento y desarrollo progresivo de un conjunto de normas consuetudinarias que rigen las

¹⁴⁸ FERRER LLORET, J. "La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España", en Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. XXIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, pág. 8.

¹⁴⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Vol. II, 2ª parte, Informe de la Comisión a la Asamblea sobre la labor realizada en el 43º período de sesiones, 1991, pág. 61.

relaciones entre las naciones"¹⁵⁰. Tanto los tribunales nacionales como internacionales han ido construyendo y asumiendo la doctrina de la inmunidad de los Estados.

En los países de la *Common Law* (anglosajones), la concesión de la inmunidad otorgada al Estado acreditante (extranjero, según la Comisión de Derecho Internacional) por el Estado receptor (territorial, en los términos de la Comisión) se basaba en el consentimiento del Estado receptor, acreditado por el uso general.

Pero en la Europa continental, los tribunales italianos reconocieron y aplicaron ya en el siglo XIX la distinción entre *atti d'impero* y *atti di gestione*, ejerciendo la jurisdicción con respecto a estos últimos¹⁵¹.

La doctrina sobre la inmunidad de los Estados experimentó un desarrollo desde finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX, y así desde la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados, cualquiera que fuera la naturaleza de sus actuaciones, se fue evolucionando hacia una teoría de inmunidad restringida o relativa, que distingue entre los actos realizados por el Estado como ejercicio de su soberanía (actos *iure imperii*) y los actos sujetos a las reglas del tráfico privado (actos *iure gestionis*)¹⁵².

¹⁵⁰ LÓPEZ MARTÍN, A.G. "Las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España" en Cuadernos de Derecho Público, núm. 6, INAP, Madrid, 1999, pág. 158.

¹⁵¹ "El Estado, puesto que le incumbe atender a la administración de la colectividad y subvenir a las necesidades materiales de los ciudadanos, debe poder adquirir y poseer bienes, contratar, demandar y ser demandado, en suma: ejercer los derechos civiles de igual modo que cualquier otra persona física o jurídica" en el Segundo Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial. Documento A/CN.4/331 de las Naciones Unidas, nota 86, pág. 230.

¹⁵² Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 28 de mayo de 2015, por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Inmunidades de los Estados extranjeros y Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, págs. 4, 7 y 13.

A.- LA TEORÍA DE LA INMUNIDAD ABSOLUTA DE LOS ESTADOS

La doctrina tradicional sobre la inmunidad absoluta de los Estados se basaba en dos principios, territorialidad y personalidad, condensados en el aforismo *par in parem imperium non habet*¹⁵³, que significa que entre iguales no cabe poder.

La igualdad soberana es el principio fundamental del que derivan otros como son la prohibición de injerencia en los asuntos internos de otros Estados o la inmunidad de un Estado ante los tribunales de otro¹⁵⁴.

En principio, la inmunidad se predicaba respecto del monarca o soberano, y también de quienes actuaban en su nombre. Posteriormente, se aplicó al Estado y a sus bienes. Y por último, también se beneficiaban del privilegio de la inmunidad las Organizaciones Internacionales, sus representantes y sus funcionarios.

La aplicación de la teoría a favor de la inmunidad absoluta de los Estados siempre traía consigo la abstención de los tribunales nacionales de cualquier país para el enjuiciamiento de los litigios en los que fuera demandado un Estado u órgano estatal extranjero, con independencia de la naturaleza o finalidad de su actuación.

Se trataba de una excepción procesal de carácter absoluto, a no ser que el Estado demandado hubiera consentido someterse a los órganos judiciales del Estado del foro¹⁵⁵.

Como explica ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, "(...) con arreglo a la técnica de la inmunidad absoluta, adoptada inicialmente por Estados Unidos y el

¹⁵³ VILLA GIL, L. E. de la. "Anotaciones sobre la demanda en juicio contra Estados extranjeros", en Revista de Política Social, núm. 141, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 7.

¹⁵⁴ ESÓSITO MASSICCI, C. D. "Soberanía e igualdad en el Derecho Internacional", en Revista Estudios Internacionales, núm. 165, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Santiago, 2010, pág. 172.

¹⁵⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P. *Op. cit.* "El Estatuto Internacional del Estado...", pág. 94.

Reino Unido, se concedía siempre la inmunidad al Estado extranjero cuando era demandado ante los tribunales nacionales... Dichos tribunales rehusaban enjuiciar a Estados y órganos estatales extranjeros salvo en caso de consentimiento expreso o implícito del Estado extranjero en someterse a la jurisdicción interna de los tribunales del foro y estos dos países reclamaban idéntico trato cuando eran demandados ante los tribunales de otros".

Pero en la doctrina tradicional a favor de la inmunidad absoluta de los Estados, abanderada por los países anglosajones, se produjo un quiebro a principios del siglo XX¹⁵⁶.

La doctrina de la inmunidad absoluta había nacido en un período en el que el Estado únicamente llevaba a cabo actos políticos y soberanos, pero una vez que el Estado realiza actividades comerciales e industriales, el carácter de sus actos y de sus fines cambia y, por lo tanto, "se requiere un cambio doctrinario que explique un estado de cosas totalmente diferente al de la época pretérita"¹⁵⁷.

En nuestro país y en el área del Derecho del Trabajo, la doctrina de la inmunidad absoluta se plasmó en algunas resoluciones dictadas por el antiguo Tribunal Central de Trabajo, todas ellas anteriores a la entrada en vigor de la CE de 1978 (SSTCT 14 de octubre de 1975, 25 de noviembre de 1976, 3 de junio de 1977, 21 de abril de 1978), aunque también se dictó alguna en fecha posterior, en la que el Tribunal Supremo aplicaba la teoría de la inmunidad absoluta del Estado¹⁵⁸:

"(...) porque si bien es cierto, que la jurisdicción laboral es la única competente para conocer, resolver y ejecutar sus decisiones en los conflictos que se promuevan en la rama social del Derecho, la misma tiene los límites personales que así mismo son inherentes a la jurisdicción ordinaria, es decir, que en principio, a ella se encuentran sometidos todos los españoles y los extranjeros no exentos, de

¹⁵⁶ BARRIA GARCÍA, J. A. "Comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes", en Revista de Derecho Themis, nº 26, Asociación Civil Themis, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pág. 53.

¹⁵⁷ LLANOS MANSILLA, H. "Inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado que realiza actividades comerciales", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 2, núms. 1-2, 1975, pág. 19.

¹⁵⁸ STS 1589/1979, de 8 de noviembre, Sala de lo Social, Considerando Segundo.

acuerdo con normas de rango internacional o incluso del Derecho interno, dentro de las cuales se comprenden a los Estados extranjeros, los correspondientes Jefes de Estado de los mismos, los Jefes y miembros de misiones diplomáticas, preceptos que a su vez aparecen recogidos a través del artículo treinta y uno del Convenio de Viena de diecinueve de abril de mil novecientos sesenta y uno, que entró en vigor en nuestro país en 21 de noviembre de 1967, por adhesión de España al mismo, depositado en la Organización de las Naciones Unidas en veintiuno del mismo año y al que a su vez se adhirió Kuwait, y en el que se establece que el Agente Diplomático, gozará de inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa y no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, lo que por consiguiente, es aplicable a la jurisdicción laboral asimilable en este aspecto a la de carácter civil (...)"

Como señala muy acertadamente LÓPEZ MARTÍN, las resoluciones dictadas en esta línea confundían la inmunidad estatal con la inmunidad diplomática, lo que llevaba a "la nefasta consecuencia de no aplicar la norma jurídica pertinente al caso concreto"¹⁵⁹:

"Al caso enjuiciado no le son de aplicación los artículos 31 y 43 de los Convenios de Viena de 18 de abril de 1961 y de 24 de abril de 1963, a los que se adhirió España, como equivocadamente ha entendido el Magistrado "a quo", ya que únicamente otorgan inmunidad a los Agentes Diplomáticos y Consulares extranjeros a título personal y no al Estado al que representan, al que solo podrá extenderse la inmunidad absoluta en aplicación de una doctrina consuetudinaria caída en desuso..."¹⁶⁰.

Aunque los Estados sean reconocidos como iguales y soberanos, no están por encima del Derecho Internacional¹⁶¹.

¹⁵⁹ LÓPEZ MARTÍN, A. G. *Op. cit.* "Las inmunidades del Derecho Internacional...", págs. 159 y 160.

¹⁶⁰ STS 13001/1986, de 1 de diciembre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Tercero.

¹⁶¹ ESPÓSITO MASSICCI, C. D. *Op. cit.* "Soberanía e igualdad...", págs. 177 y 178.

B.- LA TEORÍA DE LA INMUNIDAD RESTRINGIDA DE LOS ESTADOS (ACTOS IURE IMPERII Y IURE GESTIONIS)

En España, y con bastante retraso respecto a otros países, comenzó a aplicarse la doctrina de la inmunidad relativa de los Estados tras la entrada en vigor de la CE, como ya hemos avanzado.

En los años 80, el Preámbulo del Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero señalaba que: "(...) la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final. Hoy en día, la mayor parte, si no la totalidad, de los Estados aceptan la teoría restringida de inmunidad de jurisdicción, lo que ha producido un aumento en el número de litigios en los que el Estado o sus Organismos son parte ante una jurisdicción extranjera".

La tesis de la inmunidad restringida o relativa establece que un Estado extranjero "(...) solo disfrutará de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del foro cuando ha efectuado actos de poder público o de soberanía (actos *iure imperii*) pero no si ha realizado actividades de carácter privado (actos *iure gestionis*). Desde esta perspectiva, el criterio empleado para distinguir si se concede o no inmunidad al Estado extranjero es la naturaleza del acto que ha realizado dicho Estado, de modo que disfrutará de inmunidad en sus actos de naturaleza pública -cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho Público... -, pero no en sus actos de naturaleza privada, cuando el Estado opera en el marco de una relación de Derecho Privado pues, de hecho, ese tipo de actividades pueden ser efectuadas por particulares (...)"¹⁶².

Para diferenciar cuándo nos encontramos ante un acto *iure imperii* o *iure gestionis*, se utilizan dos criterios¹⁶³:

¹⁶² IGLESIAS VELASCO, A. "Las barreras a la aplicación del Derecho Internacional por las jurisdicciones estatales", en Revista Jurídica de la UAM, nº 28, Madrid, 2013, pág. 111.

¹⁶³ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P. *Op. cit.* "El Estatuto Internacional del Estado...".

1.- Según la naturaleza del acto. Serán actos *iure imperii* aquellos que solo sean susceptibles de realizarse por el Estado; y actos *iure gestionis* los que también puedan ser objeto de la iniciativa de los particulares.

2.- Según el objeto o fin del acto. Los actos *iure imperii* tendrán por objeto una función exclusivamente estatal; y aquellos que tengan como finalidad una función ajena a la soberanía del Estado serán actos *iure gestionis*.

Los actos *iure imperii* gozan de inmunidad, no así los actos *iure gestionis*.

Es difícil trazar la línea divisoria entre ambos, ya que los criterios de distinción difieren de unos Estados a otros, y así un mismo acto puede ser considerado por los tribunales de un Estado como *iure imperii* y por los de otro Estado, acto *iure gestionis*¹⁶⁴.

A partir del último cuarto del siglo XX, "existe una tendencia ininterrumpida, sobre todo en los países anglosajones, de aprobar leyes nacionales en materia de inmunidades cuyo fin es dotar de unas claras directrices a los Estados extranjeros y a los órganos jurisdiccionales internos para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones internacionales"¹⁶⁵.

Esta labor legisladora prescinde de la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, establece la inmunidad de los Estados como regla general y relata una serie de excepciones tasadas a la misma.

¹⁶⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, C. "(...) De hecho, pudiera darse el caso de que un mismo acto sea considerado en dos países, que empleen criterios diferentes, como sujeto o no a la inmunidad de jurisdicción; pensemos en un supuesto clásico: la compra de suministros militares por un Estado a una empresa de otro (botas, uniformes...) puede por la naturaleza del acto (contrato de compraventa) considerarse como de gestión, mientras que si atendemos a su finalidad (satisfacción de funciones propias de las Fuerzas Armadas) sería seguramente un acto *ex iure imperii*...", en "La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2005)", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, núm. 2, Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III, Madrid, 2011, pág. 4.

¹⁶⁵ Dictamen del Consejo de Estado núm. 693/2015, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y sobre régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones Internacionales celebradas en España.

3.- LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Una vez que hemos explicado cuáles son las teorías sobre la inmunidad del Estado, en qué consisten y cómo se han ido desarrollando, vamos a centrarnos en su aplicación práctica en el campo del Derecho del Trabajo.

Inicialmente se consideraba que la inmunidad de jurisdicción era absoluta y, por lo tanto, no era posible demandar a un Estado extranjero por incumplimientos laborales, porque se entendía que las actividades del Estado eran públicas.

Pero a medida que el Estado fue extendiendo sus actividades a otros ámbitos, los argumentos para sostener tal teoría fueron perdiendo solvencia y comenzó a resquebrajarse el sistema de inmunidad absoluta que abanderaban el Reino Unido y los Estados Unidos¹⁶⁶.

En el ámbito del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados o Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, ratificado únicamente por ocho Estados entre los que no se encuentra España, se incluye el contrato de trabajo en un catálogo de casos en los que se priva a los Estados del beneficio de la inmunidad pero con excepciones¹⁶⁷ (art. 5).

Un Estado contratante no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado contratante si el procedimiento tiene relación con un contrato de trabajo formalizado entre el Estado y una persona física, cuando el trabajo deba ser cumplido en el territorio del Estado del foro, excepto:

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M. "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones de Derecho Internacional en el proceso laboral", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 73, Madrid, 2008, pág. 107.

¹⁶⁷ ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. *Op. cit.* "Las inmunidades de jurisdicción y ejecución...", págs. 527 y 528.

- Cuando la persona física tenga la nacionalidad del Estado empleador en el momento de la interposición de la demanda.

- Cuando en el momento de la celebración del contrato no tuviera la nacionalidad del Estado del foro ni tuviera su residencia habitual en el territorio de este Estado.

- Cuando las partes del contrato hubieran convenido otra cosa por escrito, a menos que, según la ley del Estado del foro, solo los tribunales de ese Estado sean competentes por razón de la materia.

El Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General de las NU (1991) ha conseguido aunar ambos criterios (según la naturaleza y el objeto del acto), para incluir el contrato de trabajo en la esfera de las excepciones a la inmunidad.

De este modo, la excepción comprende los servicios o trabajos que realiza una persona física para un Estado (contratante o acreditante) dentro del territorio de otro Estado (del foro o receptor), y se aplica a las condiciones del contrato de trabajo.

Al hilo de lo anterior, es necesario recordar que el personal administrativo y técnico de la Administración Exterior realiza funciones que consisten en tareas administrativas de trámite, colaboración y auxiliares, que comportan manejo de máquinas, archivo o similares (art. 15 c) de la LMRFP). Y el personal de servicio se ocupa del servicio doméstico de la Misión Diplomática (art. 1 g) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas). Tales funciones no son expresión del poder público ni están relacionadas con él.

No está de más recalcarlo porque erróneamente se ha considerado que las sedes de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes son territorio español y se ha extendido el ámbito de aplicación de la inmunidad *ratione personae*

a las relaciones laborales del Estado acreditante con los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio (*ratione materiae*)¹⁶⁸:

"(...) el único límite que tiene el Estado receptor deriva del art. 38 del citado Convenio [Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas] según el cual dicho Estado "ejerce su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las actividades de la Misión". Igualmente la inviolabilidad del domicilio que establece su art. 29 alcanza solamente al personal diplomático y a su familia, pero no a los miembros de la misión que sean residentes permanentes en el Estado receptor. En ningún caso se consideran estas oficinas como territorio nacional del Estado representado. A lo dicho se suma el dato de que el colectivo de trabajadores al que nos referimos no son agentes del Estado español, sino trabajadores por cuenta ajena, que entran al servicio de la sede diplomática por vía del contrato de trabajo"¹⁶⁹.

De lo que se deduce que, ni el personal administrativo y técnico ni el personal de servicio de una Misión Diplomática llevan a cabo funciones vinculadas a la soberanía del Estado acreditante ni como manifestación del poder público, porque esas funciones están reservadas a quienes poseen la condición de personal diplomático y funcionarios: "Las funciones que implican el ejercicio de autoridad y

¹⁶⁸ "Así, pues, la ficción de la extraterritorialidad o de los derechos extraterritoriales de los embajadores, que hace ya tiempo que se ha visto desmentida por la práctica internacional, no ha tenido nunca una aplicación coherente en lo que respecta a los Estados. Como cada Estado posee un territorio que no se superpone al de otro Estado ni coincide con él, no hay una presencia física, como en el caso de un diplomático acreditado, en la jurisdicción territorial de otro Estado" en el Segundo Informe sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial. Documento A/CN.4/331 de las Naciones Unidas, párrafo 20, págs. 214 y 215.

¹⁶⁹ MOLINA MINGUELA, R., SÁNCHEZ ASTUDILLO, F. y PORRAS COSO, A. "(...) la inviolabilidad de los locales de la misión no convierte a los mismos en territorio del Estado acreditante, lo que de modo alguno puede admitirse sobre la base de la teoría del interés o necesidad de la función... No hay duda de que los locales de las misiones diplomáticas están en territorio del Estado receptor, son territorio del Estado receptor y están sujetos a su derecho; por eso el Estado acreditante no puede realizar en ellos ni desde ellos actos de autoridad en ejercicio de la propia soberanía..." "Sobre la no aplicación del convenio colectivo del Ministerio de Asuntos Exteriores al personal laboral que presta sus servicios en el extranjero", en Revista de Derecho del Trabajo, núm. 79, Civitas, Pamplona, 1996, pág. 930.

Vid. VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.* "Curso de Derecho Diplomático...": "(...) Asimismo, porque no hay extraterritorialidad, los actos y hechos..., que se realicen o se produzcan en los locales de la misión se realizan o producen en el Estado receptor y no en el acreditante y, por ello, salvo que sean propios del ejercicio de las funciones oficiales o tengan un particular trato en razón del *status*, les será aplicable la legislación del Estado receptor", págs. 250 y 251.

la salvaguarda de intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas deben ser forzosamente realizadas por aquellos empleados que tengan la consideración de funcionarios y que además posean la nacionalidad española"¹⁷⁰.

4.- EL CONTRATO DE TRABAJO COMO EXCLUSIÓN AL PRIVILEGIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y SUS EXCEPCIONES

La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004, ratificada por España el 21 de septiembre de 2011, pero que no ha entrado todavía en vigor, dedica su Parte III a los "Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer", y dentro de ella el artículo 11 se refiere a los "Contratos de trabajo".

Como ya se dijo en la introducción de este capítulo, la formalización de un contrato de trabajo es una excepción al privilegio de la inmunidad de un Estado.

Pero el párrafo 2 del art. 11 de la Convención de NU recoge las excepciones a la excepción.

Es decir, para lo que a este estudio concierne, el Estado acreditante sí podría intentar hacer valer su inmunidad ante el Estado receptor en los siguientes supuestos:

1º) Si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural.

2º) Si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el jefe del Estado, el jefe del Gobierno o el ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado.

¹⁷⁰ CANTERO MARTÍNEZ, J. Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial. Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria, 2010, pág. 1.

3º) Si el empleado fuera un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento a no ser que tuviera su residencia permanente en el Estado del foro¹⁷¹.

4º) Si el Estado empleador y el trabajador hubieran convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

La reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, reproduce literalmente en su artículo 10 la regulación de la Convención de NU sobre la materia.

A.- LA CONTRATACIÓN, LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO Y LA REPOSICIÓN (READMISIÓN) DEL TRABAJADOR EN EL PUESTO DE TRABAJO

En el año 1979, los documentos del trigésimo primer período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional contemplaban los "contratos de empleo" como una de las posibles excepciones a la norma general de la inmunidad de los Estados.

Se cuestionaba, en primer lugar, si el nombramiento o el despido podían ser considerados como actos de autoridad soberana. Y, en segundo lugar, se distinguía entre el acto del nombramiento o del despido, que estarían protegidos por la

¹⁷¹ Cfr. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Vol. II, 2ª parte, Informe de la Comisión a la Asamblea sobre la labor realizada en el 43º período de sesiones, 1991, pág. 47: "(...) favorece también la aplicación de la regla de la inmunidad del Estado cuando el empleado no sea nacional del Estado del foro ni residente habitual en el mismo. La fecha que cuenta en una u otra de estas condiciones está determinada por el momento de la celebración del contrato de trabajo. Si se adoptase una fecha diferente, por ejemplo el momento en que se promueve el proceso, surgirían nuevas complicaciones, puesto que podría haber incentivos para cambiar de nacionalidad o para establecer la residencia habitual o permanente en el Estado del foro (...)".

inmunidad, y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales, que no estarían amparadas por la regla de la inmunidad de los Estados y, por lo tanto, podrían constituir una "posible excepción" al privilegio.

En la misma línea se pronunciaba también el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de 1991.

El Estado acreditante (empleador) realiza un acto en ejercicio de su poder público (acto *iure imperii*) cuando lleva a cabo la selección, contratación y nombramiento de un empleado y, por tanto, no puede ser obligado por los tribunales del Estado del foro (receptor) a contratar a un trabajador o a mantenerlo en su puesto de trabajo ni tampoco a la readmisión en caso de despido ("reposición", en los términos de la Convención), porque se consideran actos de autoridad soberana¹⁷².

Pero si bien es verdad que la excepción contenida en el apartado c) del art. 11.2 de la Convención de NU sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, hace referencia a la contratación, renovación del contrato de trabajo y a la reposición (readmisión) de una persona natural, como materias objeto de un litigio en el que un Estado puede hacer valer su inmunidad ante los tribunales del Estado del foro, ello no significa, como señalan los Informes mencionados, que "las controversias concernientes a las condiciones de los contratos de empleo" estén protegidas también por la inmunidad ni que el trabajador no pueda instar una demanda contra el Estado empleador cuando considere vulnerados sus derechos.

En este sentido, el apartado 10) de los comentarios al art. 11 del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991 señala que:

"La regla de la inmunidad se aplica solamente a los procedimientos relativos a la contratación, renovación del contrato o reposición de un candidato, sin perjuicio de los posibles recursos de que disponga en el Estado del foro para obtener indemnización o compensación por "despido injusto" o por incumplimiento de la

¹⁷² GÓMEZ JENÉ, M. "Inmunidad y contrato de trabajo", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 147, Civitas Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 607 a 638.

obligación de contratar o de renovar el contrato. En otras palabras, este apartado no impide que un empleado ejercite una acción contra el Estado empleador en el Estado del foro en demanda de indemnización por daños o perjuicios resultantes de la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la readmisión de una persona".

La condena alternativa en los supuestos de despido improcedente era ya una posibilidad que se contemplaba en alguna sentencia del antiguo Tribunal Central de Trabajo, para los contratos laborales en la Administración Pública:

"(...) armonizando los preceptos constitucionales infringidos con los de la normativa laboral, así mismo infringidos, se obtiene una interpretación correctora del art. 56 E.T., aplicando de ésta tan solo el aspecto indemnizatorio, y no la alternativa de la readmisión...". (Sentencia de 11 de febrero de 1988).

"(...) se da la circunstancia de que tratándose de la Administración, ha de tenerse presente que el acceso a la plantilla ha de hacerse en función del mérito y capacidad, conforme preceptúa el art. 103 C.E., por lo que... ha de estimarse que la alternativa en la opción, por parte del empresario en favor de la readmisión infringe el principio constitucional antes expresado, procediendo, en consecuencia, la condena a una indemnización equivalente a...". (Sentencia de 12 de mayo de 1988).

B.- LA DESTITUCIÓN DEL TRABAJADOR O LA RESCISIÓN DEL CONTRATO

En el epígrafe anterior ya hemos avanzado someramente en qué consiste esta excepción que se designa con los nombres de "destitución o rescisión" y que no es ni más ni menos que el despido, aunque en todo el articulado de la Convención de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no se mencione ni una sola vez la palabra "despido".

El Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 1991 señala el despido como un acto unilateral de potestad soberana, por lo tanto, amparado por la

inmunidad. Pero para que esa inmunidad se haga efectiva han de darse estas condiciones:

1ª) Que el acto del despido o destitución se efectúe "tras concluir una investigación como parte de la jurisdicción disciplinaria o de supervisión ejercida por el Estado empleador", o sea, que se trate de un despido disciplinario.

2ª) Que el jefe del Estado, del Gobierno o el ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador determine que el proceso menoscaba los intereses de seguridad de ese Estado.

La expresión "intereses de seguridad" del Estado empleador (acreditante) se aclara en el Anexo de la Convención, entendiéndose por tales los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de la Misión Diplomática u Oficina Consular, independientemente de que, según el art. 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y el art. 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, todas las personas a que se hace referencia en esos artículos deberán respetar las leyes y los reglamentos del país anfitrión, incluida la normativa laboral.

La práctica entre los tribunales de unos Estados y otros ha sido bien diferente. Así, mientras que los tribunales italianos, por ejemplo, declinaron su jurisdicción en supuestos de relaciones laborales entre sus ciudadanos y las Misiones Diplomáticas extranjeras en su territorio, los tribunales holandeses rechazaron la inmunidad de jurisdicción del Estado acreditante cuando este actuaba "en pie de igualdad con una persona natural o jurídica en virtud del Derecho Privado", incluso en un supuesto de despido¹⁷³.

¹⁷³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Vol. II, 2ª parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en el 43º período de sesiones, 1991, nota 146, pág. 46. "(...) Asimismo, en otro asunto, Luna c. Repubblica Socialista di Romania... relativa a un contrato de trabajo concertado por un organismo económico que formaba parte de la Embajada rumana en Roma, el Tribunal Supremo rechazó la reclamación de Luna, consistente en 7.799.212 liras de indemnización por la remuneración basada en el contrato de trabajo. El Tribunal consideró que esas relaciones laborales quedaban fuera de la jurisdicción italiana.

Véase la práctica de los tribunales neerlandeses, por ejemplo, en el asunto M. K. c Republic of Turkey... relativo a la solicitud de una declaración de nulidad respecto del despido de un secretario neerlandés empleado en la Embajada de Turquía en La Haya. El tribunal sostuvo que la concertación de un contrato de trabajo con un empleado de oficina neerlandés que no tenía la condición de

En cuanto a la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 fijó nuestro criterio y doctrina al respecto.

La resolución judicial se pronunciaba en estos términos sobre la inmunidad de jurisdicción, en un caso de despido de un conductor de nacionalidad española que llevaba a cabo su prestación laboral en la Embajada de Guinea Ecuatorial en Madrid:

"(...) Hoy en día la mayor parte, si no la totalidad de los Estados, aceptan la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, lo que ha producido un aumento de litigios en los que el Estado o sus órganos son una parte ante la jurisdicción extranjera... Por todo ello, al igual que cualquier otro Estado, el de Guinea Ecuatorial, del que su Embajada forma parte, no disfruta de inmunidad absoluta, en relación a las reclamaciones que le dirijan los súbditos españoles contratados para prestar servicios en nuestro país; no puede inhibirse tampoco del conocimiento de la demanda la jurisdicción española con fundamento en el Convenio de Viena, pues como ha quedado dicho, solo otorga inmunidad a los agentes diplomáticos extranjeros, a título personal, es decir, en cuanto titulares de derechos, y no al Estado que representan al que solo se podría extender esa inmunidad absoluta en aplicación de una doctrina consuetudinaria que, como se ha visto, ha caído en desuso.

De acuerdo con lo razonado... ha de declararse la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de la demanda... y devolución de las actuaciones a la Magistratura de procedencia a fin de que, con plena libertad de criterio, se dicte nueva resolución en cuanto al fondo del asunto (...)" (Fdtos. Jcos. Cuarto y Quinto).

diplomático o de funcionario era un acto que la demandada realizaba en pie de igualdad con una persona natural o jurídica en virtud del derecho privado y que no se trataba en absoluto de un acto puramente gubernamental; la demandada, que estaba representada por su embajador, efectuaba una transacción jurídica en pie de igualdad con una persona natural o jurídica en virtud del derecho privado. El tribunal decidió en consecuencia que el alegato de la inmunidad de la demandada debía rechazarse y además que, como la demandada había comunicado el despido sin el consentimiento del Director de la Oficina de Empleo Regional..., sin el consentimiento del demandante y sin que existiera ninguna razón urgente o se hubiera alegado siquiera, el despido era nulo (...)"

C.- LA NACIONALIDAD O LA RESIDENCIA HABITUAL DEL TRABAJADOR EN EL ESTADO DEL FORO O RECEPTOR

Dice el apartado e) del art. 11.2 de la Convención de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes:

Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica si el empleado fuese un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento, a menos que esta persona tenga su residencia permanente en el Estado del foro.

Según el Informe de la CDI de 1991, la excepción a la inmunidad en este supuesto se circunscribe a la mano de obra local que comprende a los nacionales del Estado del foro y a los que, sin ser nacionales de ese Estado, residen en él habitualmente:

"Sin el vínculo de la nacionalidad o de la residencia habitual, el Estado del foro carece de fundamento esencial para reclamar prioridad para su derecho laboral aplicable y su jurisdicción frente a un Estado extranjero empleador, pese a la conexión territorial con respecto al lugar de contratación del empleado y al lugar de ejecución de los servicios en virtud del contrato".

La nacionalidad y el lugar de residencia habitual del trabajador en el momento de promover el procedimiento son concluyentes a la hora de tomar en consideración (o rechazar) la inmunidad alegada por el Estado acreditante frente a los órganos judiciales del Estado del foro:

"(...) Entre el Estado y sus nacionales, ningún otro Estado puede reclamar prioridad de jurisdicción en cuestiones derivadas de los contratos de trabajo. En el Estado empleador existen recursos y posibilidades de acceso a los tribunales. Si la ley que se ha de aplicar es el derecho administrativo o el derecho laboral del Estado empleador o de cualquier otro Estado, carece de importancia en este punto (...)"

Por su parte, el Estado del foro (receptor) "parece tener jurisdicción exclusiva, cuando no un interés primordial, en cuestiones de política interna relativas a la protección que se ha de conceder a su mano de obra local. Cuestiones relativas al seguro de enfermedad, seguro contra determinados riesgos, salario mínimo, derecho al descanso y al esparcimiento, vacaciones pagadas... especialmente si los empleados son contratados para realizar un trabajo en ese Estado o si en el momento de la contratación eran nacionales o residentes habituales o permanentes en él... La base de la jurisdicción es sin duda alguna la conexión territorial inmediata entre los contratos de trabajo y el Estado del foro, es decir, la contratación y la ejecución de los servicios en el territorio del Estado del foro, así como la nacionalidad o residencia habitual de los empleados"¹⁷⁴.

A nuestro parecer, la excepción hace uso de dos requisitos que han de darse simultáneamente para estimar la inmunidad de jurisdicción del Estado acreditante en el Estado del foro:

1º.- Que el trabajador sea un nacional del Estado acreditante.

2º.- Que esta persona no tuviera su domicilio permanente en el Estado receptor en el momento que se entabló el procedimiento.

En el ámbito de nuestro estudio, ¿a quiénes afectaría de manera directa esta excepción?

El privilegio de la inmunidad entraría en juego indiscutiblemente en el supuesto del art. 54.2 de la LASEE¹⁷⁵, es decir, cuando estuviéramos ante un litigio

¹⁷⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Vol. II, 2ª parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en el 43º período de sesiones, 1991, pág. 45.

¹⁷⁵ Art. 54.2 de la LASEE: El personal de la Administración del Estado tendrá la consideración de personal del Servicio Exterior durante el período de tiempo en que estén destinados y ocupen un puesto de trabajo en las relaciones de puestos de trabajo de las Misiones Diplomáticas, Consulados, Representaciones Permanentes o Representaciones. Al finalizar su destino deberán reintegrarse a un puesto de trabajo en el Ministerio de adscripción o en el departamento en el que prestaban servicios antes de ocupar una plaza en el Servicio Exterior del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la

planteado por un trabajador del Servicio Exterior. Ello es así, en nuestra opinión, por dos razones:

1ª) Porque los trabajadores del Servicio Exterior no son personal local contratado en el Estado receptor (art. 1 f) y g) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas), sino que estamos ante personal laboral de nacionalidad española vinculado a la Administración del Estado con carácter previo a su destino en el exterior (art. 54.2 de la LASEE).

2ª) Porque hay que tener en cuenta la condición temporal de su destino en la Misión Diplomática o Representación Permanente y su reincorporación al puesto de trabajo en el ministerio o departamento en el que prestaban servicios al finalizar aquel. Por lo tanto, la residencia del trabajador en el Estado receptor no podrá ser considerada de carácter definitivo o permanente sino provisional.

D.- LOS ACUERDOS ENTRE EL ESTADO EMPLEADOR Y EL TRABAJADOR

La última de las excepciones hace referencia a los pactos entre el trabajador y el Estado acreditante con base en la autonomía de la voluntad de las partes: subsiste la inmunidad de jurisdicción cuando el Estado empleador y el trabajador así lo han acordado por escrito, a no ser que, por motivos de orden público, los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

La Convención de NU mantiene el principio de libertad de pactos entre el Estado empleador y el trabajador. La única condición es que tales acuerdos se recojan de forma escrita y, en cuanto al contenido, solo están limitados por las normas de orden público del Estado receptor por razón de la materia.

normativa de Función Pública, sin que opere la garantía de asignación de un nuevo puesto de trabajo en la localidad de destino en el exterior.

No se hace referencia alguna al momento en el que pueden suscribirse estos pactos, como sucede en la normativa comunitaria, en la que se expresa claramente que la validez de los acuerdos está condicionada a que se contraigan con posterioridad al nacimiento del litigio. En el marco de la Convención de NU, nada se dice al respecto.

Estamos de acuerdo con GÓMEZ JENÉ en que "(...) será difícil que la cláusula de orden público prevista en la letra del precepto para proteger la competencia exclusiva por razón de la materia llegue a ser aplicada. Por lo menos en lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, pues... no existe en materia de contrato de trabajo una competencia exclusiva en favor de ningún Estado".

5.- LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La inmunidad de ejecución se plantea como un límite en el ejercicio de las medidas coercitivas contra un Estado extranjero y sus bienes por los órganos jurisdiccionales de otro Estado, tras haberse pronunciado una sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante.

Estamos en una segunda etapa del procedimiento en la que se establece, como regla general, la inmunidad del Estado respecto de todas las medidas coercitivas relativas al uso de sus bienes, aunque sujeta a ciertas limitaciones.

A propósito de este blindaje del Estado empleador, hay quien se refiere al "criticable régimen de inmunidad de los Estados extranjeros" para aludir a la inejecución de una sentencia cuando, en una actividad concreta o en la afectación de

determinados bienes, no estuviera comprometida la soberanía del Estado acreditante, desautorizada tanto por el ordenamiento interno como internacional¹⁷⁶.

Cuando el Estado acreditante es demandado y vencido ante los tribunales del Estado receptor, la pretensión solo puede perseguir obtener un cierto grado de satisfacción, reparación o indemnización porque, dentro del Estado del foro, la *restitutio in integrum* es prácticamente de imposible cumplimiento, aunque esto no significa que la ejecución no haya de llevarse a cabo conforme a lo dictado¹⁷⁷:

"Esa sustitución será constitucional cuando se dé en aplicación de una ley o por resolución motivada. Es decir, no es que la opción en favor de la ejecución en sus propios términos cuente con una excepción, la ejecución por equivalente, sino que de lo que se trata es de ejecutar en sus propios términos, aunque ello conlleve que ante la dificultad material o jurídica de determinados casos, la ley permita otras modalidades de ejecución (...)".

La Parte IV de la Convención de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes regula las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal (arts. 18 al 21).

En nuestro país, la nueva Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, se hace eco de esa regulación en los mismos términos (arts. 17 al 20).

La locución "medidas coercitivas" es una expresión genérica que varía de unos Estados a otros, pero que se emplea para designar el embargo y la ejecución de

¹⁷⁶ SALINAS MOLINA, F. "El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La ejecución en la jurisprudencia constitucional", en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, Consejo General del Poder Judicial, 1996, código CD9601701, págs. 15 a 79.

¹⁷⁷ CABERO MORÁN, E. y NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. "Ejecución de sentencias laborales y tutela judicial efectiva", en Derecho Privado y Constitución, núm. 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1994, págs. 332 y ss.

bienes en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, según indica el Anuario de la CDI de 1991.

Cuando se habla de "bienes del Estado" se hace referencia no solo a los bienes que son propiedad del Estado, sino también a los bienes, derechos e intereses que un Estado puede explotar o utilizar de alguna manera conforme a su derecho interno¹⁷⁸.

El alcance de la inmunidad de ejecución de los bienes de un Estado, se aplica tanto a las medidas coercitivas que restringen su uso, como al bien en sí mismo que el Estado tuviera en propiedad, en posesión, bajo su control o que fuera de su interés, a no ser, como dice SALINAS MOLINA, "(...) que los bienes de que se trate sean especialmente utilizados o estén especialmente destinados a ser utilizados por el Estado en servicio... no estatal oficial (...)".

A.- MEDIDAS COERCITIVAS ANTERIORES AL FALLO

El art. 18 de la Convención de NU señala que no podrán adoptarse contra bienes de un Estado, medidas coercitivas anteriores al fallo, como el embargo o la ejecución, salvo:

a) Cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas mediante un acuerdo internacional, un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito, por una declaración ante un tribunal o por una comunicación escrita tras el nacimiento de la controversia.

b) Cuando el Estado haya asignado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

¹⁷⁸ Octavo Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial. Documento A/CN.4/396 de las Naciones Unidas, págs. 225 a 230.

Según el Anuario de la CDI de 1991, el consentimiento expreso puede manifestarse con carácter general o en relación a determinados bienes y, una vez que se haya manifestado el consentimiento ante un tribunal por medio de una declaración o a través de una comunicación escrita, no podrá revocarse.

En relación con el segundo inciso, la asignación de bienes destinados al cumplimiento del fallo tiene como finalidad impedir que otros demandantes frustren la intención del Estado de satisfacer demandas concretas.

B.- MEDIDAS COERCITIVAS POSTERIORES AL FALLO

El art. 19 de la Convención de NU establece que no podrán adoptarse contra los bienes de un Estado medidas coercitivas posteriores al fallo, como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

a) Cuando el Estado haya manifestado su consentimiento expreso por acuerdo internacional, acuerdo de arbitraje o contrato escrito, declaración ante un tribunal o comunicación escrita tras el surgimiento de la controversia.

b) Cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda.

c) Cuando se haya determinado que los bienes se utilizan para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso.

Dice el Anuario de la CDI de 1991 que "(...) los Estados no alentarán ni permitirán ningún abuso de esta disposición, por ejemplo, mediante la modificación del régimen jurídico de sus bienes para evitar el embargo o la ejecución (...)".

En España, el Tribunal Constitucional tiene declarado que: "(...) la ejecución de las Sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (...). La ejecución de Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 de la Constitución (...)"¹⁷⁹.

"(...) el cumplimiento de las sentencias y resoluciones judiciales firmes forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales consagrado en el art. 24.1 CE. (...) Por lo demás, dado que la ejecución forma parte inescindible de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) (...) son los propios jueces y Tribunales los que deben resolver si sus decisiones se han cumplido correctamente (...)"¹⁸⁰.

6.- LOS BIENES PROTEGIDOS POR LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DEL ESTADO

El art. 21 de la Convención de NU, bajo el título "Clases especiales de bienes" señala que:

No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19:

¹⁷⁹ STC 107/1992, de 1 de julio, Fdto. Jco. Segundo.

¹⁸⁰ CABERO MORÁN, E. y NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. *Op. cit.* "Ejecución de sentencias laborales...", págs. 320 y 325.

a) Los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados en el desempeño de las funciones de la Misión Diplomática del Estado...

b) Los bienes de carácter militar.

c) Los bienes del banco central o de cualquier autoridad monetaria del Estado.

d) Los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o de parte de sus archivos, y no se hayan puesto en venta ni estén destinados a ser vendidos.

e) Los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

Es decir, por enunciarlo en sentido positivo, la anterior relación señala los bienes que tienen carácter inembargable y que no son susceptibles de ser ejecutados.

El objeto del precepto es proteger ciertas categorías de bienes y excluirlas de la presunción de consentimiento en las medidas coercitivas. Se trata de evitar cualquier interpretación que considere que los bienes clasificados como especiales son bienes utilizados, o destinados a ser utilizados por el Estado, con fines distintos de los gubernamentales.

"Esta protección se considera necesaria y oportuna habida cuenta de la tendencia de ciertas jurisdicciones a embargar o bloquear los bienes de Estados extranjeros, especialmente cuentas bancarias, los bienes del banco central u otros *instrumenta legati* (...). Los bienes enumerados... se limitan a los utilizados o destinados a ser utilizados específicamente para los "fines" de las funciones diplomáticas del Estado. Esto excluye evidentemente ciertos bienes, por ejemplo, cuentas bancarias, que mantienen las embajadas para fines comerciales. A veces se plantean dificultades en relación con una "cuenta mixta", que se mantiene a nombre de una misión diplomática pero se usa a veces para pagar, por ejemplo, el suministro

de bienes y servicios o para sufragar los gastos de funcionamiento de la misión. La jurisprudencia reciente parece indicar la tendencia a que el saldo de esa cuenta bancaria a favor del Estado extranjero no esté sujeto a una orden de embargo dictada por el tribunal del Estado del foro (...)”¹⁸¹.

En España, la sentencia de 1 de diciembre de 1986 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo marcó la pauta respecto a la posibilidad de que un Estado extranjero, al que le es desfavorable una sentencia, alegue inmunidad de ejecución. Se trataba de resolver un litigio sobre despido de una secretaria bilingüe contratada por la República de Sudáfrica para llevar a cabo la prestación en su Embajada en España:

"(...) No obstante, de pronunciarse sentencia condenatoria, ante la posibilidad de la existencia de una inmunidad en la ejecución, procede que el Magistrado de instancia antes de que acuerde cualquier medida de ejecución forzosa, deberá recabar, exponiendo las modalidades de ejecución que la parte sugiera, informe de la Asesoría Jurídica... para que en la referida ejecución se observen los acuerdos bilaterales y usos o prácticas internacionales vigentes sobre el particular; y a los efectos de la posible existencia de reciprocidad, se dirigirá al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, por conducto del Consejo General del Poder Judicial, conforme establece el artículo 268-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)" (Fdto. Jco. Tercero).

En cuanto a los bienes embargables, la desigualdad de fuerzas entre las partes, en la fase de ejecución de la sentencia, se relativiza con la intervención del Fondo de Garantía Salarial al abonar una parte de la deuda que el empleador tiene con el trabajador, pero no queda resuelto el problema en su totalidad ni ejecutada la resolución judicial en sus propios términos.

Se puede decir que, en España, a efectos de ejecución de una sentencia en la que resultara condenado el Estado acreditante, son bienes embargables, en principio:

¹⁸¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Vol. II, 2ª parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones, 1991, págs. 63 y 64.

1) Los saldos existentes en las cuentas corrientes de la Misión Diplomática del Estado acreditante ante el Estado receptor, pero únicamente si estuvieran afectos indubitablemente a actividades de naturaleza mercantil o comercial, y pudiera probarse que están destinados con carácter exclusivo a actos *iure gestionis*.

2) Los créditos, ayudas y subvenciones que pudieran haberse concedido a la Representación Diplomática extranjera o al Estado acreditante en el territorio del Estado del foro.

3) Las cantidades a devolver en concepto de IVA u otros privilegios tributarios.

4) Cualesquiera bienes del Estado extranjero situados, inscritos o registrados en el Estado del foro y que no sirvieran al ejercicio de su soberanía.

Decimos “en principio” porque, en estos supuestos, ha de ser el juez ejecutante quien determine en última instancia el carácter embargable o inembargable de tales bienes, dado que puede darse el caso de que alguno de estos bienes, susceptibles a priori de ser embargados, sean destinados y así se acredite, a actos *iure imperii* lo que provocaría su inembargabilidad¹⁸²:

“(…) siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 107/1992, 292/1994 y 18/1994) expone lo siguiente:

1) es compatible con ese derecho fundamental la existencia de inmunidad de ejecución sobre determinados bienes de los Estados contemplada en normas legales o tratados, pero no lo es una indebida extensión o ampliación de sus normas; 2) los bienes de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados son absolutamente inmunes a la ejecución, ya que están protegidos por los Tratados de Viena mencionados en el recurso, alcanzando esa garantía a los locales de la misión u oficina consular, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como sus

¹⁸² STS 5323/2009, de 22 de junio, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Segundo.

medios de transporte, estimándose incluido entre esos bienes conforme a la práctica internacional, las cuentas corrientes bancarias adscritas a su funcionamiento, incluso aunque pudieran servir para operaciones no directamente vinculadas a actos de soberanía (ante la imposibilidad de deslindar sus saldos e investigar sus movimientos); 3) en cuanto al resto de bienes de un Estado, no son embargables los bienes afectos al derecho de soberanía del Estado, pero sí vinculados a sus actos de gestión; 4) la actividad ejecutiva destinada a lograr el cumplimiento de la sentencia debe abarcar, si es preciso, la colaboración de los Ministerios de Hacienda y Asuntos Exteriores, acudiendo incluso a que éste realice las oportunas gestiones por vía diplomática.

Desde la perspectiva de esa doctrina constitucional... los importes embargados por devoluciones de IVA pendientes de entregar al ejecutado no eran inmunes...

Además, se dice literalmente en la sentencia, los bienes embargados tienen su origen en “un privilegio tributario, que no es equiparable al de los bienes protegidos con la inmunidad absoluta de ejecución por los Convenios de Viena, cuya razón de ser deviene de que son bienes propios de las Misiones Diplomáticas... del Estado extranjero y afectos al desarrollo de las mismas. Resulta revelador de esa falta de equiparación no sólo la distinta naturaleza de unos y otros bienes... Entra aquí en juego ese criterio constitucional... sobre el carácter no extensivo de la inmunidad de ejecución a la hora de interpretar o aplicar sus normas, precisamente para no perjudicar el derecho a la tutela judicial efectiva (...)”.

7.- LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS LABORALES DICTADAS EN EL EXTRANJERO

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, no hace referencia expresamente a la ejecución de las sentencias laborales dictadas en el extranjero ni a las sentencias laborales ejecutables en el extranjero.

Como ya se dijo, cuando el Estado empleador es demandado y vencido ante los tribunales extranjeros es difícil, aunque no imposible, que lo dispuesto en la sentencia se cumpla en sus propios términos dentro del Estado del foro. Es lo que CABERO MORÁN y NEVADO FERNÁNDEZ designan como ejecución impropia.

Sería precisamente este supuesto el que se plantearía en el caso de que los tribunales del Estado receptor dictaran una sentencia en la que resultara condenado el Estado español.

Dicen ambos autores que el régimen jurídico de la ejecución está previsto tanto en los Tratados internacionales sobre la materia como en la legislación interna del Estado extranjero en el que pudiera ejecutarse la sentencia¹⁸³.

Actualmente, el Reglamento Bruselas I bis señala en su Considerando 6 que, para alcanzar el objetivo de la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil (incluida la materia laboral) es necesario que las normas relativas al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones judiciales se establezcan en un instrumento jurídico de la Unión vinculante y directamente aplicable.

El Considerando 23 establece que el presente Reglamento debe prever un mecanismo flexible que permita a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tener en cuenta los procedimientos pendientes ante los órganos de terceros Estados, tomando especialmente en consideración si las resoluciones de un tercer Estado podrán ser reconocidas y ejecutadas en el Estado miembro de que se trate con arreglo a su legislación nacional y a la buena administración de justicia.

A tal fin, el Reglamento ha optado por la supresión del exequatur sobre la base de la confianza recíproca en la administración de justicia en el ámbito de la UE.

De este modo, las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento

¹⁸³ CABERO MORÁN, E. y NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. *Op. cit.* "Ejecución de sentencias laborales...", pág. 351.

especial alguno. La voluntad de reducir la duración y los costes de los litigios transfronterizos justifica la supresión de la declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución en el Estado miembro requerido. Como consecuencia de ello, cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido (Considerando 26).

Podría parecer que, en el ámbito territorial de la UE, se van eliminando las barreras para hacer efectivas y dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que se dicten en los Estados miembros, incluso aunque sean contra una persona domiciliada en un Estado no miembro, pero no es así, al menos en España.

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, no solo no elimina el exequatur sino que lo regula a lo largo de un título completo (Título V "Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos).

En el Preámbulo de la Ley se justifican las razones por las que se ha decidido mantenerlo como procedimiento especial, motivos que a nuestro parecer son discutibles, precisamente por contravenir lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I bis:

"En el título V se opta por el mantenimiento del exequátur (sic) como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución. Ello contrasta con lo establecido en los reglamentos de la Unión Europea y se estima adecuado pues el régimen contenido en este texto se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo y parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales".

En los años 80, el Tribunal Constitucional¹⁸⁴ se pronunciaba sobre la ejecución en España de una sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero no comunitario, en términos mucho más flexibles, a nuestro entender, e incluso adelantándose a la normativa europea actual:

"(...) La ejecución en España de las sentencias extranjeras es institución prevenida en nuestro ordenamiento procesal y no puede decirse que contravenga el art. 24 de nuestra Constitución al dar ejecución en España a una sentencia extranjera, a menos que se pruebe que el proceso en el que la sentencia se obtuvo fue un proceso en el que no se dio cumplimiento a los requisitos y a las garantías que el susodicho art. 24 establece.

Cuando el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como requisito de la posibilidad de ejecución en España de las sentencias extranjeras la licitud de la obligación, hay que entender incluida en dicho término la conformidad de ella con el orden público, concepto en el que, también sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspira nuestro ordenamiento constitucional y entre ellos muy especialmente los derechos fundamentales y las libertades públicas de que tratan los artículos 14 a 28 de la Constitución".

En cualquier caso, la normativa europea tiene primacía y es de preferente aplicación respecto a la legislación interna y, como también se indica en el Preámbulo de la Ley 29/2015, el proceso de exequatur es siempre subsidiario a normas internacionales e internas especiales.

¹⁸⁴ ATC 276/1983, de 8 de junio, Fdts. Jcos. 2 y 3.

CAPÍTULO VII. LAS PECULIARIDADES INTERNACIONALES DEL CONTRATO DE TRABAJO (II): LA COMPETENCIA JUDICIAL Y LA LEY APLICABLE

INTRODUCCIÓN

Continuamos en este capítulo analizando la problemática que plantea la relación contractual entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio.

En esta ocasión vamos a estudiar las dificultades para determinar, en primer lugar, los tribunales competentes para resolver las cuestiones litigiosas derivadas de la relación contractual (*forum*); y en segundo lugar, la ley o leyes rectoras del contrato laboral, o de alguno de sus aspectos, que han de ser interpretadas y aplicadas por el órgano judicial (*ius*)¹⁸⁵.

En palabras de GONZÁLEZ CAMPOS, *forum* y *ius* tienen una atracción y dependencia mutuas.

Conviene recordar que esta es una relación laboral que se desarrolla siempre en un Estado extranjero (receptor), y en la que intervienen tres ordenamientos jurídicos distintos: la legislación interna del Estado acreditante, el ordenamiento jurídico del Estado receptor y el internacional.

El contrato individual de trabajo de los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y

¹⁸⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema", en *Anuario de Derecho Internacional*, 1977/78, Vol. IV. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, págs. 89 a 136.

Representaciones Permanentes de España en el exterior es una relación jurídica con un elemento de extranjería y, por lo tanto, presenta los inconvenientes propios de un contrato de trabajo internacional.

Para conseguir salvar tales trabas se ha diseñado un sistema normativo, que se aplica a cualquier contrato de trabajo con elemento extranjero y que permitirá a los tribunales decidir previamente sobre su competencia y, una vez que el órgano judicial se ha declarado competente para el conocimiento y fallo del pleito, el juez tendrá que acotar y seleccionar cuáles son las leyes aplicables a la resolución de la controversia¹⁸⁶.

A tal fin, será preciso acudir, para determinar la competencia, al Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y en cuanto a la ley aplicable, a las normas de conflicto del 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. Ambos son de obligado cumplimiento por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de aplicación preferente con respecto al Derecho interno.

La competencia internacional es el criterio que sirve para determinar qué asuntos deben ser conocidos por los Tribunales españoles frente a los extranjeros¹⁸⁷.

La norma de conflicto es un precepto jurídico cuya función es solucionar el problema de determinación de la ley aplicable en las relaciones jurídicas de carácter privado internacional, en las que entran en juego dos o más ordenamientos jurídicos.

¹⁸⁶ STS 4832/1998, de 17 de julio, Sala de lo Social: "La sentencia recurrida incurre en la confusión de dos conceptos jurídicos distintos. Uno, el Tribunal competente para el conocimiento del litigio. Y otro distinto, cuál sea el derecho material (español o francés) que haya de servir de base para el enjuiciamiento de la pretensión deducida. Evidentemente esta segunda es cuestión cuya decisión corresponde únicamente a los Tribunales que, con arreglo a las normas de conflicto, sean competentes para decidir el tema litigioso (...)". Fdto. Jco. Segundo.

¹⁸⁷ GIL SUÁREZ, L. "Jurisdicción y competencia", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 28, Madrid, 2001, pág. 18.

Veamos seguidamente cómo se determinan tanto el sistema de competencia judicial como la ley aplicable a los pleitos entre la Administración del Estado en el exterior y los trabajadores a su servicio.

1.- LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL

Cuando se plantea un conflicto jurídico entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, la primera cuestión a considerar es ante qué órgano debe interponerse la demanda.

Dado que la prestación laboral se lleva a cabo siempre en el extranjero, hay que preguntarse si el trabajador puede elegir demandar a su empleador, que es el Estado español, ante los tribunales del lugar donde realiza la prestación laboral o bien si está obligado a ejercitar su pretensión ante los tribunales nacionales, y cuáles son las ventajas e inconvenientes de decantarse por una u otra opción.

Las reglas sobre la competencia internacional se diseñaron precisamente para resolver este dilema.

Como ha manifestado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo¹⁸⁸, "(...) las reglas de competencia internacional están configuradas por un sistema que gira en torno al principio de jerarquía normativa y prioridad, y de este modo han de aplicarse en primer lugar las normas internacionales y/o europeas, y solo en caso de que esto no fuera posible, habrá que acudir al Derecho autónomo interno contenido en el art. 25 de la LOPJ".

¹⁸⁸ STS 6664/2013, de 30 de diciembre, Sala de lo Social, Fto. Jco. Sexto punto 4.

A.- LA NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL

Con carácter previo a la determinación de la ley aplicable a la cuestión litigiosa, es preciso dilucidar si la jurisdicción española es competente o incompetente para conocer la pretensión ejercitada.

En los pleitos entre la Administración del Estado y el personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, la respuesta a este interrogante es sencilla porque, cuando el demandante es el trabajador, la parte demandada será siempre el Estado español que es el empleador, y por lo tanto los órganos de la jurisdicción española son indiscutiblemente competentes para el enjuiciamiento de los pleitos entre trabajadores y Estado español.

Por lo tanto aquí habría que plantearse, más bien, si son únicamente los juzgados y tribunales españoles competentes para resolver el litigio o también pueden conocer el pleito los órganos jurisdiccionales de los Estados receptores.

Desde enero de 2015, el sistema de competencia judicial internacional se rige por el 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, también denominado Reglamento Bruselas I bis, que sustituyó al Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (Reglamento Bruselas I).

Centrándonos en los contratos laborales, el Capítulo II del Reglamento Bruselas I bis está dedicado a la competencia y, dentro de él, la Sección 5 a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo (arts. 20 a 23).

El art. 21 del Reglamento Bruselas I bis establece que:

1. Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados:

a) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados,
o

b) En otro Estado miembro:

i) Ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o

ii) Si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

Los antecedentes históricos del Reglamento Bruselas I bis son¹⁸⁹:

- El Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificado posteriormente por los Convenios de Adhesión de los nuevos Estados miembros a dicho convenio. (Convenio de Bruselas de 1968).

- El Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado entre los entonces Estados miembros de la Comunidad Europea y algunos Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o EFTA), paralelo al Convenio de Bruselas. (Convenio de Lugano de 1988).

¹⁸⁹ MAGRO SERVET, V. "Entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", en <http://www.otrosi.net>. Revista del Colegio de Abogados de Madrid.

- El Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, del Consejo, que sustituyó al Convenio de Bruselas de 1968 en todos los Estados miembros excepto en Dinamarca. (Reglamento Bruselas I)

- La Decisión 2006/325/CE del Consejo, por el que se aplican las disposiciones del Reglamento (CE) nº 44/2001 a Dinamarca.

- El Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, de revisión del Convenio de Lugano de 1988 por los Estados miembros de la Comunidad Europea, Dinamarca, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein. (Convenio de Lugano de 2007).

Estas normas continúan siendo de aplicación a los conflictos surgidos con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I bis, dependiendo de la fecha de inicio de la controversia (STS 6664/2013, de 30 de diciembre, de la Sala de lo Social, Fto. Jco. Séptimo 2).

El Considerando 14 del Reglamento Bruselas I bis indica que: "para garantizar la protección de los trabajadores y salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros... han de aplicarse determinadas normas con independencia de dónde esté domiciliado el demandado".

El foro del domicilio del demandado se completa con otros foros alternativos derivados de la conexión entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia (Considerando 16).

Por lo que se refiere a la posición del trabajador, el Considerando 18 del Reglamento Bruselas I bis señala que debe protegerse a la parte más débil, mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales.

Y el Considerando 19 atribuye una eficacia limitada a la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el órgano jurisdiccional competente en los contratos de trabajo.

El sistema de competencia judicial para los pleitos derivados del contrato de trabajo conforme al Reglamento Bruselas I bis, cuando el trabajador actúa en calidad de demandante, quedaría fijado de este modo:

1º) Acuerdos atributivos de la competencia que sean posteriores al nacimiento del litigio y que permitan al trabajador formular la demanda ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 5 [art. 23. 1) y 2)].

2º) Foro general. Serán competentes respecto a los litigios sobre contrato de trabajo los tribunales del Estado miembro en el que radique el domicilio del demandado [art. 21.1 a)].

3º) Foros alternativos. Serán competentes los tribunales de cualquier otro Estado miembro donde:

a) El empresario poseyera una sucursal, agencia u otro establecimiento, aunque el empleador no tuviera su domicilio en un Estado miembro (art. 20.2)¹⁹⁰.

b) El trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o del último lugar donde lo haya desempeñado [art. 21.1 b) i)].

c) El trabajador haya sido empleado si no realiza su trabajo en un único Estado [art. 21.1 b) ii)].

Teniendo en cuenta que la Embajada como centro de trabajo está considerada como un establecimiento del Estado, en el ámbito territorial de la UE, los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de la Administración del Estado en

¹⁹⁰ STJUE de 19 de julio de 2012, Asunto C-154/11, Ahmed Mahamdia c. Embajada de la República Democrática y Popular de Argelia en Berlín.

el exterior, podrían interponer su demanda contra el Estado español, bien ante los juzgados y tribunales españoles o bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde estuviera radicada la Misión Diplomática española en la que el trabajador desempeñe su prestación laboral.

Pero ¿y si el trabajador decidiera presentar su demanda fuera del ámbito territorial de la UE?

Una de las novedades del Reglamento Bruselas I bis, en materia de contrato de trabajo, fue "la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento también respecto a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, al excluirlos de la remisión a la legislación de fuente interna del foro"¹⁹¹.

El art. 23.1 y 2 del Reglamento Bruselas I bis determina que:

"Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos posteriores al nacimiento del litigio y que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección".

Por lo tanto, nada impediría que un trabajador al servicio de una Misión Diplomática española en un país extra comunitario, planteara una demanda ante los órganos jurisdiccionales de ese Estado si así lo hubieran acordado las partes.

Ahora bien, ¿qué inconvenientes presentaría el hecho de que el trabajador interpusiera su demanda ante los tribunales del Estado receptor y no en el Estado acreditante?

"(...) una hipotética sentencia de condena a favor del trabajador obtenida en el lugar donde este desempeña habitualmente su actividad, esto es, en la Embajada, Consulado o Instituto correspondiente, tendría serias dificultades para hacerse

¹⁹¹ MIGUEL ASENSIO, P. A. de. "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", en La Ley, núm. 8013, año XXXIV, Disley, S.A., Madrid, 2013, pág. 8.

efectiva en el Estado en que estos radiquen, puesto que lo más probable es que en la ejecución se trabasen bienes afectos al desenvolvimiento de las actividades propias de las oficinas diplomáticas y consulares, y estos son bienes que gozan de una absoluta inmunidad de ejecución... Por consiguiente, el trabajador demandante suele optar por simplificar el procedimiento y demandar directamente al Estado ante estos últimos tribunales [del Estado acreditante], puesto que las posibilidades de encontrar bienes inequívocamente afectos a actividades de naturaleza comercial y, por lo tanto, no amparados por la inmunidad de ejecución, se amplían"¹⁹².

B.- LA CONTROVERTIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 25.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La nueva Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no ha afectado a la redacción del art. 25.1 que establece que:

En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1º.- En materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato...

Se trata de una norma de nuestro Derecho Internacional Privado que no se aplica cuando la materia litigiosa esté regulada expresamente en un tratado o convenio internacional¹⁹³.

¹⁹² CASADO ABARQUERO, M. La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 125.

¹⁹³ MOLINER TAMBORERO, G. "La competencia judicial internacional de los órganos de la jurisdicción española en el orden social", en Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 455 a 459.

Según MOLINER TAMBORERO, son dos los criterios o foros para atribuir la competencia a los juzgados y tribunales españoles:

a) El criterio o foro territorial, según el cual el juez español será competente en materia de contrato de trabajo cuando:

- Los servicios se hayan prestado en España (*lex loci laboris*).
- El contrato se haya celebrado en territorio español (*lex loci celebrationis*).
- El demandado tenga su domicilio en territorio español (*lex fori domicilii*).

b) El criterio o foro personal cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de la prestación de servicios o de celebración del contrato.

Con lo cual, para nuestro análisis y según las observaciones del autor, la atribución de la competencia a los juzgados y tribunales españoles regulada en el art. 25.1 de la LOPJ derivaría de la "consideración que tiene el domicilio del demandado como foro general en las obligaciones civiles".

En relación al criterio de la nacionalidad española común entre trabajador y empleador, coincidimos con MOLINER TAMBORERO en que "se trata de un criterio o foro de competencia judicial ya descartado en los Convenios Internacionales por los problemas de aplicación de la ley que puede generar".

Pero hay que tener presente que con base en los principios de jerarquía normativa y de primacía, el Derecho Comunitario tiene garantizada su superioridad respecto a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹⁹⁴.

¹⁹⁴ STJ de 15 de julio de 1964, Asunto 6/64, Flaminio Costa contra ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica): "Considerando que a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. (...).

¿Significa esto que el art. 25.1 de la LOPJ ha caído en desuso? ¿Qué ocurre cuando alguno de los elementos de extranjería del contrato son ajenos al ámbito comunitario?¹⁹⁵

Como señala MANEIRO VÁZQUEZ¹⁹⁶, a pesar de la claridad de las normas en cuanto a los criterios de prelación, los tribunales españoles se resisten a aplicar directamente tanto la normativa europea como internacional y continúan aplicando el art. 25.1 de la LOPJ para descartar su competencia, y solo en ese caso acuden a lo dispuesto en la legislación comunitaria¹⁹⁷.

En otros casos, siguen correctamente el orden de prelación y aplican los criterios de la normativa comunitaria pero, una vez determinada la competencia de la jurisdicción española, siguen erróneamente "descendiendo en la pirámide de fuentes hasta que ello les permite aplicar la LOPJ al caso concreto".

Lo cierto es que se ha justificado la competencia de los órganos de la jurisdicción española basándose en el sistema interno de competencia judicial contenido en la LOPJ, y no se ha tenido en cuenta que, dado que el domicilio de la parte demandada se encuentra en un Estado miembro, hay que aplicar obligatoriamente y en primer lugar las normas comunitarias, y solo cuando no fuera posible hacerlo (lo que no sucederá nunca cuando el demandado sea el Estado español), porque el supuesto de hecho no estuviera regulado, habría que acudir a la

Considerando que la primacía del Derecho Comunitario está confirmada por el art. 189 a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza obligatoria y son directamente aplicables en cada Estado miembro".

¹⁹⁵ MOSTAJO VEIGA, A. "La Administración Pública en el extranjero. Relaciones laborales y de Seguridad Social", en Relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 429.

¹⁹⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y. "Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales", en Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 18, núm. 2, Universidade de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2009, pág. 228.

¹⁹⁷ STS 4144/2004, de 15 de junio, Sala de lo Social, (auxiliar administrativo de la Embajada de la República Dominicana en Madrid sobre despido), Fdto. Jco. Segundo 1).

normas internas. A pesar de ello, el error no tiene trascendencia porque las soluciones jurídicas coinciden en la legislación nacional y comunitaria¹⁹⁸.

A tenor de lo dispuesto en la legislación europea, no hay impedimento para reconocer tanto la competencia de nuestros juzgados y tribunales como la de los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro de la UE, ni tampoco la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado receptor extra comunitario, si así lo hubieran acordado las partes contratantes.

Para MENÉNDEZ SEBASTIÁN¹⁹⁹ la respuesta es clara: "el entramado de normas de competencia judicial internacional de nuestro ordenamiento se completa con las formuladas en la LOPJ, en concreto en los artículos 21 a 25 (...) la entrada de estas normas queda condicionada a la imposibilidad de aplicar la normativa comunitaria y los Tratados y Convenios internacionales de los que España sea parte"²⁰⁰.

Por lo tanto, consideramos que hace ya tiempo que el artículo 25.1 de la LOPJ habría quedado relegado, teniendo en cuenta que, tanto el Reglamento Bruselas I bis en su art. 21, como sus antecesores en el ámbito comunitario (Reglamento (CE) nº 44/2001 en el art. 19, Convenio de Lugano de 2007 en los arts. 18 a 21 y Convenio de Bruselas de 1968 en el art. 5) regulan expresamente la competencia jurisdiccional en materia de contrato de trabajo.

El hecho de que existan varios foros u órganos judiciales competentes para resolver la demanda supondría que, si los jueces y tribunales de los distintos Estados aplicasen normas diferentes, podrían dictar, en un mismo supuesto, resoluciones

¹⁹⁸ IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Op. cit.* Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales..., págs. 103 y 104.

¹⁹⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 51.

²⁰⁰ En el mismo sentido DE LA VILLA GIL, L. E. "Respecto del orden jurisdiccional social, las disposiciones legales estatales atribuyen competencias concretas a los Juzgados y Tribunales que lo componen, en el bien entendido que se trata de una regulación subsidiaria de las regulaciones comunitaria y convencional internacional aplicable al contrato de trabajo...", en Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia, GARCÍA PAREDES, M.L y AA.VV., Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 1ª edición, 2006, pág. 80.

distintas unos de otros. En la doctrina internacionalista este problema se conoce como *forum shopping*²⁰¹.

Para evitar este inconveniente, y dado que el trabajador podría plantear la demanda bien ante los juzgados y tribunales españoles o bien ante los órganos judiciales del Estado receptor donde estuviera ubicada la Misión Diplomática o Representación Permanente española, es preceptivo aplicar las disposiciones del Derecho Comunitario y no una norma interna de Derecho Internacional Privado como es el art. 25.1 de la LOPJ.

2.- LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

Una vez que el juez o magistrado ha asumido su competencia para conocer el pleito que se le ha planteado, se enfrenta a un segundo problema: determinar cuál es la ley o leyes reguladoras del contrato de trabajo que tendrá que aplicar para resolver el litigio.

Para ello ha de acudir a las normas de conflicto del 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 (Reglamento Roma I).

Este Reglamento, actualmente vigente, sustituyó al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y ha matizado y clarificado la redacción de la norma de conflicto que nos sirve para determinar la ley aplicable al contrato de trabajo internacional entre la Administración del Estado en el exterior y el personal laboral a su servicio.

²⁰¹ LOUSADA AROCHENA, J. F. "La libertad comunitaria de circulación de trabajadores y la legislación aplicable al contrato de trabajo", en Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, Madrid, 2002, págs. 249 a 325.

Se trata, en palabras de CALVO CARAVACA, de "(...) la más moderna, novedosa y fundamental norma de nuestro ordenamiento jurídico sobre conflictos de leyes en la contratación internacional..., aplicable *erga omnes*..., normativa obligatoria de cualquier Estado miembro de la UE..., con independencia de la nacionalidad o del domicilio o residencia habitual de las partes que concluyan un contrato internacional; aunque la ley finalmente competente... sea la de un Estado extracomunitario (...)"²⁰².

El Reglamento Roma I dedica el art. 8 a los "Contratos individuales de trabajo" y dispone los criterios de determinación de la ley rectora del contrato del siguiente modo:

- En primer lugar, y según establece el art. 8.1 del Reglamento Roma I, el contrato de trabajo se regirá por la ley elegida por las partes.

Esta ley podrá aplicarse a la totalidad del contrato o solamente a una parte del mismo y tal elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

La ley aplicable derivada del principio de libertad de elección, no podrá privar al trabajador del mismo nivel de protección que hubiera obtenido con la ley aplicable en defecto de elección.

En cualquier momento, las partes podrán modificar la ley rectora del contrato. Pero la ley que presente una vinculación más estrecha con el contrato deberá respetarse siempre, aunque las partes elijan como ley aplicable la de un país distinto. En el caso de que el objeto del contrato afecte a uno o varios Estados miembros, y se escoja la ley de un Estado no miembro, esta no podrá contradecir las disposiciones del Derecho Comunitario.

²⁰² CALVO CARAVACA, A. L. "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. I, núm. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2009, págs. 54 y 55.

- En segundo lugar, y a falta de elección, el contrato de trabajo se regirá por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país (art. 8.2 del Reglamento Roma I).

- En tercer lugar, cuando no pueda determinarse la ley aplicable, el contrato de trabajo se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3).

- Y por último, si del conjunto de circunstancias se dedujera que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 y 3, se aplicará la ley de ese otro país (art. 8.4).

Por lo tanto, el sistema para determinar la ley aplicable al contrato individual de trabajo de acuerdo con el Reglamento (CE) n° 593/2008 (Reglamento Roma I) quedaría así:

1º) El contrato se regirá por la ley elegida por las partes.

2º) Por la ley del país más estrechamente vinculado con el contrato de trabajo²⁰³.

²⁰³ La cláusula de escape es un precepto que permite aplicar un ordenamiento jurídico distinto cuando exista una ley con la que la relación jurídica presente vínculos más estrechos.

Sobre la interpretación de la cláusula de escape, *vid.* STJUE de 12 de septiembre de 2013, Asunto C-64/12, Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker... contrato que presenta vínculos más estrechos con otro Estado miembro: 34. En la medida en que el objetivo perseguido... es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador.

38. (...) según el artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento, si de la totalidad de las circunstancias resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del contemplado en el apartado 2 o 3, se aplicará la Ley de ese otro país (...).

39. (...) cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo, procede dejar de lado la ley del Estado de cumplimiento del trabajo y aplicar la ley de ese otro Estado.

40. A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos...

3º) Por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente.

4º) Cuando no pueda determinarse la ley aplicable, el contrato de trabajo se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

Tras exponer las pautas para determinar la ley reguladora del contrato de trabajo, procedamos a analizar cuáles son las dificultades que se presentan en el marco del contrato laboral del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior.

A.- LA LEY ELEGIDA POR LAS PARTES

De acuerdo con el régimen jurídico general, "todo contrato internacional está regido, al menos, por una ley estatal... Pero las obligaciones entre los contratantes pueden venir regidas por otra ley en el caso de algunos contratos en particular"²⁰⁴, para lo que a este estudio interesa, el contrato de trabajo (art. 8 del Reglamento Roma I).

La determinación de la ley rectora del contrato de trabajo no supondrá un problema siempre y cuando las partes hayan designado los puntos de conexión con la ley que hayan elegido. Es decir, el nexo que existe entre el ordenamiento jurídico designado y la persona, materia o acto sobre los que debe aplicarse. Pero cuando esa

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

42. (...) incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar... la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país.

²⁰⁴ CALVO CARAVACA, A. L. *Op. cit.*, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...", pág. 57.

elección expresa no exista, habrá que tratar de averiguar cuál fue la voluntad de las partes para concretar el régimen jurídico aplicable²⁰⁵.

Conforme establece el art. 3 del Reglamento Roma I, las partes pueden elegir la ley aplicable a su contrato, pero de acuerdo con CALVO CARAVACA, tal elección ha de cumplir tres condiciones:

1ª) Claridad. "La elección de la ley aplicable al contrato puede ser expresa o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso".

2ª) Elección de una ley de carácter estatal. Las partes solo pueden escoger un Derecho no estatal incorporándolo al contrato como una cláusula pero no como ley rectora.

3ª) Negociación. La elección de la ley por los contratantes constituye un negocio jurídico denominado acuerdo de elección de ley o *pacto de lege utenda*.

Pero cualquiera que fuese la ley elegida por las partes, esta no podrá privar al trabajador del mismo nivel de protección que hubiera obtenido con la ley aplicable en defecto de elección.

Dicho esto, no hay que olvidar que la Administración no goza del mismo grado de autonomía de la voluntad que se manifiesta entre sujetos de Derecho Privado porque, conforme al art. 103.1 de la CE, la actuación de la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales.

²⁰⁵ CASTILLO DAUDÍ, M. V. *Op. cit.*, "El régimen jurídico del personal al servicio de las Embajadas españolas...", pág. 114.

B.- LA LEY DEL PAÍS MÁS ESTRECHAMENTE VINCULADO CON EL CONTRATO DE TRABAJO. EL PROBLEMA EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como antecesor directo del Reglamento Roma I²⁰⁶, la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, supuso una modificación fundamental en las normas de conflicto del sistema de Derecho Internacional Privado español que regulaban el contrato de trabajo.

El carácter *erga omnes* de la norma convencional "provocó el desplazamiento de las normativas nacionales sobre la cuestión"²⁰⁷, en nuestro caso, del art. 10.6 del Código Civil y del art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores que, a pesar de haber quedado apartadas, no han sido derogadas formalmente.

La cláusula de escape del art. 8.4 del Reglamento Roma I señala que:

Cuando del conjunto de circunstancias se dedujera que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 (país en el que el trabajador realice su trabajo habitualmente) y 3 (país donde esté situado el establecimiento que haya contratado al trabajador), se aplicará la ley de ese otro país.

El art. 10.6 del Código Civil establece:

A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8º, les será de aplicación la ley del lugar donde presten los servicios.

²⁰⁶ CALVO CARAVACA, A. L. *Op. cit.* "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...": "(...) el Reglamento Roma I, en esencia, ha "comunitarizado" un tratado internacional anterior, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales..., cuyas soluciones - no en su totalidad, pero sí en gran parte reproduce... Este último dato no es baladí: la jurisprudencia generada por el Convenio de Roma de 1980 es aprovechable, *mutatis mutandis*, para la interpretación del Reglamento Roma I", pág. 56.

²⁰⁷ FOTINOPOULOU BASURKO, O. "Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 52, Madrid, 2004, pág. 49.

El art. 1.4 del ET, por su parte, dispone:

La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles, contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

De acuerdo con su naturaleza, el art. 10.6 del Código Civil es, según FOTINOPOULOU BASURKO, "una norma de conflicto bilateral, esto es, tiene por objeto la localización del ordenamiento jurídico aplicable a una relación de tráfico jurídico externo laboral", mientras que el art. 1.4 del ET es una norma de extensión cuya función es "excepcionar el régimen general conflictual".

La especial circunstancia de que el Reglamento Roma I sea una norma de carácter universal, supone que sean aplicables los preceptos reglamentarios y que las normas del sistema de Derecho Internacional Privado español (art. 1.4 del ET y art. 10.6 del Código Civil), hayan quedado relegadas.

En relación con la prevalencia del art. 1.4 del ET sobre el art. 10.6 del Código Civil, y en consonancia con la naturaleza jurídica de las normas en cuestión:

"El artículo primero, apartado cuarto del Estatuto de los Trabajadores, prescribe que la legislación laboral española será la aplicable a los trabajadores españoles al servicio de empresas españolas en el extranjero, cuando hubiesen sido contratados en España. Esta regla, de carácter específico y singular, tiene preferencia a la regla sexta del artículo 10 del Código Civil, que considera de aplicación, a falta de sometimiento expreso de las partes, la legislación del lugar donde se presten los servicios. Así pues, siendo la empresa y el trabajador españoles, -es incontestable que el Ministerio de Asuntos Exteriores, actúa en el presente caso como patrono- y habiéndose celebrado el contrato en Madrid, y nombrado el actor para el cargo

también en Madrid, por el Ministerio de Asuntos Exteriores, es claro que la ley aplicable a la cuestión litigiosa es la española"²⁰⁸.

La norma estatutaria dejaría al margen de su aplicación al personal local (nacionales o residentes en el Estado receptor), que presta servicios en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes españolas, lo que supone, según nuestra opinión, una elusión de enorme trascendencia en este ámbito de estudio, porque precisamente el grueso de los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio está formado por residentes, nacionales del Estado receptor o de un tercer Estado²⁰⁹.

C.- LA LEY DEL PAÍS EN EL QUE EL TRABAJADOR REALIZA HABITUALMENTE LA PRESTACIÓN. EL PROBLEMA DE LA ALEGACIÓN Y PRUEBA DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

El art. 8.2 del Reglamento Roma I establece que, cuando la ley aplicable al contrato no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente.

Según señalan CASTILLO DAUDÍ y CARRASCOSA GONZÁLEZ²¹⁰, la *lex loci executionis*, como punto de conexión juega un papel preponderante en defecto de elección, a lo que nosotros añadimos, siempre y cuando no exista una norma que presente vínculos más estrechos con el contrato o cláusula de escape (art. 8.4).

Teniendo en cuenta que el personal laboral al servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes desarrolla la prestación siempre fuera de nuestras fronteras, la norma de conflicto, que remite a una ley extranjera como reguladora del contrato de trabajo, enfrenta al juez con la dificultad de aplicar e

²⁰⁸ STS 3432/1999, de 18 de mayo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Tercero.

²⁰⁹ VILARIÑO PINTOS, E. *Op. cit.* "Curso de Derecho Diplomático...", pág. 224.

²¹⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", en *Anales de Derecho*, nº 18, Universidad de Murcia, 2000, pág. 35.

interpretar las normas de un ordenamiento jurídico que le es ajeno y que no tiene por qué conocer.

El art. 18.1 del Reglamento Roma I regula la carga de la prueba:

La ley que rija la obligación contractual en virtud del presente Reglamento se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales, contenga normas que establezcan presunciones legales o determinen la carga de la prueba.

Por lo tanto, entendemos que la primera tarea de la parte que alegue el Derecho extranjero, será acudir a las normas sobre las presunciones o que regulen el *onus probandi* en el ordenamiento jurídico foráneo.

Una de las novedades de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, fue precisamente la regulación de la prueba²¹¹. Si bien es cierto que la prueba se dirige a los hechos, esta regla general contiene una excepción: "(...) se exige prueba respecto del Derecho en el caso de normas extranjeras (...)".

Pero si quien alega el Derecho extranjero no consigue probarlo, el juzgador se encuentra en una encrucijada:

O aplica subsidiariamente el ordenamiento jurídico español²¹² o desestima la pretensión por falta de prueba del Derecho extranjero²¹³.

²¹¹ Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, núm. 6, Madrid, 2000, pág. 116.

²¹² STS 1825/1999, de 16 de marzo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Cuarto: "Respecto al fondo del asunto, no se cuestiona la competencia de la jurisdicción española para su conocimiento y ya se ha dicho antes que tanto la sentencia impugnada como la de contraste están conformes -en aplicación de las pertinentes normas de conflicto, fundamentalmente el artículo 10.6 del Código Civil- en que la legislación aplicable al presente caso es la china, pero que esta no ha sido suficientemente probada en su contenido y vigencia. La divergencia estriba en las consecuencias que se derivan de tal falta de prueba. La sentencia recurrida entiende que en tal caso se debe aplicar la legislación española, en cambio la de contraste estima que ello determina el decaimiento de la acción con la consiguiente desestimación de la demanda.

La solución de este problema viene dada por reiterada doctrina jurisprudencial de la sala de lo Civil de este Tribunal en el sentido adoptado por la sentencia recurrida de que cuando el derecho extranjero aplicable no haya quedado probado con seguridad en el pleito ha de aplicarse para resolver el litigio el derecho interno, sentencias de 11 de mayo y 21 de 1989 y 23 de marzo de 1994, entre otras".

Ahora bien, coincidimos con MENÉNDEZ SEBASTIÁN²¹⁴, PALAO MORENO²¹⁵ y CARRILLO POZO²¹⁶ en que podría darse una tercera solución. Teniendo en cuenta la desigual posición de las partes, las desafortunadas consecuencias que puede tener para el trabajador su incapacidad probatoria, y la posibilidad y los medios de los que dispone el tribunal para averiguar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, sería deseable que el ordenamiento jurídico adoptase una norma en la que el órgano jurisdiccional tuviera una intervención más activa en la búsqueda del Derecho extranjero²¹⁷.

"(...) en estos casos el sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero debería ser interpretado y aplicado por nuestros Tribunales de forma tal que favoreciera a la parte débil del contrato (el trabajador), o al menos hiciera menos evidente la situación de desequilibrio en la que se encuentra. Más aun, si tomamos en consideración la posición privilegiada en la que se encuentra el organismo público español para averiguar el contenido del ordenamiento extranjero (con mayor motivo si pensamos en las facilidades de averiguación con las que cuenta la Embajada en la que se desarrolla la actividad laboral), así como la importancia que posee la observancia del contenido material del ordenamiento aplicable al contrato individual de trabajo (...)" (PALAO MORENO).

²¹³ STS 4220/2001, de 22 de mayo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Quinto: "(...) Pero esta Sala, valorando las especialidades del ordenamiento laboral, ya mantuvo posición distinta en la sentencia de 19.2.1990, en un caso en el que, de acuerdo con la norma de conflicto española, era aplicable el Derecho extranjero y el demandante -como ha sucedido en el presente caso- se limitó a citar determinadas normas españolas, sin alegar ni acreditar el Derecho extranjero aplicable. La sentencia razona que la falta de alegación y prueba no puede conducir... a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que esta era más beneficiosa".

²¹⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Op. cit.* "Competencia judicial y ley aplicable...", pág. 140.

²¹⁵ PALAO MORENO, G. "Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (a propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, La Ley, Madrid, 2000, pág. 237.

²¹⁶ CARRILLO POZO, L. F. "El Derecho extranjero en el proceso de trabajo", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 62, Madrid, 2006, pág. 24

²¹⁷ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M. *Op. cit.*, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones de Derecho Internacional...", págs. 100 y 101.

Esta solución no es en absoluto descabellada y ya fue contemplada, aunque de soslayo, en la sentencia de 4 de noviembre de 2004, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y en su voto particular:

"Pudo también el TSJ o el propio Juzgado de lo Social en su día antes de resolver sobre las pretensiones planteadas utilizar las facultades de averiguación que en este punto y de forma potestativa le confiere el número segundo del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se dice que "el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación", pero esa naturaleza potestativa de la utilización de tales facultades de indagación determina que ahora no pueda entenderse que se haya producido la infracción del referido precepto, aunque se recuerde de esta forma la existencia de tal posibilidad como alternativa querida por el Legislador para resolver estos casos". (Fdto. Jco. Sexto).

"(...) Si se entiende que el juzgador debió extremar la actividad tendente a averiguar de oficio el contenido y vigencia del derecho extranjero, la solución correcta sería declarar la nulidad de actuaciones con retroacción de los autos a la fase probatoria o a la de diligencia para mejor proveer (art. 88.1 LPL) -diligencia final en la Ley de Enjuiciamiento Civil-, a fin de que, se proceda a averiguar la existencia de la ley extranjera, que ha de aplicarse imperativamente, pero no, a partir de dicha falta de probanza aplicar el derecho interno". (Voto particular).

Una vez más, a nuestro parecer, la solución vendría de la mano de las normas comunitarias y convencionales, todas ellas ratificadas por España:

1º) El Convenio de Londres, de 7 de junio de 1968, acerca de la Información sobre el Derecho extranjero, al que España se adhirió el 2 de octubre de 1973, cuyo Preámbulo señala que su finalidad es "(...) facilitar la obtención por las autoridades judiciales de informaciones sobre el Derecho extranjero...", y que a lo largo de su articulado va marcando el camino para lograrlo.

2º) La Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo, relativa a la creación de una Red Judicial Europea en materias civil y mercantil, y sus actos modificativos, que señala entre sus objetivos, la cooperación judicial y la contribución al buen desarrollo de los procedimientos transnacionales.

3º) El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de octubre de 2012), que en su art. 81.2 d) establece que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar la cooperación en la obtención de pruebas.

4º) La Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979, a la que se adhirió España el 10 de noviembre de 1987, y que en su art. 1º dispone que su objeto es el establecimiento de normas de cooperación internacional entre los Estados parte para la obtención de elementos de prueba e información sobre el derecho de cada uno de ellos.

En cuanto a los medios de prueba, el más utilizado es la documental pública (certificaciones expedidas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español sobre el contenido del Derecho extranjero, certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares acreditados en España, certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo ordenamiento jurídico se trata de probar)²¹⁸, aunque nada impide, como señala el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el Tribunal pueda valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

A todo lo anterior hay que añadir la reciente Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que en sus Títulos II y III regula la prueba e información sobre el Derecho extranjero, y cuyo art. 36, en concreto, hace referencia a las solicitudes de información de Derecho español, con vistas a la

²¹⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles", en Estudios de Deusto, Vol. 54/2, Bilbao, 2006, págs. 77 y 78.

resolución de aquellos litigios que se resuelvan ante los órganos jurisdiccionales extranjeros y en los que haya de aplicarse la legislación española.

D.- LA LEY DEL PAÍS DONDE ESTÉ SITUADO EL ESTABLECIMIENTO A TRAVÉS DEL CUAL HAYA SIDO CONTRATADO EL TRABAJADOR. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Con relación a la determinación del lugar de celebración del contrato, nos encontramos con dos posturas diferentes²¹⁹:

La primera considera que, teniendo en cuenta que la oferta de empleo se ha realizado en España, que el nombramiento se produce en España y que la nacionalidad común de las partes es la española, el contrato de trabajo se entiende celebrado en España y, por lo tanto, la normativa laboral aplicable ha de ser la española²²⁰.

Conforme a la segunda, y con discutible criterio según GALIANA MORENO, se entiende que "los contratos suscritos por nacionales españoles para prestar servicios en nuestras sedes diplomáticas en el extranjero, han sido celebrados

²¹⁹ PALAO MORENO, G. *Op. cit.* "Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo...", pág. 232.

²²⁰ GALIANA MORENO, J. M. "Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo (En torno al artículo 1.4)", en El Estatuto de los Trabajadores veinte años después, en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 1, Civitas, Madrid, 2000: "Otra serie de resoluciones, con mejor doctrina a nuestro entender, afirman... que la contratación del personal laboral al servicio de la Administración española en el extranjero se entiende efectuada siempre en España, pues "la oferta de un contrato de trabajo en la Administración del Estado Español solo se puede realizar por el órgano del Departamento Ministerial correspondiente", que tiene, tanto en el caso del Ministerio de Asuntos Exteriores como en el de los demás "su domicilio en territorio español" [STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 1994..., con apoyo en la de la misma Sala de 28 de junio de 1994, así como en la STS de 15 de marzo de 1991...; debiendo entenderse que "los directores de los centros culturales en el extranjero", en afirmación de la Sentencia del mismo TSJ de Madrid de 30 de octubre de 1995... "se convierten en meros instrumentos transmisores del Ministerio a los que pertenecen"; o que nuestros representantes diplomáticos, cuando necesitan personal, "se limitan a exponerlo al Ministerio, que si lo estima pertinente les permite que busquen y propongan a quien consideren idóneo para su contratación", por lo que actúan "como meros mensajeros de la oferta de contrato", cuya admisión "se reserva al Centro directivo", por lo que, de conformidad con la regla establecida en el artículo 1.262 CC el contrato debe entenderse perfeccionado en España [STS de 4 de noviembre de 1994...]", pág. 119.

en el país en que estas se encuentran establecidas... (STS de 10 de diciembre de 1996)".

No hay que perder de vista, tal y como hemos estudiado anteriormente, que existen trabajadores al servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes españolas, que iniciaron su relación a través de un contrato administrativo de colaboración temporal y que posteriormente fueron laboralizados, otros que carecen de contrato formalizado por escrito, y que la mayoría de los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio son personal local.

La consecuencia que de esto se deriva es que no se puede afirmar categóricamente cuál es el lugar de contratación del trabajador: ¿país en el que se suscribió el contrato administrativo de colaboración temporal o país donde se llevó a cabo el proceso de laboralización? ¿país de residencia o de nacionalidad? ¿país donde está ubicada la Misión Diplomática o Representación Permanente o Estado acreditante?

Por lo tanto sería conveniente, no solo valorar y utilizar otros criterios que incluyeran al personal local, a quienes fueron contratados verbalmente y a los "contratados administrativos laboralizados", sino también que sirvieran para determinar cuál es el país a través del que ha sido contratado el trabajador, teniendo en cuenta, por ejemplo, quién autoriza la contratación, quién controla el ámbito de organización y dirección, quién retribuye la prestación, qué normas regulan las condiciones laborales del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior, etc.

Existe un elenco de normas nacionales que regulan la materia o alguno de sus aspectos y que podrían resultar eficaces a tal fin:

1º) La Resolución de 18 de febrero de 2015 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen criterios sobre selección de personal laboral en el exterior, dispone en su apartado cuarto dedicado a los "Procesos selectivos" que: "Todos los procesos selectivos de personal laboral

deberán contar con informe favorable previo de la Dirección General de la Función Pública".

2º) La Instrucción Conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y para la Función Pública sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral, nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal, de 17 de noviembre de 2010, incluye en su ámbito de aplicación "los contratos fijos o temporales para la prestación de servicios en el exterior, cualquiera que sea la normativa aplicable".

3º) El apartado 1.2 del Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior, señala que las condiciones de trabajo que se establecen a lo largo de todo su articulado son de aplicación en su totalidad, sin perjuicio de las normas de orden público del país de destino.

4º) En cuanto al ámbito de organización y dirección al que está sometido el trabajador, los Embajadores y Representantes Permanentes ejercen la jefatura superior de todo el personal de la Administración del Estado en el exterior (art. 41.1 de la LASEE), actuando en representación del Reino de España en el Estado u Organización Internacional ante los que están acreditados (art. 37.1 de la LOFAGE).

5º) Con respecto al sujeto que retribuye la prestación laboral de los trabajadores que prestan servicios en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el exterior, las remuneraciones son competencia de la Dirección General del Servicio Exterior (art. 14.1 b) y d) del Real Decreto 342/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación) que lleva a cabo funciones de habilitación y pagaduría de la Caja Pagadora Central²²¹.

²²¹ *Vid.* Instrucción núm. 1/2003, de 7 de mayo, sobre Retribuciones del personal contratado en el extranjero.

A nuestro entender, el criterio de la nacionalidad común de las partes sería uno más aunque, como se ha mencionado, plantea más problemas que soluciones y solo regula la materia parcialmente al omitir al personal local.

Si analizamos de forma global todo lo que hemos mencionado hasta ahora en relación con la ley aplicable al contrato de trabajo entre la Administración Exterior y el personal a su servicio, tenemos que concluir, de acuerdo con MOSTAJO VEIGA, que tanto el Convenio de Roma de 1980 como su heredero, el Reglamento Roma I en su art. 3.1, "(...) permite una fórmula que tradicionalmente es rechazada en nuestro ordenamiento cual es la técnica del "espiguelo" en tanto que permite que una parte del contrato esté regulada por una ley y el resto por otra (...)".

"(...) la Administración Pública no se rige en sus relaciones laborales por el principio de la autonomía de la voluntad sino que como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (...)"²²².

²²²Mostajo Veiga, A. *Op. cit.*, "La Administración Pública en el extranjero...", págs. 441 y 442.

CAPÍTULO VIII. LA RELACIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR COMO RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL

INTRODUCCIÓN

Si hay una característica en la relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, que hemos destacado y repetido a lo largo de todo este estudio, es la peculiaridad. Pero no solo en comparación a las relaciones laborales comunes sino también con respecto al vínculo laboral entre cualquier otra Administración y sus trabajadores.

Es cierto que no hay dos contratos iguales y que, como dicen algunos autores, todo contrato o relación de trabajo es especial comparado con otro de otra actividad²²³, ya que "(...) si bien se mira, todos los contratos de trabajo o las relaciones laborales son en cierto modo especiales si se atiende al objeto de la prestación del trabajador, esto es, al tipo de trabajo; éste es tan variado, tan enormemente variado, que se puede decir... que cada contrato de trabajo, para cada tipo de trabajo, es especial por su objeto respecto de los restantes (...)"²²⁴.

Pero en el caso del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de la Administración Exterior, esa singularidad se manifiesta en cada uno de los elementos del contrato (las partes, el lugar donde se lleva a cabo la prestación, el Convenio Colectivo "aplicable", la determinación de la ley rectora del contrato, la extinción del contrato, etc.), por lo que resulta difícil establecer un parangón entre los miembros del personal administrativo y técnico de la Administración del Estado en el exterior y sus homólogos en las demás Administraciones Públicas.

²²³ SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M. "Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica", en Estudios de Derecho Judicial, núm. 141, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007, pág. 2.

²²⁴ ALONSO OLEA, M. "Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales", en Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1977, pág. 49.

Tampoco en el caso de los miembros del personal de servicio de la Misión Diplomática o Representación Permanente podemos fijar una correspondencia, por ejemplo, con la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, contemplada en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, porque como ya explicamos, los miembros del personal de servicio no son los "criados particulares" que se describen en el apartado h) del art. 1 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, sino que son miembros del personal de la Misión Diplomática y trabajadores del Estado acreditante²²⁵, aunque se hayan dado casos en que los Agentes Diplomáticos emplean de manera privada al personal de servicio de la Misión Diplomática²²⁶.

Los sujetos intervinientes en la relación contractual entre el personal laboral y la Administración del Estado en el exterior son el trabajador y el empresario, como en todas las demás podría decirse, pero aquí uno y otro tienen unas características especiales.

En la relación laboral entre la Administración Exterior y el personal a su servicio, el trabajador no solo pertenece al personal administrativo, técnico y de servicio de la Administración del Estado en el exterior, sino que además ostenta la condición de ser un miembro de la Misión Diplomática o Representación Permanente, porque el art. 1 c) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas así lo establece, y deja bien claro que, por miembros del personal de la Misión se entienden no solo los miembros del personal diplomático, sino también los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de la Misión Diplomática.

Los miembros de la Misión Diplomática, por lo tanto, no son únicamente quienes pertenecen al cuerpo diplomático o son funcionarios, sino que también los trabajadores están incluidos en tal categoría.

²²⁵ STS 6323/2008, de 21 de octubre, Sala de lo Social, Fdtos. Jcos. Segundo y Tercero.

²²⁶ GARCÍA NINET, J. I. Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, 2006, pág. 21.

Los calificativos "administrativo y técnico", no deben inducir a error. Se trata de quienes están empleados en el servicio administrativo y técnico de la Misión Diplomática, llevando a cabo tareas de archivo, contabilidad, seguridad, centralita, traductores e intérpretes, recepción y despacho de la valija diplomática etc., es decir, trabajos auxiliares que no comportan el ejercicio de potestades públicas ni están vinculados a la soberanía del Estado acreditante.

Pero además, se da la circunstancia de que dentro de esta categoría nos encontramos, primero, con trabajadores que son personal del Servicio Exterior, es decir, empleados que ya están vinculados a la Administración del Estado a través de una relación laboral previa a su destino en la Misión Diplomática, y que habrán de reincorporarse a su puesto de trabajo en el Ministerio al que estuvieran adscritos, al finalizar aquel (art. 54.2 de la LASEE); y segundo, con personal local, o sea, nacionales o residentes en el Estado receptor o en un tercer Estado.

En la relación del personal de servicio nos encontramos ante dos supuestos totalmente diferentes:

El primero de ellos, regulado en el art. 1 c) y g) del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que afecta al personal de servicio de la Misión Diplomática, es decir, a los trabajadores del servicio doméstico de la Misión que son, por lo tanto, empleados del Estado acreditante y, en consecuencia, sujetos de nuestro estudio.

El segundo, como ya se ha dicho son los "criados particulares" a los que hace referencia el art. 1 h) del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que ni son miembros de la Misión Diplomática ni trabajadores o empleados del Estado acreditante, sino que son empleados de un miembro del personal diplomático, por lo tanto, su vinculación con la Administración Exterior es nula y su relación laboral es indudablemente de carácter especial y amparada, en el caso de España, por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. El empleador en este caso no es el Estado español sino el titular del hogar familiar.

En cuanto al empresario, no estamos propiamente ante la figura que describe el art. 1.2 del ET. El empresario no es un empresario privado, ni la Administración Pública ni el Gobierno, sino el Estado, y todas y cada una de las actuaciones que lleven a cabo los Embajadores y Representantes Permanentes del Estado en el exterior, desde el inicio de la relación laboral, se hacen en nombre y representación del Estado español o Reino de España. Los actos de la Administración Exterior se materializan por la Administración de carácter instrumental que es, subordinada y vinculada al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Las retribuciones de los trabajadores son competencia de la Dirección General del Servicio Exterior.

El poder de dirección del empresario lo ejercen, tal y como establece el art. 37 de la LOFAGE, los Embajadores y Representantes Permanentes en nombre del Estado, en su condición de órganos directivos en el exterior, que dependen orgánica y funcionalmente de los respectivos departamentos ministeriales (art. 41.1 de la LASEE).

Con respecto al lugar donde se desarrolla la prestación de servicios, puede ser cualquier órgano de la Administración del Estado en el exterior (Misiones Diplomáticas o Representaciones Permanentes, Consejerías, Agregadurías, Oficinas Económicas y Comerciales, Oficinas Técnicas de Cooperación, etc.), si bien, nos hemos centrado en la Embajada como modelo de Misión Diplomática Permanente, porque se sitúa en la cumbre de las relaciones internacionales, y cualquier observación, argumento o análisis que se efectúe sobre la misma es exportable a todos los órganos de la Administración Exterior.

Las Oficinas Consulares, por su parte, son órganos de la Administración General del Estado. El Jefe de la Oficina Consular ejerce la jefatura de todos los servicios y personal, pero por delegación del Jefe de la Misión Diplomática Permanente correspondiente. Es decir, el Jefe de la Oficina Consular ajustará su actuación a las directrices del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y

del Jefe de la Misión Diplomática Permanente de la que dependan (art. 48.6 de la LASEE).

En relación con el contrato de trabajo hay que recordar que, los trabajadores de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero, no siempre estuvieron vinculados a la Administración del Estado en el exterior a través de un contrato laboral, sino que aquellas relaciones se iniciaron por un contrato administrativo de colaboración temporal, y que los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas se convirtieron en trabajadores tras la entrada en vigor de la LMRFP, que prohibió la suscripción de contratos administrativos de colaboración temporal, lo que desembocó en un proceso de laboralización creado *ad hoc* para quienes poseían la nacionalidad española, dejando al personal local en una situación no descrita.

En cuanto a la ley rectora del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de la Administración Exterior, es una de las cuestiones más complejas y controvertidas, por la suma de normas jurídicas que intervienen, ya desde el proceso selectivo: legislación internacional, española y del Estado receptor, Órdenes Circulares, Órdenes de Servicio, Instrucciones, Acuerdos, Convenios, etc.

A ello hay que añadir las problemas procesales que se plantean cuando un trabajador decide interponer una demanda contra el Estado empleador: los privilegios de inmunidad.

Por un lado, la inmunidad de jurisdicción, es decir, las limitaciones que ha de vencer el trabajador para acceder a los órganos y tribunales que han de resolver el litigio, basadas en la condición del empresario como sujeto de Derecho Internacional. Por otro lado, la inmunidad de ejecución, o sea, las dificultades que tiene que superar el trabajador cuando los tribunales han dictado una sentencia favorable a sus pretensiones, pero que no se cumple en sus propios términos porque el Derecho Internacional establece que los bienes de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes son inembargables.

Aunque es cierto que en materia de contrato de trabajo, los Estados no pueden hacer valer el privilegio de inmunidad, no lo es menos que existen determinadas actuaciones relacionadas con el vínculo laboral que se consideran actos de soberanía del Estado, es decir, actuaciones revestidas de imperio y, por lo tanto, no susceptibles de injerencia o intromisión, de acuerdo con lo que dispone el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2 de diciembre de 2004, que curiosamente se aplica para dirimir las controversias, a pesar de no estar vigente.

Se consideran actos de soberanía: la contratación y renovación del contrato, y la destitución o rescisión del contrato si el proceso menoscaba los intereses de seguridad, o cuando el trabajador fuera un nacional del Estado acreditante, que no tuviera su residencia permanente en el Estado receptor, o si así lo hubieran convenido las partes.

Sentado lo anterior, hoy en día, y cada vez más, es preciso atender "concretas realidades, particularidades, a veces teñidas de transversalidad", que provocan una ruptura y una huida del "tronco jurídico común que representa el contrato de trabajo", en el ámbito del Derecho Laboral²²⁷.

Pero en lo que respecta a la relación laboral del personal que lleva a cabo la prestación en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, las peculiaridades no solo alejan el vínculo contractual del Derecho del Trabajo sino también del Derecho Administrativo.

La interconexión entre el contrato laboral y el contrato administrativo ha sido un tema de estudio y análisis recurrentes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con un objetivo claro: detectar y evitar el fraude de ley, ya que ante un mismo hecho, era complicado determinar cuándo se debía acudir a la contratación administrativa y cuándo a la contratación laboral, "amén de determinar

²²⁷ MARTÍNEZ MOYA, J. "Otras relaciones laborales especiales", en Estudios de Derecho Judicial, núm. 141, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007, pág. 4.

cuál era el régimen jurídico aplicable y la jurisdicción competente cuando el contrato se celebraba fraudulentamente²²⁸.

Dado que el contrato de trabajo entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio no ha sido incluido por el legislador dentro del catálogo de relaciones laborales de carácter especial, vamos a adentrarnos en este capítulo en los sistemas de provisión que se emplean para la cobertura de los puestos de trabajo que se generan en el ámbito de la Administración del Estado en el exterior, en las condiciones laborales de los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes y su regulación, en los derechos individuales de los trabajadores y en la situación actual de los derechos colectivos, para concluir, o no, si esta relación laboral debería formar parte de los supuestos regulados en el art. 2 del ET, aunque haya quien se nos ha adelantado y habla abiertamente de la relación laboral especial del personal laboral de las Administraciones Públicas²²⁹, sin excluir ninguna de ellas.

1.- EL CONCEPTO DE RELACIONES LABORALES DE CARÁCTER ESPECIAL Y LA RELACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN EXTERIOR Y EL PERSONAL A SU SERVICIO

El art. 2.1 del ET regula las relaciones laborales de carácter especial, y en su apartado i) establece que "se considerará relación laboral de carácter especial cualquier trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley".

Las relaciones laborales de carácter especial han sido definidas por MARTÍNEZ MOYA como aquellas que "se corresponden con trabajos que cumplen

²²⁸ CEGARRA CERVANTES, F. J. "La definitiva exclusión del personal contratado "para trabajar en el exterior" del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 123, Civitas, S.A. Madrid, mayo-junio, 2004, pág. 26 y ss.

²²⁹ SALA FRANCO, T. "La extinción de la relación laboral especial del personal laboral de las Administraciones Públicas", en Actum Social, núm. 57, Grupo Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

las notas del art. 1.1 del ET [de laboralidad] y que por ello están comprendidos en el Derecho del Trabajo, pero que, a juicio del legislador, requieren un régimen jurídico distinto del que ofrece... el ET".

Tanto de la definición estatutaria como doctrinal podemos extraer una primera conclusión: que la relación laboral de carácter especial es un concepto jurídico y que, basta que una ley determine que una prestación en concreto ha de considerarse como relación laboral de carácter especial, para que pase a engrosar el catálogo de supuestos que actualmente existen.

Por ello, el listado de relaciones laborales especiales es un *numerus apertus* en el que cabe cualquier trabajo que, a juicio del legislador, presente cierta especialidad.

También hay quien ha ido añadiendo características al concepto y señala, con muy buen criterio, que además de las notas de laboralidad y especialidad, las relaciones laborales especiales poseen un régimen jurídico propio y, en general, menos favorable que las relaciones laborales comunes²³⁰.

De esta afirmación extraemos una segunda conclusión: que dentro de la relación del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, los trabajadores que llevan a cabo la prestación en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero, se encuentran en inferioridad de condiciones con respecto al personal laboral de las Administraciones Públicas destinado en territorio nacional.

En nuestra opinión, esto es así por varios motivos:

1º) Porque, como ya se dijo al hablar del Estado como empresario, el empleador no es un empresario privado cualquiera, ni el Gobierno o la Administración, sino un sujeto de Derecho Internacional, el Estado, protegido por su

²³⁰ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R. La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales, Tesis Doctoral dirigida por MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2004, pág. 53.

soberanía, independencia, igualdad soberana e inmunidad, constituido por un conjunto de poderes y fortalecido en su relación laboral con el trabajador.

No existe una verdadera autonomía de la voluntad de las partes a la hora de fijar las condiciones laborales en el contrato de trabajo. La capacidad negociadora del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, para plasmar sus condiciones laborales en el contrato de trabajo, es nula. Y en cuanto a la actuación de la Administración Exterior, como instrumento del Estado que es, está sometida siempre a los intereses generales.

2º) Porque el colectivo mayoritario de trabajadores al servicio de la Administración del Estado en el exterior es personal local, es decir, nacionales o residentes en el Estado extranjero receptor, cuyas condiciones laborales difieren de unos países a otros.

3º) Porque existe un número considerable de trabajadores que ni tan siquiera poseen un contrato formalizado por escrito²³¹:

"En muchas ocasiones no existe un contrato entendido como contrato escrito puesto que el documento por el que se rige el vínculo laboral nunca ha sido firmado por el trabajador y es una mera "ficha" en la que se indican los datos personales, fecha de antigüedad o destino"²³².

"A este propósito se debe seguir el "iter" de la relación mantenida entre ambas partes litigantes desde su inicio que, como consta en autos se inició en el año 1967, con motivo de la oferta que el Cónsul General de España en Hannover hizo al

²³¹ La Recomendación 2/1992, de 7 de enero, del Defensor del Pueblo dirigida al Subsecretario de Asuntos Exteriores, sugirió la conveniencia de formalizar por escrito con entrega de copia los contratos de trabajo del personal laboral de Embajada y otras Representaciones españolas en el extranjero, dejando constancia del lugar de celebración del mismo y de la legislación a la que se sometían las partes, dadas las quejas planteadas con respecto a la normativa aplicable a los contratos en régimen laboral de los trabajadores contratados por la Administración Pública para prestar servicios en el exterior y, en especial, por la falta de entrega al trabajador de la copia de su contrato de trabajo con la Administración.

²³² MOSTAJO VEIGA, A. *Op. cit.*, "La Administración Pública en el extranjero...", pág. 442.

Sr..., de forma verbal, en aquella ciudad alemana donde residía para que trabajara en el Consulado Español como oficial administrativo. Oferta que el actor aceptó teniendo lugar entonces y allí la formalización de la relación contractual entre las partes por el mutuo acuerdo de voluntades, elemento sustancial del nacimiento y existencia de todo contrato al que no obsta que tal contratación verbal fuera comunicada "a posteriori" al Ministerio de Asuntos Exteriores español cuatro meses después (de abril a agosto de 1967, fecha esa última del Despacho nº 182 enviado al efecto), para que "tomara nota" (...)"²³³.

4º) Porque los trabajadores al servicio de la Administración Exterior son, por lo general, personal laboral sin Convenio Colectivo, cuya relación laboral se rige actualmente por el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, sin que hasta la fecha se hayan adoptado otros instrumentos normativos que lo desarrollen ni se haya llevado a cabo un proceso de negociación colectiva.

5º) Por la dispersión y el cúmulo de normas de diverso rango²³⁴ y de ordenamientos jurídicos diferentes (internacional, del Estado receptor y nacional), que regulan la relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, creando así una inseguridad jurídica que ni el EBEP ni la entrada en vigor de la LASEE han conseguido solventar.

6º) También hay un grupo de trabajadores que accedieron a los puestos que desempeñan a través de un contrato administrativo de colaboración temporal, que fue laboralizado a partir de la entrada en vigor de la LMRFP, como ya hemos explicado, pero el proceso de laboralización fue pensado y diseñado para quienes

²³³ STSJ Madrid 14921/2001, de 19 de noviembre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Quinto.

²³⁴ Orden Circular 2/2006, de 29 de mayo, sobre Instrucciones sobre comunicaciones escritas. Con objeto de actualizar la normativa sobre comunicaciones escritas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se dictan las siguientes instrucciones: Clasificación de los escritos. Las comunicaciones escritas oficiales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación son las siguientes: 1. Orden Circular. 2. Orden de Servicio. 3. Instrucción de Servicio. 4. Orden. 5. Despachos. 6. Informes. 7. Oficio. 8. Nota Verbal. 9. Nota Interior. 10. Telegrama.

poseyeran la nacionalidad española, lo que supuso que el grueso del personal administrativo, técnico y de servicio, que está formado por personal local, quedase fuera de aquel proceso.

Esta circunstancia nos hace plantearnos en qué situación quedaron, tras el proceso laboralizador, aquellos contratados administrativos locales, de nacionalidad extranjera, ya que tenían vedada la participación en las "pruebas selectivas" por no cumplir una de las condiciones que se establecían al efecto: la nacionalidad española.

7º) El personal laboral de la Administración del Estado en el exterior no ha podido llevar a cabo un proceso electoral y tiene suspendido su derecho a la negociación colectiva.

La publicación de la Resolución de 14 de mayo de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (BOE de 15 de mayo de 2012), acordó, por un lado, suspender el apartado 17 ("Derechos de representación colectiva") del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos. Y, por otro, la suspensión total del Acuerdo de 9 de junio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, por el que se establece el procedimiento para la elección de órganos de representación del personal de la Administración General del Estado en el exterior.

Además, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012), dispuso, entre otras medidas, a través de su art. 14 titulado "Unidades electorales, créditos horarios y derechos sindicales en relación con el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos", dejar sin efecto "cuantos pactos, acuerdos o convenios hayan podido establecer condiciones distintas a las reguladas en este artículo, y en concreto, y en lo que se oponga al mismo, el Acuerdo de 3 de

diciembre de 2007... y el Acuerdo adoptado por dicha mesa el 9 de junio de 2011 sobre procedimiento para la elección de órganos de representación del personal laboral de la Administración del Estado en el exterior...".

Seguidamente vamos a analizar de manera pormenorizada todas estas características y otras tantas, para poder dilucidar con buen criterio, como decíamos al principio, si estamos ante una relación laboral de carácter especial.

2.- LAS PECULIARIDADES DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL EXTERIOR Y LOS MIEMBROS DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO, TÉCNICO Y DE SERVICIO DE LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS Y REPRESENTACIONES PERMANENTES

A.- EL SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

El art. 15.1 c) de la LMRFP señala que podrán desempeñarse por personal laboral, entre otros, los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite, colaboración y auxiliares que conlleven el manejo de máquinas, archivo y similares.

En general, el uso de la contratación laboral por las Administraciones Públicas, lleva aparejado el peligro de esquivar los sistemas de selección e ingreso en la Función Pública, a la que a veces accede el personal laboral quebrantando los principios constitucionales y por la vía privilegiada de los concursos restringidos²³⁵.

En particular, la convocatoria y la provisión de puestos de trabajo del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior es exclusiva y diferente, ya que no existe oferta de empleo público ni RPT, las convocatorias no aparecen publicadas en el BOE, y ya hemos aludido a las prácticas de las que se ha hecho uso para formalizar un contrato con una Administración Pública (oferta de

²³⁵ MONTOYA MELGAR, A. Derecho del Trabajo. Tecnos, Madrid, 27ª edición, 2006, págs. 284 y 285.

trabajo verbal o establecimiento del vínculo laboral a través de una ficha), lo que dificulta su control:

"En el caso examinado, el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración del Estado y concretamente los artículos 29, sobre publicación de las convocatorias en el BOE y 30 sobre la constitución de los órganos de selección con participación de los representantes de los trabajadores, deben ser interpretados en coherencia con la previsión contenida en el artículo 1.2 b), que no se aplica a la provisión de puestos de trabajo en el extranjero y a la disposición adicional sexta, que establece como (sic) la selección del personal no funcionario en el extranjero se rige por sus normas específicas..."²³⁶.

La oferta de empleo público es "el instrumento legalmente previsto para que las Administraciones Públicas seleccionen a su personal funcionario o laboral con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 19.1 LMRFP [Ley 30/1984])"²³⁷, y debe incluir:

1º) Los puestos que se ofertan.

2º) La convocatoria pública para acceder a los mencionados puestos.

3º) El procedimiento para la cobertura de las plazas (concurso, oposición o concurso-oposición).

Pero dado que los puestos de trabajo al servicio de la Administración del Estado en el exterior no se incluyen en la oferta de empleo público y que, a nuestro entender, la convocatoria pública no cumple con sus fines de difusión y alcance general, vamos a ver a continuación cuáles son las normas y los sistemas que regulan la provisión y cobertura de las plazas destinadas al personal laboral de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes.

²³⁶ STS 3674/2005, de 8 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Fdto. Jco. Quinto.

²³⁷ RIVERO LAMAS, J. *Op. cit.*, "Selección y contratación del personal laboral...", pág. 26.

a) Procedimiento general²³⁸

El apartado 3 del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos (en adelante, Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior), establece:

"La selección del personal laboral del servicio exterior (sic) se hará mediante convocatoria pública, y a través de los sistemas de pruebas específicas, oposición libre, concurso-oposición y concurso, en los que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, todo ello sin perjuicio de las limitaciones que... se hallen establecidas en las normas de orden público del país en que presten sus servicios".

De una primera lectura podemos deducir que el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior añade, a los sistemas tradicionales de selección del personal laboral establecidos en el art. 61 del EBEP y en el art. 19 de la LMRFP (oposición y concurso-oposición, y excepcionalmente, concurso), otro más: un sistema de pruebas específicas.

Además, el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior omite cualquier referencia a la colaboración de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

El párrafo segundo del apartado 3 del Acuerdo contempla "otras modalidades de provisión de vacantes" que "podrán ser objeto de desarrollo por la Comisión Técnica de personal laboral en el exterior en la medida en que se precisen determinadas materias de este Acuerdo que condicionan las mismas".

²³⁸ MOLINA MARTÍN, A. M. "Las condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior", en Tribuna Social, Revista de Seguridad Social y Laboral, núm. 215, CISS Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 43.

De acuerdo con MOLINA MARTÍN, el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior, "no establece especiales cautelas o principios rectores, lo cual habilita un espacio para el ejercicio de prácticas más flexibles o menos garantistas... y, al mismo tiempo, permite evitar la aplicación de normas imperativas del lugar de trabajo".

Sin embargo, la Resolución de 18 de febrero de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen criterios sobre selección de personal laboral en el exterior, no hace mención alguna al sistema de pruebas específicas y mantiene como sistemas selectivos el concurso-oposición, el concurso y la oposición.

b) Procedimiento o modalidad especial

La Instrucción Conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y para la Función Pública sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral, nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal, de 17 de noviembre de 2010, establece que:

"Con la finalidad de cumplir lo establecido en la Ley de Presupuestos, y poder cubrir estas necesidades de carácter urgente e inaplazable que surgen en el ámbito público, se ha considerado necesario modificar el procedimiento de contratación de personal laboral... hasta ahora vigente dotándolo de la agilidad necesaria para que la incorporación se pueda producir también de manera urgente, evitando trámites innecesarios y contribuyendo a una mayor eficacia y eficiencia en la gestión del sector público".

A tal fin, la Instrucción adopta un "sistema de cupos" para todas las contrataciones y en todos los ámbitos.

El apartado 1 de la Instrucción señala que los Departamentos Ministeriales y Organismos Autónomos, entre otros, precisarán la autorización previa conjunta de

los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial y Administración Pública para efectuar contrataciones de personal laboral en varios supuestos, uno de ellos, para formalizar contrataciones, fijas o temporales, para la prestación de servicios en el exterior, cualquiera que sea su normativa aplicable.

Los Departamentos Ministeriales y sus Organismos Autónomos solo podrán contratar personal laboral para funciones propias de este personal. A los contratos para la prestación de servicios en el exterior se les aplicará su normativa específica.

El apartado 2.3 bajo el título de "Cobertura planificada de necesidades" indica que:

"Las necesidades de contratación de personal... se cubrirán, preferentemente, mediante el sistema de un cupo de carácter anual coincidente con el ejercicio presupuestario, de manera que... las solicitudes de contratación de personal laboral... se harán de forma anticipada y global".

En la autorización de los cupos se especificará la documentación que deberá remitirse trimestralmente a través de un formulario denominado "Seguimiento cupo contratación personal laboral en el exterior".

Las resoluciones de autorización de contratación de personal laboral tendrán validez para el ejercicio presupuestario para el que se autorice el cupo.

A nuestro entender, esta regulación sobre la provisión de los puestos de trabajo en el exterior, no solo ha modificado el procedimiento de contratación de personal vigente hasta el momento, sino que prima la dotación presupuestaria de las plazas, la eficacia, la eficiencia y la celeridad, sobre el régimen garantista del procedimiento general.

A todo lo anterior hay que añadir que la mayor parte de la contratación de personal local (nacionales o residentes), se rige por la legislación del país donde se

desempeña la prestación laboral, y que las condiciones de trabajo son muy diferentes de unos a otros.

B.- LAS CONDICIONES DE TRABAJO

El Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, es el instrumento jurídico a través del cual se regulan el conjunto de condiciones mínimas aplicables a todo el personal laboral contratado en el exterior, con independencia de la ley rectora de su contrato de trabajo, pero no es el único, como ya hemos avanzado.

En cuanto a su naturaleza jurídica "estamos ante un pacto colectivo de los previstos en el art. 38 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público"²³⁹.

Vamos a estudiar a continuación cuáles son los aspectos más destacables del régimen jurídico regulado en el Acuerdo sobre las condiciones de trabajo del personal en el exterior:

a) La modificación sustancial de las condiciones de trabajo

El apartado 2.1.1 del Acuerdo señala que los Departamentos podrán acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, cuando existan probadas razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- Jornada de trabajo.

²³⁹ STSJ Madrid 555/2011, de 11 de febrero, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Octavo.

- Horario.

- Sistema de trabajo y rendimiento.

- Funciones, cuando excedan de los límites para la movilidad funcional.

La peculiaridad de la disposición sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior, con respecto a lo dispuesto en el art. 41.1 del ET, reside en dos cuestiones:

1ª) Que no son necesarias las razones económicas para disponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

2ª) Que el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior no hace mención a dos materias, que según nuestra opinión, son fundamentales: el régimen de trabajo a turnos y el sistema de remuneración y cuantía salarial, si bien con la expresión "entre otras" se deja la puerta abierta a cualquier materia no contemplada expresamente en la relación.

b) La movilidad funcional

El apartado 2.2.2 del Acuerdo establece que "en el caso de encomienda de funciones inferiores... [la movilidad] deberá estar justificada por necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad, no pudiendo ser su duración en su totalidad, superior a un mes en un año".

En este caso, y a diferencia de lo dispuesto en el art. 39.2 del ET, no existe la obligación de comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores.

Tampoco se contempla el derecho del trabajador al ascenso como consecuencia de la realización de funciones superiores a las de su categoría por un período de tiempo prolongado.

c) La movilidad geográfica

Bajo el título de "Reasignación de efectivos y violencia de género", el apartado 2.3 del Acuerdo alude al traslado tanto individual como colectivo, sin hacer distinción entre traslado y desplazamiento, como sí recoge el art. 40 del ET.

d) La organización del trabajo

El apartado 4.2 del Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior está dedicado a los "Instrumentos de organización del trabajo". La norma establece que la organización del trabajo es facultad exclusiva de la Administración, que "estructurará los puestos de trabajo correspondientes al ámbito de aplicación del presente Acuerdo a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares...".

Como ya hemos anticipado, en el ámbito de la Administración del Estado en el exterior no existe, hasta el momento, una RPT ni ningún otro instrumento organizativo similar, tal y como dispone el Acuerdo:

"(...) la propia recurrente acaba reconociendo la realidad de esa afirmación. En efecto, en el segundo motivo del recurso la Administración no niega ese hecho, sino que pretende justificar la falta de redacción de la R.P.T. o de un instrumento similar, por entender que previamente debía haber intervenido la Comisión Técnica del Personal Laboral en el exterior, planteamiento que parte de reconocer la realidad de ese hecho...

(...) no resultan de aplicación los preceptos de ese Convenio Único sobre el procedimiento de elaboración de las R.P.T., ni sobre la necesidad de intervención o

audiencia previa de la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación (CIVEA)...²⁴⁰

e) El tiempo de trabajo

El apartado 6 del Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior engloba, bajo el título "Jornada y horarios", las materias relativas a la ordenación del tiempo de trabajo: jornada, calendario laboral, ausencias justificadas, descanso semanal y días festivos.

Para el personal de servicio, vigilantes y conductores de vehículos, el régimen de jornada y horarios será el que determine el responsable de la Unidad según las necesidades del servicio, sin que la jornada ordinaria de trabajo pueda ser superior a cuarenta horas semanales en cómputo anual.

El epígrafe 6.3 regula las ausencias, las faltas de puntualidad y de permanencia y los requisitos para considerarlas justificadas:

En caso de enfermedad, incapacidad temporal y fuerza mayor, se exige aviso previo al responsable de la Unidad y su posterior justificación acreditativa, si procede.

Las vacaciones anuales se regulan exhaustivamente en el apartado 7 y no existe ninguna alusión a las horas extraordinarias ni al trabajo nocturno.

La Orden Circular 6/1999, de 10 de junio, sobre Calendario laboral, jornada de trabajo y horario en las Representaciones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, recoge en su párrafo 3 el horario de atención al público, distribuido de acuerdo con los usos y costumbres locales.

²⁴⁰ STS 3293/2014, de 12 de mayo, Sala de lo Social, Fdts. Jcos. Segundo y Tercero. 2.

f) Suspensión del contrato de trabajo

El apartado 11 del Acuerdo regula siete supuestos de suspensión del contrato de trabajo frente a los catorce que reconoce el art. 45 del ET. El régimen jurídico de la suspensión del contrato se adapta a las circunstancias particulares del personal laboral en el exterior.

El epígrafe 11.1 se titula "Suspensión con reserva de puesto", lo que nos lleva a pensar que, tras esta regulación, debería existir una relación de casos de suspensión sin reserva de puesto, pero no es así. Hay que señalar que los tres últimos supuestos son inéditos en el ET.

1) Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años.

2) Trece días por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

3) Suspensión provisional de empleo durante la tramitación del expediente disciplinario y suspensión disciplinaria por sanción.

4) Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria firme, incluidas tanto la detención preventiva como la prisión provisional.

5) Prestación de servicios de carácter temporal en Organismos Internacionales o en Programas de Cooperación Internacional.

6) Nombramiento de alto cargo, en España, de la Nación, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local o incorporación, con

nombramiento como personal eventual, en sus respectivos ámbitos, en los gabinetes de los Ministros o de los Secretarios de Estado.

7) El nombramiento del trabajador como funcionario en prácticas, así como el período de prueba o de práctica, establecido legal o convencionalmente, que se exija para consolidar una plaza de personal laboral en cualquier Administración Pública española.

g) Excedencias

El epígrafe 11.2 contempla la "Excedencia voluntaria", lo que nos hace pensar, como en el apartado anterior, que debería regularse también la excedencia forzosa, pero tampoco es así. El Acuerdo establece su propio régimen jurídico aplicable a las excedencias del personal laboral en el exterior. Supuestos:

- 1) Por interés particular.
- 2) Para el cuidado de hijos, cónyuge y familiares.
- 3) Por aplicación de la normativa de incompatibilidades.
- 4) Por agrupación familiar.
- 5) Por razón de violencia sobre la trabajadora.

h) Régimen disciplinario

La regulación del régimen disciplinario del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en el exterior, se contempla no solo en el apartado 15 del Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior sino también en la Resolución de 29 de junio de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de la Mesa General de

Negociación de la Administración General del Estado de 9 de junio de 2011, sobre el procedimiento de régimen disciplinario del personal laboral de la Administración General del Estado en el exterior (BOE de 13 de julio de 2011).

La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia.

Con respecto a la regulación de las faltas muy graves, el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal en el exterior copia literalmente lo dispuesto en el art. 95.2 del EBEP.

Las faltas muy graves están sancionadas con suspensión de empleo y sueldo de tres meses y un día a seis meses, y traslado forzoso, con o sin cambio de residencia. El despido disciplinario comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que se desempeñaban.

En cuanto a las faltas graves y leves, el Acuerdo no sigue la pauta del EBEP, cuyos arts. 95.3 y 95.4 dejan su determinación a la Ley de las Cortes Generales, de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma correspondiente, o a los Convenios Colectivos y a las leyes de Función Pública, sino que desarrolla un catálogo detallado de faltas graves y leves.

Las sanciones que establece para las faltas graves son: suspensión de empleo y sueldo de tres días a tres meses; demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria por un período no superior a un año.

Las faltas leves están sancionadas con apercibimiento y suspensión de empleo y sueldo de hasta dos días.

C.- DERECHOS INDIVIDUALES

a) Formación profesional

El apartado 9 del Acuerdo hace referencia a la formación profesional:

"Se tendrá derecho a ver facilitada la realización de estudios en el país, en el que prestan sus servicios, para obtener títulos académicos o profesionales reconocidos oficialmente, la realización de cursos de perfeccionamiento profesional y el acceso a cursos de capacitación o reconversión profesional".

El Acuerdo vincula directamente la formación profesional con el tiempo de trabajo, y así establece que: la asistencia a cursos de formación para la capacitación profesional o la adaptación a un nuevo puesto de trabajo, programados en el país en que se presten los servicios por la Administración o las Organizaciones Sindicales, se considerará tiempo de trabajo cuando se celebren dentro del horario laboral y así lo permitan las necesidades del servicio.

También se contempla el derecho de disfrutar de permisos para facilitar la formación profesional y el desarrollo personal de los trabajadores:

a) Permiso retribuido para concurrir a exámenes finales y pruebas de aptitud y evaluación para la obtención de un título académico o profesional, durante el tiempo necesario para su celebración y desplazamiento en el país en que se preste el servicio.

b) Permiso percibiendo el salario base y el complemento de antigüedad, con un límite de cuarenta horas al año, para la asistencia a cursos relacionados con el puesto de trabajo o la carrera profesional y administrativa, en el país que se presta el servicio previo informe del superior jerárquico.

c) Permiso no retribuido, de una duración máxima de tres meses, para asistencia a cursos de perfeccionamiento profesional, no directamente relacionados con el puesto de trabajo, siempre que la gestión del servicio lo permita.

b) Reasignación de efectivos por violencia de género

Dentro del apartado 2 dedicado a la modificación de condiciones de trabajo y movilidad, el Acuerdo dedica un epígrafe a la atención a las mujeres víctimas de violencia de género:

"Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección... tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura".

En los casos de violencia de género, este traslado se considera de carácter forzoso pero no se indica ni su duración, como sí recoge el ET (inicialmente, seis meses), ni se hace mención alguna a la reserva del puesto de trabajo, ni a la posibilidad de optar entre permanecer en el anterior o continuar en el nuevo.

En el epígrafe 6.3 dedicado a las ausencias justificadas se regulan también medidas dirigidas a la protección de las mujeres víctimas de la violencia de género:

"Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la Unidad correspondiente con la mayor brevedad posible".

c) Conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Con respecto a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, las disposiciones del Acuerdo son más rígidas y menos tuitivas que la norma del art. 34.8 del ET.

El epígrafe 6.2.6 del Acuerdo regula el derecho a flexibilizar una hora del horario fijo para quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad, un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con una enfermedad grave. Excepcionalmente, y previa autorización del responsable de la Unidad, se podrá conceder con carácter temporal, la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas, por motivos directamente relacionados con la vida personal, familiar y laboral, y en los casos de familias monoparentales.

El epígrafe 6.2.8 reconoce el derecho a solicitar una reducción de hasta el 50% de la jornada laboral, de carácter retribuido, para atender el cuidado de un familiar de primer grado de consanguinidad o afinidad, por razón de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.

En el apartado dedicado a las ausencias justificadas se recoge también un precepto entroncado con la conciliación:

El epígrafe 6.3.2 establece que "los trabajadores que tengan hijos con discapacidad tendrán derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación de su centro educativo ordinario, de integración o de educación especial, donde reciba atención, tratamiento o para acompañarlo si ha de recibir apoyo en el ámbito sanitario o asistencial".

d) Descansos y vacaciones

Como derechos individuales de los trabajadores ligados al tiempo de trabajo, el Acuerdo regula los descansos y las vacaciones.

En el epígrafe 6.2 dedicado al calendario laboral se recoge el derecho a un descanso de 30 minutos, computable como trabajo efectivo, siempre que la jornada diaria sea, al menos, de cinco horas y media, excepto en los casos de jornada reducida.

El descanso semanal, regulado en el epígrafe 6.4, será de dos días ininterrumpidos, salvo que por necesidades del servicio sea preciso el establecimiento de un descanso semanal distinto del general. Cuando se tenga que trabajar el sábado, se descansará el lunes.

Con relación al disfrute de las vacaciones anuales (apartado 7), las singularidades en la relación laboral del personal al servicio de la Administración en el exterior, son las siguientes:

1ª) El personal cuyo contrato se extinga en el transcurso del año, tendrá derecho a disfrutar la parte proporcional de las vacaciones que le corresponda o, en caso de no poder disfrutarlas, al abono de las mismas.

2ª) A partir de los quince años de servicios, los días de vacaciones se van incrementando:

Quince años de servicios: veintitrés días hábiles. Veinte

años de servicios: veinticuatro días hábiles. Veinticinco

años de servicios: veinticinco días hábiles. Treinta o

más años de servicios: veintiséis días hábiles.

3ª) El trabajador podrá disfrutar sus vacaciones a lo largo del año en períodos de cinco días hábiles consecutivos, siempre que los correspondientes períodos

vacacionales sean compatibles con las necesidades del servicio, y se haya establecido en la planificación anual efectuada por cada unidad.

4ª) No se hace ninguna referencia a las vacaciones cuando su disfrute coincida con un período de incapacidad temporal, por contingencias distintas de las derivadas de la maternidad, lactancia, paternidad, adopción y acogimiento.

e) Permisos y licencias

El apartado 8 del Acuerdo regula las "Licencias y permisos". Únicamente nos centraremos en los supuestos en los que se presenta alguna diferencia con respecto a lo establecido en el art. 37 del ET.

El personal laboral podrá acogerse al disfrute de los siguientes permisos remunerados:

- Tres días hábiles en caso de muerte, accidente o enfermedad graves u hospitalización del cónyuge o pareja de hecho acreditada o de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad. Cuando dichos casos se produzcan en distinta localidad de la del domicilio del trabajador, el plazo de licencia será de cinco días hábiles. En el caso de fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o hijos, el trabajador podrá solicitar adicionalmente un permiso no retribuido de una duración no superior a un mes.

- Hasta dos meses de permiso percibiendo la cuota mensual que corresponda, en los supuestos de adopción internacional cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado.

- Hasta seis días cada año natural, por asuntos particulares.

- Dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose un día adicional por cada trienio a partir del octavo.

- Los días 24 y 31 de diciembre. Cuando la naturaleza de la prestación impidiese su disfrute o en el supuesto en que tales días coincidan con días festivos, sábados o no laborables, el calendario laboral establecerá fórmulas que permitan la compensación adecuada.

En cuanto a las licencias sin sueldo, el personal laboral fijo que haya cumplido al menos un año de servicios efectivos podrá solicitar licencia sin sueldo por asuntos propios. La licencia podrá ser denegada por necesidades del servicio y su duración acumulada no podrá exceder de tres meses cada dos años.

Las vacaciones, permisos y licencias en el exterior se recogen también en la Orden Circular 5/2003, de 31 de julio, con el fin de recopilar en un "único documento las distintas instrucciones cursadas a las Representaciones de España en el exterior destinadas al personal en ellas destinado".

f) Retribución

Bajo el título de "Estructura salarial", el apartado 14 del Acuerdo remite la regulación de las retribuciones, al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 1 de septiembre de 2006, por el que se aprueban medidas para la potenciación de la Acción Exterior del Estado. Las retribuciones se fijarán por países y zonas en las que estén situadas las "Representaciones y Oficinas".

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de septiembre de 2006 por el que se aprueban medidas para la potenciación de la Acción Exterior del Estado (BOE 12 de septiembre de 2006) dispone:

"Tercero. Medidas relativas a los recursos humanos del servicio exterior.

3.3. En el plazo de seis meses, por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, y con participación de los Departamentos afectados, que podrá ser conjunta, se procederá a revisar... los Catálogos de Puestos del personal laboral en el exterior, con el fin de adecuarlos a las nuevas necesidades

organizativas y funcionales, racionalizando, por países y zonas, su configuración, categorías y retribuciones en el conjunto de las representaciones y oficinas".

Nuevamente hay que hacer hincapié en que la Administración del Estado en el exterior no cuenta con una relación de puestos de trabajo ni un catálogo de puestos del personal laboral en el exterior, con lo que difícilmente podrán racionalizarse las retribuciones y adecuarlas a un instrumento organizativo que es inexistente.

Además de lo dispuesto en los Acuerdos mencionados, la Orden Circular 1/2003, de 7 de mayo, sobre "Retribuciones del personal contratado en el extranjero" regula:

1) Retribuciones

El Catálogo de Puestos de Trabajo del Ministerio de Asuntos Exteriores (sic) refleja las retribuciones máximas en divisa atribuidas a cada plaza de personal contratado en el extranjero.

Esta retribución está expresada como cantidad anual que, posteriormente se reparte según la legislación local o en 12 pagas mensuales y dos extraordinarias.

La retribución anual y mensual se hará constar expresamente en la convocatoria de las plazas y en el contrato que firmen las partes.

2) Nóminas

Se confeccionarán mensualmente por una cantidad fija íntegra en divisa, y variable en euros según cambio aplicado a la nómina.

La cantidad líquida a percibir está en función de la situación del personal que ocupa el puesto, ya que las deducciones se realizan teniendo en cuenta la nacionalidad, residencia fiscal y convenios de doble imposición. Atendiendo a estos

criterios y a lo establecido en cada legislación local, se podrá autorizar el pago de las nóminas en divisa de situación, previa certificación del jefe de la Misión Diplomática de que la legislación local permite esta posibilidad y la consiguiente autorización de la Dirección General del Servicio Exterior.

3) Anticipos ordinarios

Si no hubiera llegado la consignación se puede proceder al anticipo, siempre y cuando lo permita la tesorería de la Representación. Dichos anticipos deberán ser reintegrados, en la divisa percibida, en el momento en que se reciba la correspondiente nómina.

4) Contrataciones temporales

Deben estar previamente autorizadas por la Subdirección General de Personal y se abonarán en nómina adicional, una vez recibidas las certificaciones de las Representaciones Diplomáticas y Consulares acreditando la realización de los trabajos.

5) Justificación de nóminas

Teniendo en cuenta la obligación ineludible de presentar las nóminas al examen del Tribunal de Cuentas en fechas determinadas, es preciso que las Representaciones Diplomáticas y Consulares devuelvan las nóminas debidamente justificadas en los plazos que se fijen en la Instrucción de Servicio de remisión de cada nómina. Esta justificación consiste en la firma de la nómina, o del original del recibo de la nómina, por todos los perceptores, y la cumplimentación del estadillo de situación. También se podrá justificar con las transferencias realizadas por la Representación a las cuentas de los perceptores.

Cuando se produzcan remanentes en el pago de las nóminas, se efectuará el reintegro de los mismos, al final del año natural para reducir gastos bancarios, a la

cuenta del Tesoro Público por "Operaciones en el exterior, otras operaciones de ingresos y pagos en divisas".

D.- DERECHOS COLECTIVOS

a) La exclusión del personal laboral de la Administración Exterior del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado. La interpretación de la cláusula "contratado en el exterior"

Las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en el exterior no se pactan mediante la negociación del correspondiente convenio colectivo, sino que, debido a la singularidad de la materia y a la incidencia de distintos ordenamientos jurídicos en el contrato de trabajo, "(...) este concreto supuesto... excede del marco de un convenio colectivo (...)"²⁴¹.

En su momento, tanto la Administración como los sindicatos CC.OO., UGT y CSI-CSIF consideraron imposible que el personal laboral en el exterior pudiera tener un convenio colectivo por las "(...) diferencias de prestación de los servicios profesionales en los países que existen Embajadas, Consulados y otras Representaciones de España en el extranjero, así como por la ausencia de representantes sindicales y de elecciones sindicales en las distintas sedes (...)".

Sin embargo, una de las reivindicaciones históricas de los trabajadores al servicio de la Administración del Estado en el exterior, ha sido su inclusión en el ámbito de aplicación de los sucesivos Convenios Colectivos Únicos para el personal laboral de la Administración General del Estado (I, II y III, actualmente vigente de 3 de noviembre de 2009), con el fin de lograr un marco jurídico que regule de manera homogénea las condiciones laborales del personal que desempeña la prestación en el extranjero.

²⁴¹ STS 1223/2011, de 10 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Fdtos. Jcos. Segundo y Quinto.

El Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, de 24 de noviembre de 1998 (en adelante, I Convenio Único), establecía en su artículo 1.4.1º y 6º que quedaban excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio:

- El personal laboral contratado en el exterior.

- El personal cuya relación se haya formalizado o se formalice expresamente fuera de Convenio.

La litigiosidad que generó la interpretación de la cláusula “contratado en el exterior” fue tan abundante, que Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó más de cien sentencias sobre esta cuestión.

El motivo del conflicto era que, en la mayoría de los supuestos, no constaba contrato por escrito entre la Administración española en el exterior y el personal a su servicio y, por lo tanto, no era posible determinar el lugar de la contratación:

"(...) de aplicación resulta aquí dicha norma paccionada, y lo decimos ante la oposición que al respecto hace la impugnante, puesto que la misma excluye de su ámbito de aplicación -art. 1.4.1- al "personal laboral contratado en el exterior", situación que no concurre en el supuesto que enjuiciamos, en el que tenida lugar (sic) la laboralización del puesto de trabajo como hemos dicho ya en otras ocasiones tal hecho configura el lugar de contratación y, con ello, la legislación aplicable, y acaecida la misma en Madrid, determinante resulta tal factor no sólo para permitir la entrada en juego de las normas laborales españolas (...)"²⁴².

Se consideraba que el lugar de contratación no podía ser otro que aquel en que se había llevado a cabo el proceso de laboralización, porque hay que tener presente que la relación entre la Administración Exterior y el personal a su servicio se estableció, en principio, a través de un contrato administrativo de colaboración

²⁴² STSJ Madrid 8069/2000, de 20 de junio, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Único.

temporal, y que fue tras la entrada en vigor de la LMRFP, cuando se produjo la laboralización de los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas de España en el extranjero.

La cuestión litigiosa radicaba en la pretensión del personal que presta servicios para la Administración española en el extranjero, de ser incluido dentro del ámbito de aplicación del Convenio Único:

"(...) En efecto, si ha de entenderse que la contratación, dado el origen de la oferta, y por tanto la ubicación de la de aquella, se sitúa en la sede empresarial -en este caso, España-, el tenor del artículo 1.4 estatutario incide con prioridad, por ser norma especial y estar por ende coherente con el artículo 1.4.1º convencional al hablar de "contratados", respecto del 10.6 civil, que lo es general, y comporta la aplicación de la legislación laboral española.

Luego, si la contratación en sí misma considerada, y según tesis del Tribunal Supremo y de esta Sección de Sala ya expuesta, se produjo en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores español -sin duda localizado en territorio español y también sin duda de clara nacionalidad española, tanto en su calidad de Departamento, como en la de empresa o empleador-, recayendo sobre ciudadano español, es obvio que el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1.995 -e igual norma de su antecesor de 10 de marzo de 1.980- obliga a tener por aplicable a la relación de trabajo de ambas partes la legislación laboral española en su totalidad, en la que se incluye en este supuesto de una manera destacada el reiterado Convenio Colectivo único, cuyo artículo 1.4.1º habla de que quedan excluidos los "contratados en el extranjero", pero cuyo artículo 1.1 introduce en su seno a quienes, cual es el caso, son españoles contratados en España por una Administración española (...)".

Pero a finales del año 2002, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cambió de criterio y estableció que el proceso de laboralización no suponía la

transformación de un contrato administrativo celebrado en el extranjero, en un contrato laboral celebrado en España²⁴³, doctrina que se mantiene en la actualidad.

La modificación de la doctrina jurisprudencial se debe, en buena medida, a la entrada en juego de otra norma, el art. 1.4.6º del I Convenio Único, que excluye también de su ámbito de aplicación a quienes formalicen su relación laboral expresamente fuera de Convenio, lo que parece lógico, pero que también es discutible, como veremos más adelante.

A nuestro entender, son dos cuestiones diferentes, reguladas en dos normas distintas, pero lo cierto es que la presencia de este segundo precepto convencional (art. 1.4.6º) ha sido determinante para desestimar la pretensión de aquellos trabajadores que solicitaban ser incluidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio Único, provocando así un cambio radical en la jurisprudencia y doctrina judicial.

La norma del art. 1.4.6º del I Convenio Único deja un limitado margen a la interpretación, ya que si en el contrato de trabajo figura, desde el momento de su formalización, la cláusula "personal laboral sin Convenio o fuera de Convenio", que sitúa al trabajador al margen del régimen jurídico del Convenio Único, poco hay que interpretar.

No se trata, en este caso, de determinar el lugar de la contratación para decidir si hay que aplicar, o no, las disposiciones del Convenio Único, sino que aquí hay que resolver si a un hecho concreto, como es la prestación laboral en el extranjero, le resulta aplicable el Convenio Colectivo Único, es decir, si ante un supuesto fáctico (trabajador en el exterior), la consecuencia jurídica es su inclusión o exclusión del ámbito de aplicación del Convenio Único:

"(...) lo que se trata de dilucidar es si, dados los supuestos fácticos existentes, les es o no de aplicación a dicho demandante la norma jurídica denominada Convenio Único, lo que queda fuera de las posibilidades de contratación individual

²⁴³ STS 8157/2002, de 5 de diciembre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Cuarto.

de conformidad con el sistema de fuentes del derecho laboral contenido en el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, salvo lo que diga en cada caso el Convenio de aplicación que por ello procede interpretar"²⁴⁴.

Decíamos anteriormente que la redacción del artículo 1.4.6º del Convenio Único dejaba poco margen a la interpretación, y coincidimos en ello con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que establecía un catálogo de supuestos en los que no era de aplicación el Convenio Único²⁴⁵:

"Lo hasta aquí razonado implica, como también esta Sección de Sala ha tenido ocasión de decir más recientemente sin con ello contradecirse en lo más mínimo (por ejemplo, en su sentencia de 16 de noviembre de 2000, dictada en el recurso de suplicación 3.733/00 de la numeración de esta Sala de Madrid), que dicho Convenio Colectivo Único no es aplicable, a "contrario sensu" (sic), en los supuestos en los que:

a) el español contratado lo haya sido en el extranjero -con la salvedad, obviamente, de que en tal contrato exista una cláusula expresa de sumisión a la Legislación española, caso en el cual sí sería aplicable dicho Convenio Colectivo único;

b) el español contratado lo haya sido, en España o en el extranjero, con sumisión expresa a la Legislación extranjera; o

c) el español contratado lo haya sido, en España o en el extranjero, con exclusión expresa de la legislación española; o

d) el español contratado en España, con o sin sometimiento expreso a la Legislación española, pero que, en uso de lo previsto en el artículo 1.4.6º del Convenio Colectivo Único, se elimine taxativamente la aplicación de las normas convencionales españolas.

²⁴⁴ STS 4443/2003, de 25 de junio, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Primero. 3.

²⁴⁵ STSJ Madrid 1669/2001, 7 de febrero, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Primero.

(...) Estamos en el supuesto de una española contratada por un organismo español para prestar servicios en el extranjero -Holanda- de donde en principio conforme al art. 1.4.1º del propio Convenio Colectivo Único este sí le sería aplicable, pero de acuerdo con la cláusula quinta de su contrato, las partes se someten a la legislación holandesa -ordinal primero inmodificado por inatacado- por lo que las alegaciones vertidas en el recurso sobre las normas presuntamente infringidas carecen de fundamento".

Decíamos anteriormente que parecía lógico, pero también discutible, que se excluyera del ámbito de aplicación del Convenio Único a aquellos trabajadores que habían formalizado su relación laboral expresamente "fuera de Convenio", y que el tenor literal del art. 1.4.6º dejaba escaso margen a la interpretación.

Pero, dado que siempre hay algún resquicio, por pequeño que sea, en la exégesis de una norma, existen trabajadores en el exterior, con un contrato en el que se incluye la cláusula "fuera de convenio" que, sorprendentemente, están incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Único, y vamos a ver el porqué²⁴⁶:

"Se debate en el presente recurso si resulta o no aplicable el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado... a quien antes de su entrada en vigor fue contratada para prestar servicios en el extranjero, dado que el art. 1 del Convenio "ámbito de aplicación", excluye de éste en su número 4, "al personal contratado en el exterior... y al personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de Convenio (apartado 6º).

(...) Consta en ellos que las actoras prestan servicios... en la Embajada de España en Londres, Consejería de Información...; y que su contrato de trabajo se suscribió en Madrid, haciéndose constar... la expresión "personal laboral sin convenio".

²⁴⁶ STS 1888/2003, de 18 de marzo, Sala de lo Social, Fdts. Jcos. Primero y Quinto.

(...) Pues, aun aceptando que literalmente la cláusula sea la misma en ambos casos, su significado y finalidad puede ser muy distinto, en función de la norma convencional que regía en el momento de la contratación. Porque a efectos de aplicación del posterior Convenio Único, no es igual, en modo alguno, el contrato pactado antes de su entrada en vigor con la cláusula "sin convenio" cuando al formalizarlo no existía un Convenio aplicable o el existente excluía al contratado de su ámbito de aplicación, que el celebrado con personal que, estando dentro de dicho ámbito, pacta expresamente quedar fuera del mismo. De ahí la singular relevancia que adquiere la norma colectiva inicial para decidir si el contrato es o no incardinable en el art. 1.4.6º del Convenio Colectivo Único (...)"

Tras esta exhaustiva exposición, veamos cuáles han sido las consecuencias de la interpretación de los artículos 1.4.1º y 1.4.6º del I Convenio Único por los órganos jurisdiccionales:

1ª) Que dentro del colectivo de trabajadores al servicio de la Administración del Estado en el exterior existen dos grupos:

- Personal laboral que lleva a cabo la prestación en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero, cuya relación contractual se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Único, porque tienen una sentencia judicial en tal sentido.

- Personal laboral que está excluido.

2ª) Que el significado de la cláusula "contratado en el exterior" quiere decir en realidad "contratado para trabajar en el exterior", porque²⁴⁷:

a) "El atenerse a la literalidad del precepto provoca resultados que rozan, si no se confunden con el absurdo; piénsese en un colectivo de empleados, con idéntico destino, excluidos unos, e incluidos otros, respecto del Convenio Único, en virtud de un dato sumamente azaroso, cual es el de que la firma del empleado se

²⁴⁷ STS 3214/2003, de 12 de mayo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Segundo.

haya estampado en la oficina extranjera o en el correspondiente Ministerio; o a la inversa, que un contrato para trabajar en el propio Ministerio, en Madrid, u otra población del territorio nacional, se entendiera excluido del Convenio Único, por la circunstancia igualmente aleatoria de que, en virtud de circunstancias varias, se suscribiera en una legación española en el extranjero, con lo que resultaría excluido el real destinatario del pacto colectivo único".

b) "Es tradición en los Convenios Colectivos para el personal laboral... se incluya una cláusula, según la cual queda excluido "el personal laboral destinado en el extranjero".

c) "Por prevenirlo el Código Civil (artículo 1282), a propósito de la interpretación de los contratos, y porque en definitiva lo impondría la naturaleza de las cosas, el conocimiento de la intención de las partes contrayentes se consigue, también, a través de los actos "coetáneos y posteriores", como es el Acuerdo... suscrito el 22 de diciembre de 1998 entre la Administración y los Sindicatos más representativos, para la negociación de las condiciones laborales del personal del servicio exterior (sic); lo que muestra que esas mismas partes, lo que realmente retenían como dato diferenciador era, no el lugar de celebración del contrato, sino el lugar de la prestación de los servicios".

3ª) Que tanto el II Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, como el III Convenio Único, de 3 de noviembre de 2009, actualmente en vigor modificaron la redacción de la norma, en consonancia con los pronunciamientos judiciales.

De este modo, quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio: el personal laboral que presta servicios en el exterior.

b) Los derechos de representación colectiva y su situación actual

El apartado 17 del Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral en el exterior, se titula "Derechos de representación colectiva"²⁴⁸.

Los trabajadores tienen derecho a la participación e interlocución, a través de los órganos de representación, en los términos fijados en este Acuerdo entre la Administración y los sindicatos.

En cuanto a las funciones de los órganos de representación, el epígrafe 17.3 establece que consistirán en:

1) Recibir información sobre nuevos contratos, así como las modalidades de contratación que se utilizan.

2) Emitir informe previamente al traslado de las oficinas, así como de las reestructuraciones de plantilla, incluidas las reducciones de jornada del personal.

3) Emitir informe con carácter previo a la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

²⁴⁸ 17.1 Órganos de representación. Los trabajadores elegirán mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los miembros de los órganos de representación.

La definición de las circunscripciones electorales se determinará por la Comisión Técnica de personal laboral en el exterior, dependiente de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado. Administración y Sindicatos se comprometen a iniciar las negociaciones en el plazo de un mes desde la publicación del presente Acuerdo y agilizar su desarrollo en el plazo más breve posible con el fin de que puedan celebrarse elecciones en este ámbito en 2008.

17.2 Derechos y deberes de los titulares de los órganos de representación. Los titulares de los órganos de representación tendrán los siguientes derechos y deberes:

3. Los componentes de los órganos de representación contarán con un crédito de horas mensuales retribuidas para el desempeño de sus funciones en los términos que se determine en la Comisión Técnica de Personal Laboral en el Exterior. Dichas horas podrán ser acumuladas total o parcialmente en uno o varios de sus miembros.

4. La Administración asumirá los gastos ocasionados a los miembros de los órganos de representación con motivo de la asistencia a las reuniones que esta haya convocado.

4) Participar en la aplicación de los planes de acción social, formación y salud laboral.

5) Vigilancia en el cumplimiento de las normas que regulan las condiciones de trabajo, seguridad e higiene.

6) Conocer los documentos relativos a la finalización de la relación laboral.

7) Ser informados de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.

El epígrafe 17.1 sobre los "Órganos de representación", aludía al compromiso de la Administración y los sindicatos para iniciar las negociaciones al objeto de que pudieran celebrarse elecciones en el año 2008.

Esta materia fue desarrollada por el Acuerdo de 9 de junio de 2011, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, por el que se establece el procedimiento para la elección de órganos de representación del personal de la Administración General del Estado en el exterior²⁴⁹, pero el proceso electoral no llegó a celebrarse porque la Administración incumplió su obligación de aportar los censos electorales correspondientes y no pudieron constituirse las mesas electorales:

"Ha quedado constatado en este caso que la actitud de la demandada ha obstaculizado reiteradamente la celebración de las elecciones sindicales, sin fundamento alguno. (...) la actuación -o mejor dicho su falta de acción- ha supuesto la dinamitación del proceso de elecciones sindicales. Sin ningún género de dudas, la Administración incumple todos los Acuerdos, posponiendo "sine die" su compromiso, que vulnera el derecho a la libertad sindical, en tanto en cuanto, el derecho a promover las elecciones por parte de los sindicatos constituye una facultad

²⁴⁹ En cumplimiento con lo dispuesto en el anteriormente citado Acuerdo..., la Comisión Técnica del Personal laboral en el exterior, ha aprobado el procedimiento para la elección de los órganos de representación del personal laboral de la Administración General del Estado en el exterior, posteriormente acordado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado.

o derecho adicional que se integra en el derecho fundamental de libertad sindical, que proclama el art. 28 de la Constitución Española y regula y desarrolla la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 2 de agosto de 1985"²⁵⁰.

Pero la modificación del sistema de representación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en el exterior, encontró el soporte legislativo que necesitaba con la publicación de dos normas jurídicas:

1ª) La Resolución de 14 de mayo de 2012 por la que se acuerda la suspensión parcial del Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior, en concreto, el apartado 17 ("Derechos de representación colectiva"), y la suspensión total del Acuerdo de 9 de junio de 2011, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, por el que se establece el procedimiento para la elección de órganos de representación del personal de la Administración General del Estado en el exterior, por un período de veinticuatro meses, a partir de la publicación en el BOE (15 de mayo de 2012).

2ª) El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que dispuso la entrada en vigor, a partir del 1 de octubre de 2012, de una serie de medidas respecto a las "Unidades electorales, créditos horarios y derechos sindicales en relación con el personal laboral que presta sus servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos" (art. 14):

- El Estado regula las unidades electorales del personal laboral en el exterior.

- El crédito horario mensual retribuido de los representantes que resultasen elegidos no podrá ser, en ningún caso, superior al de los representantes del personal laboral en territorio nacional.

²⁵⁰ SAN 2319/2012, de 23 de mayo, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Cuarto.

- La regulación de otros derechos sindicales, permisos o créditos horarios se establecerá igualmente por el Estado.

- La circunscripción electoral es única para el conjunto del personal laboral al servicio de la Administración del Estado en el exterior²⁵¹.

- Se dejaran sin efecto los pactos, acuerdos o convenios que hayan podido fijar condiciones distintas, y en especial, el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 sobre condiciones de trabajo y el Acuerdo de 9 de junio de 2011 para la elección de órganos de representación, así como cuantos procedimientos hubieran podido iniciarse o estuvieran en curso en ejecución del mismo.

Sin embargo, la entrada en vigor de la Resolución de 14 de mayo de 2012 y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, no justificaron el quebrantamiento de los derechos fundamentales, recogidos en el art. 28.2 de la CE, en la LOLS y en todas las normas internacionales sobre la materia:

"(...) De la normativa expuesta se deduce la trascendencia del adecuado ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical y su vinculación con el ejercicio de negociación colectiva, así como las negativas consecuencias que, aun dejando aparte su repercusión en tales derechos de los trabajadores, tiene para las organizaciones sindicales, y de los hechos declarados probados... se deduce la obstrucción empresarial al ejercicio del derecho de libertad sindical denunciado al negarse reiteradamente al suministro de los censos electorales a los que estaba legalmente obligada... e impidiendo, deliberadamente, la celebración de las indicadas elecciones sindicales, lo que es constitutivo de una vulneración de tal derecho fundamental (art. 28.2 CE), como se deduce de la normativa interna e internacional referida, en los extremos... relativos a la prohibición de limitar el

²⁵¹ El art. 2 del Acuerdo de 9 de junio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado por el que se establece el procedimiento para la elección de órganos de representación del personal de la Administración General del Estado en el exterior, ahora suspendido, establecía: "En el procedimiento regulado en esta norma, se considerará circunscripción electoral única el País en el que el personal mencionado en el artículo anterior preste sus servicios".

derecho de libertad sindical o entorpecer su ejercicio legal (art. 3 Convenio n° 87 OIT), a la obligación de fomentar la negociación colectiva (art. 5.2 Convenio n° 154 OIT), a la obligación de conceder a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones (art. 6.1 Convenio n° 151 OIT), a la instauración de métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de las condiciones de trabajo (art. 7 Convenio n° 151 OIT), al derecho de las organizaciones sindicales a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal (art. 2 d LOLS) y con las derivadas consecuencias en los derechos de acción sindical y de participación institucional (arts. 6 y 7 LOLS).

Además... en el presente caso las reclamaciones a la AGE [Administración General del Estado] por parte de los Sindicatos son anteriores a la fecha de suspensión del proceso electoral..., en que la obligación de entregar los censos electorales permanecía vigente... No es dable... entender tampoco que la ulterior Resolución que suspende los procesos electorales... elimine la infracción de los derechos fundamentales (...)"²⁵².

A propósito de la suspensión del apartado 17 del Acuerdo sobre condiciones laborales del personal en el exterior, y del Acuerdo para la elección de órganos del personal laboral en el exterior, también tuvo ocasión de pronunciarse la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aunque en un sentido diferente a como lo hicieran los órganos de la jurisdicción social:

"(...) en este caso nos encontramos con un Acuerdo del Consejo de Ministros... que ha sido adoptado tras informar a los sindicatos y versa sobre la suspensión de uno de los pactos contemplados en el propio artículo 38... el propio Acuerdo de suspensión explica las graves causas de interés público concurrentes, la alteración sustancial de las circunstancias económicas sobrevenida y los medios puestos en práctica por el Gobierno. En fin, teniendo en cuenta la magnitud de la

²⁵² STS 6407/2013, de 17 de diciembre, Sala de lo Social, Fdto. Jco. Quinto 7 y 8.

crisis económica... no es desproporcionada la suspensión dispuesta: veinticuatro meses.

(...) en relación con los límites a los que el art. 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público... de haberse traducido dicho exceso en lesión del derecho a la libertad sindical, así habría que decirlo y tendría no solamente virtualidad declarativa la sentencia que así lo afirmara sino que podría producir consecuencias respecto del tiempo que operó esa suspensión antes de que cobrara vigencia el Real Decreto-Ley... el cual prevé un nuevo modelo de proceso electoral.

(...) no consideramos que haya infracción de los límites legales ni exceso en la suspensión dispuesta, lo cual significa que el Acuerdo recurrido... se dictó respetando el ordenamiento jurídico (...)"²⁵³.

No obstante, la sentencia contiene un voto particular²⁵⁴ en el que los magistrados discrepantes se plantean si la suspensión del proceso electoral para elegir a los representantes del personal laboral de la Administración del Estado en el exterior, en los términos del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2012, y por un período de dos años, está justificada por los costes estimados por la Administración en el expediente administrativo y por las circunstancias económicas manejadas:

"(...) entendemos que el Acuerdo recurrido, en tanto suspende de forma incondicionada y por un período que no es breve el ejercicio de los derechos de representación colectiva sin ofrecer ninguna alternativa, incurre en exceso e infringe el precepto en cuya virtud ha sido tomado, además de lesionar el derecho a la libertad sindical pues, efectivamente, se resiente la posición de los sindicatos como consecuencia de no celebrarse las elecciones durante dos años.

²⁵³ STS 4186/2013, de 24 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Fdto. Jco. Quinto.

²⁵⁴ Voto particular que formulan los Excmos. Sres. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva y D. José Díaz Delgado a la sentencia dictada el 24 de junio de 2013 en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 434/2012.

Es verdad que el posterior Real Decreto-Ley 20/2012, que priva definitivamente de efectos a los Acuerdos objeto de suspensión, viene a ofrecer la alternativa que, nos parece, faltaba y era imprescindible para no privar de todo contenido al sistema de representación colectiva del personal afectado, ya que prevé una nueva regulación de la elección de los representantes de este personal... Ahora bien, esa nueva regulación confirma que el Acuerdo no solo estaba incompleto, sino que incurrió en exceso justamente por no ofrecer remedios inmediatos a una suspensión que se aplicó incluso antes de que se adoptara.

En consecuencia, consideramos que procedía dictar una sentencia estimatoria aunque, dadas las circunstancias, tuviera un carácter meramente declarativo, ya que, viéndose afectados en la forma dicha derechos encuadrables en la libertad sindical, debe dejarse constancia en todo caso de su infracción cuando, como aquí ocurre, se haya producido".

Dada la importancia de los derechos que están en peligro, coincidimos plenamente con las percepciones de algún autor que manifiesta, que la intervención del Estado en el campo de las relaciones laborales tiene unos límites, y al "ordenar las relaciones laborales, tanto el Estado como las organizaciones sindicales deben articular mecanismos para que ambos tengan garantizado el ejercicio de las funciones que les son propias y que la Constitución les asigna"²⁵⁵.

El artículo 38.10 *in fine* del EBEP señala que la excepción en el cumplimiento de pactos y acuerdos ha de llevarse a cabo en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

Ello supone, que las medidas adoptadas y los derechos afectados por tales medidas deben guardar una relación de proporcionalidad.

Consideramos por este motivo que, dado que el período de suspensión acordado inicialmente (veinticuatro meses desde la publicación de la Resolución de

²⁵⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F. "Las transformaciones de las fuentes de Derecho del Trabajo: una aproximación", en Cuadernos de Relaciones Laborales, 25, núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2007, pág. 15.

14 de mayo de 2012, por la que se acuerda la suspensión de los "Derechos de representación colectiva" del apartado 17 del Acuerdo sobre condiciones de trabajo para el personal laboral en el exterior, y la suspensión total del Acuerdo para la elección de órganos de representación del personal en el exterior), ya ha sido superado en exceso, el proceso de elección de los representantes de personal, para la negociación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior, no puede demorarse por más tiempo.

E.- CONCLUSIONES

Seguidamente, y como colofón, vamos a indicar las conclusiones que hemos ido extrayendo de este trabajo a medida que iba tomando forma. Son un compendio de nuestras experiencias, percepciones y argumentos sobre las vicisitudes de una relación contractual, la que se establece entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio, que, como ya se dijo desde un principio, ha sido marginada y que se ha caracterizado por la confusión, pero que hemos intentado desentrañar, clarificar y hacer atractiva para que su estudio y análisis continúen.

PRIMERA.- La Administración del Estado en el exterior es, posiblemente, la estructura organizativa más desconocida dentro de la Administración Pública, por varias razones: porque es una de las Administraciones Especiales, por ser una Administración periférica que lleva a cabo su actividad más allá de nuestras fronteras, porque su estudio ha sido escaso y no ha logrado encuadrarse en una disciplina concreta, debido a que algunas de las normas que rigen las relaciones entre los Estados tienen carácter secreto y confidencial, y porque nos resulta ajena, lejana y difícil de controlar.

SEGUNDA.- Nos encontramos ante una materia transversal en la que, si se quiere profundizar y ser rigurosos, hay que tratar cuestiones de Derecho Administrativo, Internacional, Procesal y Laboral.

El vínculo contractual del personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior está sometido a tres ordenamientos jurídicos diferentes: las

leyes internacionales, la legislación interna del Estado acreditante y la del Estado receptor.

TERCERA.- Hasta el año 2014 no existía en nuestro país ninguna ley que regulara el Servicio Exterior del Estado, aunque los distintos Gobiernos que ha habido desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, lo hubieran intentado. Los textos legales recogían parcialmente algunos preceptos que regulaban la estructura y la organización de los órganos para las relaciones exteriores, pero eran normas que se encontraban dispersas y de diferente rango.

La esperada Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que en algunas partes de su articulado reproduce el derogado Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior, parecía que iba a colmar estas y otras carencias, pero a nuestro entender y coincidiendo con los argumentos más autorizados del Consejo de Estado, los resultados no han sido los deseados por diversos motivos: porque los conceptos y las definiciones no son exactos; el elenco de sujetos y ámbitos de la Acción Exterior del Estado y la descripción de sus fines y objetivos, es desmesurado y no se corresponde con la realidad; y dado que es la primera ley en la historia de España que regula el Servicio Exterior, debería haber nacido con una vocación de permanencia, fijando los principios y objetivos de la Política Exterior sin mezclarlos con cuestiones de naturaleza organizativa, mutables y más propias de una norma reglamentaria.

No obstante, el solo hecho de que la LASEE haya visto la luz, ya merece una valoración positiva por nuestra parte.

CUARTA.- La Administración del Estado en el exterior tiene un fuerte sello político que se manifiesta tanto en los actos que afectan a las relaciones internacionales como en su actuación en materia de personal.

Esta afirmación se basa no solo en las disposiciones que permiten la designación y los ascensos a la categoría de Embajadores de quienes han ostentado

un cargo político (arts. 44.4 de la LASEE y Preámbulo del Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática), sino también por la actuación de la Administración en el proceso de laboralización, creado *ad hoc*, para el personal de nacionalidad española que llevaba a cabo la prestación laboral en las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes de España en el extranjero y que, a nuestro entender, resulta cuestionable con relación a las garantías en el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que deben respetarse para acceder a cualquier puesto de trabajo que se genere en la Administración Pública.

Nuestra afirmación se sustenta en que los Acuerdos de 27 de mayo de 1985, de adaptación del Acuerdo de 11 de enero de 1985, sobre aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, piedra angular del proceso laboralizador, firmados entre los representantes de la Administración Pública y las centrales sindicales UGT, CC.OO. y CSIF, no fueron publicados en el BOE y su búsqueda y localización ha sido una tarea ardua, fatigosa y plagada de obstáculos.

A nuestro modo de ver, y tras analizar los requisitos y las condiciones que permitían suscribir contratos administrativos de colaboración temporal, la relación entre la Administración del Estado en el exterior y los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, fue laboral desde un principio, ya que el objeto del contrato administrativo de colaboración temporal era la colaboración, durante un determinado período de tiempo, en las tareas del respectivo ministerio, centro o dependencia para afrontar exigencias o circunstancias especiales que, en consideración a su volumen, no pudieran ser atendidas por los funcionarios de los que dispusiera el organismo.

QUINTA.- La relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio ha generado una litigiosidad nada despreciable. La mayor parte de los conflictos se deben a la reivindicación histórica de los trabajadores de ser incluidos dentro del ámbito de aplicación del I, II y III Convenio

Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, para intentar lograr una regulación homogénea de sus condiciones laborales, y sorprende que fueran precisamente los sindicatos UGT, CC.OO. y CSI-CSIF quienes, en su momento, consideraron imposible que el personal laboral en el exterior pudiera tener un convenio colectivo.

Las condiciones de trabajo del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes, se regula en el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior, al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, que recoge el conjunto de condiciones mínimas aplicables a todo el personal laboral contratado en el exterior, con independencia de la ley rectora de su contrato de trabajo.

Sin embargo, no todo el personal al servicio de la Administración del Estado en el exterior se encuentra excluido del Convenio Colectivo Único, ya que las diversas interpretaciones jurisprudenciales, hasta finales del año 2002, propiciaron la creación de dos grupos de trabajadores: los que están incluidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Único, porque tienen una sentencia que así lo determina, y los excluidos del mismo. Lo que añade otro elemento de dificultad que puede desalentar el estudio de esta relación laboral, o por el contrario, hacerla más atractiva.

SEXTA.- En la actualidad los derechos de representación de los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Permanentes se encuentran suspendidos, tras la entrada en vigor de dos normas:

1^a) La Resolución de 14 de mayo de 2012 por la que se acuerda la suspensión del apartado 17 ("Derechos de representación colectiva") del Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior, y la suspensión total del Acuerdo de 9 de junio de 2011, de

la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, por el que se establece el procedimiento para la elección de órganos de representación del personal de la Administración General del Estado en el exterior, por un período de veinticuatro meses, a partir de la publicación en el BOE (15 de mayo de 2012), que ya han sido ampliamente superados.

2ª) El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que dispuso la entrada en vigor, a partir del 1 de octubre de 2012, de una serie de medidas restrictivas respecto a las "Unidades electorales, créditos horarios y derechos sindicales en relación con el personal laboral que presta sus servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos".

SÉPTIMA.- Otro de los problemas exclusivos de esta relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio está relacionado con dos aspectos de la tutela judicial efectiva: el acceso a la jurisdicción y la ejecución de lo juzgado.

Ello está motivado por los privilegios de inmunidad que intenta hacer valer el Estado como empleador, cuando el trabajador decide interponer una demanda. A las dificultades de acceso a la jurisdicción se suman los inconvenientes para ejecutar en sus propios términos una sentencia estimatoria de las pretensiones del trabajador.

Para paliar tales contrariedades, cuando el Estado acreditante fuera demandado, recomendaríamos, por motivos de eficacia, plantear la demanda siempre ante sus propios órganos jurisdiccionales, independientemente de que el trabajador sea nacional del Estado acreditante o personal local, por dos razones:

La primera de ellas porque ante sus juzgados y tribunales, el Estado acreditante no puede alegar inmunidad de jurisdicción.

La segunda porque, dentro del Estado acreditante, resulta más sencillo encontrar bienes que no estén afectos a la soberanía ni formen parte del

instrumentum legati, y por lo tanto, que sean susceptibles de embargo o de cualquier otra medida coercitiva.

La ejecución de sentencias favorables al trabajador frente al Estado empleador es complicada y difícil de llevar a cabo dentro del Estado receptor, pero no resulta imposible.

En España tienen carácter embargable:

- Las cantidades que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria tuviera que devolver por el IVA y por otros conceptos tributarios, derivadas de actividades y servicios que llevara a cabo el Estado acreditante en el Estado receptor.

- Los créditos, ayudas y subvenciones que el Estado receptor pudiera recibir del Estado acreditante.

- Cualesquiera bienes del Estado acreditante situados, inscritos y registrados en el Estado del foro y que no sirvieran al ejercicio de su soberanía.

OCTAVA.- Como hemos visto, todos y cada uno de los elementos del contrato y todas las vicisitudes y circunstancias que rodean de la relación laboral entre la Administración del Estado en el exterior y el personal a su servicio son únicos, peculiares y genuinos, desde el sistema de provisión de los puestos de trabajo en el extranjero hasta la extinción del vínculo contractual.

Por todo ello, en nuestra opinión, la relación laboral entre los miembros del personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y las Representaciones Permanentes y la Administración Exterior del Estado debería ser considerada por el legislador como una relación laboral de carácter especial.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. Derecho del Trabajo. Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 9ª edición, 1985.

- "Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales", en Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1977.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P. "El Estatuto Internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)", en Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial, 11, Consejo General del Poder Judicial, 1994, Código CD 9401103.

BARRIA GARCÍA, J. A. "Comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes", en Revista de Derecho Themis, núm. 26, Asociación Civil Themis, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

BOQUERA OLIVER, J. M. "Los contratos de la Administración desde 1950 hasta hoy", en Revista de Administración Pública, núm. 150, Madrid, 1999.

CABERO MORÁN, E. y NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. "Ejecución de sentencias laborales y tutela judicial efectiva", en Derecho Privado y Constitución, núm. 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1994.

CAHIER, Ph. Derecho Diplomático Contemporáneo, Ediciones Rialp, S.A., versión española realizada y traducida por Marcelino Oreja y Julio González Campos para todos los países de habla castellana, Madrid, 1965.

CALVO CARAVACA, A. L. "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. I, núm. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles", en Estudios de Deusto, Vol. 54/2, Bilbao, 2006.

CANTERO MARTÍNEZ, J. Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial. Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria, 2010.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", en Anales de Derecho, núm. 18, Universidad de Murcia, 2000.

CARRILLO POZO, L. F. "El Derecho extranjero en el proceso de trabajo", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 62, Madrid, 2006.

CASADO ABARQUERO, M. La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

CASTILLO DAUDÍ, M. V. "El régimen jurídico del personal al servicio de las Embajadas españolas en el extranjero", en Revista de Política Social, núm. 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1971.

CEGARRA CERVANTES, F. J. "La definitiva exclusión del personal contratado "para trabajar en el exterior" del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 123, Civitas, S.A. Madrid, 2004.

ESPÓSITO MASSICCI, C. "Reflexiones sobre la reforma del Servicio Exterior de España", en Publicaciones de FRIDE, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, Madrid, 2005.

- "Soberanía e igualdad en el Derecho Internacional", en Revista Estudios Internacionales, núm. 165, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Santiago, 2010

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M. "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones de Derecho Internacional en el proceso laboral", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 73, Madrid, 2008.

FERRER LLORET, J. "La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España", en Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. XXIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007.

FOTINOPOULOU BASURKO, O. "Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 52, Madrid, 2004.

GALIANA MORENO, J. M. "Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo (En torno al artículo 1.4)", en El Estatuto de los Trabajadores veinte años después, en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 1, Civitas, Madrid, 2000

GÁMIR MEADE, R. "El derecho de consorte de los funcionarios públicos. Una aproximación al tema desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional", en Revista de Administración Pública, núm. 128, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. “La figura del contrato administrativo”, en Revista de Administración Pública, núm. 41, Madrid, 1963.

- “Los fundamentos constitucionales del Estado”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 52, INAP, Madrid, 1998.

GARCÍA NINET, J. I. Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, 2006.

GARCÍA PAREDES, M.L y AA.VV. Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia (dir. VILLA GIL, L. E. de la) Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 1ª edición, 2006.

GARRIDO FALLA, F. “La nueva legislación sobre funcionarios públicos”, en Revista de Administración Pública, núm. 43, Madrid, enero-abril, 1964.

GIL SUÁREZ, L. "Jurisdicción y competencia", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 28, Madrid, 2001.

GODINO REYES, M. El contrato de trabajo en la Administración Pública, S. L. Civitas Ediciones, Madrid, 1996.

GÓMEZ JENÉ, M. "Inmunidad y contrato de trabajo" en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 147, Civitas Aranzadi, Pamplona, 2010.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. "Las relaciones entre forum y ius en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema", en Anuario de Derecho Internacional, 1977/78, Vol. IV. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.

- Los órganos del Estado para las relaciones internacionales, en <http://www.derechointernacional.net>

GUAITA MARTORELL, A. Derecho Administrativo Especial Tomo I. Librería General, Zaragoza, segunda edición, 1965.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. "La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2005)", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, núm. 2, Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III, Madrid, 2011.

GUTIÉRREZ VICÉN, C. "La nueva regulación de la Administración General del Estado en el exterior", en El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo I. (coord. SOSA WAGNER F.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

GUZMÁN ZAPATER, M. "Contrato de trabajo celebrado por embajadas y competencia judicial internacional", en Revista General de Derecho Europeo, núm. 29, 2013.

IGLESIAS VELASCO, A. "Las barreras a la aplicación del Derecho Internacional por las jurisdicciones estatales", en Revista Jurídica de la UAM, núm. 28, Madrid, 2013.

IRIARTE ÁNGEL, J. L. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2000. Universidad del País Vasco. Servicio de Publicaciones, Vitoria, 2001.

JARA RONCATI, E. La Función Diplomática. RIL Editores, Santiago de Chile, segunda edición, 2013.

JUÁREZ PÉREZ, P. "De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia c. República de Argelia", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 5, nº 1, Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III, Madrid, 2013.

LLANOS MANSILLA, H. "Inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado que realiza actividades comerciales", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 2, núms. 1-2, 1975.

LÓPEZ GÓMEZ, J. M. El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas, S. L. Civitas Ediciones, Madrid, 1995.

LÓPEZ MARTÍN, A.G. "Las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España", en Cuadernos de Derecho Público, núm. 6, INAP, Madrid, 1999.

LÓPEZ PARADA, R. A. "Las nuevas condiciones de trabajo y el lugar de prestación de servicios" en "Derecho Social y nuevas tecnologías", en Cuadernos de Derecho Judicial, 15, Consejo General del Poder Judicial, 2004, CD 0401503.

LOUSADA AROCHENA, J.F. "El centro de trabajo", en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 27, Iustel, Madrid, 2011.

- "La libertad comunitaria de circulación de trabajadores y la legislación aplicable al contrato de trabajo", en Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, Madrid, 2002.

MAGRO SERVET, V. "Entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", en <http://www.otrosi.net>. Revista del Colegio de Abogados de Madrid.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. "Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales", en Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 18, núm. 2, Universidade de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2009.

MARESCA, A. Teoria e tecnica del Diritto Diplomatico, Dott. A. Guiffrè Editore, Milán, 1986.

MARTÍN MORENO, J. L. El control de las oposiciones y concursos en el Estado Constitucional, Iberlex, Madrid, 2007.

MARTÍN VALVERDE, A. “Fronteras y “zonas grises” del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, Madrid, 2009.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo”, en Revista de Administración Pública, núm. 140, INAP, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ MORCILLO, A. La Función Diplomática, Ibersaf Editores, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ MOYA, J. "Otras relaciones laborales especiales", en Estudios de Derecho Judicial, núm. 141, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007.

MEILÁN GIL, J. L. “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, en Revista de Administración Pública, núm. 191, Madrid, 2013.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MIGUEL ASENSIO, P. A. de: "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones" en La Ley, núm. 8013, año XXXIV, Disley, S.A., Madrid, 2013.

MIÑAMBRES PUIG, C. "El centro de trabajo. (En torno al artículo 1.5)", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, fascículo 1, Ejemplar dedicado al Estatuto de los Trabajadores, 20 años después. Civitas, Pamplona, 2000.

MOLERO MARAÑÓN, M. L. "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral", en Relaciones Laborales, núm. 1, La Ley, Madrid, 2001.

- Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MOLINA MARTÍN, A. M. "Las condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior", en Tribuna Social, Revista de Seguridad Social y Laboral, núm. 215, CISS Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

MOLINA MINGUELA, R., SÁNCHEZ ASTUDILLO, F. y PORRAS COSO, A. "Sobre la no aplicación del convenio colectivo del Ministerio de Asuntos Exteriores al personal laboral que presta sus servicios en el extranjero" en Revista de Derecho del Trabajo, núm. 79, Civitas, Pamplona, 1996.

MOLINER TAMBORERO, G. "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, Código CD 0000301.

- "La competencia judicial internacional de los órganos de la jurisdicción española en el orden social", en Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L. y VIDA SORIA, J. La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos. Ministerio para las Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica, INAP, Madrid, primera edición, 1991.

MONTOYA MELGAR, A. El poder de dirección del empresario, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

- “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, Madrid, 2004.

- “Las Administraciones públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)”, en Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2007, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Madrid, 2008.

- Derecho del Trabajo. Tecnos, Madrid, 27ª edición, 2006.

MORALES LAMA, M. Diplomacia contemporánea. Teoría y práctica. Fundación Antonio M. Lama, Santo Domingo, sexta edición, 2004.

MORELL OCAÑA, L. “Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, en Revista de Administración Pública, núm. 156, Madrid, 2001.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. “Extranjería y prestación de servicios laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, en Relaciones laborales en las Administraciones Públicas, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2007, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Madrid, 2008.

MOSTAJO VEIGA, A. "La Administración Pública en el extranjero. Relaciones laborales y de Seguridad Social", en Relaciones laborales en las Administraciones

Públicas, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

NICOLÁS MARTÍNEZ, H. E. “Contratación laboral o administrativa de los empleados públicos”, en El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral (coord. BURZACO SAMPER, M.), Dykinson, Madrid, 1ª edición, 2009.

NIETO GARCÍA, A. “Selección y perfeccionamiento del personal del Servicio Exterior”, en Documentación Administrativa, núm. 205, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 1985

NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y RIPOL CARULLA, S. “La Administración Exterior española en la actualidad: problemática y vías de solución”, en Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. XI, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1995.

- NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X. La Función Consular en el Derecho Español. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 3ª edición actualizada, 2009.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. "Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de Economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972", en Revista de Instituciones Europeas, Vol. 6, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

PALAO MORENO, G. "Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (a propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)", en Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, núm. 1, La Ley, Madrid, 2000.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público. Editorial Marcial Pons, Madrid, 9ª edición, 1995.

- “La degeneración del modelo de Función Pública”, en Revista de Administración Pública, núm. 150, INAP, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1999.

PAZ AGÜERAS, J. M. La Administración General del Estado en el Exterior. Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Centro de Documentación y Publicaciones, Madrid, 1999.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J .M. “El centro de trabajo”, en El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación, (coord. BLASCO PELLICER, A.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

RAMOS MORAGUES, F. “La contratación laboral en las Administraciones Públicas”, en El personal laboral de las Administraciones Públicas, La Ley, Madrid, 2011.

RECUERDA GIRELA, M. A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L. “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario (Parte I)”, en La Administración al día. Estudios y comentarios. INAP, Madrid, 2013.

REMIRO BROTONS, A. y VV.AA. “El Estado extranjero y sus agentes: las relaciones diplomáticas y consulares”, en Manual de Derecho Internacional. Curso general. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

- “El poder exterior del Estado”, en Documentación Administrativa, núm. 205, Madrid, julio-septiembre 1985.

RICHTER, M. P. "La inexistencia de inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral", en Revista Real Card. Red de Asesoría Laboral de Centro América y República Dominicana, núm. 6, Guatemala, 2011.

RIPOL CARULLA, S. "La Administración Exterior Española en la Ley de Ordenación del Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)", en Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XLIX, núm. 1, 1997.

RIVERO LAMAS, J. "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", en Las relaciones laborales en las Administraciones locales (coord. GÁRATE CASTRO J.), Fundación Democracia y Gobierno Local. Serie claves del Gobierno Local, núm. 2, Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R. La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales, Tesis Doctoral dirigida por MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2004.

ROQUETA BUJ, R. "La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcionarial, la estatutaria, la laboral y la contratación administrativa", en La Administración pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones públicas. Cuadernos de Derecho Judicial, 3, Consejo General del Poder Judicial, CD 0000302, Madrid, 2000.

RUIZ COLOMÉ, M. A. "La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional", en Derecho Privado y Constitución, núm. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. "El concepto de centro de trabajo. (Problemas interpretativos del artículo 1º.5 ETT)", en Actualidad Laboral.

Revista Semanal Técnico-Jurídica del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 33, Editora General de Derecho, S.A., Madrid, 1985.

- SALA FRANCO, T. “La movilidad geográfica”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 58, Madrid, 2005.

- "La extinción de la relación laboral especial del personal laboral de las Administraciones Públicas", en Actum Social, núm. 57, Grupo Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

SALINAS MOLINA, F.: “El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La ejecución en la jurisprudencia constitucional”, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, Consejo General del Poder Judicial, 1996, código CD9601701.

SAZ CORDERO, S. del “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en Revista de Administración Pública, núm. 133, INAP, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1994.

- Contrato laboral y Función Pública, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M. "Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica", en Estudios de Derecho Judicial, núm. 141, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007.

SERRANO GARCÍA, M. J. Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1ª edición, 2011.

SOUVIRON MORENILLA, J. M^a. “Sobre la administración pública y el derecho administrativo: en torno a la sustantividad del derecho administrativo y su vis

expansiva”, en El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

TARDÍO PATO, J. A. Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos. Civitas Monografías, Madrid, 1986.

UCELAY DE MONTERO, J. A. “Jurisprudencia laboral en materia de funcionarios públicos”, en Revista de Política Social, núm. 78, Madrid, 1968.

VALDÉS DAL-REÉ, F. "Las transformaciones de las fuentes de Derecho del Trabajo: una aproximación", en Cuadernos de Relaciones Laborales, 25, núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2007.

VILARIÑO PINTOS, E. Curso de Derecho Diplomático y Consular, Tecnos, Madrid, Tercera Edición, 2007.

VILLA GIL, L. E. de la "El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo", en El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación (coord. BLASCO PELLICER, A.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

- "Anotaciones sobre la demanda en juicio contra Estados extranjeros", en Revista de Política Social, núm. 141, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. “Luces y sombras de la Ley de Acción y de Servicio Exterior” en <http://vozpopuli.com/blogs/>

APÉNDICE

JURISPRUDENCIA

STJ, de 15 de julio de 1964, Asunto C- 6/64

STJCE, de 6 de octubre de 1976, Asunto C-14/76

STJCE, de 22 de noviembre de 1978, Asunto C-33/78

STJCE, de 18 de marzo de 1981, Asunto C-139/80

STJCE, de 7 de diciembre de 1995, Asunto C- 449/93

STJCE, de 7 de febrero de 2007, Asunto C- 270/05

STJUE, de 17 de julio de 2012, Asunto C-154/11

STJUE, de 12 de septiembre de 2013, Asunto C- 64/12

STC 5/1982, de 8 de febrero

STC 16/1984, de 6 de febrero

STC 99/1987, de 11 de junio

STC 153/1989, de 5 de octubre

STC 200/1991, de 28 de octubre

STC 107/1992, de 1 de julio

STC 80/1993, de 8 de marzo

STC 60/1994, de 28 de febrero

STC 165/1994, de 26 de mayo

STS 1589/1979, de 8 de noviembre, Sala de lo Social

STS 10949/1986, de 10 de marzo, Sala de lo Social

STS 13328/1986, de 23 de octubre, Sala de lo Social

STS 12543/1986, de 26 de noviembre, Sala de lo Social

STS 13001/1986, de 1 de diciembre, Sala de lo Social

STS 12881/1988, de 26 de enero, Sala de lo Social
STS 14637/1988, de 7 de junio, Sala de lo Social
STS 9643/1989, de 17 de marzo, Sala de lo Social
STS 9274/1993, de 30 de diciembre, Sala de lo Social
STS 5791/1996, de 23 de octubre, Sala de lo Social
STS 2863/1997, de 24 de abril, Sala de lo Social
STS 589/1998, de 2 de febrero, Sala de lo Social
STS 4832/1998, de 17 de julio, Sala de lo Social
STS 5453/1998, de 29 de septiembre, Sala de lo Social
STS 6020/1998, de 20 de octubre, Sala de lo Social
STS 6923/1998, de 20 de noviembre, Sala de lo Social
STS 1825/1999, de 16 de marzo, Sala de lo Social
STS 3432/1999, de 18 de mayo, Sala de lo Social
STS 2812/2001, de 4 de abril, Sala de lo Social
STS 4220/2001, de 22 de mayo, Sala de lo Social
STS 4515/2002, de 19 de junio, Sala de lo Social
STS 8157/2002, de 5 de diciembre, Sala de lo Social
STS 1020/2003, de 17 de febrero, Sala de lo Social
STS 1888/2003, de 18 de marzo, Sala de lo Social
STS 3214/2003, de 12 de mayo, Sala de lo Social
STS 3930/2003, de 9 de junio, Sala de lo Social
STS 4015/2003, de 10 de junio, Sala de lo Social
STS 4148/2003, de 16 de junio, Sala de lo Social
STS 4355/2003, de 23 de junio, Sala de lo Social
STS 4443/2003, de 25 de junio, Sala de lo Social
STS 7265/2003, de 18 de noviembre, Sala de lo Social
STS 598/2004, de 3 de febrero, Sala de lo Social
STS 4144/2004, de 15 de junio, Sala de lo Social
STS 3001/2005, de 11 de mayo, Sala de lo Social
STS 6323/2008, de 21 de octubre, Sala de lo Social
STS 5323/2009, de 22 de junio, Sala de lo Social
STS 6407/2013, de 17 de diciembre, Sala de lo Social
STS 6664/2013, de 30 de diciembre, Sala de lo Social

STS 3293/2014, de 12 de mayo, Sala de lo Social

STS (Ar. 2642), de 7 de enero de 1932, Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS (Ar. 465), de 21 de diciembre de 1961, Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS (Ar. 4272), de 26 de septiembre de 1966, Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS (Ar. 1801), de 28 de marzo de 1970, Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS (Ar. 2167), de 2 de mayo de 1972, Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS 3674/2005, de 8 de mayo, Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS 1223/2011, de 10 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS 4186/2013, de 24 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo

SAN 2319/2012, de 23 de mayo, Sala de lo Social

STSJ Madrid 8069/2000, de 20 de junio, Sala de lo Social

STSJ Madrid 1669/2001, de 7 de febrero, Sala de lo Social

STSJ Madrid 14921/2001, de 19 de noviembre, Sala de lo Social

STSJ Madrid 555/2011, de 11 de febrero, Sala de lo Social

STCT de 27 de febrero de 1987

STCT de 9 de marzo de 1987

ATC 276/1983, de 8 de junio

ATC 858/1988, de 4 de julio

ATC 1325/1988, de 19 de diciembre

Laudo Arbitral B-54/05, de 24 de abril, Barcelona