

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/2 julio-diciembre 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

JURISPRUDENCIA

UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” COMO JUSTIFICACIÓN A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE UN ESTADO EXTRANJERO EN LOS PROCESOS DE DESPIDO EN ESPAÑA

An approach to Jurisprudence about the exception to the exception of “interference with the security interests” of a foreign State in the dismissal proceedings in Spain

Óscar García Maceiras
Investigador Predoctoral CEINDO
Universidad San Pablo-CEU

<https://doi.org/10.18543/ed.2652>

Recibido: 07.07.2022

Aceptado: 12.10.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 70/2, julio-diciembre 2022
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA
SOBRE LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO
A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” COMO
JUSTIFICACIÓN A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN
DE UN ESTADO EXTRANJERO EN LOS PROCESOS DE
DESPIDO EN ESPAÑA

*An approach to Jurisprudence about the exception to the
exception of “interference with the security interests” of a
foreign State in the dismissal proceedings in Spain*

Óscar García Maceiras¹
Investigador Predoctoral CEINDO
Universidad San Pablo-CEU

<https://doi.org/10.18543/ed.2652>

Recibido: 07.07.2022

Aceptado: 12.10.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

La Ley Orgánica 16/2015 regula en España la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros bajo el principio de reconocimiento de dicha inmunidad salvo en determinadas excepciones. Una de esas excepciones es la relativa a los contratos de trabajo pero se contemplan varias contra-excepciones entre las que está la relativa al “menoscabo a los intereses de seguridad” del Estado extranjero. Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo ha aclarado el alcance de dicha excepción, acabando con una jurisprudencia previa contradictoria del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

¹ Investigador Predoctoral CEINDO. Universidad San Pablo-CEU. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 21 de junio de 2021.

Palabras clave

Inmunidad de jurisdicción. Actos de “*iure imperii*”. Actos de “*iure gestionis*”. Contratos de trabajo. Menoscabo a los intereses de seguridad del Estado. Autoridades competentes.

Abstract

The Organic Law 16/2015 rules in Spain the jurisdiction immunity of foreign States under the principle of accepting such immunities but with several exceptions. One of those exceptions is related to labor contracts but has itself several exceptions being one of them that concerning to “interference with the security interests” of a foreign State. A recent ruling by the Spanish Supreme Court has clarified the meaning of the exception, overcoming previous and contradictory rulings made by the Madrid High Court of Justice.

Keywords

Jurisdiction immunities. “*Iure imperii*” acts. “*Iure gestionis*” acts. Labor contracts. Interference with the security interests of a foreign State. Competent authorities.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN GENERAL A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EN ESPAÑA. LA LEY ORGÁNICA 16/2005. II. REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS DE TRABAJO. LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” DEL ESTADO. IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SOBRE LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” DEL ESTADO. V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2021. VI. VALORACIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la inmunidad de jurisdicción² de los sujetos de Derecho Internacional ha atraído a lo largo del tiempo mucha atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en un buen número de países. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de dilucidar si ha de prevalecer o no la tutela judicial efectiva que se pretende ante un Tribunal de Justicia frente al principio “*par in parem non habet imperium*”³ que se ha venido considerando como fundamento de la inmunidad de un Estado ante los Tribunales de otro Estado.

² La doctrina suele diferenciar entre “*privilegios*” e “*inmunidades*” atribuyendo a los primeros una dimensión activa en tanto que beneficio otorgado por encima de los ordinariamente concedidos por la ley nacional que libera a quienes lo ostentan de una carga o gravamen, mientras que las segundas son básicamente pasivas en tanto que implican el derecho a no estar sometido a un conjunto de leyes del país donde se encuentre establecida la sede de la organización internacional o la representación del Estado extranjero y la posibilidad de rechazar que aquellas le sean aplicadas; cfr., Carrillo Zamora, M. *La inmunidad de las organizaciones internacionales: límites e implicaciones sobre el proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Comisión de Derecho Internacional*. Tesis Doctoral, 2017, p. 53 y González Herrera, D. “Breves reflexiones en torno a las inmunidades internacionales” en Martín y Pérez de Nanclares, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 235-256, 239.

³ Conforme al Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española es el “*Principio en virtud del cual un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro Estado*”. Disponible en www.dej.rae.es. Otro segundo fundamento de la inmunidad tendría acogida bajo el principio “*par in parem non habet jurisdictionem*” en virtud del que los Estados son soberanos y como tales tienen derecho a desarrollar sus actividades sin ser juzgados por otros Estados; cfr., GUTIÉRREZ ESPADA, C. “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op. cit.*, p. 41-58, 43. No faltan en la doctrina autores como James Crawford o Rosalyn Higgins que critican ese fundamento de la inmunidad estatal que consideran sobrevalorado –hasta situarlo en un principio superior del Derecho Internacional– lo que no deja de ser una excepción a la doctrina ordinaria de la jurisdicción de un Estado sobre todo lo que ocurre dentro de sus fronteras; cfr., ORAKELASHVILI, A. “State immunity from jurisdiction bet-

Hoy en día la mayor parte de la normativa y jurisprudencia nacionales, aun admitiendo la validez de la figura de la inmunidad⁴, la restringen a aquellas actividades en las que el Estado actúa como sujeto soberano –los actos de “*iure imperii*”– pero no la aceptan en las actividades en las que lo hace como sujeto privado –los actos de “*iure gestionis*”–.

En España, la Ley Orgánica 16/2015, de Privilegios e Inmunidades⁵, vino a consagrar esta distinción entre actos de “*iure imperii*” y los actos de “*iure gestionis*” siguiendo con ello la senda marcada por la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2004. Y es que, sin perjuicio de que todavía no esté en vigor⁶, la impronta de dicha Convención está presente en un buen número de legislaciones nacionales y hasta en pronunciamientos judiciales que la consideran la evidencia más clara del estado de la costumbre internacional en la materia.

En síntesis, tanto la Ley Orgánica como la Convención asumen una concepción restringida de la inmunidad pues ésta admite excepciones. Para ello, se parte de un principio general de inmunidad pero, por un lado, se reconoce la posibilidad de renuncia a la inmunidad por parte del Estado y, por otro, se establecen ocho tipos de procedimientos en los que no es posible invocar dicha inmunidad⁷.

ween law, comity and ideology”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 151-184, 154-155.

⁴ Como apunta José Martín y Pérez de Nanclares (“¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op.cit.*, p. 7-40, 14), no debemos minusvalorar la importancia de las inmunidades en el Derecho Internacional y su conformidad, siempre que esté adecuadamente configurada, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

⁶ Detallaba Philippa Webb (WEBB, P. “Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes”, disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_s.pdf, p. 3) que “al mes de abril de 2019, se han adherido a la Convención 22 Partes de las 30 Partes requeridas para que entre en vigor conforme a lo dispuesto en su artículo 30”; al mes de octubre de 2021, el estatus de adhesiones no ha registrado cambios. Uno de esos Estados que ya ha depositado su Instrumento de adhesión es España, una vez obtenida la autorización de las Cortes Generales en abril de 2011, con fecha de 11 de septiembre de 2011.

⁷ Las excepciones están inspiradas en el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972; cfr. WEBB, P., “Convención de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 3 quien también apunta influencias de la *Foreign State Immunities Act* de Estados Unidos y la *State Immunity Act* del Reino Unido. Cfr., también, GUTIERREZ 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, 2011, p. 145-169.

El objeto del presente trabajo es analizar el alcance de una contra-excepción⁸. La regla general que consagra la Ley Orgánica 16/2015 es que el Estado puede invocar su inmunidad⁹. Pero esta regla general de inmunidad de jurisdicción no resulta aplicable a los procesos sobre contratos de trabajo¹⁰. Por el contrario, sí se permite que el Estado extranjero invoque su inmunidad, entre otros supuestos:

“*Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad*” (artículo 10.2. d, Ley Orgánica 16/2015).

Al análisis de la contra-excepción y de cómo ha sido interpretada por los Tribunales españoles dedicaremos nuestra atención en los apartados que siguen¹¹.

⁸ Tal y como es calificada en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica.

⁹ El artículo 4 de la Ley Orgánica 16/2015 señala que “*Todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley Orgánica*”.

¹⁰ El artículo 10.1 de la Ley Orgánica 16/2015 dispone: “*Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España*”.

¹¹ La protección de los intereses de seguridad de un Estado se aplica en el Derecho Internacional a otros ámbitos ajenos a la inmunidad. Destaca, en este sentido, la previsión contenida en el artículo 72 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional que legitima la protección de información que afecte a la seguridad nacional. Cfr., para un análisis del fundamento, interpretación y aplicación práctica de este precepto, SWOBODA, S., “Confidentiality for the protection of national security interests”, en *Revue internationale de droit penal*, vol. 81, 2010, p. 209-229. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido desarrollando una doctrina sobre los límites a la seguridad nacional como elemento justificativo de la restricción de derechos fundamentales. Cfr., para un análisis de dicha doctrina y su aplicación a los diferentes derechos reconocidos en el Convenio Europeo, *National security and European case-law*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013, disponible en <https://rm.coe.int/168067d214>. Otras organizaciones, como la Organización Mundial del Comercio o la Unión Europea, incorporan en sus ordenamientos referencias expresas a dicha excepción; cfr., para la Organización Mundial del Comercio, VASQUEZ ARANGO, C. “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo gatt”, *Revista Forum*, vol. 1, núm. 2, 2011, p. 41-67 y ESPLUGUES MOTA, C. “La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: Hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, p. 170-202; para la Unión Europea, aunque centrado en el Acuerdo de Asociación con Turquía pero con una interesante descripción general, cfr. OLESTI

II. APROXIMACIÓN GENERAL A LA INMUNIDAD DE JURISDICCION DE LOS ESTADOS EN ESPAÑA. LA LEY ORGANICA 16/2005

La consagración en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen jurídico positivo de la inmunidad en el ámbito del Derecho Internacional mediante la aprobación de la Ley Orgánica 16/2015 constituyó un paso importante para aclarar un ámbito que estaba abocado a importantes incertidumbres.

La insuficiente regulación previa a la Ley Orgánica estuvo en el centro de la motivación que llevó a que fuese aprobada ésta. Como apunta José Martín y Pérez de Nanclares, ni había un tratado internacional que regulase con carácter universal la institución de la inmunidad y la norma convencional existente no estaba (ni está) en vigor, ni las normas consuetudinarias eran sencillas de interpretar ni abarcaban la totalidad de la materia –recordemos, en este sentido, la muy controvertida cuestión de si la inmunidad de las organizaciones internacionales puede tener una base consuetudinaria¹²–; adicionalmente, existían lagunas evidentes en el ordenamiento internacional de las que eran ejemplo el alcance de las inmunidades de determinadas autoridades de Estados soberanos como los Jefes de Estado, de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores o de la celebración de reuniones y conferencias internacionales; finalmente, y tal vez como consecuencia de las dificultades del régimen jurídico a aplicar, se constataba la existencia de pronunciamientos judiciales de los tribunales españoles abiertamente erróneos, con los consiguientes problemas para el Reino de España en sus relaciones con otros sujetos de la comunidad internacional¹³. A eso se añadió la voluntad de incorporar al ordenamiento español la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, de 2004 que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica: “*no ha entrado aún en vigor ni es probable que lo haga en un futuro inmediato*”¹⁴.

RAYO, A. “Las excepciones por razón de orden público, salud y seguridad públicas en el Acuerdo de Asociación con Turquía”, en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ (eds.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 625-639.

¹² Cfr. para el debate sobre la posibilidad de que haya una costumbre internacional que dé fundamento a la inmunidad de las organizaciones internacionales, ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., “Las inmunidades de las organizaciones internacionales: perspectiva general y española”, en Martín y Pérez de Nanclares, J. (dir.), *op. cit.*, p. 205-232, 207; ORAKELASHVILI, A. “Jurisdictional immunity of international organizations: from abstract functionality to absolute immunity”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *op. cit.*, p. 497-527, 497-499.

¹³ Cfr., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Por qué...”, *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁴ *Ibidem*, p. 18. El citado autor sintetiza las ventajas de la nueva norma en que dota de mayor seguridad jurídica a los diferentes operadores y en particular a los jue-

La Convención asume una concepción restringida de la inmunidad pues ésta admite excepciones. Para ello, y como en el precedente Convenio de Basilea sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado, de 16 de mayo de 1972¹⁵ y

ces, facilita el cumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional asumidas por España y que facilitará igualmente la celebración en España de conferencias y reuniones internacionales cumpliendo con los parámetros de privilegios e inmunidades propios de la práctica internacional; *Ibidem*, p. 40. Para una visión crítica de la norma, cfr. GONZÁLEZ VEGA, J. “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre Inmunidades. ¿Juego de espejos en el Callejón del Gato?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, p. 85-97, quien señala preferible haber “apostado por una ley más atenta a la protección de los derechos de los individuos, particularmente en situaciones extremas como la que plantea el supuesto del conflicto entre inmunidad y graves violaciones de los derechos humanos, incardinándose en el proceso de cambio que prefiguran recientes desarrollos judiciales de nuestro entorno. La cuestión, que enlaza con una poco meditada adhesión a la Convención de Nueva York que ha venido a condicionar la elaboración de la ley, interroga en último término acerca de la oportunidad de un texto, cuyos objetivos venía satisfaciendo razonablemente nuestra jurisprudencia” (*Ibidem*, p. 96). Los textos tomados en consideración y la evolución de los mismos a lo largo del proceso de elaboración de la Convención se pueden encontrar en la *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission. Jurisdictional Immunities of States and their property*, disponible en https://legal.un.org/ilc/guide/4_1.shtml. Para un análisis de la Convención y su relación con el Convenio Europeo de 1972, cfr., ORAKELASHVILI, A. “Treaties on state immunity: the 1972 and 2004 Conventions”, *op. cit.*, p. 274-296.

¹⁵ El Convenio se considera enmarcado, junto la *Foreign State Immunities Act* de los Estados Unidos (1976) y la *State Immunity Act* del Reino Unido (1978), en el movimiento que en los años setenta del siglo pasado consagró definitivamente la regla de la inmunidad restringida; cfr. FOX, H., “The Restrictive Rule of State Immunity”, en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 21-39, 23. Su texto está disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/09000016800730b1>. El Convenio entró en vigor el 11 de junio de 1976 tras las tres primeras ratificaciones. Son Estados Parte Austria, Bélgica, Chipre, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y Reino Unido. Portugal lo firmó pero no lo ratificó. Información disponible en <https://rm.coe.int/0900001680054847>. Para un análisis del Convenio, cfr. ORTIZ-ARCE, A., “Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero en el contexto de economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1992”, en *RIE*, 1979, p. 503-548 y también, SALAMANCA AGUADO, E., “Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un Tribunal a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Mcelhinney c. Irlanda”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 18, 2002, p. 347-387, 363-365, disponible en <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/28443>, y ORAKELASHVILI, A. “Treaties on state immunity: the 1972 and 2004 Conventions”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *op. cit.*, p. 274-296.

en proyectos como el del Comité Jurídico Interamericano¹⁶ o el de la *International Law Association*¹⁷, se parte del principio general de inmunidad que se consagra en el artículo 5 cuando señala:

“*Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención*”,

pero se reconoce la posibilidad de renuncia a la inmunidad por parte del Estado y se establecen ocho tipos de procedimientos en los que no es posible invocar dicha inmunidad. Estas excepciones se refieren a transacciones mercantiles, contratos de trabajo, lesiones a las personas y daños a los bienes, propiedad, posesión y uso de bienes, propiedad intelectual e industrial, participación en sociedades u otras colectividades, buques de uso comercial, y acuerdos de arbitraje¹⁸.

Pues bien, esta misma sistemática es la seguida en la Ley Orgánica 16/2015. Como antes ya apuntamos, se parte de la regla general de inmunidad de jurisdicción de todo Estado extranjero ante los órganos jurisdiccionales españoles (artículo 4) y se establecen –junto a las reglas de la renuncia– excepciones a dicha inmunidad de jurisdicción en caso de procesos relativos a transacciones mercantiles (artículo 9), procesos relativos a contratos de trabajo (artículo 10), procesos relativos a indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (artículo 11), procesos relativos a la determinación de derechos u obligaciones respecto de bienes (artículo 12), procesos relativos a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 13), procesos relativos a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (artículo 14), procesos relativos a la explotación o cargamento de buques pertenecientes a un

¹⁶ Proyecto de Convenio interamericano sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados aprobado por el Comité Jurídico Interamericano en el seno de la Organización de Estados Americanos el 21 de enero de 1983. Cfr. SALAMANCA AGUADO, E., *op. cit.*, p. 366.

¹⁷ Proyecto de Convenio sobre Inmunidad de los Estados adoptado el 4 de septiembre de 1982 por la *International Law Association*. Éste fue un texto adoptado en la sexagésima conferencia de la ILA, celebrada en Montreal (Canadá) con la finalidad de recomendar su toma en consideración por los Gobiernos y por Naciones Unidas y, en particular, por la Comisión de Derecho Internacional y por el Relator Especial dedicado a la cuestión de la inmunidad de los Estados.

¹⁸ Cfr. GUTIERREZ ESPADA, C. “La adhesión española (2011) a la Convención...”, *op. cit.*, p. 155-158, donde se detallan los debates mantenidos en relación con la excepción de transacciones comerciales, la de contratos de trabajo y las relativas a las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes siempre que se dé la presencia del autor del acto u omisión en el territorio del Estado del foro y que la producción de los actos tenga lugar total o parcialmente en ese mismo territorio.

Estado o explotados por éste (artículo 15) y procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral (artículo 16).

III. REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS DE TRABAJO. LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” DEL ESTADO

Según acabamos de exponer, una tipología de procesos donde no cabría invocar la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero es la relativa a los procesos relativos a contratos de trabajo¹⁹. El artículo 10.1 de la Ley Orgánica dispone que:

“Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España”.

La exclusión de la inmunidad no es absoluta. Primero porque, como no podría ser de otro modo, queda a salvo la posibilidad de acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero²⁰; y segundo porque “*no obstante lo*

¹⁹ Siguiendo la categorización de Hazel Fox (cfr., FOX, H., “Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune”, en *British Yearbook of International Law*, 1995, p. 97-176, 97-99) este modelo se basa en diferenciar los contratos de trabajo de la excepción general de transacciones comerciales y es el que también sigue la *State Immunity Act* del Reino Unido. Por el contrario, en Estados Unidos y en Canadá la *Foreign Sovereign Immunities Act* y la *Canadian State Immunity Act* respectivamente integran los contratos de trabajo dentro de la categoría general de transacciones comerciales o transacciones regidas por el Derecho Privado. Cfr., también, WEBB, P., “The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?”, en *The European Journal of International Law*, vol. 27, núm. 3, 2016, p. 745-767, 748.

²⁰ Hemos de notar que recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han venido a poner en tela de juicio la virtualidad de acuerdos bilaterales –en el supuesto concreto, no con un Estado sino con una organización internacional– en caso de que habilitasen la inmunidad absoluta. En este sentido, ha de hacerse referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2020 (JUR/2020\151584), y del Tribunal Constitucional, de 31 de mayo de 2021 (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2021), que han resuelto, primero en casación y luego en amparo, un caso de despido de una trabajadora de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, cuya sede se encuentra en Madrid y estando su relación con el Estado español regulada por el Convenio de Sede firmado el 29 de marzo de 1971, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1971/11/17/pdfs/A18494-18497.pdf>. A pesar de que el artículo 11 del citado Convenio de Sede señala que “*sus bienes y haberes, donde quiera que se hallen, disfrutan de la inmunidad de jurisdicción, salvo en la medida en que la Comisión renuncie expre-*

dispuesto en el apartado anterior”, el artículo 10.2 sí reconoce la posibilidad por parte del Estado extranjero de hacer valer su inmunidad de jurisdicción en varios casos²¹.

Como ya se ha apuntado, vamos aquí a hacer referencia al supuesto previsto en el apartado d), relativo a la contra-excepción del “menoscabo de los intereses de seguridad” de un Estado extranjero, esto es, “*d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad*”.

Este texto se inspira en, aunque no reproduce –lo cual resulta relevante, según veremos posteriormente–, el artículo 11 de la Convención de Nueva York que, tras señalar en su apartado 1 que:

“Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado”,

samente a ella en un caso determinado o si esta renuncia resultare de las cláusulas de un contrato. Queda entendido, sin embargo, que se necesitará una nueva renuncia para las medidas de ejecución”, y que el régimen aplicable a las citadas organizaciones previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica lo es “*en ausencia de acuerdo internacional bilateral o multilateral aplicable*”, las dos Sentencias citadas no reconocen la inmunidad de jurisdicción absoluta prevista en el Convenio de sede. Aunque no es el objeto del presente trabajo, creemos que ambos pronunciamientos –positivos en cuanto al resultado final en tanto que habilitan la tutela judicial en España de la trabajadora despedida– son técnicamente incorrectos –pues parten de la distinción entre actos de “*iure imperii*” y de “*iure gestionis*” que no es aplicable a las organizaciones internacionales– y abren una preocupante vía a un incumplimiento de sus compromisos internacionales por parte de España.

²¹ Los casos son los siguientes: “*a) Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público; b) Cuando el empleado sea: i) Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; o iii) Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional. c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad; e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; o f) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador*” (artículo 10.2 de la Ley Orgánica 16/2015).

en su apartado 2 establece que lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a, entre otros supuestos,

“si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado” (artículo 11.2 d, de la Convención).

A lo largo de la tramitación de la Ley Orgánica 16/2015, este concreto precepto no registró cambio alguno²² sin que hubiera habido comentarios de los diferentes órganos informantes más allá de lo apuntado por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que la amplitud de esta contra-excepción puede estar justificada en la esfera convencional, donde se garantiza que los Estados extranjeros signatarios de la Convención darán el mismo tratamiento a los trabajadores nacionales en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción de aquellos Estados

“pero no encuentra la misma justificación cuando se trata de establecer una excepción a la excepción de la inmunidad de jurisdicción desde una norma de producción interna, en la que no se garantiza esa reciprocidad de trato”.

Por ello, para limitar el alcance de la contra-excepción propone

*“someter su aplicación a la regla de la reciprocidad, de forma que quede garantizado que el Estado extranjero reconoce la misma contra-excepción y la dota de la misma amplitud”*²³.

Dicha propuesta de reciprocidad no fue finalmente incorporada al texto de la Ley Orgánica que mantuvo el tenor inicial del Anteproyecto, sin cambios.

En suma, la Ley Orgánica 16/2015, inspirada por la Convención de Nueva York, reconoce que la excepción a la regla general de inmunidad de jurisdicción de un Estado en caso de proceso relativo a un contrato de trabajo admite una contra-excepción, que rehabilitaría la regla general de la inmunidad, para los supuestos en los que el Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad. Veamos, a continuación, cómo ha interpretado la jurisprudencia el alcance de dicha contra-excepción.

²² Así resulta de la lectura de los textos del Anteproyecto de Ley Orgánica de 8 de abril y 22 de junio de 2015, y del Proyecto de Ley Orgánica elevado al Consejo de Ministros. Las referencias concretas a esta cuestión están disponibles en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op.cit.*, p. 418, 441 y 463.

²³ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley Orgánica, disponible en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op. cit.*, p. 579 y 608.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SOBRE LA CONTRA-EXCEPCION DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD DEL ESTADO”

Según acabamos de apuntar, una de las finalidades principales de la Ley Orgánica 16/2015 era aclarar el panorama normativo existente hasta ese momento en el que los operadores jurídicos, ante la remisión en bloque a las reglas del Derecho Internacional en materia de inmunidades, se veían abocados a una amplia incertidumbre, causa raíz de no pocos pronunciamientos contradictorios de los Tribunales españoles.

Así pues, sería esperable que la jurisprudencia dictada a partir de finales del año 2015 aplicando las reglas de inmunidad previstas en la Ley Orgánica no incurriese en los errores del pasado. No parece que haya sido el caso, al menos hasta fechas muy recientes, de la interpretación que haya de darse al artículo 10. 2. d) de la Ley Orgánica 16/2015, objeto de varios pronunciamientos por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con resultados abiertamente contradictorios.

El primer caso fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6^a), en su Sentencia de 21 de julio de 2016²⁴ y tenía por objeto un despido de una empleada de la Embajada de Lituania en España. Tras la apreciación de la inmunidad por parte del Juzgado de lo Social número 5 de Madrid en su Sentencia de 16 de marzo de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ratificó dicha inmunidad con base en el artículo 10.2 d) de la Ley Orgánica²⁵.

En la interpretación del artículo 10.2 d) de la Ley Orgánica el Tribunal Superior de Justicia realiza un escrutinio puramente formal del requisito de que una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad afirmando que para ello basta la comunicación sin que sea necesaria prueba alguna.

La Sentencia refuerza su criterio añadiendo argumentos de fondo:

“En este caso baste señalar que la comunicación de la Embajada demandada manifiesta que la demandante tenía autorización para acceder a la información clasificada como confidencial y dispone de información im-

²⁴ AS 2016\1433.

²⁵ Junto a la cuestión objeto de este trabajo, la Sentencia resulta también relevante al considerar que la Ley Orgánica es aplicable con carácter inmediato, una vez que ha entrado en vigor, incluso a los procesos en trámite, al no contar con una Disposición Transitoria que diga otra cosa; a eso añade que el Juzgador no está haciendo otra cosa que aplicar el derecho consuetudinario internacional aplicable al caso pues aquí la Ley Orgánica recoge en nuestro Derecho positivo una previsión que ya estaba contenida en la Convención de Inmunidades de 2004.

portante sobre las actividades generales de la Representación y sus tareas y proyectos específicos, entre otros extremos. Ello es suficiente para considerar que concurre el supuesto del art. 2.d) sin que ello suponga una interpretación extensiva como afirma la recurrente, pues es razonable imponer al trabajador que se halla en la situación descrita que litigue contra su país ante sus propios órganos jurisdiccionales, evitando así cualquier posibilidad de difusión de tales datos en un Estado extranjero, lo que podría suceder a través de la prueba documental o de interrogatorio”²⁶.

En suma, en este primer pronunciamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por un lado, considera que la Embajada del país extranjero en España goza de la condición de “autoridad competente” y, por otro, no realiza análisis alguno sobre la razonabilidad de causa invocada bastando para apreciar la inmunidad la mera invocación realizada por la Embajada demandada.

Esta interpretación del artículo 10.2 d) contrasta con la que más recientemente ha realizado la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (en este caso, la Sección 2^a) en varias Sentencias de fechas 12 de febrero de 2020²⁷, 30 de junio de 2020²⁸, 16 de septiembre de 2020²⁹, 17 de marzo de 2021³⁰ y 18 de marzo de 2021³¹. En estos casos, que tenían por objeto recursos de suplicación presentados contra la estimación por los Juzgados de lo Social de Madrid de la inmunidad de jurisdicción alegadas por las Embajadas de Turquía, Rumanía, República Árabe de Egipto y Bosnia-Herzegovina respectivamente frente a demandas de despido improcedente presentadas por trabajadores de dichas legaciones diplomáticas, el Tribunal³² es consciente de que:

“la citada Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, no exige que se acredite esta situación bastando su mera manifestación (Sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n° 248/2019, de fecha 01/04/2019, Recurso n° 47/2019; 888/2018, de fecha 13/12/2018, Recurso n° 757/2018; y 556/2016, de fecha 21/07/2016, Recurso n° 465/2016)”,

pero a su vez entiende:

“que la alegación relativa a que ‘menoscaba sus intereses de seguridad’ que se contiene en el artículo 10.2.d) de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, debe ser entendida como una excepción a la norma general

²⁶ Fundamento Jurídico 5.

²⁷ JUR\2020\106556.

²⁸ JUR\2020\259118.

²⁹ JUR\2020\315719.

³⁰ JUR\2021\181979.

³¹ JUR\2021\181082.

³² Fundamento Jurídico Único.

que se contiene en el ordinal que le antecede, y que debe ser interpretada en sus estrictos términos”.

De cara a considerar cumplida la exigencia del artículo 10.2 d), considera que:

“la referencia que efectúa el precepto a la “autoridad competente del Estado extranjero”, es un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser interpretado a la vista del texto de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que fue debidamente ratificado por el Estado Español en el marco de las Naciones Unidas [no así por el Estado de Turquía y la República Árabe de Egipto, señalan los citados Autos], y cuyo contenido se ha incorporado por la Ley 16/2015, de 27 de octubre, y en este punto la Convención hace una expresa referencia a la determinación por ‘el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de relaciones exteriores del Estado empleador’ de que ‘dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado’”

lo que, al no constar, en esos casos concretos –en el que la excepción fue alegada por las representaciones diplomáticas de los Estados extranjeros en España– le lleva a entender que no opera la contra-excepción recogida por la Ley Orgánica.

Reforzando su argumento, la Sala señala en las tres Sentencias de 2020:

“no se alcanza a entender cómo un procedimiento laboral ante los órganos sociales de la jurisdicción española puede menoscabar los “intereses de seguridad” del Estado Turco en su condición de empleador, máxime si se tiene en cuenta que la referencia ha de venir establecida “a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares”, como ya se ha dicho, de modo que habríamos de entender que la inmunidad pretendida por la Embajada de Turquía implicaría una extralimitación en relación a la causa que justificaría dicha inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles”³³.

³³ En el caso de la Sentencia de 30 de junio de 2020 respecto de la Embajada de Rumanía, la Sala añade el argumento adicional de la pertenencia de dicho país a la Unión Europea y lo que ello implica en cuanto a la competencia civil de los Tribunales españoles y así señala en su Fundamento Jurídico Único: *“Pero es que además y finalmente hay que tener en cuenta que en este caso la demanda se dirige contra la Embajada de Rumanía y que dicho Estado es miembro de la Unión Europea, por lo que para el mismo se encuentra vigente el Reglamento (UE) n° 1215/2012 (LCEur 2012, 2110) 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, que regula la competencia jurisdiccional, que regula la competencia jurisdiccional en materia de contratos individuales de trabajo en los artículos 20 y siguientes, sin excepción alguna por razón de la naturaleza jurídico-pública del demandado, permitiendo que el*

La segunda línea jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se aparta de su criterio inicial en dos aspectos. Por un lado, restringe la noción de autoridad competente tomando para ello como referencia lo dispuesto por la Convención de Nueva York y, por otro, sí realiza un escrutinio de fondo del motivo alegado descartando que el conocimiento de la demanda de despido por parte de los Tribunales españoles dadas las funciones de los demandantes pudiera menoscabar los intereses de seguridad del Estado extranjero.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues, recoge dos tendencias que resultan contradictorias en dos aspectos. En primer término, no hay coincidencia a la hora de determinar cuál es la autoridad competente a los efectos del artículo 10.2 d) de la Ley Orgánica y si dicha cualificación alcanza o no a la Embajada del Estado extranjero en España. En segundo lugar, tampoco hay coincidencia en cuanto al grado de escrutinio que debe realizar el órgano juzgador sobre la alegación de menoscabo a los intereses de seguridad del Estado extranjero demandado y si dicho análisis debe ser meramente formal –bastando la alegación– o debe entrar a evaluar la realidad de lo alegado. A continuación nos referimos al modo en el que el Tribunal Supremo pone fin a la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2021

A esta doctrina jurisprudencial contradictoria entre las diferentes Sentencias de la Sala lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha

trabajador presente su demanda, en Estado diferente del domicilio del empleador, “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”, como aquí ha ocurrido. Estamos por tanto ante la aplicación de Derecho de la Unión Europea y no puede admitirse una interpretación de la que resulte que una de las partes (en este caso las trabajadoras) se vea privada del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que es de aplicación, con el mismo valor que los Tratados, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por tanto la única interpretación posible del Reglamento es que las trabajadoras tienen derecho a someter su litigio sobre el despido ante los tribunales, siendo admisible que el Reglamento imponga una solución u otra sobre la competencia jurisdiccional, de manera que por razón del carácter público de la entidad demandada pudiera excepcionarse la competencia de los tribunales de otro Estado, pero lo cierto es que no es esa la solución del Reglamento (UE) n° 1215/2012 que no hace excepciones en esta materia por el carácter jurídico-público del empleador. Dado que ninguna parte lo ha pedido no está la Sala a elevar esta cuestión por vía prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

venido a poner fin la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Sección Primera), de 29 de abril de 2021³⁴. En esta Sentencia, que trae su causa en un despido de una trabajadora que llevaba a cabo funciones administrativas en la agregaduría comercial de la República de Indonesia en Madrid, el Tribunal Supremo realiza dos pronunciamientos de interés de cara a la interpretación futura de la alegación por parte de los Estados demandados ante los Tribunales españoles de que el proceso puede menoscabar los “*intereses de seguridad de ese Estado*”.

En primer lugar, el Tribunal aclara que la “*comunicación*” de dicha circunstancia por autoridad competente no tiene que entenderse limitada al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores. Y es que, tras contrastar la Ley Orgánica 16/2015 con el artículo 11 de la Convención de Nueva York sobre inmunidad de los Estados y de sus bienes, apunta que:

*“la única diferencia con la Ley Orgánica 16/2015 es que aquí corresponde determinar que el proceso puede menoscabar la seguridad del Estado corresponde al Jefe de Estado, al Jefe de Gobierno o al Ministro de Asuntos Exteriores, mientras que la Ley mencionada se limita a que se comunique por autoridad competente. La determinación consiste en decidir algo, lo cual comporta que dicha decisión se toma por los responsables citados, mientras que la comunicación consiste en hacer saber algo a alguien, lo cual comporta que el acto de comunicar es menos exigente que el acto de determinar”*³⁵.

De esto colige que:

*“en el caso, la Embajada es evidentemente autoridad competente para la comunicación a que se refiere el artículo 10.2 d) de la LO 16/2015, y es lo que ha hecho, con independencia de que lo sea o no para decidir, lo cual no se cuestiona”*³⁶.

Primera conclusión, pues, de la Sentencia del Tribunal Supremo es que resulta válido a los efectos de la excepción de menoscabo de intereses de seguridad del Estado que sea la Embajada en España de dicho país la que comunique dicho motivo, basándose para ello en el diferente término utilizado por el artículo 10 de la Ley Orgánica –“*comunicar*”– y por el artículo 11 de la Convención –“*determinar*”. Se aparta, pues, del criterio restrictivo en este ámbito seguido por la segunda línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

³⁴ STS 1996/2021. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/e5e0cf323aea82eb9f320e282b0b42e57d0c1407b32bed>.

³⁵ Fundamento Jurídico 6.

³⁶ *Ibidem*.

La segunda cuestión –más relevante, si cabe– de interés que plantea la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere al grado de escrutinio que pueden llevar a cabo los Tribunales españoles sobre la concurrencia o no de los motivos de seguridad alegados. En este punto, el Tribunal Supremo se basa en la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia, de 23 de marzo de 2010, al resolver el asunto *Cudak contra Lituania*³⁷. Según esta doctrina jurisprudencial, el artículo 11.2 d) de la Convención de Nueva York no debe interpretarse en el sentido de que sea suficiente que la autoridad competente invoque el riesgo de menoscabo de los intereses de seguridad, sino que:

*“no basta con la mera alegación de que se tuvo acceso a información o documentos, para cumplir lo dispuesto en el art. 11.2 d de la Convención, sino que es exigible la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan inferir la concurrencia de riesgos de seguridad por la celebración del proceso”*³⁸

lo que hace necesario que se explique:

*“razonablemente, dada su naturaleza excepcional, de qué modo el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad del Estado”*³⁹.

En el caso concreto, el demandante –ciudadano español residente en España– llevaba a cabo funciones administrativas en la agregaduría comercial de la República de Indonesia en Madrid y el Tribunal no considera adecuadamente acreditados los motivos hechos valer para aplicar la excepción. En este sentido, señala que:

*“Cierto es que en la comunicación de la Embajada se hace constar que ‘por conocer perfectamente nuestro idioma se ha contado con sus servicios en asuntos varios de la agregaduría comercial que implicaban el conocimiento de documentos y cuestiones relevantes que pudieran afectar a la seguridad de Indonesia y a su embajada en España...’. Ahora bien, ello no es más que una mera alegación insuficiente para entender aplicable la inmundad de jurisdicción conforme a la doctrina expuesta, sin perjuicio de que en modo alguno se indica de qué manera va a afectar el proceso a la seguridad de la República de Indonesia, ni se señalan los elementos objetivos en que se apoya la pretensión”*⁴⁰.

³⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de marzo de 2010, caso *Cudak contra Lituania*, Demanda núm. 15869/02. El texto de la Sentencia está disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/143964/pdf/>.

³⁸ Fundamento Jurídico 6.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Fundamento Jurídico 8.

Así pues, y en cuanto a la segunda de las cuestiones controvertidas en relación con la excepción de menoscabo a los intereses de seguridad del Estado demandado, el Tribunal Supremo habilita la posibilidad de que los Tribunales españoles entren a conocer de la razonabilidad de dicha alegación, poniendo énfasis en la distinción entre actos de “*iure imperii*” y los de “*iure gestionis*” señalando que:

“ha de rechazarse la solución de instancia, pues la inmunidad de jurisdicción a que se refiere la norma cuestionada, no alcanza las controversias que pueda mantener con sus empleados de nacionalidad española, contratados para prestar servicios en puestos de trabajo, que no suponen el ejercicio de poder público que como ius imperii le corresponde para el desarrollo de sus objetivos, en la medida en que se trata de meros litigios particulares que no tienen la menor incidencia en el normal desempeño de las funciones y tareas que carácter internacional que constituyen el objetivo de su actuación”⁴¹.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia que acabamos de comentar, zanja la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia aclarando tanto la noción de autoridad competente para comunicar el motivo de menoscabo a los intereses de seguridad del Estado como el tipo de escrutinio a realizar por el órgano judicial una vez que dicho motivo ha sido alegado.

VI. VALORACIÓN

Aunque resulta desalentador comprobar que uno de los principales objetivos de la Ley Orgánica 16/2015 está lejos de ser cumplido pues la interpretación de los Tribunales ha sido abiertamente contradictoria en este ámbito, en la medida en que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo pone fin a las dudas interpretativas y lo hace en el sentido más favorable a la tutela judicial efectiva de la demandante, hemos de valorar positivamente su resultado que viene a clarificar el régimen jurídico aplicable a uno de los supuestos donde con más frecuencia los Tribunales españoles han de decidir sobre la inmunidad de jurisdicción invocada por un Estado extranjero.

Si bien no hay un criterio uniforme, con Philippa Webb⁴² sí pueden indicarse ciertos rasgos comunes en la jurisprudencia comparada: primero, la existencia de algún tipo de conexión territorial entre el demandante y el foro en el que se dilucida la disputa judicial resulta relevante, motivando que los Tribunales sean más proclives a no aceptar la inmunidad alegada frente a las demandas de nacionales y residentes permanentes en el Estado del foro; segundo,

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr., WEBB, P. “The Immunity...”, *op. cit.*, p. 750-753 y 759, y la jurisprudencia allí citada.

suele aceptarse la inmunidad en aquellos casos que afectan establecimientos militares en el extranjero por considerarse que son los lugares donde la actividad soberana se desarrolla con más intensidad⁴³; y tercero, por el contrario, la inmunidad suele rechazarse en el caso de empleos de baja cualificación –se citan, entre otros, los de limpiador y conductor– y también en otros de mayor cualificación cuyo desempeño no se considera vinculado a los intereses de seguridad del Estado extranjero –caso del responsable de marketing, el responsable de la sección de visados o incluso el encargado de la contabilidad de una Embajada⁴⁴–. A eso hemos de añadir que los Tribunales suelen entrar a conocer el fondo de la alegación hecha por el Estado demandado sin limitarse a aceptar, sin mayor escrutinio, la concurrencia de la contra-excepción por el simple hecho de haber sido invocada, lo cual por lo demás es coherente con la tendencia jurisprudencial –de la que es buena muestra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– de no admitir sin más la invocación de los intereses de seguridad nacional como habilitante para la restricción de derechos fundamentales⁴⁵. Así pues, el criterio sentado por el Tribunal Supremo se alinea con lo que podemos considerar tendencia mayoritaria en el plano comparado.

No obstante lo anterior, echamos en falta en la Sentencia del Tribunal Supremo una mayor profundización de cara a justificar cómo se interpreta el alcance de la contra-excepción. Dada la indudable inspiración de la Ley Orgánica 16/2015 en la Convención de Nueva York, no deja de sorprender que a la hora de entender qué ha de considerarse como “*menoscabo a los intereses de seguridad*” el Tribunal Supremo omita toda referencia a la interpretación a los intereses de seguridad que se contiene en el Anexo a la Convención⁴⁶ en el que se señala:

“Con respecto al artículo 11. La referencia que se hace en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 11 a los “intereses de seguridad” del Estado empleador es, ante todo, una referencia a los asuntos relativos a la segu-

⁴³ Cita Philippa Webb (“The Immunity...”, *op. cit.*, p.759) una Sentencia, caso *Lit-trell contra Estados Unidos*, de 12 de noviembre de 1993 ([1994] 4 All ER 203, 100 ILR 438), en la que la High Court del Reino Unido señaló que la operativa en una base aérea era “*about as imperial an activity as could be imagined*”.

⁴⁴ Este último fue el caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de junio de 2011, caso *Sabeh El Leil contra Francia*, Demanda 34869/2005, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/32f7fe/pdf/>.

⁴⁵ En este sentido, aun reconociéndose a los Estados cierto margen de discreción a la hora de evaluar las amenazas a la seguridad nacional y decidir cómo combatir las, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a requerir de los órganos nacionales verificar que cualquier amenaza tiene de hecho una base razonable. Cfr., *National security...*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁶ “*Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención. Este anexo tiene por objeto establecer el significado de determinadas disposiciones*”.

idad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares".

Aunque la interpretación del anexo no zanja todas las dudas sobre el alcance de los intereses de seguridad⁴⁷, al menos da una idea de relevancia al aludir a "*asuntos relativos a la seguridad nacional*".

En este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo alude a la distinción entre actos "*de iure imperii*" y los de "*iure gestionis*" para fundamentar la no aplicación de la contra-excepción lo cual resulta cuando menos discutible pues es posible que haya situaciones donde se hayan realizado actos "*de iure imperii*" por parte del Estado extranjero –su representación– en España y dichos actos no guarden relación alguna con la "*seguridad nacional*". Piénsese en un empleado involucrado en una actividad desarrollada para el reconocimiento mutuo de los períodos de cotización a la Seguridad Social en otro Estado; no cabría duda de que dicha actividad podría considerarse como un acto "*de iure imperii*" pero difícilmente podría justificarse que dicha actividad guarda relación con la seguridad nacional de dicho Estado. Con esto queremos señalar que una aplicación sin matices de la distinción entre actos "*de iure imperii*" y los de "*iure gestionis*" que hace la Sentencia podría llevar al resultado, creemos que no deseado, de habilitar la posibilidad de invocar la contra-excepción para un supuesto en puridad ajeno a los intereses de seguridad cuyo menoscabo se trata de evitar o, en sentido contrario, impediría la aplicación de la inmunidad a casos donde tal vez estuviera justificada.

En suma, a nuestro juicio la Sentencia del Tribunal Supremo alcanza un resultado que debe valorarse positivamente en tanto que privilegia la tutela judicial efectiva de los demandantes de modo coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de inmunidades⁴⁸ pero mantiene

⁴⁷ Se ha señalado que del tenor de la Convención no resulta claro la interpretación que vayan a dar los Tribunales nacionales y si estos aceptarán o no sin más la alegación de menoscabo de los intereses de seguridad para aplicar la contra-excepción. Cfr., en este sentido, FOAKES, J y WILMSHURST, "State Immunity: The United Nations Convention and its effect", *Chatham House. ILP. BP*, mayo 2005, p. 6.

⁴⁸ El Tribunal Constitucional, al hablar de la inmunidad de los Estados en su Sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, así lo señaló al determinar que "*el legislador necesariamente ha de tener presentes los límites, positivos y negativos, que el Derecho Internacional impone a los Estados*" lo que "*viene a corroborar la justificación objetiva y razonable de la inmunidad de la jurisdicción*", pues "*caso de que se extendiera más allá del ámbito delimitado por el Derecho Internacional y tratara de hacer efectiva en todo caso la tutela jurisdiccional en el orden interno el Estado podría incurrir, al hacerlo así, en un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado*" (Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995, de 28 de septiembre, BOE de 14 de octubre, Fundamento Jurídico 9, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2994>). Esto ha de en-

incertidumbres en cuanto al contenido de la contra-excepción que esperamos puedan ser definitivamente despejadas en futuros pronunciamientos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., “Las inmunidades de las organizaciones internacionales: perspectiva general y española”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 205-232.
- CARRILLO ZAMORA, M. *La inmunidad de las organizaciones internacionales: límites e implicaciones sobre el proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Comisión de Derecho Internacional. Tesis Doctoral*, 2017.
- ESPLUGUES MOTA, C. “La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: Hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, p. 170-202.
- FOAKES, J y WILMSHURST, “State Immunity: The United Nations Convention and its effect”, *Chatham House. ILP. BP*, mayo 2005.
- FOX, H., “Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune”, en *British Yearbook of International Law*, 1995, p. 97-176.
- “The Restrictive Rule of State Immunity”, en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRERO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 21-39.
- GONZÁLEZ HERRERA, D. “Breves reflexiones en torno a las inmunidades internacionales” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 235-256.
- GONZÁLEZ VEGA, J. “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre Inmunidades. ¿Juego de espejos en el Callejón del Gato?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, p. 85-97.
- 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, 2011, p. 145-169.

tenderse equilibrado ante lo que el propio Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 107/1992, de 1 de julio, alertó contra una indebida extensión o ampliación por los tribunales ordinarios del ámbito que es atribuible a las inmunidades en el Derecho Internacional señalando que eso “*acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 de julio, Fundamento Jurídico 3, BOE de 24 de julio, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1994>).

- “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 41-58.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 7-40.
- OLESTI RAYO, A. “Las excepciones por razón de orden público, salud y seguridad públicas en el Acuerdo de Asociación con Turquía”, en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ (eds.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 625-639.
- ORAKELASHVILI, A. “State immunity from jurisdiction between law, comity and ideology”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 151-184.
- “Jurisdictional immunity of international organizations: from abstract functionality to absolute immunity”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 497-527.
- “Treaties on state immunity: the 1972 and 2004 Conventions”, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 274-296.
- ORTIZ-ARCE, A., “Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero en el contexto de economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1992”, en *RIE*, 1979, p. 503-548.
- SALAMANCA AGUADO, E., “Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un Tribunal a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Mcelhinney c. Irlanda”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 18, 2002, p. 347-387, 363-365.
- SWOBODA, S., “Confidentiality for the protection of national security interests”, en *Revue internationale de droit penal*, vol. 81, 2010, p. 209-229.
- VASQUEZ ARANGO, C. “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo gatt”, *Revista Forum*, vol. 1, núm. 2, 2011, p. 41-67.
- WEBB, P. “Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes”, disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_s.pdf.
- “The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?”, en *The European Journal of International Law*, vol. 27, núm. 3, 2016, p. 745-767.