

Dos contratos y una única prestación de trabajo efectivo en los EEUU: el pago de la Seguridad Social en España genera un vínculo que dota de competencia judicial a los tribunales españoles.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Dos contratos de trabajo y una única prestación de servicios efectiva realizada en la empresa radicada fuera de la UE. Cuando se celebra un contrato de trabajo con una empresa norteamericana que retribuye los servicios efectivamente prestados y recibe la prestación laboral, pero a la vez se celebra un contrato meramente instrumental con otra empresa del grupo, con sede en España, para la que no se prestan servicios pero que sirve para mantener alta al trabajador y poder cotizar por él, existe un vínculo o punto de conexión con la empresa española que permite considerarla igualmente empleadora del trabajador. La demanda de despido interpuesta contra ambas empresas (y otras del grupo) los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para examinarla.*

Palabras clave: *Competencia judicial internacional. Examen de oficio. Dos contratos de trabajo del mismo trabajador con dos empresas de un mismo grupo, pero sólo una prestación efectiva de trabajo. Competencia de los tribunales españoles.*

Abstract: *Two labour contracts and only one effective provision of services for the company outside the EU. When an employment contract is entered into with a U.S. company that pays for the services effectively rendered, but at the same time, a merely instrumental contract is entered into with another company of the group, based in Spain, for which no services are rendered but which keeps the same worker registered and paying social security contributions, there is a link or point of connection with the latter that also allows the latter to be considered the employer of the worker. The claim for dismissal filed against both companies (and other companies of the group) the Spanish courts have international jurisdiction to examine it.*

Keywords: *International jurisdiction. Examination ex officio. Two employment contracts of the same employee with two companies of the same group, but only one effective provision of work. Jurisdiction of the Spanish courts.*

I. Introducción

El TS ha tenido que examinar en varias ocasiones la competencia judicial internacional cuando una persona trabajadora presta sus servicios en el marco de un grupo de empresas de carácter internacional. En tales casos, y en términos generales, la solución exige determinar exactamente quién es el empresario real de la persona trabajadora para, a partir de ahí, aplicar la normativa reguladora. En el presente caso

el problema de la normativa aplicable partía de un elemento previo nada claro: determinar exactamente cuál era el supuesto de hecho. Frente a las sentencias de suplicación que negaron toda vinculación con una empresa española del grupo porque entendían que existía una única relación laboral con la empresa americana, para el TS la sociedad española también es empresaria aunque se limitara a cotizar por la persona trabajadora al concluir que se trata de un desplazamiento temporal cubierto por el art. 5 del Convenio bilateral sobre Seguridad Social entre EEUU y España.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 389/2022, de 27 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 1484/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1658

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el asunto examinado el trabajador firmó un contrato de trabajo con una empresa (ABSA) en el que se acordaba que, en caso de resolución del contrato por causa no imputable al trabajador, dejando de pertenecer a la misma (ABSA) o cualquiera de sus sociedades, Abengoa Bionergy US Holding Inc. (en adelante ABUS) le abonaría una cantidad equivalente resultante de aplicar la regulación española de despido objetivo y la antigüedad tendría en cuenta los años de servicio prestados en la sociedad española ABSA, siendo el salario de referencia el que estuviera percibiendo en ese momento en ABUS. En dicha cláusula se estipulaba también que, en caso de reincorporación en ABSA en España, se tendría en cuenta a efectos de antigüedad el período completo de trabajo efectuado en ABUS y que en todo caso si el trabajador decidía firmar un Convenio Especial con la Seguridad Social española, la empresa asumiría el coste. Se pactaba igualmente la sumisión a los tribunales españoles.

El trabajador demandante celebra dos contratos en fechas cercanas. Las dos empresas pertenecen al mismo grupo mercantil. Con la empresa americana (Abengoa T&I) celebra un contrato at will, prestando el trabajador sus servicios efectivos en USA y percibiendo su salario en dicho país siendo al ser abonado directamente por la empresa americana. Con la otra empresa, la española (Instalaciones Inabensa SA), celebra un contrato indefinido dándole la empresa de alta en la Seguridad Social española casi simultáneamente al comienzo de la prestación en la empresa americana con el fin de garantizar el mantenimiento de las cotizaciones del actor a la Seguridad Social española porque no iba a cotizar en EEUU. Cuando rescinde el contrato la empresa norteamericana, la empresa española solicita al trabajador que confirme su regreso a España para seguir desempeñando sus tareas en la empresa (Instalaciones Inabensa). Ante la ausencia de respuesta, la empresa le hace saber que deben conocer su opción para organizarse, insistiendo en que por favor manifieste su intención profesional. Pasados tres meses sin respuesta, la empresa española procede a despedir al trabajador por faltas injustificadas de asistencia. El trabajador interpuso demanda por despido contra las dos empresas, así como contra otras empresas del grupo.

El Juzgado de lo social consideró que no podía entrar a juzgar el asunto por falta de competencia internacional. Recurrida la sentencia en suplicación, el TSJ la confirma. Se argumenta que la prestación efectiva de servicios y el abono de la retribución se realizaba por la sociedad estadounidense, no por la española. Por ello

considera que el verdadero empresario es la mercantil Abengoa T&I estadounidense, sobre la que no consta que tenga sucursal, agencia, o cualquier establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea, por lo que no hay conexión con los tribunales españoles.

La casación unificadora se ciñe a determinar la competencia judicial internacional.

IV. Posición de las partes

1. Del trabajador recurrente

La parte actora interpuso recurso de casación unificadora con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 56 ET, del art. 218 LEC y del art. 25.1 LOPJ en relación con el Reglamento 44/2001, alegando que los tribunales españoles son competentes para conocer de la presente demanda.

2. De la parte empresarial

La mercantil Instalaciones Inabensa SA presentó escrito de impugnación del recurso en el que negó que concurriera el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial y solicitó la confirmación de la sentencia combatida declarando la falta de competencia de los tribunales españoles.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 25.1 LOPJ: "En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de 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; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español".

Art. 5.1 del Convenio de Seguridad Social España EEUU, de 30 de septiembre de 1986: " Si una persona, asegurada por la legislación de uno de los Estados contratantes respecto al trabajo desarrollado al servicio de una Empresa en el territorio de ese Estado, es enviada por dicha Empresa a trabajar en el territorio del otro Estado contratante, sólo le será de aplicación la legislación del primer Estado contratante, como si estuviese trabajando en su territorio, siempre que el trabajo a realizar en el otro Estado no se espere que dure más de cinco años. Si dicho trabajo se hubiera de prolongar más de los citados cinco años por circunstancias imprevisibles, se continuará aplicando la legislación del primer Estado contratante por un nuevo período de un año máximo, si la autoridad competente del otro Estado contratante ha dado su conformidad. Esta prórroga deberá ser solicitada antes de que termine el período inicial de cinco años."

Reglamento 1215/2012 (aunque la parte se refiere al Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre, derogado y no aplicable por el momento de interposición de la demanda):

- Art. 6.1 establece: "Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25."
- Art. 7.5: "Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 5) si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios".
- Art. 8: "Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: 1) si hay varios demandados, ante el órgano

jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente [...]".

- Art. 20: "1. En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1. 2. Cuando un trabajador celebre un contrato individual 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 dicho Estado miembro."
- Art. 21: "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. 2. Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)."
- Art. 63.1: "1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal."

VI. Doctrina básica

El examen en casación para la unificación de doctrina de la competencia judicial internacional constituye una materia que debe examinarse de oficio al afectar al orden público procesal de modo que no es exigible el requisito general de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial.

Para determinar la competencia judicial de los tribunales españoles debe existir una "conexión laboral" de la parte demandante ininterrumpida, sucesiva y continuada con distintas empresas del grupo con reconocimiento de derechos y asunción de responsabilidades. En el caso del grupo de empresas con una pluralidad de demandada, no es suficiente con que una de ellas tenga el domicilio en España, sino que se exige además la concurrencia de los vínculos previstos en los arts. 20 y 21 del Reglamento 1215/2012 establecidos para proteger a la parte débil del contrato de trabajo. Lo relevante, así pues, es determinar quién tiene la condición de empresario a efectos de la aplicación de dicho Reglamento. Para el TJUE puede considerarse que lo es un establecimiento de una empresa distinta de la que figura formalmente como empleadora cuando concurren elementos objetivos que permiten inferir la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, incluso aunque no se haya transferido a la otra empresa las facultades de dirección. Cuando sólo existe una prestación laboral, se celebran dos contratos de trabajo con empresas distintas del grupo y una de ellas, la empresa española (Instalaciones Inabensa SA), suscribe el contrato laboral y cursa el alta de dicho trabajador en la Seguridad Social española procede a establecer "un vínculo" que obliga a declarar la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar la extinción de dicha relación única ya que una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de

trabajo con la única finalidad de cotizar cuando el trabajador no presta ningún servicio a su favor. Debe entenderse entonces que la empresa Instalaciones Inabensa SA contrató al trabajador, cotizando a la seguridad social española, produciéndose un desplazamiento temporal del trabajador a otra empresa del mismo grupo que estaba domiciliada en los EEUU, donde efectuó sus servicios efectivos. Desplazamiento previsto en el art. 5 del Convenio sobre Seguridad social entre España y EEUU, cuya consecuencia es que la condición de empleador en el momento del despido del trabajador recae tanto en la empresa española como en la americana. Al tener la primera su domicilio en España, los tribunales españoles ostentan la competencia internacional.

VII. Parte dispositiva

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador, casa y anula la sentencia del TSJ de Andalucía y resuelve el debate en suplicación en el sentido de revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Sevilla en fecha 21 de septiembre de 2017, recurso 160/2016, para que, declarando la competencia internacional de los tribunales españoles, resuelva con libertad de criterio las cuestiones planteadas en la demanda. Sin condena al pago de las costas de los recursos.

VIII. Pasajes decisivos

- “a fin de determinar la competencia judicial internacional: cuando se demanda a varias empresas de un grupo empresarial, es menester determinar quién tiene la condición de verdadero empresario”

- “No se trata de un supuesto de pluriempleo: el actor no prestaba servicios laborales a favor de dos empresas distintas. Hubo una única prestación de servicios en los Estados Unidos. La cotización efectuada por Instalaciones Inabensa SA a la Seguridad Social española traía causa de la prestación laboral realizada por el actor en aquel país. En resumen, existió una única prestación de servicios laborales en los Estados Unidos, pero se suscribió un contrato laboral con una sociedad domiciliada en España con la finalidad de cotizar en la Seguridad Social española”

- “Si partimos de que no hubo dos prestaciones laborales distintas sino solamente una, debemos concluir que la empresa Instalaciones Inabensa SA, al suscribir el contrato con el trabajador español y cursar su alta en la Seguridad Social española, estableció un vínculo que obliga a declarar la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar la extinción de dicha relación laboral única. Una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de trabajo con una persona con la única finalidad de cotizar a la Seguridad Social española, si el trabajador no presta ningún servicio a su favor. Sería un alta fraudulenta en la Seguridad Social”.

- “El citado contrato con Instalaciones Inabensa SA solo puede desplegar efectos si se pone en relación con el contrato suscrito por el mismo trabajador con otra empresa del mismo grupo (Abengoa T&I) domiciliada en los Estados Unidos, para la que sí que prestó servicios laborales el actor y que le abonó su salario. Ello supone que una empresa del grupo le contrató, cotizando a la Seguridad Social española, produciéndose un desplazamiento temporal del trabajador a otra empresa del mismo grupo domiciliada en los Estados Unidos, donde el actor efectuó la prestación de servicios laborales y percibió su salario. Dicho desplazamiento está previsto en el art. 5 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos. La consecuencia de ello es que, a efectos de determinar la competencia judicial internacional aplicando el Reglamento 1215/2012, la condición de empleador del demandante en el momento del despido recae tanto en Inabensa SA como en Abengoa T&I y, al tener la primera de esas sociedades su domicilio en España, debemos declarar la competencia internacional de los tribunales españoles”

- “El art. 2.c) del Reglamento 1215/2012 excluye expresamente de su ámbito la Seguridad Social. Sin embargo, la presente litis no versa sobre una reclamación de prestaciones de la Seguridad Social sino que se ejercita una acción de despido, que sí

que está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012. Y, para determinar si es aplicable ese reglamento, debemos valorar el vínculo existente entre esas dos empresas del grupo, materializado en el alta del demandante en la Seguridad Social española. En definitiva, Instalaciones Inabensa SA tiene la condición de empresario del actor y, al tratarse de una sociedad domiciliada en el Estado español, por aplicación del art. 21 del Reglamento 1215/2012, los órganos judiciales del Estado español son competentes para conocer de la presente demanda”.

IX. Comentario

La sentencia aborda, de nuevo, un problema sobre la determinación de la competencia judicial internacional para examinar un litigio en el que están envueltas empresas no residentes en la UE. Lo primero que debe quedar claro es que el conflicto no versa sobre una reclamación en materia de prestaciones de la seguridad social. Si así fuera, no podría tenerse en cuenta el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial ya que su art. 2.c) excluye expresamente de su ámbito de aplicación a la seguridad social. Las referencias que se hacen a la seguridad social tienen a demostrar la existencia de un vínculo o punto de conexión de la relación del trabajador demandante con una de las empresas españolas codemandadas. En concreto, para el TS el hecho de que una empresa española, que forma parte de un grupo, sea la que da de alta al trabajador y procede a cotizar por él mientras dura su prestación laboral efectiva en otra empresa del mismo grupo situada fuera de la UE (en concreto en USA) constituye el eje de esa conexión que permite considerar también a Instalaciones Inabensa SA como empleadora del trabajador.

El primer obstáculo que debe despejar el TS en este caso es el entresijo que plantean los hechos declarados probados y las sucesivas y solapadas relaciones que parece que el trabajador ha ido manteniendo con varias empresas del grupo. Para ello, ciertamente, es clarificador, más que el relato de hechos probados sobre las relaciones en las empresas, las altas y las cotizaciones a la seguridad social, también probadas, que ponen de manifiesto un sucesivo mantenimiento de las cotizaciones del trabajador en cada una de las empresas del grupo por las que va pasando. El punto central del que partir se desentraña por el TS poniendo de relieve los hechos determinantes: dos contratos de trabajo, uno indefinido con una empresa española del grupo y otro con la empresa domiciliada en EEUU también del grupo. Esta segunda es la que recibe la prestación de trabajo subordinada y por cuenta ajena y quien paga el salario. Así aislada esta realidad, ciertamente, parece difícil conectar con los tribunales españoles. De hecho, el TS en un momento determinado recuerda su previa STS de 14 de septiembre de 2021, rec. 3137, donde ya manifestaba que, aunque como regla general el Reglamento 1215/2012 se aplica cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado Miembro (lo que ocurriría el caso ahora examinado con Instalaciones Inabensa SA) en aquellos supuestos en los que existe una pluralidad de demandados, el Reglamento permite (art. 20 reenviando al art. 8.1) que una persona domiciliada en un determinado EM pueda ser demandada en otro EM, domicilio de cualquiera de los otros demandados, pero sin que sea suficiente para declarar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles que, cuando los demandados sean varias sociedades del mismo grupo empresarial, alguna de ellas tenga su domicilio en nuestro país. Es decir, lo relevante no es que una sociedad del grupo tenga el domicilio en España para que la competencia judicial española arrastre a los demás demandados cualquiera que sea su domicilio, sino que “se acredite la existencia del preceptivo vínculo con España. El Reglamento 1215/2012 protege a la parte débil del contrato estableciendo normas tuitivas de los trabajadores, pero dichas normas exigen la concurrencia de los vínculos de los arts. 20 y 21”.

Para ello se debe analizar *quién es el verdadero empresario* de la persona trabajadora que demanda. A los efectos de descubrirlo, no se aplican las normas españolas sustantivas, sino que deben tenerse en cuenta las normas comunitarias. La ausencia de una definición de empresario en el Reglamento 1215/2012, lleva al TS a recordar que, en todo caso, el TJUE cuando ha tenido que interpretar el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, ahora derogado, ya había

advertido que el concepto de contrato de trabajo, determinante del de trabajador y de modo reflejo del de empresario, constituye un concepto autónomo cuyo objeto es el de desarrollar una actividad dependiente; en el que se crea un vínculo duradero que integra al trabajador dentro de un determinado ámbito de organización de la actividad de la empresa; y que “se localizan en el lugar de ejercicio de la actividad que es el que determina la aplicación del derecho imperativo y de los convenios colectivos”. Para el TJUE lo importante es tener en cuenta no al empresario formal sino aquel con el que el trabajador mantiene vínculos objetivos “que permiten establecer la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, aunque no se haya transferidos a esa otra empresa la facultad de dirección” (STJUE 15-12-2011, C-384/2010, Jan Voogsgeerd contra Navimer SA). Esta doctrina, ya se proyecta en la STS 14-9-2021 donde se afirma que cuando se demanda a varias empresas de un grupo lo decisivo es determinar quien ostenta la condición de “verdadero empresario”.

Para el TS uno de los elementos objetivos a tener en cuenta es la cotización a la Seguridad Social. Recuerda en este sentido que en esta materia impera el principio de territorialidad que implica que, como regla general, cada persona cotiza en el país en el que reside (*lex loci laboris*) que es donde se generan los beneficios de la actividad por la que se cotiza, igualando de este modo las cotizaciones de nacionales y extranjeros. Este principio presenta una excepción en el caso de desplazamiento temporal de trabajadores a un país extranjero donde a los españoles que se trasladan les alcanza la acción protectora de la seguridad social española (DA 2ª TRLGSS). Cuando el traslado temporal se realiza a los Estados Unidos el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y ese país establece que cuando el empresario es una empresa española y traslada temporalmente a un trabajador a prestar sus servicios a los EEUU, debe cotizar a la SS española cuando el traslado es de igual o menor a cinco años (prorrogables bajo ciertas condiciones).

Con este panorama normativo, el TS reconstruye el supuesto de hecho sometido a su consideración. En concreto, a diferencia de las sentencias de instancia y suplicación que se centran exclusivamente en la relación de trabajo del demandante con la empresa americana en tanto sociedad que retribuye el trabajo efectivo para ella desempeñado, el TS considera que dicha empresa forma parte de un grupo de empresas, entre las que algunas sociedades están domiciliadas en España. Aunque tal realidad, *per se*, no aboca a la competencia de los tribunales españoles, pues lo relevante es ver quién es el empleador y la existencia de un vínculo en tal sentido, considera que en la situación concreta se mantenían dos contratos de trabajo (uno con la empresa norteamericana y otro con la española), pero que la situación no era de pluriempleo, sino que el actor realizaba una única prestación de servicios en los EEUU ya que la empresa española tan sólo abonaba las cotizaciones. Sobre la base de que una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de trabajo con una persona con la única finalidad de cotizar por ella a la seguridad social si no recibe ninguna prestación laboral a su favor (sería un alta fraudulenta), considera que el único modo de que el contrato celebrado con la empresa española del grupo despliegue sus efectos es poniéndolo en relación con el contrato suscrito por el mismo trabajador con la otra empresa del mismo grupo domiciliada en EEUU y para la que prestaba sus servicios efectivos. Es decir, la situación descrita, para no incurrir en fraude a la seguridad social, permite concluir que, en puridad, lo que ha acaecido es que una empresa del grupo ha contratado a un trabajador, le ha dado de alta y cotiza por él en la SS española y ha decidido su desplazamiento temporal a otra empresa del mismo grupo domiciliada en los EEUU donde ha venido efectuando la prestación de servicios laborales y percibiendo su salario. Se trata, en definitiva, de la situación prevista en el art. 5 del Convenio sobre SS entre España y EEUU. Así las cosas, la empresa española ostenta la condición de empresario del actor, y al estar domiciliada en España, los órganos judiciales son competentes para conocer de la demanda en virtud del art. 21 del Reglamento 1215/2012.

Como se ve, lo más complejo era desentrañar el supuesto de hecho real y no meramente formal. Al considerar que la cotización se viabilizaba de un modo legal

(siguiendo las pautas del art. 5 del Convenio bilateral en materia de SS entre los países afectados), encuentra la conexión para otorgar la condición de empresario a la empresa española Inabensa SA. Las empresas recurridas se centraban exclusivamente en la prestación real de servicios para la empresa norteamericana, rechazando por ello toda conexión con la jurisdicción española. La cuestión que se plantea es la de analizar si, en lugar de la reconstrucción de la que parte el TS para considerar lícita la actuación empresarial, se entendiera que no hay ningún desplazamiento temporal y que el contrato realizado con la empresa española en el que tan sólo se cotizaba constituía un mero fraude de ley. En tal caso, el fraude de ley constituiría una cuestión material que no tendría influencia en la competencia judicial, es decir, de haberse celebrado de modo temporal podría llevar a la consideración del contrato como indefinido, en cualquier caso, podría generar sanciones administrativas cuando se disfrutaran prestaciones indebidas (art. 23.1.c LISOS), con la devolución de lo indebidamente percibido más los intereses, o, incluso, podría ser constitutivo de delito. Tales consecuencias lo serían para la empresa española o el trabajador "vinculado" a dicha empresa y lo acaecido demostraría también una vinculación real de la relación del actor con la sociedad española. Por ello también podrían considerarse competentes los tribunales españoles para resolver dichas cuestiones, aunque, ciertamente, al margen del Reglamento europeo pues si el objeto de la controversia fuera la seguridad social, no entraría en su ámbito objetivo, debiendo acudir a las normas generales del principio de territorialidad que conectarían de nuevo con la jurisdicción española.

Por otro lado, debe resaltarse que en ningún momento el TS alude a la influencia, si alguna, que pudiera tener la cláusula de sumisión expresa a los tribunales españoles que se había firmado entre el trabajador y otras empresas pertenecientes al grupo empresarial en un documento donde básicamente se venía a reconocer la antigüedad y a garantizar derechos salariales en caso de extinción del contrato de trabajo. Las sentencias recurridas rechazan la alegación porque el acuerdo se incluía en una relación laboral con la empresa "Abengoa Bioenergía S.A." que finalizó antes de que comenzara la relación laboral con la empresa norteamericana "Abengoa T&I" y porque "desde la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no cabe la sumisión expresa o tácita en la jurisdicción social, ya que el artículo 5 de esta Ley obliga a los Juzgados y Tribunales a apreciar de oficio la falta de competencia tanto internacional, como por razón de la materia, el territorio o la función, por lo que no cabe atribuir la competencia para conocer la presente reclamación a los Tribunales españoles, con base en la existencia de una sumisión expresa que no es admisible en el orden jurisdiccional social". El TS silencia toda referencia a dicha cláusula probablemente por respeto al principio de congruencia. Pero, sobre todo, porque al entender que la normativa aplicable es el Reglamento europeo sobre competencia judicial, en virtud del principio de primacía, la normativa nacional que pudiera resultar contraria debe ser inaplicable (en el caso, el art. 5 LRJS que, según las sentencias casadas impedirían todo pacto de sumisión en materia laboral). O, incluso, y más certeramente, porque en realidad el art. 5 LRJS tampoco puede interpretarse como pretende la sentencia de suplicación ya que el propio Reglamento europeo permite dichas cláusulas si bien las somete a límites cuando se trata del contrato de trabajo. El art. 5 LRJS no prohíbe dichas cláusulas, sino que permite que los tribunales de oficio puedan comprobar si las mismas resultan o no conformes con los parámetros legales preestablecidos que tienen en cuenta el carácter de contratante débil de la persona trabajadora. De este modo, el Reglamento europeo sobre competencia judicial en su art. 23, dentro de la sección 5 sobre "competencia en materia de contratos individuales de trabajo", permite expresamente que prevalezcan las cláusulas de sumisión judicial expresa en materia de contrato de trabajo sólo cuando los acuerdos: 1) sean posteriores al nacimiento del litigio, o 2) permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la mencionada sección. El sometimiento a los tribunales españoles, entonces, podría ser prevalente por mucho que el art. 5 LRJS reconozca el posible examen de oficio de la competencia internacional. En el presente caso, no obstante, el pacto firmado de sumisión a los tribunales españoles fue anterior al conflicto y con una empresa con la que no mantenía una relación laboral en el momento del conflicto, por lo que no sería

aplicable. Es más, al ser anterior y aunque sí pudiera tener alguna influencia que el mismo se realizara con empresas pertenecientes al grupo empresarial, en el presente caso no cumpliría tampoco la finalidad permitida por el Reglamento, cual es que a su través se permita a la persona trabajadora demandar en tribunales adicionales a los legalmente establecidos, ya que la cláusula conducía al mismo foro que las normas generales.