

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Oscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Trabajadores inmigrantes irregulares contagiados del SARS-CoV-2 por cuidar a personas de edad avanzada

José Manuel GÁMEZ JIMÉNEZ*

RESUMEN: Aún hoy, en pleno Siglo XXI, los Estados más modernos y desarrollados albergan relaciones laborales donde se explotan a las personas más débiles, como es el caso de los trabajadores inmigrantes irregulares que actúan como cuidadores de personas mayores, insertados en una relación jurídico-laboral (no productiva) que la mayoría de las veces está instalada en la economía sumergida. El problema jurídico emerge cuando estos trabajadores son contagiados del SARS-CoV-2 durante la prestación de servicios, por no existir un modelo eficaz de prevención de riesgos laborales y depender en exclusiva de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Con la finalidad de resarcir los daños, los trabajadores inmigrantes tienen derecho a ejercitar una acción de responsabilidad civil con un régimen jurídico multidisciplinar que transita por el derecho del trabajo, el derecho procesal y el derecho internacional privado para terminar clamando por la extensión de las normas de prevención de riesgos laborales a este colectivo desfavorecido.

Palabras clave: trabajador inmigrante irregular, responsabilidad civil, riesgos laborales, SARS-CoV-2, Covid-19.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Presupuestos procesales. 2.1. Competencia judicial internacional. 2.2. Capacidad. 2.3. Postulación. 3. Derecho aplicable al fondo del asunto. 3.1. Aplicación de nuestro Derecho del Trabajo interno. 3.2. Aplicación de un Derecho del Trabajo extranjero. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor Sustituto Interino, Universidad de Jaén (España).

Irregular Immigrant Workers Infected by SARS-CoV-2 for Caring the Elderly

ABSTRACT: Even today, in the midst of the XXI Century, the most modern and developed States host labour relations where the weakest people are exploited, as is the case of irregular immigrant workers caring for the elderly, inserted into a legal-employment (non-productive) relationship that is most often installed in the submerged economy. The legal problem arises when these workers are infected by SARS-CoV-2 during the provision of services, because there is no effective model of prevention of occupational risks and rely exclusively on the autonomy of the will of the contractors. In order to compensate for damages, immigrant workers have the right to bring an action for civil liability with a multidisciplinary legal regime that transits through labour law, procedural law and private international law, to end up admitting the extension of the rules of prevention of occupational risks to this disadvantaged group.

Key Words: Irregular immigrant worker, civil liability, occupational hazards, SARS-CoV-2, Covid-19.

1. Introducción

Nuestro tiempo está caracterizado por la reducción de la intervención de los poderes públicos en la economía, la expansión mundial del comercio internacional, el aumento de las inversiones extranjeras, la supremacía de la corriente neoliberal, el libre desenvolvimiento del capital financiero, mayor poder y capital en manos de multinacionales y grupos de empresas de dimensión transnacional, etc., unas notas que dibujan un paisaje donde se vacía el contenido de las normas laborales heterónomas a medida que transcurre el tiempo.

Las relaciones intersubjetivas con factor relevante de extranjería son cada vez más frecuentes y complejas, de acuerdo con los efectos del neoliberalismo que no deja de acechar: la potenciación de la autonomía de la voluntad y la desregulación jurídica dejan al Derecho del Trabajo entre la espada y la pared y, más aún, en el ámbito de las relaciones laborales internacionales donde las normas convencionales e institucionales (*vgr.* Unión Europea) no escapan a las consecuencias jurídicas de la expansión mundial del sistema de producción capitalista¹.

Las relaciones laborales no están al margen de este fenómeno socioeconómico, no en vano, la parte débil de la relación laboral constituye uno de los factores necesarios en la relación de producción (fuerza de trabajo). Sin embargo, existen relaciones laborales basadas en una prestación de servicios anudada a fines sociales (dignidad y cuidado de mayores), que pueden presentar un factor relevante de extranjería en su estructura. Por ejemplo, las relaciones laborales existentes entre un cuidador de nacionalidad extranjera que presta sus servicios en un hogar familiar, donde recae la condición de empleador en la persona mayor objeto de los cuidados o, en caso de incapacidad, puede recaer la condición de empleador en un tercero mayor de edad dotado de capacidad suficiente para firmar un contrato de trabajo con plenas garantías (*vgr.* un familiar).

Pues bien, con independencia del carácter especializado o no especializado del trabajador inmigrante, éste podrá sufrir un contagio de SARS-CoV-2 que puede desembocar en un mero tratamiento médico temporal, en una lesión permanente y no invalidante, en una incapacidad laboral o, por último, en la muerte del trabajador. En todos estos supuestos, la persona que recibe los cuidados (por sí sola o a través de representante), puede incurrir en una responsabilidad civil por contingencias profesionales derivadas del incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales aplicables contra la Covid-19 (la enfermedad causada por el SARS-

¹ Con carácter general, *vid.* J.M. GÁMEZ JIMÉNEZ, *El proceso laboral internacional*, Bosch, 2018.

CoV-2), con independencia de la profesionalidad (o no) del cuidador de nacionalidad extranjera y, asimismo, sin tomar en consideración la situación legal del trabajador en nuestro país.

Este trabajo pretende trazar las líneas maestras en torno al régimen jurídico de competencia judicial internacional en esta materia, es decir, determinar qué jurisdicción nacional es competente de acuerdo con el correspondiente foro de competencia existente en la materia. Asimismo, será analizado el régimen de derecho aplicable para determinar el Derecho del Trabajo nacional o extranjero aplicable a la relación laboral internacional, tomando como referencia los puntos de conexión presentes en las normas de conflicto en materia de responsabilidad civil contractual por enfermedad profesional (EP). Y, por último, serán estudiados los demás presupuestos procesales (capacidad, legitimación y postulación) a examen ante nuestros órganos judiciales del orden social.

La nacionalidad extranjera del cuidador determina la entrada en liza de las normas y presupuestos del proceso laboral internacional, que presenta como característica central la pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales susceptibles de ser aplicados a un litigio laboral de tráfico externo.

Por último, en el peor de los casos, es decir, en el supuesto de que el trabajador fallezca de Covid-19 por estar en contacto con personas mayores en el domicilio de éstas, hay que distinguir entre sucesión material y sucesión procesal. La sucesión *mortis causa material* ocurre antes del inicio del proceso judicial por responsabilidad civil, mientras que la sucesión *mortis causa procesal* acontece cuando el fallecimiento del cuidador tiene lugar durante la sustanciación del proceso judicial por responsabilidad civil. En consecuencia, el régimen jurídico-procesal varía en función de la modalidad de sucesión y del carácter interno o internacional de la misma (normas civiles internas o extranjeras).

2. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales constituyen los pilares maestros que sostienen el edificio de la relación procesal, de suerte que no hay una válida relación procesal cuando los presupuestos procesales no están correctamente validados. En este sentido, el concepto de relación procesal está atribuido al filósofo alemán Hegel plasmada en su obra *Filosofía del Derecho*, que fue seguida por la doctrina procesalista posterior y que dota definitivamente de autonomía al Derecho Procesal. En base a esta teoría, antes de resolver el fondo del asunto es necesario controlar el encaje de los presupuestos

procesales en el litigio laboral, no en vano, en caso de que uno o varios presupuestos procesales no estén válidamente conformados, el órgano judicial deberá dictar una sentencia que inadmita la demanda sin entrar a conocer el fondo del asunto.

De otro lado, cuando la relación sustantiva aparece conectada con la resolución judicial de fondo, una vez controlados y validados los presupuestos procesales (relación procesal), el órgano judicial deberá dictar una resolución de fondo que dirima el litigio laboral a través de una sentencia que admita íntegramente la demanda, la admita parcialmente o, finalmente, la desestime. Las normas positivas, consuetudinarias, principios generales del derecho, jurisprudencia, etc., serán aplicadas por el órgano judicial a la hora de resolver las pretensiones de las partes en la instancia y, asimismo, en trámite de recurso.

Presentada una demanda ante un órgano judicial del orden social, el litigio será conducido a través de la Ley de Jurisdicción Social de acuerdo con el aforismo *lex fori regit processum*. Sin embargo, cuando en la estructura del litigio laboral aparezcan uno o varios factores relevantes de extranjería que conecten el litigio laboral con terceros países, resultarán de aplicación las normas de competencia judicial internacional para controlar la competencia de la jurisdicción social española y, a su vez, las normas de conflicto para determinar el Derecho aplicable a un presupuesto procesal (*vgr.* capacidad del litigante extranjero) o al fondo del asunto, designando a una norma laboral nacional o sustantiva.

2.1. Competencia judicial internacional

La noción de AT o EP sufrido por los cuidadores (inmigrantes irregulares) de personas mayores de edad por contagio de SARS-CoV-2, está basado en la existencia de un nexo de causalidad entre la EP derivada del contagio y el incumplimiento de nuestras normas de prevención de riesgos laborales: unas normas de orden público que resultan de aplicación a la relación laboral del colectivo de inmigrantes irregulares que cuidan a las personas de edad avanzada.

Como es sabido, toda situación laboral internacional está conectada con varios ordenamientos jurídicos susceptibles de ser regulados por foros de competencia y por puntos de conexión, sin que tenga que coincidir necesariamente la competencia judicial internacional (*forum*) con el derecho aplicable (*ius*). En este tipo de procesos laborales internacionales, la jurisdicción social española será competente cuando resulte de aplicación un foro de competencia judicial internacional de naturaleza autónoma que

conecte el litigio con nuestros órganos judiciales del orden social (art. 25.1 LOPJ). Acto seguido, nuestros órganos judiciales del orden social podrán aplicar el derecho nacional o extranjero para resolver el fondo del asunto o controlar un determinado presupuesto procesal, de acuerdo con la pertinente norma de conflicto autónoma (art. 10.6 CC).

La competencia internacional de nuestros órganos judiciales del orden social descansa en normas institucionales (UE), convencionales (tratados internacionales bilaterales) y normas autónomas (LOPJ), aplicables cuando el litigio laboral internacional presente un supuesto de hecho que esté situado fuera del ámbito de aplicación de las normas convencionales o institucionales, como es el supuesto de los conflictos individuales entre el cuidador (inmigrante irregular) y la persona de edad avanzada o tercero que la represente en caso de incapacidad.

En este supuesto de litigación laboral internacional, deberán aplicarse las normas autónomas por la presencia de un inmigrante irregular. Pues bien, en base al art. 25.1 LOPJ, nuestros órganos judiciales del orden social serán competentes para aislar, conocer y resolver litigios laborales internacionales en base al *foro general del domicilio del demandado*, es decir, cuando la persona de edad avanzada (o el tercero que la represente) tenga su domicilio en nuestro país, con independencia de la nacionalidad de las partes. Asimismo, en este tipo de litigios laborales internacionales, el foro general del domicilio del demandado suele coincidir con el *foro del lugar habitual de prestación de servicios*, por lo que es posible que en la práctica acontezca una coincidencia *forum e ius* (competencia internacional de los órganos judiciales del orden social y aplicación de nuestras normas laborales sustantivas para resolver el fondo del asunto)².

A renglón seguido, nuestra jurisdicción social será competente para conocer litigios laborales de tráfico externo cuando el *lugar de celebración del contrato* está situado en nuestro país, con independencia del domicilio del demandado, del lugar habitual de prestación de servicios y de la nacionalidad de los litigantes.

EJEMPLO 1 – Foro general del domicilio del demandado

Un ciudadano de nacionalidad mozambiqueña celebra un contrato de

² Cfr. art. 4.1 del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (en BOE, 25 octubre 2001). Y, por último, desde el punto de vista de nuestro derecho autónomo, véase el art. 25.1 LOPJ.

trabajo de forma verbal con un ciudadano español de edad avanzada y domiciliado en la ciudad de Valencia. En el contrato de trabajo se establece su objeto: dispensar cuidados necesarios a la persona de edad avanzada que ocupa la posición de empleador. Transcurridos diez meses de vigencia del contrato de trabajo, el empleador contrae la Covid-19 y a los pocos días el cuidador es contagiado por dicha enfermedad, sin que el empleador comunicase tal contingencia a su cuidador. Tras un período de 2 meses, finalmente el cuidador fallece y son sus hijos mayores de edad los que demandan al empleador solicitando una indemnización de daños y perjuicios por el fallecimiento de su progenitor por EP sin habersele proporcionado la información y formación en materia de prevención de riesgos laborales. Como el domicilio del demandado está situado en nuestro país, los herederos del trabajador fallecido interponen la demanda ante un Juzgado de lo Social de Valencia. Tras el oportuno proceso laboral internacional, el órgano judicial dicta una sentencia declarativa que estima la demanda y fija una indemnización que el empleador satisface al día siguiente a la notificación de la sentencia, a pesar de que la sentencia no es firme al no haber transcurrido el plazo para la formalización del recurso de suplicación³.

EJEMPLO 2 – Foro del lugar habitual de prestación de servicios

Un ciudadano de nacionalidad congoleña celebra un contrato de trabajo por escrito con un ciudadano español, en base al cual el ciudadano congoleño (inmigrante irregular) prestará sus servicios en el domicilio del empleador situado en la ciudad de Barcelona donde se encuentra el progenitor de éste, siendo el objeto del contrato la prestación de atención y cuidados al padre del empleador. Transcurridos tres años de prestación de servicios, el cuidador contrae la Covid-19 semanas después de haberla contraído el padre del empleador, presentando una demanda de responsabilidad civil derivada de los cerca de tres meses que estuvo ingresado en la UCI de un hospital barcelonés, debido a la falta de información y a la inexistencia de medidas de prevención de riesgos laborales. El trabajador congoleño tras ser asesorado en nuestro país, procede a interponer una demanda de responsabilidad civil por no habersele informado de los riesgos para su salud y, asimismo, porque el empleador no adoptó las correctas medidas de prevención de riesgos laborales. Una demanda que finalmente es estimada por el órgano judicial (Juzgado de lo Social de Barcelona) a través del dictado de una sentencia que una vez firme no es cumplida voluntariamente por el empleador, de ahí que el trabajador presente una demanda ejecutiva interna ante el órgano judicial que dictó la sentencia cuyo resultado infructuoso, motiva la presentación de la demanda de ejecución externa ante los órganos

³ Una vez determinada la competencia internacional de nuestra jurisdicción social, hay que determinar la competencia territorial del correspondiente órgano judicial del orden social, *ex art. 10 IJS*.

judiciales belgas, por estar domiciliado el empleador en territorio belga. Así las cosas, el procedimiento de ejecución externa de la sentencia motivó el cumplimiento de la sentencia originaria por el empleador con la finalidad de impedir el embargo de un bien inmueble de su propiedad situado en territorio belga⁴.

Mientras que en el proceso laboral declarativo resulta esencial la voluntad del demandado para el cumplimiento voluntario de la sentencia declarativa, por el contrario, en el proceso de ejecución (interna o externa) es indiferente la voluntad del demandado que, no se olvide, incumplió libremente la sentencia declarativa.

EJEMPLO 3 – Foro del lugar de celebración del contrato de trabajo

Un trabajador de nacionalidad senegalesa celebra un contrato de trabajo en Madrid con un empleador de nacionalidad portuguesa que reside en Lisboa: el trabajador (inmigrante irregular) prestará sus servicios de atención y cuidado del empleador en la residencia que tiene éste último en Berlín, fijando en el contrato de trabajo que será nuestro Derecho del Trabajo el aplicable para regular la relación laboral internacional. A los dos años de prestación de servicios, el empleador contrae la Covid-19 y a los pocos días el trabajador es diagnosticado de la misma enfermedad, debiendo permanecer hospitalizado en Berlín durante tres meses y medio. Una vez recuperado, el trabajador es asesorado y presenta una demanda de responsabilidad civil por omisión de las más elementales normas de prevención de riesgos laborales. El trabajador presenta la demanda ante el correspondiente Juzgado de lo Social de Madrid y, tras el oportuno proceso laboral internacional, recae una sentencia que una vez firme el empleador se niega a cumplir de forma voluntaria por lo que tiene lugar un proceso de reconocimiento y/o ejecución de la sentencia ante la jurisdicción portuguesa por ser Lisboa el lugar de residencia del empleador. Finalmente, tras la sustanciación del proceso de ejecución externa de la sentencia en Portugal y posterior embargo de dos cuentas bancarias, es satisfecho el derecho de crédito del trabajador sin tomar en consideración la voluntad del empleador.

En definitiva, el cuidador (su representante y/o herederos) podrán utilizar los foros de competencia del domicilio del demandado o del lugar de

⁴ *Cfr.* arts. 39 ss. del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que establece un régimen de ejecución automático sin necesidad de reconocer previamente la sentencia en el extranjero.

prestación de servicios para atribuir competencia a los órganos judiciales del orden social, a través de la presentación de la demanda ante un órgano de la jurisdicción social española, la cual será controlada de oficio (art. 5 LJS) o a instancia de parte (art. 14 LJS). En caso de que nuestra jurisdicción social sea competente para aislar, conocer y resolver el litigio laboral, a renglón seguido controlará los demás presupuestos procesales y, en caso de considerar válidamente constituida la relación procesal, procederá a dictar una sentencia que entre a resolver el fondo del asunto.

2.2. Capacidad

En el supuesto de ejercitar una acción de responsabilidad civil derivada de EP en la que una de las partes o las dos son de nacionalidad extranjera, es necesario controlar este presupuesto procesal para poder dictar una sentencia que entre a resolver el fondo del asunto. En este tipo de litigios laborales de tráfico externo, no existen personas jurídicas ni entes sin personalidad jurídica, por tanto, desde el punto de vista de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, habrá que acudir a las normas de conflicto y puntos de conexión previstos en nuestro Código Civil: arts. 9.1, 9.9 y 9.10.

En el ámbito de la litigación laboral internacional, el art. 9.1. CC dispone que la ley personal o nacional de las personas físicas será la elegida para regular las cuestiones atinentes en torno a la capacidad (para ser parte y capacidad procesal). Traducida esta norma de conflicto, cuando en esta modalidad de litigación, uno de los litigantes (o los dos) sea/n de nacionalidad extranjera, habrá que acudir a las normas autónomas de su nacionalidad para determinar si poseen (o no) capacidad para comparecer ante nuestros órganos judiciales del orden social⁵.

EJEMPLO 4

Una trabajadora inmigrante irregular de nacionalidad nicaragüense y con una edad de 16 años firma un contrato de trabajo con una persona de edad avanzada con objeto de prestar atención y cuidado, en el domicilio

⁵ En Paraguay, la mayoría de edad se adquiere a los 20 años, *ex art.* 36 CC de Paraguay. En Honduras, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, *ex art.* 8 CC de Honduras. En Ecuador, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, *ex art.* 35, Código de Trabajo de Ecuador.

de ésta situado en Córdoba. Tras dos años de prestación de servicios, la trabajadora es contagiada del SARS-CoV-2, debiendo permanecer un mes ingresada en un hospital público. Tras ser dada de alta, la trabajadora presenta una demanda de responsabilidad civil de daños y perjuicios frente a la persona mayor de edad que la contagió. En el acto del juicio la defensa del empleador esgrimió la falta de capacidad de la trabajadora para suscribir el contrato: finalmente, el órgano judicial consideró que la trabajadora tiene capacidad para celebrar el contrato de trabajo de conformidad con el art. 9.1 CC en conexión con el art. 22 del Código de Trabajo de Nicaragua.

En el supuesto de que uno de los contendientes (o los dos) posean doble nacionalidad (art. 9.9. CC), en primer lugar, resultarán aplicables los Tratados Internacionales sobre la materia (punto de conexión general) y, en caso de que estos no regulasen nada en torno a la capacidad de las personas físicas, deberán aplicarse dos puntos de conexión subsidiarios: a) la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, b) la última nacionalidad adquirida. Estos puntos de conexión en cascada determinarán el Derecho (nacional o extranjero) que el órgano judicial deberá aplicar para controlar la capacidad de las personas físicas que ocupen la posición procesal de demandante y/o demandado⁶.

EJEMPLO 5

Un trabajador con doble nacionalidad española y boliviana, celebra un contrato de trabajo con una persona de edad avanzada de nacionalidad italiana y con domicilio en Sevilla, con objeto de que el trabajador se encargara de sus cuidados básicos en Bolivia. A los cuatro años de prestación de servicios, el trabajador contrae la Covid-19 y a los dos meses de su hospitalización el trabajador fallece. A renglón seguido, los dos hijos

⁶ Con carácter general, los Tratados Internacionales sobre doble nacionalidad utilizan dos puntos de conexión a la hora de fijar el Derecho aplicable para regular la capacidad para ser parte y la capacidad procesal: a) la *ley del domicilio de las partes*, art. 3 del Convenio sobre doble nacionalidad con Bolivia (en BOE, 4 abril 1964), art. 3 del Convenio sobre doble nacionalidad con Honduras (en BOE, 18 mayo 1967), Convenio sobre doble nacionalidad con Perú (en BOE, 19 abril 1960), etc.; b) el segundo punto de conexión sería la *ley del país que otorga la nueva nacionalidad*, art. 3 del Convenio sobre doble nacionalidad con Costa Rica (en BOE, 25 junio 1965), art. 3 del Convenio sobre doble nacionalidad con Ecuador (en BOE, 13 enero 1965), art. 3 del Convenio sobre doble nacionalidad con Paraguay (en BOE, 19 abril 1960), art. 3 del Convenio sobre doble nacionalidad con la República Dominicana (en BOE, 8 febrero 1969), etc.

del causante de 18 y 19 años presentan en nuestro país una demanda de daños y perjuicios frente al empleador en base a una sucesión material (foro general del domicilio del demandado). En el acto del juicio oral, la parte demandada alega la falta de capacidad procesal de los dos hijos menores de edad, una excepción procesal que es estimada por el correspondiente Juzgado de lo Social de Sevilla de acuerdo con el Derecho boliviano⁷.

Asimismo, nótese que existe un punto de conexión a favor de la nacionalidad española cuando uno de los litigantes (o los dos) ostente otra nacionalidad “no” prevista en nuestras normas autónomas o en los Tratados Internacionales.

Y, por último, como cláusula de cierre, se considerará aplicable la ley del lugar de su residencia habitual cuando una de las personas físicas (o las dos partes procesales), careciere/n de nacionalidad o la tuviere/n indeterminada (art. 9.10 CC).

2.3. Postulación

La representación y defensa técnica en juicio deberá regularse a través de la *lex fori* (arts. 18 ss. LJS) en el ámbito del proceso laboral internacional. En la instancia, las partes pueden comparecer por sí mismas, de modo que un inmigrante irregular tiene el derecho de comparecer por sí mismo sin necesidad de recurrir a un tercero que asuma la dirección técnica y representación procesal en el litigio en cuestión. Esta posibilidad puede chocar con el idioma y recursos del trabajador inmigrante, de ahí que en estos casos lo más conveniente es ofrecer un servicio de asesoramiento jurídico a este colectivo que incluya, en su caso, la posibilidad de poder litigar con un asesor jurídico en la instancia.

Con independencia del carácter regular o irregular, en nuestro país, todo inmigrante tiene derecho a obtener una tutela judicial efectiva con la finalidad de hacer valer sus pretensiones procesales y defender sus intereses, si bien, en el caso de la inmigración irregular la tónica general es no acudir a los órganos judiciales: el miedo a destapar su situación irregular o el temor a sufrir represalias por acudir a los órganos judiciales, cercena el disfrute de este derecho por los inmigrantes irregulares.

⁷ Cfr. art. 3 del Convenio sobre doble nacionalidad con Bolivia, cit., en conexión con el art. 68 del Código Procesal de Bolivia que establece la edad de 21 años para que las personas físicas tengan capacidad procesal.

3. Derecho aplicable al fondo del asunto

La parte actora (trabajador inmigrante irregular) presenta una demanda de responsabilidad civil por contagio de SARS-CoV-2 frente a otra persona física que ocupa la posición de empleador en esta relación laboral internacional (la persona mayor o el tercero que actúa en su nombre y representación de la persona de edad avanzada en caso de incapacidad. En uno u otro caso, presentada la demanda en nuestro país ante un órgano judicial del orden social, la acción procesal ejercitada siempre será de carácter “contractual” debido a la existencia de un contrato de trabajo internacional y, en consecuencia, debe ser desechado de raíz la aplicación de un régimen de responsabilidad extracontractual, tal y como declara expresamente la LJS que otorga carta de naturaleza a la exclusión del tradicional peregrinaje de jurisdicciones (civil y social).

Una vez iniciada la tramitación de un proceso laboral internacional ante un órgano judicial adscrito a nuestra jurisdicción social, tras la fase de alegaciones, prueba y conclusiones acaecidas en el acto del Juicio oral, el órgano judicial deberá determinar el Derecho del Trabajo nacional o extranjero aplicable al fondo del asunto, de acuerdo con los puntos de conexión presentes en la correspondiente norma de conflicto. En caso de resultar aplicable nuestro Derecho del Trabajo interno, éste deberá aplicarse como si de un conflicto de trabajo interno se tratase; sin embargo, cuando resulte de aplicación un Derecho del Trabajo extranjero, éste deberá aplicarse de forma similar a como es aplicado por los órganos judiciales del Estado extranjero.

En caso de aplicar nuestro Derecho del Trabajo, deben tomarse en consideración la necesaria presencia de un nexo de causalidad entre la prestación de servicios del cuidador de mayores, la vulneración de normas de prevención de riesgos laborales y la consecuente enfermedad profesional. En relación al cálculo de la cuantía indemnizatoria, con la finalidad de evitar la discrecionalidad judicial, podría utilizarse el baremo de accidentes de circulación, al igual que ocurre con los AT.

Y, de otro lado, cuando un inmigrante irregular sea contagiado por el SARS-CoV-2 a la hora de prestar sus servicios como cuidador de personas mayores, a la hora de delimitar la responsabilidad civil del empleador puede resultar de aplicación un Derecho del Trabajo extranjero. En este caso, al tratarse de un inmigrante en situación irregular, el órgano judicial del orden social deberá aplicar la norma de conflicto (art. 10.6 CC) para determinar el Derecho del Trabajo extranjero o nacional aplicable al fondo del asunto.

3.1. Aplicación de nuestro Derecho del Trabajo interno

En caso de que un trabajador inmigrante e irregular interpusiera una demanda de responsabilidad civil por haber sido contagiado por persona de edad avanzada a la que cuidaba, incumpléndose las normas de prevención de riesgos laborales, el órgano judicial de nuestra jurisdicción social, deberá aplicar las normas de conflicto presentes en el art. 10.6 CC. De este modo, el órgano judicial deberá aplicar nuestro Derecho del Trabajo si las partes incluyen una cláusula de elección de ley en el contrato de trabajo internacional; y, de otro lado, también resultará de aplicación nuestro Derecho del Trabajo interno, cuando el lugar de prestación de servicios este situado en nuestro territorio.

EJEMPLO 6

Un trabajador inmigrante irregular de nacionalidad sudafricana celebra un contrato de trabajo con una persona de edad avanzada de nacionalidad española y domiciliada en Atenas, en cuya virtud, el trabajador debería encargarse de sus cuidados diarios en su domicilio a cambio de una retribución. En el contrato de trabajo ambas partes incluyeron una cláusula de elección de ley a favor de nuestro Derecho del Trabajo interno, de ahí su aplicación para regular la relación laboral internacional y resolver los litigios laborales internacionales con origen en el contrato de trabajo internacional.

EJEMPLO 7

Un trabajador inmigrante irregular de nacionalidad etíope celebra un contrato de trabajo con una persona de edad avanzada de nacionalidad italiana y residente en la ciudad de Cáceres, en cuya virtud, el trabajador debería prestar sus servicios de atención y cuidado a dicha persona de edad avanzada en el lugar de su residencia (Cáceres), de ahí la aplicación de nuestro Derecho del Trabajo interno para regular la relación laboral y resolver los conflictos laborales individuales como la acción de responsabilidad civil de daños y perjuicios derivados de EP internacional.

3.2. Aplicación de un Derecho del Trabajo extranjero

La aplicación de un Derecho extranjero para regular este tipo de relación laboral internacional (art. 10.6 CC) dependerá de la existencia de una cláusula de elección de ley o, en su defecto, del lugar habitual de prestación de servicios en nuestro país o en el extranjero. Y, asimismo, resultará aplicable un Derecho del Trabajo extranjero cuando el lugar de prestación de servicios (cuidados a persona mayor) tenga lugar fuera de nuestro territorio nacional.

EJEMPLO 8

Un trabajador de nacionalidad camerunesa, inmigrante irregular (cuidador) y una persona de edad avanzada (objeto de su atención y cuidado), celebran un contrato de trabajo internacional en el que incluyen una cláusula a favor del Derecho del Trabajo holandés, que será el encargado de regular la relación laboral y los conflictos laborales individuales derivados de un acción de responsabilidad civil por EP internacional.

En el ámbito del Derecho del Trabajo comparado podemos encontrar normas extranjeras aplicables por nuestros órganos judiciales siempre de acuerdo con los puntos de conexión presentes en el art. 10.6 CC: cláusula de elección de ley y/o lugar de prestación de servicios. A título ilustrativo, a continuación son expuestas algunas normas positivas extranjeras interesantes en la materia y, a su vez, normas que guardan relación con la jurisprudencia del TS, a saber:

- 1) art. 84, Ley General del Trabajo de Bolivia (AT o EP). La indemnización por accidente sólo procede cuando la víctima prestó servicios en la empresa por lo menos 14 días antes, y si la incapacidad para el trabajo excede de seis. En consecuencia, en la legislación laboral boliviana se establece un período de carencia mínima para poder reclamar una indemnización de daños y perjuicios por el contagio de SARS-CoV-2;
- 2) art. 42.3, Código de Trabajo de Ecuador (específicamente arts. 353 ss.), donde se establece la compatibilidad entre una indemnización civil por daños y perjuicios (AT o EP) y la correspondiente prestación de seguridad social. Una argumentación que recoge la jurisprudencia del TS, por todas, STS (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2020;
- 3) art. 322, Código de Trabajo del Salvador. Para que la enfermedad profesional de un trabajador acarree responsabilidad civil del empresario, es necesario, que concurran los siguientes requisitos: a) que

la enfermedad esté comprendida en la lista del art. 332 del Código de Trabajo del Salvador; b) que el trabajo que se desempeñe o se haya desempeñado sea capaz de producirla; c) que se acredite un tiempo mínimo de servicios que a juicio de peritos sea suficiente para contraerse. Un precepto de Derecho comparado que debe acompañarse de una precisión jurídica en relación con nuestro Derecho del Trabajo; para que proceda una indemnización de daños y perjuicios es necesario: a) un incumplimiento de una o varias medidas de prevención de riesgos laborales; b) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el daño; c) que esa culpa o negligencia sea medida en relación a un prudente empleador de acuerdo con criterios de normalidad y razonabilidad (SSTS de 17 de junio de 2012 y de 30 de junio de 2010).

- 4) art. 165.a, Código de Trabajo de Guatemala. Si la enfermedad ha sido contraída por el trabajador doméstico por contagio directo del patrono o de las personas que habitan la casa, aquél tiene derecho a percibir su salario íntegro hasta su total restablecimiento y a que se le cubran los gastos que con tal motivo deba hacer. A lo que debe añadirse que de acuerdo con el art. 165.f de dicho texto legal, si el trabajador doméstico fallece en casa del patrono, éste debe costear los gastos “razonables” de inhumación. Una norma de Derecho comparado que chocha cuanto menos con nuestro ordenamiento jurídico, que en el supuesto de fallecimiento prevé la aplicación orientadora del Baremo de accidentes de circulación, que establece una indemnización muy superior a la prevista en el Derecho guatemalteco.

4. Conclusiones

A día de hoy, podemos poner sobre el tapiz los derechos que el inmigrante irregular tiene en nuestro país, entre los que cabe destacar el derecho a la tutela judicial efectiva con motivo de un conflicto de trabajo individual. Como es sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva en nuestro país es un Derecho fundamental que puede ser ejercitado por los nacionales, inmigrantes regulares e inmigrantes irregulares. Sin embargo, hay que ser conscientes que es difícil que un inmigrante irregular demande al empleador de edad avanzada (o a su representante): a las dificultades económicas, culturales, sociolaborales, etc., hay que añadir el hecho de que un inmigrante irregular sea reacio a litigar en un país de acogida (aunque sea solo temporal), de ahí la necesidad de fortalecer la ayuda y el asesoramiento jurídico a este colectivo de trabajadores desamparados.

Con ánimo de profundizar en el derecho a la tutela judicial efectiva de los

inmigrantes irregulares en nuestro país, hay que trazar, en primer lugar, una línea en torno a los presupuestos procesales (competencia judicial internacional, capacidad y postulación), que resultan de aplicación en los conflictos laborales individuales en los que intervenga un inmigrante irregular, de ahí la aplicación de normas de DIPr. autónomas, a saber:

En el ámbito de la *competencia judicial internacional* de nuestra jurisdicción social, resulta de aplicación el art 25.1 LOPJ que contiene varios foros de competencia entre los que destaca el foro general del domicilio del demandado (empleador domiciliado en nuestro país), el foro del lugar habitual de prestación de servicios cuando el trabajo sea prestado en nuestro país y, por último, el foro del lugar de celebración del contrato de trabajo cuando este se hubiera celebrado en nuestro país.

En relación al presupuesto de la *capacidad para ser parte y capacidad procesal*, baste señalar que el art. 9.1 CC contiene un punto de conexión dirigido a la ley personal del trabajador, de modo que será su ley personal (*vgr.* legislación de Burkina Faso si el trabajador es de esa nacionalidad) la que determine la capacidad para ser parte y capacidad procesal del trabajador inmigrante irregular. En relación a la estructura en cascada que rige en materia de “doble nacionalidad” resulta de aplicación el art. 9.9 CC, en primer lugar, deberán aplicarse los tratados internacionales, en su defecto, resultará de aplicación la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la ley de la última nacionalidad adquirida. Asimismo, resultará de aplicación preferente la nacionalidad española del que ostente además otra nacionalidad no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, resultará aplicable la ley del lugar de residencia de las partes. Y, por último, el art 9.10 CC aplicable a “personas apátridas”, establece como punto de conexión la ley del lugar de su residencia para las personas físicas que carecieren de nacionalidad.

La *postulación* está regulada por las normas de la LJS de conformidad con el aforismo *lex fori regit processum*, no sin antes señalar la dificultad que entraña la comparecencia directa del trabajador en la instancia (falta de conocimientos jurídicos, distinto idioma, etc.). Normalmente, el trabajador comparecerá asistido de Abogado o Graduado Social, una opción en la instancia y una obligación en el posterior recurso de suplicación y, en su caso, en el recurso de casación para unificación de doctrina.

Desde otro plano, interpuesta una demanda por un trabajador inmigrante irregular en la que la parte actora pretende satisfacer su derecho de crédito derivado de una acción de responsabilidad civil por enfermedad profesional (Covid), el órgano judicial competente, de acuerdo con nuestra LJS, deberá controlar los presupuestos procesales y, a continuación, si están todos

validados, deberá entrar a resolver el fondo del asunto.

En el ámbito del derecho aplicable al fondo del asunto, puede resultar designado un Derecho del Trabajo extranjero cuando así lo disponga la pertinente norma de conflicto (art. 10.6 CC) de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los contratantes (cláusula de elección de ley) o la ley del lugar de prestación de servicios. Pues bien, cuando el órgano judicial deba aplicar un Derecho del Trabajo extranjero no probado por las partes, deberá adoptar de oficio diligencias finales o, en su caso, adoptarlas a instancia de parte a través de su solicitud en el trámite de conclusiones.

La acción procesal de exigir responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados del contagio de SARS-CoV-2 de los trabajadores inmigrantes irregulares, descansa en la existencia de un contrato de trabajo internacional presente también en los litigios en los que se demanda a una residencia de mayores, si bien, la existencia de una persona jurídica en la posición de demandada motiva diferencias en el régimen jurídico de ambas acciones procesales.

Esta modalidad de litigios laborales internacionales no es mayoritaria, ahora bien, la premura en el tiempo hace aconsejable una reflexión jurídica multidisciplinar (Derecho del Trabajo, Derecho Internacional Privado y Derecho procesal). Sin bien, aún existen reductos de inseguridad jurídica: el régimen jurídico-procesal de esta modalidad de litigios propios del proceso laboral internacional, está plagado de lagunas jurídicas que deberán ser integradas por normas positivas y principios jurídicos.

La vida no espera y el Derecho no puede dejar pasar un suspiro de vida sin ofrecer una regulación jurídica íntegra, coherente y eficaz. En lo que atañe a nuestro trabajo, hace varios meses la sociedad desconocía la existencia de este virus mortal y, hoy día, los operadores jurídicos se ven en la obligación de dotar de contenido jurídico a hechos nuevos y valores clásicos (dimensiones fáctica y axiológica) que integran unas nuevas normas dictadas a contrarreloj y en clave de urgencia. Un deseo para el futuro: la erradicación de este virus y como efecto dominó la desaparición de esta modalidad de litigación laboral internacional.

5. Bibliografía

GÁMEZ JIMÉNEZ J.M., *El proceso laboral internacional*, Bosch, 2018

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo